

REVISTA

TRABALHISTA

Direito e Processo

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



Revista trabalhista : direito e processo. — Ano I, 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 sequencial reformulada em 2008 para: Ano 7, n. 28, 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).

© Todos os direitos reservados

LTr

EDITORA LTDA.

Rua Jaguaribe, 571 – CEP 01224-001 – Fone (11) 2167-1101
São Paulo, SP – Brasil – www.ltr.com.br

LTr 5027.5

Fevereiro, 2014

PRESIDENTE ANAMATRA

PAULO LUIZ SCHMIDT

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.

ANDRÉ MACHADO CAVALCANTI

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.

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 pela PUC/SP. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC/MG. Juiz do Trabalho Titular da 21ª 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

Juiz do Trabalho do TRT da 5ª Região/BA. Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia/ UFBA. Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP. Professor de Direito e Processo do Trabalho na Universidade do Estado da Bahia/UNEB. Coordenador Executivo da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região/EMATRA 5. Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (2005-2011; 2013-).

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 Econômica 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 de Advocacia da OAB/SC.

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 Adjunto da Universidade Estadual de Londrina.

Sumário

<i>Abreviaturas e siglas usadas</i>	9
<i>Editorial</i>	11
<i>Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sententas</i>	13
Doutrina	
Princípios, Constituição e racionalidade discursiva: reflexões úteis para o intérprete juslaboral <i>S. Tavares Pereira e Cláudia Rosane Roesler</i>	17
O Direito Civil e a sua aplicação ao Direito do Trabalho: abordagem histórica e dogmática <i>Angelo Antonio Cabral e Mariana Del Mônico</i>	25
Responsabilidade (objetiva) do empregador <i>Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo</i>	39
Ação rescisória e ação anulatória na Justiça do Trabalho <i>Carmen Regina Knapp Cedeira e Marcelo Azevedo Chamone</i>	52
O modelo cooperativo e o processo do trabalho <i>Luiz Ronan Neves Koury</i>	102
Los titulares del derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo por razón de nacionalidad en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea <i>Daniela da Rocha Brandão</i>	109
O juiz e a governança do Poder Judiciário: do modelo burocrático ao democrático <i>Luciano Athayde Chaves</i>	128
Sobre a perspectiva crítica à luz da aplicação da Súmula n. 268 do TST na processualística trabalhista <i>Geovane de Assis Batista</i>	146
A função revisora dos tribunais — a questão da valorização das decisões de primeiro grau — uma proposta <i>de lege ferenda</i> : a sentença como primeiro voto do colegiado <i>Ben-Hur Silveira Claus, Ari Pedro Lorenzetti, Ricardo Fioreze, Francisco Rossal de Araújo, Ricardo Martins Costa e Márcio Lima do Amaral</i>	170

Jurisprudência

— Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

— Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	185
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	194
Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região	237
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região	258
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	269
Índice Geral	293

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 número 45 da Revista Trabalhista Direito e Processo traz diversos artigos e decisões sobre temas controvertidos na jurisprudência dos tribunais pátrios, além de outros com enfoque no direito processual e suas contradições emanadas das lacunas contidas na Consolidação das Leis do Trabalho — CLT e da consequente aplicação supletiva do Código de Processo Civil.

Entretanto, chamam a atenção algumas considerações sobre a função revisora dos tribunais e o necessário prestígio às decisões de primeiro grau na certeza de que o juiz de primeira instância detém as melhores condições de decidir em litígios que requerem a produção de provas orais.

Diversos aspectos são abordados nesses trabalhos para justificar a limitação da atuação revisora dos órgãos de segundo grau, dentre eles o entendimento de que não existe provimento jurisdicional ideal, e sim razoável, sendo suficiente a sua fundamentação em termos adequados.

Tal conclusão, a par de prestigiar o julgador primeiro, desestimula os recursos protelatórios e possibilita a celeridade e a efetividade processuais.

O tema, dada a sua importância, será objeto de publicação coletiva pela Anamatra, devendo o seu lançamento ocorrer por ocasião do XVII Conamat – Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho. Nesse evento serão discutidos aspectos da judicatura trabalhista e do Poder Judiciário brasileiro, sendo oportuno o debate sobre a ideia defendida nos três trabalhos que compõem essa Revista.

Conclamam-se, assim, os operadores do Direito à reflexão sobre essas questões.

A Comissão Editorial

Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças

1. Da finalidade

1.1. A *Revista Trabalhista Direito e Processo* tem por finalidade promover o debate e a reflexão crítica sobre os principais temas de competência da Justiça do Trabalho. Para tanto, se propõe a divulgar a produção científica de magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados, bem como de outros profissionais do Direito.

2. Da Comissão Editorial

2.1. Caberá à Comissão Editorial da Revista analisar, aprovar e selecionar as sentenças, os acórdãos e os artigos científicos a serem publicados.

2.2. Da decisão da Comissão não caberá pedido de reconsideração ou recurso.

3. Do encaminhamento

3.1. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos deverão ser encaminhados virtualmente apenas para endereço eletrônico que constará em cada edital que será publicado no sítio da Anamatra na internet, sob a forma de anexo à mensagem eletrônica.

3.2. O encaminhamento dos artigos científicos autoriza automaticamente a publicação. Caso opte pela posterior desautorização, o autor deverá proceder à comunicação pelo mesmo endereço eletrônico constante no subitem anterior, até o prazo de dez dias antes do encaminhamento do material pela comissão à editora.

3.3. Da mensagem eletrônica, deverá constar o endereço completo (residencial ou profissional) do autor para posterior encaminhamento de um exemplar com o trabalho publicado.

4. Das Sentenças e dos Acórdãos — Requisitos

4.1. As sentenças e os acórdãos encaminhados para publicação poderão versar sobre qualquer matéria.

4.2. Os acórdãos estão limitados ao máximo de três por desembargador ou ministro.

4.3. As sentenças e os acórdãos deverão ser remetidos, obrigatoriamente, acompanhados da data de publicação no Diário Oficial ou com a indicação da audiência em que foram publicados, constando, inclusive, o número dos autos do processo em que foram proferidos.

4.4. Já tendo sido publicada a sentença ou o acórdão, o prolator/relator deverá, obrigatoriamente, indicar em que veículos houve a publicação.

5. Dos artigos científicos — Requisitos

5.1. Os artigos científicos terão tema livre, devendo ser, preferencialmente, inéditos no Brasil.

5.2. Os artigos científicos deverão ser encaminhados devidamente corrigidos do ponto de vista ortográfico.

5.3. Os artigos científicos observarão, obrigatoriamente, os seguintes requisitos:

5.3.1. conterão entre cinco e trinta páginas, preparados em formato *Microsoft Word*;

5.3.2. os textos conterão, obrigatoriamente, a seguinte estrutura: a) título (e subtítulo, se houver); b) nome do autor; c) qualificação sucinta do autor (em nota de rodapé); d) resumo em português, com o máximo de duzentas palavras; e) mínimo de três e máximo de seis palavras-chaves que representem o conteúdo do texto; f) sumário; g) introdução; h) corpo do texto; i) considerações finais; j) referências bibliográficas; e k) data de elaboração, devendo ser, preferencialmente, recente;

5.3.3. a referência ao autor do artigo (subitem 5.3.2, alínea “b”) deverá conter os dados relativos à sua maior titulação acadêmica, além do cargo que ocupa na respectiva Região da Justiça do Trabalho, com indicação do Estado da Federação em caso de magistrado ou de membro do Ministério Público do Trabalho. O autor, se for o caso, deverá identificar-se como mestrando ou doutorando, assumindo a obrigação de lançar a publicação no seu currículo plataforma LATTES mantido no site do CNPQ: <<http://www.cnpq.br>>;

5.3.4. as citações deverão ser feitas em sistema de nota de rodapé, de acordo com as normas atualizadas da ABNT; não serão aceitos trabalhos com citação do tipo autor-data;

5.3.5. as referências bibliográficas deverão vir no final do texto;

5.3.6. as citações de textos de outros autores que ultrapassem três linhas devem ser feitas em parágrafo apartado, com recuo de 4 cm e sem aspas; as demais citações deverão vir no corpo do texto, entre aspas;

5.3.7. com o encaminhamento dos artigos, os seus autores automaticamente autorizam a Anamatra e a LTr Editora a realizar pequenas correções gramaticais que não alterem o teor do trabalho.

6. Da não observância dos requisitos formais

6.1. Os trabalhos que não observarem as normas deste edital, especialmente as formais, serão devolvidos aos seus autores, para readequação em oito dias, sob pena de não publicação.

7. Disposições gerais

7.1. O encaminhamento das sentenças, dos acórdãos e dos artigos científicos autoriza automaticamente a sua publicação (ver subitem 3.2).

7.2. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos recebidos para seleção não serão devolvidos e poderão ser publicados em números posteriores do periódico, a critério da Comissão Editorial, permanecendo no banco de dados da Revista, sendo desnecessária nova autorização do prolator/relator/autor.

7.3. Caso o remetente não concorde com a publicação nos números posteriores da Revista, deverá informar expressamente na mensagem de encaminhamento.

7.4. O conteúdo dos artigos científicos é de responsabilidade exclusiva de seus autores.

7.5. Não haverá nenhuma retribuição pecuniária pelos artigos enviados ou publicados, uma vez que a simples remessa para publicação importa a renúncia dos direitos autorais de natureza patrimonial.

Comissão Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo

Doutrina

Princípios, Constituição e racionalidade discursiva: reflexões úteis para o intérprete juslaboral

S. Tavares Pereira^(*) e Cláudia Rosane Roesler^(**)

Resumo:

- Este artigo trata (a) da indispensabilidade dos princípios para a permanência dos textos constitucionais; e (b) dos problemas enfrentados para os concretizar, em consonância com a evolução da realidade. Interessa, portanto, muito diretamente, ao mundo juslaboral. Baseia-se em pesquisa bibliográfica de obras de autores nacionais e estrangeiros. O Constitucionalismo introduziu a pretensão de durabilidade das Constituições, apesar de os sistemas sociais se complexificarem social, axiológica e politicamente. Conciliar regulação e sistemas sociais pluralistas cambiantes exigiu o engenho principiológico. A ductibilidade dos Princípios advém de sua reconstrução hermenêutica. Como pautas abertas, eles exigem a especificação de conteúdos pela via interpretativista. Isso torna imperiosa a especificação de mecanismos racionais de garantia de conteúdos em consonância com os valores e aspirações vigentes. O artigo realça o esforço da Teoria da Argumentação Jurídica e da Ética do Discurso para proporcionar mecanismos de construção consensual, sob a égide dos valores em jogo, considerados relevantes pelos sujeitos atuantes no procedimento argumentativo. Evita-se, assim, a dependência da consciência individual de um sujeito julgador e de sua capacidade interpretativa e viabiliza-se o alcance de conteúdos corretos, racionais, qualificáveis como universais no espaço procedimental-discursivo, dominado pela Ética.

Palavras-chave:

- Constituição — Princípio — Racionalidade discursiva.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. A indispensabilidade dos princípios para a permanência temporal das ordens constitucionais

(*) Mestre em Ciência Jurídica pela Univali/SC. Juiz do Trabalho aposentado do TRT da 12ª Região.

(**) Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo/USP. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Pesquisadora do CNPq.

- ▶ 3. A problemática posta por uma ordem principiológica
- ▶ 4. O espaço procedimental-discursivo como base racional de controle das decisões judiciais calcadas em princípios
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

Os avanços teóricos do pós-positivismo levaram à distinção entre regras e princípios. Não há o que dizer das regras, que já tinham sido classificadas em primárias e secundárias por Hart⁽¹⁾, no primeiro movimento contrário à concepção de um Direito erigido a partir de unidades atômicas uniformes. Mas uma verdadeira revolução operou-se com a inclusão dos princípios na teorização das ordens jurídicas e com o reconhecimento do seu caráter normativo.

A necessidade de dar aos princípios o tratamento de Direito foi demonstrada por Dworkin, segundo Bonavides, deixando de lado as velhas concepções positivistas⁽²⁾. A Nova Hermenêutica recepcionou as “[...] tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional, cada vez mais atado à consideração dos valores e à fundamentação do ordenamento jurídico”⁽³⁾. Os princípios ganharam normatividade e foram erigidos à condição de paradigmas dos ordenamentos jurídicos.

Por outro lado, a constituição como baliza do Direito, ou como Direito fundamental, é um fato nos Estados contemporâneos ocidentais. Como realça Habermas, o primado técnico-jurídico da constituição diante da lei integra a sistemática dos princípios do Estado

de Direito, embora ela signifique apenas uma antecipação relativa do conteúdo das normas constitucionais⁽⁴⁾. Combinando as duas ideias, o interpretativismo⁽⁵⁾ dworkiano advoga o império da constituição pela via integrativa centrada nos princípios.

Se os princípios ganharam força normativa e passaram a ser terçados para fundamentar decisões, torna-se imperioso repensar a questão da discricionariedade judicial⁽⁶⁾. Instrumentos devem ser proporcionados a quem decide, sob a forma de critérios inovadores de interpretação e aplicação do Direito, para a operação jurídico-racional do arcabouço normativo, em sintonia com a vontade da Constituição, captada segundo a concepção singular de Dworkin⁽⁷⁾. Na lacuna da regra ou na sua falta, a solução dos casos, pela via aberta e sistêmica da força normativa dos princípios, exige técnicas e disposições especiais.

(4) HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 166.

(5) “[...] Dworkin põe acento no direito objetivo: para ele, há uma constituição verdadeira em cuja interpretação deve esforçar-se a política democrática.” Informação do apresentador da transcrição de programa de televisão, transmitido na Alemanha, sob o título ¿IMPERA EL DERECHO SOBRE LA POLÍTICA?, envolvendo debate entre Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, com mediação de Klaus Günther. Disponível em: <<http://www.utdt.edu/departamentos/derecho/publicaciones/rtj1/primeraspaginas/index.htm>> Acesso em: 19 set. 2005.

(6) DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito*. São Paulo: Landy, 2003. p. 54.

(7) Veja-se o capítulo IX de O império do Direito, no qual o filósofo destrói as velhas concepções atinentes à interpretação da lei com base na vontade do legislador, demonstrando os dramas do juiz Hermes (menos perfeito) ao pautar-se por elas. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 377-424.

(1) “As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados.” HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 91.

(2) Princípios e regras criam obrigações jurídicas. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 238.

(3) *Idem*.

2. A indispensabilidade dos princípios para a permanência temporal das ordens constitucionais

Uma base constitucional erigida exclusivamente sobre normas-regras seria inflexível e não permitiria a “releitura atualizante”, preconizada por Gadamer⁽⁸⁾ e captada por Dworkin, a qual é indispensável para a permanência temporal das normas postas. A Constituição deve unir abertura e amplitude de normalização jurídica com determinação obrigatória, segundo Hesse, pois isso possibilita atender à transformação histórica e à disparidade das condições de vida, o que é indispensável para a estabilização “[...] capaz de preservar a vida da coletividade de uma dissolução em mudanças permanentes, imensas e que não mais podem ser vencidas”⁽⁹⁾. Assim se obtém o que Hesse chama de mobilidade constitucional⁽¹⁰⁾.

Não é outro o entendimento de J.J. Gomes Canotilho. Referindo-se ao sistema jurídico do Estado de direito democrático português, afirma-o um sistema normativo aberto de regras e princípios. A juridicidade advém da dinâmica inerente ao sistema de normas que o representa. É aberto porque “[...] tem uma *estrutura dialógica* [...], traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e

da ‘justiça’ [...]”⁽¹¹⁾. Feito de normas para estruturar expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, diz-se também normativo, continua o mestre português. E conclui ser um sistema de regras e princípios porque as normas podem “[...] revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras*”⁽¹²⁾.

Os princípios juridicamente válidos extrapolam o conceito positivista do Direito pois, estruturalmente, tornam obrigação jurídica a busca de concretização, ainda que aproximativa, de um ideal moral. Princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da democracia e do Estado Social, estabelecem uma forçosa relação entre *direito e moral* e exigem, em casos de colisão ou vaguidade, lidar com as noções de Direito, como é, e Direito como deveria ser⁽¹³⁾. O Direito deve instituir-se como um vir a ser em constante otimização, sem ponto de parada ou interrupção. Os princípios exigem, dos agentes políticos, sejam legisladores sejam aplicadores, uma perspectiva de contínuo e inesgotável aprimoramento da realidade social⁽¹⁴⁾.

Para Alexy, princípios, ao contrário das regras⁽¹⁵⁾, são comandos de otimização que

(8) GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004. p. 267.

(9) HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 45.

(10) Aliás, como adverte Habermas, o traço característico das novas constituições, muitas delas nascidas de revoluções políticas exitosas, é levar a pensar erroneamente em normas estáticas, resistentes ao tempo e às transformações históricas. Toda constituição, entretanto, “[...] é um projeto cuja durabilidade depende de uma interpretação constitucional continuada, desencadeada em todos os níveis da positivação do direito”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 166.

(11) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 1.145.

(12) *Idem*.

(13) DREIER, Ralf *apud* DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito*, p. 151-152.

(14) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1147. “Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos [...]”.

(15) As regras são diferentes e contêm mandados absolutos. Cumpri-las significa fazer exatamente o que nelas está determinado, pois que se supõe tenham nascido da consideração das possibilidades jurídicas e fácticas envolvidas. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 313. No mesmo sentido, leia-se J. J. Gomes Canotilho: “[...] as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência [...] que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); [...] a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se.”

determinam que se realize algo na maior medida possível, em consonância com as condições jurídicas e reais existentes⁽¹⁶⁾. Assim compreendidos, os princípios são norma *prima facie*⁽¹⁷⁾, não contendo mandados absolutos ou definitivos. São razões de ação que podem ou não prevalecer, segundo a força das razões que se lhe antepõem, no deslinde do caso concreto.

A dinâmica social evidencia que o recurso aos princípios é indispensável, portanto, para a formulação positiva de uma ordem normativa que se pretenda moldável e duradoura, já que “nenhum programa coerente pode valer por tanto tempo e para tantas pessoas[...]”⁽¹⁸⁾. Por isso, o intérprete deve captar o conteúdo da norma em consonância com a situação na qual se encontra (o intérprete) e em que se forjou seu pensamento e se constituiu seu saber⁽¹⁹⁾. O que não significa fazer prevalecer a visão pessoal, frise-se.

Pelo visto, Canotilho conclui que um modelo ou sistema fundado exclusivamente em regras apresentaria limitada racionalidade prática. Conseguir-se-ia, diz ele, um sistema de segurança, mas hermético e incapaz de sofrer a necessária evolução proporcionada por um sistema aberto, que permita “[...] respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema”⁽²⁰⁾.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1147.

(16) ALEXY, Robert; GARZON VALDES, Ernesto. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. p. 86-87.

(17) “A distinção entre normas que mandam fazer algo apenas consoante uma suposição genérica e normas que mandam fazer algo de modo absoluto ou definitivo, é um tema seguidamente discutido na filosofia moral. Por meio dessa distinção tenta-se resolver um problema típico que aparece sempre quando se trata implicitamente de argumentações de adequação: a colisão de normas.” GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 305.

(18) DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 488.

(19) HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 61.

(20) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.148-1.149.

3. A problemática posta por uma ordem principiológica

A natureza desse tipo específico de norma, o princípio, atrai o problema especial dos conflitos de pretensões nele escudadas, substancialmente diverso do litígio calcado em regras⁽²¹⁾. Normas principiológicas precisam ser conciliadas no discurso de aplicação e a não aplicação de uma, de nenhum modo, importa sua invalidação no ordenamento jurídico. Os princípios incluem a possibilidade de colisões, de acordo com a sua estrutura aberta, ambos permanecendo válidos, mesmo se um dos dois tiver de ceder às circunstâncias concretas⁽²²⁾.

Ressalte-se que princípios jamais são postos em dúvida quanto à validade, num discurso de aplicação (solução). Como comandos de otimização, concretizáveis na maior medida possível, segundo as possibilidades jurídicas e reais existentes, os princípios precisam ser considerados, no caso concreto, de outra forma, mediante um exercício de sopesamento ou ponderação. Busca-se a solução que conjugue,

(21) Se o conflito se arquiteta a partir de regras, a solução exige a eliminação de uma ou a introdução de cláusula de exceção em qualquer delas e supõe juízos de validade. Problematisa-se a possibilidade de existência da regra, no bojo do ordenamento, seja pelo aspecto formal, seja pelo substancial. “Alexy conclui, deste comportamento diversificado de colisão, que, para princípios, só será decisiva a dimensão do peso, e isso segundo as respectivas circunstâncias especiais de cada caso. Regras, contrariamente, colidem na dimensão da validade, com a consequência de que, afinal, somente uma das duas poderá ser válida.” GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 314-315, e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.147.

(22) GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 315 e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.147, destacando a natureza conflitual dos princípios. Como adverte Hesse, “na medida em que as determinações, que protegem a ambos, em seu alcance material cruzarem uma a outra, ou colidirem uma com a outra [...]”, deve-se promover a *produção de concordância prática*, coordenando proporcionalmente os direitos e bens jurídicos envolvidos. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 255.

da melhor forma, as ordens principiológicas e dê concretude, na maior medida possível, aos dois comandos. O que poderia significar, inclusive, a plena prevalência de um, em detrimento do outro, num caso específico.⁽²³⁾

Sumarizando, pode-se dizer, com Duarte, que “as regras ou são aplicáveis ou bem não o são. Por sua vez, os princípios do direito exercem uma função de ponderação no debate interpretativo para a fixação do conteúdo normativo então mais ou menos a concretizar”.⁽²⁴⁾ O que evidencia os desafios hermenêuticos suscitados pela normatividade atribuída aos princípios pelo neoconstitucionalismo.

4. O espaço procedimental-discursivo como base racional de controle das decisões judiciais calcadas em princípios

O filósofo alemão Robert Alexy ocupou-se diretamente da colisão de princípios. Sua solução para tais conflitos é inovadora em relação às abordagens, propostas anteriormente, por decisionistas e positivistas⁽²⁵⁾. Ele investe esforço para a produção de critérios de racionalidade voltados ao controle da decisão jurídica.⁽²⁶⁾

(23) “Em casos especialmente formados como uma colisão de posições de direitos fundamentais diferentes, pode, no quadro da coordenação proporcional, tornar-se inevitável, ao fim e ao cabo, deixar recuar completamente um direito [...]”. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 256.

(24) DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito*, p. 56.

(25) Os decisionistas pregam um procedimento processual-jurídico dominado pela subjetividade do decisor, em que a verdade dos fatos ocupa papel menor e o controle público é restrito, donde a evidente falta de racionalidade; os positivistas defendem a justificação da decisão por seus pressupostos jurídicos e fáticos, mas com a prevalência de mecanismos racionalistas do juízo e com desatenção à atividade essencial do juiz, de fixação justificada das premissas da decisão. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002. p. 25 e, também, DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do Direito*, p. 56, nota 82.

(26) “A teoria padrão da argumentação jurídica se situa [...] no contexto de justificação dos argumentos, e em

Como adverte Günther, é de se perguntar se há como explicitar critérios racionais para a aplicação de normas. Não se pode manter na indeterminação esta explicitação e socorrer-se da suposição de existência de alguma faculdade de julgar. “Todo o projeto de uma ética cognitivista dependerá de que ela não só consiga sugerir um procedimento capaz de avaliar boas razões para as normas, que sejam de obrigatoriedade geral, mas também que saiba se pronunciar sobre a aplicação de tais normas em situações concretas.”⁽²⁷⁾ Por isso, Alexy pretende proporcionar a quem decide pautas interpretativas eficazes para orientar a eleição racionalmente fundamentada dos enunciados argumentativos conducentes à conclusão. A discricionariedade do julgador, aceita por uns e pregada por outros, é encarada como um problema⁽²⁸⁾ que, se não pode ser totalmente eliminado, pode ser minorado. O processo lógico deve jungir-se, nos discursos de aplicação, não mais ao mero cumprimento dos ditames lógico-dedutivistas clássicos, monologicamente conduzidos.

geral costuma ter pretensões tanto descritivas quanto prescritivas; trata-se, portanto, de teorias (como as de Alexy ou de McCormick [...]) que pretendem mostrar como as decisões jurídicas se justificam de fato e também [...] como deveriam elas ser justificadas.” ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*, p. 24-25.

(27) GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 32. Luhmann, ao tratar dos processos judiciais, em obra da década de 60, defendia a diferenciação do papel do juiz. “Ele tem de ser eximido da consideração de outros papéis que o podem motivar para decisões definidas, como membro duma determinada família ou camada social, duma igreja ou seita, dum partido, dum clube, dum bairro.” Essa isenção, segundo Luhmann, deve ser institucionalizada como obrigação para se alcançar uma decisão objetiva e imparcial. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980. p. 57.

(28) “As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o ‘sentido’ — o propósito, objetivo ou princípio justificativo — da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juizes.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 110.

A aplicação do Direito passa a ser contemplada num espaço procedimental-discursivo, ou seja, mediante uma construção dialógica racional⁽²⁹⁾. Cuidando da teoria do discurso jurídico e contrapondo-se à solução monolítico-dworkiana do super-juiz, Habermas põe em dúvida a possibilidade de manutenção desse princípio monológico⁽³⁰⁾. E afirma a possibilidade de alargamento das condições concretas de qualificação jurídica mediante o “[...] mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática da argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros”⁽³¹⁾, de modo a evitar a dependência ideal da personalidade de um juiz virtuoso e sábio. Traduzindo o pensamento de Owen Fiss, Habermas defende a necessidade de princípios do processo e de máximas de interpretação “[...] constitutivos para o papel e a prática de uma jurisdição imparcial, e que devem garantir a independência da justiça, a limitação do arbítrio subjetivo, o respeito pela integridade das partes litigantes, a fundamentação por escrito e a elaboração do juízo, sua neutralidade, etc.”; pois os padrões

já comprovados na profissão precisam tornar certas “[...] a objetividade e a controlabilidade intersubjetiva do juízo”⁽³²⁾. Afinal, o solipsismo preconizado por Dworkin deve ser substituído por uma teoria da argumentação jurídica, “[...] que assume o fardo das exigências ideais até agora atribuídas a Hércules”⁽³³⁾.

Nessa direção, a contribuição alexyana para a hermenêutica constitucional é marcante. Tudo começa por uma conceituação do Direito a partir de três elementos constitutivos básicos: a legalidade, a eficácia social e a correção material. Os dois primeiros elementos, representados pelo ordenamento normativo e a produção dos efeitos esperados, palmilham terreno já ocupado por teorias anteriores. As preocupações com a correção substancial, que Alexy vê como a faceta ideal e discursiva do Direito, são a novidade marcante de sua proposta conceitual. Uma teoria geral do Direito deve contemplar os três elementos — a legalidade, a eficácia social e a correção material —, e só se viabiliza se for construída a partir da teoria do discurso, esta sim capaz de dar guarida à pretensão jurídica de correção material. No entanto, como alerta Habermas, Alexy sabe que o critério de correção, aplicável para juízos morais válidos, não se aplica às decisões jurídicas discursivamente fundamentadas⁽³⁴⁾. Nesse sentido, correção quer dizer aceitabilidade racional, apoiada em argumentos, ou seja, “[...] pelo caminho de uma fundamentação *que se desenrola* argumentativamente”⁽³⁵⁾. Decisões judiciais serão corretas na medida em que, na sua construção, preenchem as condições comunicativas da argumentação necessárias a um juízo imparcial⁽³⁶⁾. Günther destaca que

(29) “Esta constatação, de cunho habermasiano, na teoria da argumentação de Alexy, conduz que se faça a ponderação de que o discurso exerce-se numa estrutura necessariamente comunicativa da fundamentação prática, a qual exige o estabelecimento de um equilíbrio justo e, portanto, correto para a distribuição equitativa do direito de participação de cada interlocutor.” DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito*, p. 135.

(30) “Pois o ponto de vista da integridade, sob o qual o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, é expressão de uma ideia do Estado de direito que a jurisdição e o legislador político *apenas tomam de empréstimo* ao ato de fundação da constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional. Dworkin oscila entre a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua própria interpretação diverge de todas as outras [...] Precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 276-277.

(31) HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 277-278.

(32) *Ibidem*, p. 279.

(33) *Ibidem*, p. 280.

(34) A correção de juízos normativos “[...] não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos”. HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*, p. 289.

(35) *Ibidem*, p. 281.

(36) *Ibidem*, p. 287.

a ética do discurso está baseada num conceito de discurso que contém “[...] tanto o direito de cada um individualmente de fazer valer os seus interesses, inconfundivelmente especiais, quanto o dever de reconhecer os interesses de cada um dos demais, a fim de chegar a um juízo imparcial a respeito do interesse comum”⁽³⁷⁾.

Dessarte, o abandono da crença nas possibilidades das pautas exclusivamente formalistas (validade lógico-argumentativa) e a assunção das exigências de correção material introduzem, no esforço decisório, uma pretensão nova, de *justificação*, indutora de alinhamentos no plano dos conteúdos⁽³⁸⁾. Não basta raciocinar (ou inferir) com perfeição. Exigem-se soluções que contribuam para a concretização dos comandos principiológicos de otimização, na maior medida possível. Essa pretensão de correção, vista como elemento da compreensão conceitual do Direito, conecta-se necessariamente com os discursos de justificação das decisões, na perspectiva da Ética do Discurso. Por isso, considera-se adequadamente motivada uma decisão jurídica se, e somente se, o esforço de inferência se opera racionalmente a partir de um enunciado normativo justificado discursivamente e de proposições fáticas consensualmente estabelecidas pela via de um procedimento argumentativo⁽³⁹⁾.

(37) GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação, p. 220. A respeito, veja-se, também, o pensamento de Habermas: “A intuição básica que ligamos a esta prática de argumentação caracteriza-se pela intenção de conseguir o assentimento de um auditório universal para um proferimento controverso, no contexto de uma disputa não coercitiva, porém regulada pelos melhores argumentos, na base das melhores informações. É fácil descobrir por que o princípio do discurso promove esse tipo de prática para a fundamentação de normas e decisões valorativas.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, p. 283-284.

(38) HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 61.

(39) “[...] a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, p. 287.

5. Considerações finais

Os princípios só cumprirão sua função mediante a contribuição de uma teoria procedimental que inclua a sua consideração como objeto para o próprio discurso normativo. O cumprimento desta função requer se supere a separação entre sujeito e objeto para garantir a validade do consenso resultante de uma discussão racional. Ao mesmo tempo, tal função supõe esforço contínuo para o desenvolvimento de condições procedimentais que tenham a razão como base da fundamentação discursiva⁽⁴⁰⁾.

O resultado do esforço procedimental discursivo só poderá qualificar-se como “consenso racional”⁽⁴¹⁾ se, no âmbito das teorias justificatórias do discurso jurídico, se puser em relevo o problema da validade jurídica das normas. A problematização e a teorização do conceito de validade conectarão o discurso jurídico com o discurso moral⁽⁴²⁾. Por isso, “[...] Günther deduz a racionalidade das normas jurídicas diretamente das normas morais, conforme a estrutura prescritiva da razão prática”⁽⁴³⁾. Como informa o próprio Günther, o bem não pode ser definido como meta suprema de modo independente do *ethos*, mas em relação a ele. Nossas próprias experiências em situações precisam constituir nosso ponto

(40) HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 55.

(41) Segundo os critérios de verdade da teoria do consenso “[...] eu posso dar um predicado a um objeto, só quando todas as outras pessoas que *puderem* entrar numa conversa comigo, *atribuírem* ao objeto o mesmo predicado [...] a condição para a verdade das afirmações é o acordo potencial de *todas as outras* pessoas”. HABERMAS *apud* ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 92.

(42) “[...] os juízes refletem sobre o direito no âmbito da sociedade, e não fora dela; o meio intelectual de modo geral, assim como a linguagem comum que reflete e protege esse meio, exerce restrições práticas sobre a idiossincrasia e restrições conceituais sobre a imaginação.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 110.

(43) MOREIRA, Luiz. Introdução à edição brasileira. In: ____ *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação, p. 11.

de partida e, por isso, “[...] a reflexão das nossas aspirações, realizada na prática como ação, que é orientada por fins e é situacionalmente adequada, permanece vinculada às instituições éticas, pelas quais fomos formados, original e ingenuamente”.

Essa reflexão conceitual da filosofia prática nos conduz à fundamentação do eticamente correto, sem perder de vista as instituições tradicionais, mas esclarecendo-as e interpretando-as como “[...] aquelas que são a origem e a finalidade prática humana como aperfeiçoamento da vida”⁽⁴⁴⁾. A vida que se tornou o conteúdo das instituições éticas, num determinado contexto, põe-se e é tomada, discursiva e racionalmente, como a referência suprema e o conteúdo dos princípios jurídicos.

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hitchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert; GARZON VALDES, Ernesto. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do Direito*. São Paulo: Landy, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI*. Versão 3.0. São Paulo: Lexikon Informática, 1999.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

¿IMPERA EL DERECHO SOBRE LA POLÍTICA? Debate entre Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, com mediação de Klaus Günther. Disponível em: <<http://www.utdt.edu/departamentos/derecho/publicaciones/rjt1/primeraspaginas/index.htm>> Acesso em: 19 set. 2005.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

MOREIRA, Luiz. Introdução à edição brasileira. In: _____. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

(44) GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 269-270.

O Direito Civil e a sua aplicação ao Direito do Trabalho: abordagem histórica e dogmática

Angelo Antonio Cabral^(*) e Mariana Del Mônico^(**)

Resumo:

- ▶ A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prevê a aplicação do “direito comum” ao Direito do Trabalho em casos de lacunas legislativas. Desse dispositivo, portanto, decorre a abertura do Direito do Trabalho ao Direito Civil, desde que respeitadas as premissas principiológicas do primeiro. Desde 2002, entretanto, o Código Civil, principal “lei comum” do Brasil, passou por uma reformulação que, ao nosso sentir, o aproxima de objetivos sociais do Direito do Trabalho. O estudo a seguir, portanto, pretende resgatar as correlações históricas e dogmáticas entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil e demonstrar como este último, socializado, pode ser de grande valia ao Direito do Trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Direito do Trabalho — Direito Civil — História do Direito do Trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Correlações históricas e dogmáticas entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho
 - ▶ 2.1. Introito
 - ▶ 2.2. O Direito Civil como ordenamento exclusivo das relações de trabalho

(*) Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Largo São Francisco. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela USP e pós-graduado em Direitos Fundamentais pelo “*Ius Gentium Conimbrigae*”, Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Taubaté. Publicou artigos em revistas especializadas e congressos nacionais e internacionais. É coautor de obras jurídicas, dentre elas: *Direito Ambiental do Trabalho* (LTr, 2013); *Advocacia Empresarial do Trabalho* (Alameda, 2012); *Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho* (LTr, 2011). É professor convidado no curso de Pós-Graduação (Especialização) em Direito

Previdenciário do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UE Lorena, Polo Pindamonhangaba/SP. Advogado. E-mail: <daseinaac@gmail.com>.

(**) Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Largo São Francisco e pós-graduada em Direito do Trabalho pela USP. Bacharelou-se em Direito pelo Centro Universitário Salesiano, UE Lorena. É coautora de obras jurídicas, dentre elas: *Direito Ambiental do Trabalho* (LTr, 2013) e *Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho* (LTr, 2011). É professora convidada nos cursos de pós-graduação de Direito Previdenciário do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UE Lorena, da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP e da Faculdade Legale. Advogada. E-mail: <maridelmônico@gmail.com>.

- ▶ 2.3. O Direito Civil como ordenamento antagônico ao Direito do Trabalho
- ▶ 2.4. O Direito Civil como direito subsidiário do Direito do Trabalho
- ▶ 2.5. O Direito Civil como direito subsidiário e como fundamento teórico aplicável ao Direito do Trabalho
- ▶ 3. Princípios da codificação civil aplicáveis às relações de emprego
 - ▶ 3.1. Considerações iniciais
 - ▶ 3.2. Os Princípios da Codificação
 - ▶ 3.2.1. O Princípio da Eticidade
 - ▶ 3.2.2. O Princípio da Socialidade
 - ▶ 3.2.3. O Princípio da Operabilidade
- ▶ 4. Conclusão
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

As correntes modificações da sociedade pós-industrial⁽¹⁾, marcada pela globalização e pela intensificação das formas de comunicação, promovem uma conhecida crise no Direito, especialmente no Direito do Trabalho brasileiro. Alega-se que uma legislação elaborada no início do século XX e compilada na década de 40 é insuficiente para reger as relações jurídicas perfeitas na era da comunicação. Entremetidos, os que se alvoroçam pelo fim do Direito do Trabalho, propositadamente, direcionam o debate para uma proposta liberal, em que o liame obrigacional entre empregadores e empregados regressaria para o enquadramento do direito civil — ou seja, com o respeito à autonomia privada e livre das amarras diretivas do Estado. Nessa perspectiva, convém indagar: (ainda) há espaço no Direito Civil para uma sobreposição do patrimônio sobre a pessoa, como defendem os apocalípticos do Direito do

Trabalho? Ou será que o Direito Civil evoluiu e hoje está mais próximo do dirigismo contratual juslaboral do que do Código de Napoleão? A resposta é clara: Se a autonomia desenfreada não serve mais às relações civis e comerciais, por que razão serviria ao Direito do Trabalho?

Do inconformismo com o desvirtuamento de um debate sadio ao Direito do Trabalho — a inaptidão da CLT para regular as relações decorrentes do avanço da tecnologia, da globalização etc. — surge a justificativa do presente ensaio: estudar o Direito Civil como instrumental de maximização do Direito do Trabalho, sempre com foco no princípio constitucional da melhoria da condição econômica e social — cláusula pétrea que impede a simples subtração das leis trabalhistas do ordenamento jurídico.

Assim, mediante uma análise histórico-dogmática das interações entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho demonstraremos a similitude entre esses ramos do Direito e, como os institutos de Direito Civil atuam na melhoria da condição social do trabalhador, afastando os equívocos liberais que propõem o fim do Direito do Trabalho. De tal forma, é possível alcançarmos soluções jurídicas sistemáticas e contemporâneas, sem olvidar das conquistas dos direitos fundamentais sociais.

(1) O termo pós-industrial é utilizado com o objetivo de designar uma sociedade que substituiu o “*capital industrial*” (da sociedade industrial), sobretudo no mecanismo das relações econômicas internacionais, pelo *capital financeiro*. Não se utiliza o termo pós-moderno por este significar tudo e nada ao mesmo tempo, servindo mais como concepção do que conceito. FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados de Direito Material do Trabalho*. Abordagens Multidisciplinares. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006. vol. 2, p. 93-94.

2. Correlações históricas e dogmáticas entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho

2.1. Introdução

Investigar as interferências existentes entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho é tarefa das mais complexas⁽²⁾. Exige também um discurso crítico que reconheça a tensão existente entre a codificação civil — historicamente tributária de dogmas e princípios liberais — e as leis obreiras — *a contrario sensu*, principiológicamente socializantes —, propondo alternativas hermenêuticas conciliatórias⁽³⁾, demonstrando que a tutela das dimensões⁽⁴⁾

da dignidade humana, numa sociedade pós-industrial, somente será alcançada com uma visão sistemática do ordenamento jurídico. Nessa ensancharia, impende (re)avaliarmos as interações histórico-dogmáticas entre a lei civil e as leis do trabalho, seguindo as quatro correlações apontadas pela doutrina de Amauri Mascaro Nascimento⁽⁵⁾. Convém alertar que os momentos apresentados a seguir estão longe da linearidade histórica, tratando-se de verdadeiros ciclos, encontrando cultores e opositores ao longo da história, inclusive na atualidade.

2.2. O Direito Civil como ordenamento exclusivo das relações de trabalho

Com o advento da Revolução Industrial e a formação das relações de exploração do capital sobre a força de trabalho humano⁽⁶⁾, nos moldes de uma sociedade capitalista-industrial, inexistiam leis específicas a regular a relação existente entre empregadores e empregados⁽⁷⁾. Logo, nas contratações de operários para atuar na crescente indústria movida a carvão, optou-se pela regulação civilista. Afinal, todos os homens são iguais perante a lei e todas as

(2) O objeto de estudo ganha importância no momento em que a doutrina civilista promove uma ampla revisão conceitual de sua dogmática, implicando em várias ocasiões na decodificação de tradicionais institutos do direito civil, compatibilizando a teoria do direito privado com o primado da dignidade da pessoa humana — epicentro do ordenamento jurídico nacional pós 1988. Segundo um dos expoentes teóricos desse movimento: “Tal modificação no papel do Código Civil representa uma profunda alteração na própria dogmática. Identificam-se sinais de esgotamento das categorias do direito privado, constatando-se uma ruptura que bem poderia ser definida, conforme a preciosa análise de Ascarelli, como uma crise entre o instrumental teórico e as formas jurídicas do individualismo pós-industrial. Os novos fatos sociais dão ensejo a soluções objetivistas e não mais subjetivistas, a exigirem do legislador, do intérprete e da doutrina uma preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito.” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 6.)

(3) Ou seja, que compreendam e compatibilizam-se com algumas das maiores celeumas da dogmática juslaboral, tributárias da influência civilista das e nas leis obreiras. Que o diga o cerne do Direito do Trabalho: *a natureza jurídica da formação da relação de emprego* — campo em que contratualistas e anticontratualistas digladiam-se desde tempos idos (baseados sobretudo na dicotomia justiniana — direito público x direito privado). Para uma abordagem completa dos argumentos dispensados de parte a parte, incluindo-se ampla citação aos clássicos jurídicos da matéria: MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. A relação de emprego. São Paulo: LTr, 2008. vol. II, p. 19-40 (optando pela solução anticontratual). Doutra banda, filiando-se entre os contratualistas: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 307-321.

(4) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

(5) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Princípios gerais do novo Código Civil e seus impactos no direito do trabalho. In: *Revista do Advogado*. Seis décadas de CLT e o novo Código Civil, São Paulo, ano XXIII, v. 1, n. 70, p. 7-10, 2003.

(6) Por limitação de tempo e espaço, bem como por respeito ao recorte metodológico, não cabe aqui desenvolver uma digressão histórica profunda a respeito do tema, todavia, fica a indicação aos livros que *mui* bem abordam a questão: HOBBSBAWM, Eric J. *Os trabalhadores*. Estudos sobre a História do Operariado. Tradução de Marina Leão T. V. de Medeiros. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000; HOBBSBAWM, Eric J. *Mundos do Trabalho*. Novos estudos sobre História Operária. Tradução de Waldeia Barcelos. 5. ed. Paz e Terra, 2008; e TRINDADE, José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.

(7) Por limitações metodológicas, analisaremos apenas as relações de emprego formadas a partir do modelo de exploração produtiva fixado pela sociedade industrial, eliminando formas de trabalho anteriores, pautadas na escravidão, vassalagem ou corporação de ofício, assim como regulamentações contemporâneas afetas ao trabalho autônomo.

peças têm aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações — segundo as vetustas teses da igualdade formal e da personalidade jurídica.

Em belo texto, extraído do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico, vinculado ao Departamento de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, é possível observar como a teorização da capacidade jurídica complementa o conceito liberal-burguês de propriedade e pavimentam o caminho para a exploração capitalista da pessoa humana — ou de como a ascensão do *sujeito-proprietário* promove a nulificação do *sujeito-propriedade*:

O ser da pessoa depende, a partir de então, do ter. Ou melhor, o ser é o ter. E o ser individual realiza-se no mercado como disposição sobre si mesmo, tal qual lembra Henrique da Silva Seixas Meireles, ao citar John Locke: ‘eu não seria proprietário da minha pessoa, a saber, da minha alma e do meu corpo, se não fosse também livre de dispor dela e reconhecido por todo corpo social como apto a fazê-lo’ [...]. Deste modo, identificando um processo de reificação das relações pessoais, em que o sujeito de direito é livre e somente o indivíduo concreto é obrigado, compreende-se como ao homem é dada a possibilidade de ceder-se como coisa através de um contrato, vender sua própria energia, sua própria capacidade, seu poder criativo, sem formalmente alienar-se como homem. Esta situação irá progressivamente agravar-se com a emergência de um novo *ius mercatorium*, não mais afeto à satisfação das necessidades, mas preocupado unicamente com a obtenção de nova riqueza.⁽⁸⁾

(8) CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Umberto. Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade: impossibilidade de proteção de novos valores e fatos a partir de velhos institutos, p. 21-40. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths [et al.] (Org.). *Apontamentos críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007. p. 28-29.

É dizer, a doutrina jurídica dos séculos XVII e XVIII fixou que a pessoa tem em si uma relação de propriedade, ou seja, o domínio das coisas equivale ao domínio dos próprios atos, daí afirmar que a propriedade é fundamento indispensável ao exercício da liberdade e esta o fundamento daquela⁽⁹⁾. Nessa seara, é possível afirmar que a teoria jurídica clássica do Direito Civil esvazia axiologicamente o conceito de personalidade ao considerar sujeito de direito unicamente aquele que está apto a inserir-se nas relações jurídicas, contraindo deveres e adquirindo direitos⁽¹⁰⁾ — sobrepondo o conceito de personalidade e de capacidade, ao mesmo tempo em que se exclui a dignidade humana da apreciação teórica.

A construção da personalidade e da capacidade jurídica voltadas, exclusivamente, para aquisição de propriedade resultou numa supervalorização do contrato, consagrando a utilização deste negócio jurídico para reger as relações de emprego, colocando a vontade no eixo gravitacional das relações jurídicas⁽¹¹⁾.

Seguindo o paradigma obrigacional vigente à época, as relações juslaborais na França passam

(9) *Ibidem*, p. 29.

(10) Para uma exposição da teoria civilista clássica, veja-se, por todos, LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. Vol. 1 p. 121 e ss. Já, para uma leitura contemporânea, consulte-se: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral (abrangendo os Códigos Civis de 1916 e 2002). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. I. p. 78 e ss.; e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil*. Teoria Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 91 e ss. Aliás, este último faz duras críticas aos “manuais” da matéria que insistem em reproduzir uma teoria ultrapassada para o modelo de sociedade atual e, insiste por um debate da personalidade jurídica à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

(11) A respeito do tema, Daniel Ustároz aponta: “O modo de produção mais avançado e o surgimento do capitalismo verificado nos então países mais desenvolvidos da Europa, no século XVII, foram o pano de fundo para a elaboração teórica dos jusnaturalistas e do destaque do elemento vontade.” USTÁROZ, Daniel. *Responsabilidade contratual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.

a ser regidas pelo Código de Napoleão⁽¹²⁾ (1804), adotando-se o contrato de arrendamento de obra e de indústria e a liberdade para estipular acordos de vontade válidos como contratos, baseados nos seguintes requisitos: (a) consentimento; (b) capacidade; (c) objeto e causa lícita⁽¹³⁾.

Além dos precitados modelos de contrato, outra figura assaz comum na (des)regulação das relações entre capital e trabalho foi a locação, desdobrada nos clássicos modelos: (a) *locatio operarum*, contrato pelo qual o sujeito obriga-se a prestar serviços a outrem mediante o recebimento de remuneração; (b) *locatio operis faciendi*, contrato pelo qual alguém se obriga a executar uma obra a outrem mediante remuneração⁽¹⁴⁾. Nesse sentido, permitia-se a fixação de jornada de trabalho de 18 horas diárias, incluindo o trabalho de crianças e

gestantes; o trabalho em condições insalubres, penosas e perigosas sem qualquer proteção e/ou acréscimo remuneratório etc. Tudo em nome da capacidade do sujeito (trabalhador) aceitar o contrato, de forma livre⁽¹⁵⁾.

Ao contrário do que possa parecer, a proposta de um direito civil que prescindia do direito do trabalho não ficou adstrita aos idos do século XVIII. Na Inglaterra, em finais do século XX, precisamente na década de 80⁽¹⁶⁾, Friedrich Hayek, economista do governo Margaret Thatcher defendeu com certo êxito a incompatibilidade do movimento sindical com a economia de mercado, propondo a desestabilização do coletivismo, incluindo a supressão do direito de greve⁽¹⁷⁾, das negociações

(12) Longe de ser a primeira codificação, o Código Civil Francês de 1804, o Código Napoleônico, consagrou-se historicamente, em virtude de sua universalidade e qualidade técnica. Discorrendo sobre o tema, Tom Holberg, justifica: "France was not the first to attempt a codification of its laws. The *Corpus Juris* of Justinian is the most celebrated of ancient law codes. Christian V of Denmark had promulgated a civil code (*Danske Lov*) in 1683. A civil code was enacted in Sweden (*Sverige rikes lag*) in 1736. A Prussian code, the *Allgemeines Landrecht für Preußischen Staaten*, was ordered by Frederick the Great in 1749, but was only completed in 1794. This code, with 19,187 awkwardly arranged articles, was too long and too detailed. A Bavarian code, the *Codex Maximilianeus bavaricus civilis*, was published in 1756. It was little more than a kind of table of contents to Roman law. Maria Theresa of Austria has ordered the preparation of a code (the *Codex Theresianus* of 1766, criticized as too long, too detail-ridden and too ambiguous, was not enacted), but it was not produced until 1810, going into effect on 1 January 1812. In its final form the Austrian code, the *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, was influenced by the French code. A Sardinian code was published in 1723 and revised in 1770. These codes were largely mere compilations of prior usages. None of these codes became the general law of their respective countries and none repealed local regulations and customs." Disponível em: <<http://www.napoleon-series.org>> Acesso em: 13 jun. 2008.

(13) NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p. 8.

(14) *Idem*.

(15) Amauri Mascaro Nascimento relembra que a diretriz contratual dirigiu as concepções jurídicas da época, e permanecem a influenciar a construção teórica do Direito, subsumindo as relações de emprego ao clássico contratualismo. Exemplifica, citando consagrados civilistas: Josserand e Planiol desejaram enquadrar a relação no contrato de arrendamento; Pothier, Laurent e Carnelutti o consideravam uma compra e venda, a ponto do último comparar energia elétrica e prestação de trabalho (para ele, prestação de energia psicofísica); e Chatelain e Villey, defensores do contrato de mandato. *Ibidem*, p. 8.

(16) Na mesma época, Russel Mokhiber, em crítica à frouxidão da legislação estadunidense no combate às políticas empresariais atentatórias à saúde, à integridade física e à vida dos trabalhadores, denunciava: "nos próximos trinta anos, 240 mil pessoas — 8 mil por ano, uma por hora — morrerão de câncer relacionado ao amianto; cerca de 85 mil trabalhadores têxteis algodoeiros sofrem de problemas respiratórios devido à doença do pó de algodão (pulmão marrom); cem mil mineiros morreram e 254 mil ficaram inválidos por causa do pó de carvão; em 1984 entre duas mil e cinco mil pessoas morreram e outras duzentas mil ficaram feridas, trinta a quarenta mil gravemente, quando uma fábrica associada da Union Carbide em Bhopal, na Índia, despejou gás mortal sobre a cidade. [...]". MOKHIBER, Russel. *Crimes corporativos: o poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública*. Tradução de James Cook. São Paulo: Página aberta, 1995. p. 12-13. O original, *Corporate crime and violence*, é de 1988. Refletindo sobre tais problemas de ordem labor-ambiental e apontando soluções para o cenário brasileiro: FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados de Direito Material do Trabalho*. Atualidades forenses. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006. Vol. 1, p. 111 ss.

(17) Mister lembrar que, por força de ideias liberais como esta, a greve, antes de se tornar um direito fundamental-social, foi considerada um delito. Nesse sentido,

coletivas do contrato de emprego dentre outras medidas. Dentro da ótica (neo)liberal, defendeu a não sujeição do indivíduo a quaisquer condutas coletivas numa sociedade livre⁽¹⁸⁾.

A despeito do seu efeito pernicioso para as relações de emprego, tal visão individualista de direito continua a atrair adeptos que pregam a desregulamentação das relações de emprego e o fim do direito do trabalho, em nome da autonomia da vontade — teoria que, em sua concepção liberal, encontra-se superada entre os próprios civilistas.

2.3. O Direito Civil como ordenamento antagônico ao Direito do Trabalho

A contínua e crescente incapacidade do Direito Civil para regular autonomamente as relações de emprego fez sentir-se em toda comunidade, inclusive nos civilistas mais iluminados⁽¹⁹⁾. O Direito privado e a teoria do direito civil perdem a sua supremacia nos anos 20 do século XX. “A destruição dessa antiga imagem de sociedade foi anunciada com a dissolução da unidade sistemática do direito civil através da autonomização em domínios particulares precisamente dos campos socialmente mais significativos do direito civil”.⁽²⁰⁾ A exploração

inexorável da força de trabalho humano, a sujeição às piores condições de vida e trabalho, o crescente movimento operário e sindical consolidava a necessidade de uma legislação própria às relações envolvendo o contrato de emprego, conferindo limites ao capitalismo.

Em obra pioneira da literatura jurídica nacional, Evaristo de Moraes sintetiza: “[...] — dada a desigualdade de forças, a liberdade sem freio constitui causa fatal de usurpação e de opressão. E deste princípio surge a necessidade de se precisarem certas condições de trabalho assalariado, pondo de parte o respeito fetichístico da liberdade”.⁽²¹⁾

Nesse clima de decadência da universalidade regulatória do Código Civil, surgem as primeiras legislações aptas a mitigar a exploração do capital sobre a força de trabalho humano — após muitas perdas e sofrimento da classe trabalhadora. Assim, nasce e se desenvolve a ideia de antagonismo entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho⁽²²⁾.

Na França, crescia a denominada legislação industrial, fruto de uma crescente intervenção legislativa, incompatível com o direito civil de antanho, alimentando um antagonismo falacioso que desconsiderava toda a construção jurídica do Direito Civil, que, ainda que inaplicável na totalidade, tinha muito a oferecer ao mundo do trabalho.

A impossibilidade de conciliar a aplicação de quaisquer regras civilistas nos contratos de emprego foi desde logo desfeita, assevera Amauri Mascaro, pelo jurista Mario de La Cueva⁽²³⁾. O professor mexicano adverte para

conferir, por todos: VIANNA, José de Segadas. *Greve*. Rio de Janeiro: Renovar: 1986.

(18) NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p. 8.

(19) Tomemos o exemplo de W. Hedemann (*Das bürgerliches Recht und die neue Zeit*, 1920, p. 19), citado por Gurvitch: “nosotros buscamos con el sudor de nuestra frente nuevas categorías de derecho, para volver a encontrar la posibilidad de contener las olas agitadas de la vida jurídica contemporánea.” GURVITCH, Georges. *La idea del Derecho Social*. Traducción de José Luis Monero Pérez. Granada: Comares, 2005. p. 3. Ao longo da obra, há vasta citação da doutrina civil do início do século XX que se desdobrava sobre a necessidade de socializar determinados institutos.

(20) WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 628. O Direito do Trabalho deu o primeiro passo para o desmoronamento da universalidade do Código Civil. Tomemos, na atualidade, o exemplo do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) que regula contratos e obrigações com base em princípios próprios, de forma a maximizar a tutela da dignidade

da pessoa humana, em clara oposição às teorias jurídicas clássicas civilistas. Em todos esses movimentos de repulsa ao Código Civil, há nitidamente um fator comum: a despatrimonialização do tratamento legal da pessoa humana. É o encontro da lei com a filosofia de Kant: coisas têm preço, pessoas têm dignidade.

(21) MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de Direito Operário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 17. A publicação da primeira edição data de 1905.

(22) NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p. 8.

(23) *Idem*, p. 8.

a unicidade do ordenamento jurídico estatal, fato que impossibilita a contradição permanente entre as legislações — embora seja natural que as leis pendam para a adoção de tal ou qual ideologia, entretanto, sem comprometer a unidade e sistematicidade da ordem jurídica nacional. Em palavras do próprio de La Cueva:

En el correr de su historia y no obstante algunas doctrinas que hablan todavía de su escisión, consecuencia de la creencia de que sus normas e instituciones pertenecen parte al derecho privado y parte al derecho público, *el derecho del trabajo ha devenido un estatuto unitario*, una congerie de principios que proceden de un mismo fundamento, que son las necesidades materiales y espirituales de la clase trabajadora e de sus miembros y una finalidad que es siempre la misma: *la justicia social que ama para todos los trabajadores una existencia digna de la persona humana*⁽²⁴⁾. [itálicos no original]

Prescindir das utilidades do Direito Civil pode causar tantos inconvenientes como ignorar a legislação trabalhista. Isso porque, por melhor que regulamente as relações entre empregador e empregado, a legislação laboral não traz em si a tutela de direitos individuais, mormente as espécies de direito da personalidade, verdadeiras liberdades públicas que encontram na evolução da civilística o tratamento adequado, especialmente na contemporaneidade.

Seria impossível ao Direito do Trabalho regular toda a matéria sobre o direito à vida, à integridade física, ao corpo, às partes separadas do corpo, ao cadáver, à imagem, à voz, à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica, ao segredo, à identidade, à honra, ao respeito, às criações intelectuais⁽²⁵⁾. Todos os temas há tempos regulados pela legislação civil e que encontram na universalidade da lei comum a dose certa de tutela, porquanto aplicáveis ao

cidadão em qualquer momento de sua trajetória, seja nas relações obrigacionais, contratuais, familiares, empregatícias etc.

Por certo, quando necessário, a lei trabalhista regula a matéria especialmente, sempre com o objetivo de maximizar a tutela da pessoa humana.

2.4. O Direito Civil como direito subsidiário do Direito do Trabalho

A concepção do Direito Civil como subsidiário ao Direito do Trabalho decorre da compreensão de que o direito trabalhista é especial sendo o civil comum, podendo-se afirmar que a legislação civil em relação à trabalhista contém caráter complementar. Referida concepção foi consagrada pela Consolidação das Leis do Trabalho⁽²⁶⁾, falando a doutrina em direito subsidiário trabalhista.

A aplicação subsidiária da lei civil segue, portanto, duas *premissas hermenêuticas*, a saber: a) lacuna no sistema legal-trabalhista; e b) compatibilidade entre a norma de Direito Civil e os princípios do Direito do Trabalho (proteção, primazia da realidade, irrenunciabilidade e proporcionalidade)⁽²⁷⁾.

(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 do 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 que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. [destacamos]. Incluindo a previsão processual equivalente: “Art. 769 — Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as noras deste Título.”

(27) “Dizer que essas duas condições têm aferição estritamente hermenêutica significa reconhecer que, na prática, a identificação de lacunas e o juízo de compatibilidade são tarefas que geralmente exigem especiais esforços do intérprete, não raro alimentados pela sua predisposição ideológica (no sentido de transigir ou não com a norma exógena) e pelos vínculos culturais. Às questões de aplicação subsidiária do

(24) DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. 21.ed. México: Porrúa, 2007. Tomo I. p. 93.

(25) BITTAR, Carlos Eduardo. *Os Direitos da Personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

De tal modo, há certo consenso na doutrina em apontar o *direito das obrigações* como o principal instrumento civil a ser utilizado na solução das demandas trabalhistas, além da parte geral do Código Civil — especialmente, a *teoria dos atos e dos fatos jurídicos* — e certas normas gerais da *teoria dos contratos*, dentre outras possibilidades⁽²⁸⁾. Entretanto, entendemos que a relação entre esses importantes campos do direito supera, em parte, a mera subsidiariedade, tendo em vista as complexas necessidades de regulamentação das relações entre particulares numa sociedade pós-industrial. É a partir desse posicionamento teórico que teceremos nossos comentários no tópico a seguir.

2.5. O Direito Civil como direito subsidiário e como fundamento teórico aplicável ao Direito do Trabalho⁽²⁹⁾

O Direito do Trabalho concebido como conjunto de normas e princípios que regula

Direito Civil geralmente não impõe o axioma *in claris cessat interpretatio* — máxima refutada, ademais, pela moderna teoria jurídica, para a qual não há norma que prescindir de interpretação. É compreensível, portanto, que juristas de diversas linhagens partam dos mesmos pressupostos (*i. e.*, da mesma situação de fato e das mesmas fontes formais do Direito) e concluam de modo diametralmente oposto aqui pela sua aplicação subsidiária da norma civil e, ali, pela sua não aplicação.” (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados de Direito Material do Trabalho*. Atualidades forenses..., p. 90.)

- (28) NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p. 9. DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 78. BELTRAN, Ari Possidonio. A relação do Direito do Trabalho com os demais ramos da Ciência Jurídica. p. 155-167 In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de Direito do Trabalho*. Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007. Vol. I, p. 165.
- (29) O artigo do Professor Amauri Mascaro Nascimento, citado ao longo do texto e fonte primeira de consulta e inspiração, trata do tema como “fundamento teórico adaptável”. *Data maxima venia*, discordamos em parte e utilizaremos o termo aplicável, pois, entendemos que o momento teórico do Direito Civil — sob os influxos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Lei n. 10.406/2002 — visa construir relações jurídico-privadas aptas a adequar toda relação interindividual com os efeitos sociais dela decorrentes,

as relações de emprego buscando a melhoria da condição social e econômica do empregado é especial em relação ao Direito Civil, ou seja, normatiza relações jurídicas específicas — a relação jurídica entre empregador e empregado —, enquanto as regras civis regulamentam relações jurídicas básicas — afetas a quaisquer cidadãos independentemente da manutenção dum liame obrigacional específico. Assim, cabe à lei civil regular dentre outras matérias: o início da capacidade civil, a fixação do domicílio, as espécies de direitos da personalidade, o estado de filiação, os direitos sucessórios, as regras de responsabilidade.

É natural, pois, que as regras gerais aptas a regulamentar as relações jurídicas básicas existentes na vida dos particulares incidam, também, quando estes encontrarem-se ligados por uma relação de emprego, naquilo que se compatibilizarem com as finalidades e princípios juslaborais.

Tal constatação ganha importância quando analisamos a (re)construção de um direito destinado à consecução da justiça social, vinculada ao respeito da dignidade da pessoa humana, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Referida orientação constitucional conduz a uma consagração do homem não só como pessoa, mas como cidadão, como trabalhador, como administrado etc., propiciando uma “*integração pragmática*” dos direitos fundamentais⁽³⁰⁾. Ocorre, então, uma orientação normativa de base antropológica⁽³¹⁾ que busca conferir unidade axiológica

zelando por um direito socializado, compatível com os valores fundamentais da República (em especial, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho).

- (30) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 248.
- (31) Expressão de J. J. Gomes Canotilho, que ao lecionar a respeito da Constituição Portuguesa, profere: “A Constituição da república, não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma *base antropológica* constitucionalmente estruturante do Estado de direito (cf. CRP, art. 1º: “Portugal é uma República soberana baseada na *dignidade da pessoa humana*”; art. 2º:

e coesão a uma tutela jurídica pulverizada em microssistemas normativos: Códigos, Tratados Internacionais, legislações esparsas, contratos coletivos, dentre outras *emanações normativas muitas vezes conflitantes*.

Reconhecendo essa pluralidade de fontes do direito e objetivando maximizar a tutela dos direitos fundamentais nas relações de emprego⁽³²⁾, “*ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo*”.⁽³³⁾

Diante da complexidade do cenário jurídico-positivo atual, importa reconhecer que o Código Civil pode atuar — e atua — além da relação subsidiária, pois, regulamenta temas

convergentes ao Direito do Trabalho de forma a aumentar a garantia dos direitos fundamentais tutelados na relação de emprego⁽³⁴⁾. Isso decorre de uma superação da visão “perfeita” ou “moderna” em que os critérios para resolver os conflitos de lei seriam apenas três: *anterioridade, especialidade e hierarquia*.

“sem um momento posterior à decodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional⁽³⁵⁾ do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não coerência’.”⁽³⁶⁾

A solução sistemática num cenário pós-industrial pretende, assim, substituir a superação

“A República Portuguesa é um Estado de direito democrático baseado no respeito e na *garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais*”. *Idem, ibidem*, p. 248. [destaques no original]

(32) Isto é, garantir-lhe direitos de primeira dimensão (individuais e políticos), de segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais) e direitos de terceira dimensão (direitos de solidariedade e fraternidade). Impende, também, a partir da doutrina da Ingo Wolfgang, baseado em Paulo Bonavides, reconhecer uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, composta pelo direito à democracia (direta), à informação e ao pluralismo, integrando a tutela das manipulações genéticas, das mudanças de sexo e de outras situações decorrentes do conflito entre o avanço tecnológico e a proteção dos valores ocidentais contemporâneos. SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 60-61. Versando sobre os impactos do avanço tecnológico e seu conflito com a tutela da dignidade da pessoa humana, especialmente sobre suas repercussões na teoria do processo, veja-se, FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana*. Cooperação e proporcionalidade em provas condicionadas à disposição física da pessoa humana (abordagem comparativa). São Paulo: LTr, 2007. Sobre a tutela do patrimônio genético, privacidade e integridade física dos empregados, confira-se, especialmente, o capítulo 3, item 3.4.2, em que há interessante estudo sobre a aplicação de testes genéticos no *iter* da contratação laboral bem como em sua execução.

(33) MARQUES, Cláudia Lima. Introdução. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: o diálogo entre as fontes, p. 26-58. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Vasconcelos Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 26.

(34) “Efetivamente, cada vez mais se legisla nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporâneo.” *Idem, ibidem*, p. 26.

(35) A compatibilidade das teses de Jayme com o Direito do Trabalho parecem-nos claras quando analisamos o princípio da melhoria contínua da condição econômica e social do trabalhador positivado no art. 7º da CRFB (*São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social*); afinal, mais do que o respeito hierárquico, deseja a teoria juslaboral, ancorada no texto constitucional, alcançar a máxima funcionalidade do sistema, conferindo *status* de direito fundamental-social às normas que proporcionem a melhor persecução aos seus objetivos, numa clara harmonização sistemática e coerente. O mesmo efeito pode ser observado nas relações jurídicas envolvendo a tutela das crianças e dos adolescentes. Por força do princípio do melhor interesse da criança — também positivado pela CRFB/88 — a harmonização das fontes legislativas de modo a conferir-lhe coerência funcional amplia as efetividades dos direitos fundamentais envolvidos nessas relações — conferindo um *efeito útil* (tutela direitos fundamentais) aos direitos tutelados, compatibilizando a teoria com as normas cogentes do Estatuto da Criança e do Adolescente: MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame de DNA em Direito Brasileiro — Direito pós-moderno à descoberta da origem? p. 26-60. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade*. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

(36) MARQUES, Cláudia Lima. Introdução. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: o diálogo entre as fontes, p. 26-58. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Vasconcelos Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 27.

de paradigmas pela convivência de paradigmas, proporcionando a coexistência de “leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral, diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluído, mutável e complexo”.⁽³⁷⁾ Nos dizeres de Cláudia Marques: “Não deixa de ser um paradoxo que o ‘sistema’, o todo construído seja agora um plural...”⁽³⁸⁾

Nessa ensancha, a proposta de Jayme, trazida por Marques, para a solução das convergências legislativas sobre temáticas comuns é a coordenação das fontes. Ignora-se a simples retirada de uma fonte (ou de como prefere o catedrático, do monólogo) e, parte-se para a convivência normativa, para alcançar a razão do sistema. “É o atual e necessário *dialogue des sources* (“diálogo das fontes”), a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes”.⁽³⁹⁾

“Diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis-modelo), ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. *Uma solução flexível e aberta, de interpretação, ou mesmo solução mais favorável ao mais fraco da relação* (tratamento diferente dos diferentes).⁽⁴⁰⁾ [destacamos]

A autora gaúcha aponta três modalidades de “diálogos” existentes entre o Código Civil e o

Código de Defesa do Consumidor, extensíveis a nosso ver ao Direito do Trabalho⁽⁴¹⁾, oferecendo sempre a solução mais favorável ao débil da relação jurídica — em plena compatibilidade com o princípio da melhoria da condição social do trabalhador. São eles:

(I) *O Diálogo sistemático de coerência*: aplicação simultânea de duas leis, uma pode servir de base conceitual para a outra. Especialmente se uma lei é geral e a outra especial (microssistema específico).

(II) *O Diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade*: aplicação coordenada das duas leis, uma complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto. Constitui-se como antípoda à solução apregoadora da ab-rogação clássica pela superação de uma lei a outra dentro do sistema.

(III) *O Diálogo de coordenação e adaptação sistemática*: diálogo de influências recíprocas e sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei⁽⁴²⁾.

Em que pese a complexidade do tema e o fascínio por ele causado, encerraremos nesse ponto as digressões elaboradas para, a partir das disposições legais previstas no Código Civil, demonstrar como sua aplicação pode ampliar a tutela do empregado nas relações de emprego, atendendo ao disposto constitucional de maximizar a condição econômica e social dos empregados.

(37) *Ibidem*, p. 28.

(38) *Idem*.

(39) *Idem*.

(40) *Idem*. O raciocínio esposado além de constitucionalmente adequado, encontra amparo em outro importante diploma da ordem jurídica brasileira: o Decreto-Lei n. 4.675/1942 que determina a aplicação da Lei com vistas aos seus fins sociais e às exigências do bem comum, ou seja, a solução que aumenta a tutela da dignidade humana e promove a igualdade material nas relações jurídicas.

(41) No mesmo sentido: TARTUCE, Flávio. Diálogos entre o direito civil e o direito do trabalho, p. 25-64. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito Civil. Direito Patrimonial e Direito Existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006.

(42) MARQUES, Cláudia Lima. Introdução. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: o diálogo entre as fontes, p. 26-58. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Vasconcelos Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 30 e ss.

3. Princípios da codificação civil aplicáveis às relações de emprego

3.1. Considerações iniciais

O Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406, de 2002, constitui-se uma legislação de caráter eminentemente social. Se o revogado Código Civil de 1916 seguia uma trilha patrimonialista de inspiração napoleônica, a legislação de 2002 veio romper esse paradigma e introduzir no Brasil uma legislação principiologicamente compatível com a Constituição da República de 1988 — ao menos em grande parte. De tal forma, elencar todos os dispositivos que objetivam reduzir os impactos da desigualdade econômica nas relações entre particulares seria uma tarefa impossível dentro dos fins desse trabalho⁽⁴³⁾.

Esperamos que o trato panorâmico demonstre como o Código Civil de 2002, interpretado de forma coordenada com a Consolidação das Leis do Trabalho e com a Constituição da República, sistematiza a proteção da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares, protegendo-a do abuso de poder econômico.

3.2. Os Princípios da Codificação

Nas palavras de Miguel Reale, a substituição de um Código Civil por outro não se reduz à troca de uma lei por outra, pois significa acima de tudo uma mudança de paradigmas — *“conjunto de ideias mestras que torna necessário proceder à revisão de muitas teses havidas como assentes, quer para substituí-las, quer para retificá-las”*⁽⁴⁴⁾.

Na hipótese do Código Civil, trata-se da superação de um paradigma de produção

jurídica liberal-positivista, de inspiração napoleônica, construído para um país predominantemente agrícola, numa época em que 80% da população vivia em áreas rurais, que impunha soluções jurídicas formalistas — por exemplo a relativa capacidade civil das mulheres. De tal forma, a codificação distingue-se pelo seu caráter socializante, sobrepondo valores sociais ao individualismo liberal de antanho. O próprio Reale sempre ressaltou os princípios ou regramentos básicos que sustentam a codificação privada emergente. Vamos a eles:

3.2.1. O Princípio da Eticidade

O princípio da eticidade demonstra a preocupação da Comissão dirigida por Miguel Reale em superar o formalismo jurídico presente na codificação de 1916 em virtude da influência dos valores sociais do século XIX, do Direito tradicional português e da Escola dos Pandectistas⁽⁴⁵⁾, dominada pelo tecnicismo do Direito Romano.

Em que pese os valores presentes nas citadas escolas jurídicas é indeclinável reconhecer na atualidade, a necessidade de um ordenamento jurídico preocupado com os *valores éticos* da

(43) Cabe aqui referenciar a obra de Edilton Meireles que, apesar da concisão, apresenta uma visão interessante dos principais institutos advindos com a nova codificação aplicáveis ao Direito do Trabalho. MEIRELES, Edilton. *O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

(44) REALE, Miguel. Prefácio. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

(45) “Apesar da aparência externa do seu programa e apesar de muitas contribuições individuais de natureza histórico-jurídica, a Escola Histórica do direito aplicou a maior parte de seu vigor espiritual à construção de uma civilística sistemática; ela tornou-se — de acordo com o título dos seus manuais mais característicos — numa “pandectística” ou ciência das “pandectas”. Prosseguiu, assim, a orientação formalista, aberta por Anselm Feuerbach e pela teoria metodológica do jovem Savigny, e que transportou para a matéria do direito comum a construção sistemática e conceitual do anterior jusracionalismo. A justificação programática para esta missão deu-a Puchta quando (na sequência do “Beruf” de Savigny atribui à “cientificidade” da ciência jurídica da actualidade e ao jurista dela formado um monopólio da aplicação e desenvolvimento do direito. Para Puchta, era também correcto deduzir novas formas a partir do “desenvolvimento” dos conceitos lógicos e legitimar-se assim o processo “de construção do direito” da jurisprudência construtiva. Seguidamente, sobretudo Jhering, Gerber e Laband prosseguiram na elaboração do método construtivo da pandectística e transportaram-na para outras disciplinas, sobretudo para o direito público.” WIACKER, Franz, *op. cit.*, p. 491-492.

sociedade e não apenas com a técnica. Dessa preocupação, surge o princípio da eticidade conferindo à nova codificação civil a opção de normas genéricas (cláusulas gerais), desprovidas do rigorismo conceitual, a fim de permitir a criação do direito por seus aplicadores⁽⁴⁶⁾, ou seja, reconhece-se que a norma jurídica é sempre fruto da interpretação do texto (enunciado normativo) e não o texto em si mesmo.

3.2.2. O Princípio da Socialidade⁽⁴⁷⁾

Se quando promulgado o Código Civil de 1916 a esmagadora maioria da população vivia no meio rural, hoje tal quadro sofreu um giro de cento e oitenta graus. O povo brasileiro é predominantemente urbano e, para além da mudança geográfica, há que se ter em mente a revolução dos meios de comunicação que incrementam a constante interação entre indivíduos nos meios urbanos. Daí a necessidade do predomínio do social sobre o indivíduo⁽⁴⁸⁾. Um dos maiores exemplos da superação do individualismo e da supremacia do direito de propriedade pelo princípio da socialidade encontra-se nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código. Vejamos:

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela tiverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevantes.

(46) REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. In: *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 808, p. 11-19, 2003. p. 14.

(47) Aliás, sobre a função de Miguel Reale na criação do Código: “[...] seja-me permitido esclarecer qual foi minha participação pessoal na feitura do Projeto, a começar pela tarefa de reunir, em *unidade sistemática*, as partes atribuídas a cada um dos demais membros da Comissão. Tratava-se, em suma, de coordenar entre si os projetos parciais, de modo a não haver divergências ou conflitos de ideias. É claro que, nessa delicada tarefa, não podia deixar de formular propostas substitutivas ou de oferecer emendas aditivas para preencher possíveis lacunas”. *Ibidem*, p. 12.

(48) *Ibidem*, p. 14.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores.

Miguel Reale aponta para o poder expropriatório do juiz na hipótese acima, fato inédito nas leis brasileiras⁽⁴⁹⁾.

3.2.3. O Princípio da Operabilidade

A adoção do princípio da operabilidade pela codificação civil de 2002 objetiva “*estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do direito*”⁽⁵⁰⁾.

De tal modo, buscou-se eliminar dúvidas existentes no Código Civil anterior. Miguel Reale cita como exemplo a distinção entre prescrição e decadência, mitigando os prejuízos práticos causados pela antiga confusão. Outra importante modificação decorrente da preocupação prática da legislação na vida em sociedade foi a diminuição da maioridade civil de 21 (vinte e um) para 18 (dezoito) anos, o que ocasionou, também, a diminuição da responsabilidade relativa. Há que se mencionar, ademais, a dispensa das formalidades no direito empresarial, permitindo a utilização dos modernos meios eletrônicos.

Em síntese, o princípio da operabilidade tem em vista aproximar o Código do cotidiano em sociedade, reduzindo formalismos e dinamizando a legislação para acompanhar as velozes mudanças sociais do século XXI.

4. Conclusão

(I) O Direito do Trabalho origina-se no Direito Civil e dele, pioneiramente, se desvincula com vistas a desenvolver uma teoria jurídica que salvguarde a dignidade da pessoa humana dos abusos do poder econômico, incrementados pelo mito da igualdade formal entre os homens;

(49) *Ibidem*, p. 15.

(50) *Idem*.

(II) O movimento de ruptura iniciado pelo Direito do Trabalho expõe as feridas da pretensa universalidade do Código Civil. Tem início, assim, um movimento histórico-dogmático de desmoronamento da clássica teoria civilista, que implica na decodificação de assuntos tradicionalmente afetos ao Direito Civil;

(III) O Direito Civil, em crise, reestrutura-se com um foco social, objetivando impedir a superposição do patrimônio sobre a pessoa humana. Essa matriz dogmática é apreendida pelo recodificador brasileiro que, ao desenvolver o Código Civil, promove uma série de mudanças legislativas tendentes a socializar um *Codex* tradicionalmente liberal;

(IV) A aplicação do Direito Civil ao Direito do Trabalho é otimizada pela teoria do “diálogo entre as fontes” ao construir um discurso jurídico pautado na coerência na aplicação das leis. Propõe-se, dessa arte, uma interpretação sistemática/harmonizadora das plúrimas fontes normativas, alcançando-se a máxima proteção ao débil da relação jurídico-privada;

(V) O Direito Civil, em seu novo paradigma, oferece ao Direito do Trabalho um tratamento legal sistematizado e coerente na solução de problemas complexos, omitidos ou insuficientemente regidos na CLT. Aplicar o Direito Civil às relações de emprego hodiernamente significa potencializar a busca da melhoria da condição social e econômica do trabalhador, protegendo a dignidade humana dos abusos econômicos e sociais.

5. Referências bibliográficas

BELTRAN, Ari Possidonio. A relação do Direito do Trabalho com os demais ramos da Ciência Jurídica. p. 155-167 In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de Direito do Trabalho*. Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007. Vol. I. BITTAR, Carlos Eduardo. *Os Direitos da Personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Umberto. Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade: impossibilidade de proteção de novos valores e fatos a partir de velhos institutos, p. 21-40 In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths [et al.] (Org.). *Apontamentos críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007.

DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. 21. ed. México: Porrúa, 2007. Tomo I.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil*. Teoria Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados de Direito Material do Trabalho*. Atualidades forenses. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006. Vol. 1.

_____. *Tópicos avançados de Direito Material do Trabalho*. Abordagens Multidisciplinares. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006. Vol. 2.

_____. *Direito à prova e dignidade humana*. Cooperação e proporcionalidade em provas condicionadas à disposição física da pessoa humana (abordagem comparativa). São Paulo: LTr, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral (abrangendo os Códigos Civis de 1916 e 2002). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. I.

GURVITCH, Georges. *La idea del Derecho Social*. Traducción de José Luis Monero Pérez. Granada: Comares, 2005.

HOBBSAWM, Eric J. *Os Trabalhadores*. Estudos sobre a História do Operariado. Tradução de Marina Leão T. V. de Medeiros. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *Mundos do Trabalho*. Novos estudos sobre História Operária. Tradução de Waldea Barcelos. 5. ed. Paz e Terra, 2008.

HOLBERG, Tom. *Napoleon-series*. Disponível em: <<http://www.napoleon-series.com>> Acesso em: 13 jun. 2008.

- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. Vol. 1.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. A relação de emprego. São Paulo: LTr, 2008. Vol. II.
- MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame de DNA em Direito Brasileiro — Direito pós-moderno à descoberta da origem? p. 26-60. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade*. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. Introdução. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: o diálogo entre as fontes, p. 26-58. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Vasconcelos Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELES, Edilton. *O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- MOKHIBER, Russel. *Crimes corporativos: o poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública*. Tradução de James Cook. São Paulo: Página aberta, 1995.
- MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de Direito Operário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Princípios gerais do novo Código Civil e seus impactos no Direito do Trabalho. In: *Revista do Advogado*. Seis décadas de CLT e o novo Código Civil, São Paulo, ano XXIII, v. 1, n. 70, p. 7-10, 2003.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 1993.
- REALE, Miguel. Prefácio. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo, Saraiva. 2002.
- _____. Visão Geral do Novo Código Civil. In: *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 808, p. 11-19, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- TARTUCE, Flávio. Diálogos entre o direito civil e o direito do trabalho, p. 25-64. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito Civil*. Direito Patrimonial e Direito Existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TRINDADE, José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.
- USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade contratual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- VIANNA, José de Segadas. *Greve*. Rio de Janeiro: Renovar: 1986.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de Antônio Manuel Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

Responsabilidade (objetiva) do empregador

Almiro Eduardo de Almeida^(*) e Valdete Souto Severo^(**)

Resumo:

- ▶ Este artigo tem a finalidade de debater a questão da responsabilidade do empregador em situações relativas à saúde do trabalhador e à intermediação de força de trabalho sob a forma de terceirização. Propõe-se a defesa de uma teoria trabalhista da responsabilidade, na qual o empregador responde sempre de modo objetivo pelos danos causados aos empregados e cujo fundamento encontra-se no art. 2º da CLT.

Palavras-chave:

- ▶ Responsabilidade — Terceirização — Empregador — Culpa — Acidente de trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A responsabilidade do empregador nas hipóteses de terceirização
- ▶ 3. A responsabilidade do empregador em relação à saúde do empregado
- ▶ 4. Aspectos processuais relacionados à responsabilidade do empregador no âmbito da relação de trabalho
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A responsabilidade do empregador no âmbito da relação de trabalho parece, à primeira vista, estar claramente delineada no art. 2º da CLT, quando conceitua esse sujeito da relação jurídica de emprego como sendo quem “assume os riscos da atividade econômica”. Ainda assim, é cada vez mais controvertido o âmbito dessa responsabilidade. Verifica-se na prática

trabalhista uma dificuldade inusitada em lidar com o conceito, especialmente quando o assunto diz com acidentes e doenças produzidas ou agravadas no ambiente de trabalho.

Embora já em 1919 Evaristo de Moraes, em obra cuja leitura é indispensável, tenha defendido a responsabilidade objetiva do empregador nas hipóteses de dano à saúde do empregado em razão do trabalho, ainda

(*) Juiz do Trabalho da Quarta Região, Professor da FEMARGS – Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RS, Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela UNISC.

(**) Juíza do Trabalho da Quarta Região, Professora da FEMARGS – Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RS, Mestre em Direitos Fundamentais pela PUC/RS, Doutoranda em Direito do Trabalho pela USP.

predomina em nossos tribunais o entendimento de que é necessária a prova de culpa.

O presente artigo não pretende se limitar à análise da responsabilidade em caso de acidente ou doença, nem aprofundar essa matéria. A pretensão é mais ampla e, ao mesmo tempo, por consequência, mais incompleta. Pretendemos apresentar elementos para a construção de uma teoria da responsabilidade objetiva do empregador, seja em razão de danos à saúde física ou mental do empregado, seja em face dos demais direitos trabalhistas.

Um dos pressupostos da teoria que se pretende sustentar é a de que a integridade da saúde física e mental do empregado, assim como a manutenção de um ambiente de trabalho salubre e seguro constituem direitos tipicamente trabalhistas. Assim como também o são os direitos decorrentes de sua personalidade, tais como sua integridade moral, sexualidade sadia e existência digna – direitos cuja violação vem sendo denominada pela doutrina e jurisprudência como assédio moral, assédio sexual e dano existencial, respectivamente. Todos integrantes do patrimônio jurídico do trabalhador, cujo dever de proteção incumbe ao Estado e ao empregador (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Pretendemos questionar a insistência dogmática em buscar no direito comum, no direito ambiental ou em outras áreas, respostas que o Direito do Trabalho já nos oferece. A CLT é suficiente, como norma jurídica, para apoiar a construção de uma teoria própria da responsabilidade do empregador no âmbito da relação de trabalho. Uma responsabilidade que não é apenas contratual (a par das discussões acerca da natureza da relação que se estabelece entre trabalhador e tomador dos serviços) e que, sem dúvida, prescinde do elemento culpa.

Note-se: a responsabilidade objetiva de forma ampla decorre do próprio texto legal. Quando o art. 2º da CLT estabelece que o empregador assume “os riscos da atividade econômica” emprega a expressão no plural e

de forma genérica, justamente para evidenciar que todos os riscos que envolvam direta ou indiretamente a atividade econômica devem ser assumidos pelo empregador.

Assumir os riscos, aqui, significa justamente ser responsável por todos os danos que decorram de sua atividade econômica, incluindo aí a atividade laboral que nela se integra de forma participativa, conforme a mais atual percepção do fenômeno da subordinação na relação de emprego. O art. 2º, portanto, encerra uma cláusula geral de responsabilidade patronal. A expressão — justamente por se apresentar no plural e de forma genérica — abrange tanto os riscos inerentes ao próprio negócio, quanto os riscos a ele alheios. A distinção que a doutrina laboral vem fazendo entre risco sistêmico e risco tópico, portanto, torna-se mesmo irrelevante.

Em sua peculiar informalidade, a Consolidação novamente aqui potencializa a proteção à figura do empregado. O caráter quase coloquial da expressão “assumir os riscos” enfatiza a amplitude da responsabilidade patronal nos danos sofridos pelo empregado.

Neste artigo, defenderemos a existência dessa cláusula geral de responsabilidade, a partir de duas situações que têm desafiado o Poder Judiciário Trabalhista. A questão da responsabilidade diante do dano que decorre de acidente ou doença profissional e aquela da responsabilidade que decorre da própria exploração da força de trabalho, por intermédio de interposta pessoa jurídica (terceirização). Trataremos, por fim, de alguns aspectos processuais dessa concepção abrangente de responsabilidade do empregador.

2. A responsabilidade do empregador nas hipóteses de terceirização

A cláusula geral inserta no art. 2º da CLT determina a compreensão de que a responsabilidade é de quem emprega mão de obra alheia. Nesse tópico, propomo-nos a examinar essa responsabilidade em relação ao que se

convencionou denominar terceirização de mão de obra.

O fenômeno social que invade as relações de trabalho, buscando nitidamente desconfigurá-las, por certo sequer foi imaginado pelo legislador de 1943. Isso, entretanto, não desqualifica a interpretação/aplicação da norma de forma atualizada, tendo presente a coerência com o momento histórico em que estamos (Gadamer). A noção de empregador deve hoje, portanto, ser estendida para abarcar todos aqueles que efetivamente empreguem (ou seja, utilizem em sua atividade econômica) mão de obra alheia.

Esse empregador — ainda que não admita, assalarie e dirija diretamente o indivíduo que emprega — deve assumir os riscos de sua atividade econômica.

A terceirização de serviços é tão somente uma nova forma de administração da empresa, e assim deve ser compreendida. O modelo clássico de organização industrial, idealizado pelo empresário estadunidense Henry Ford, compreendia a fábrica como uma estrutura piramidal, rigidamente hierarquizada e verticalizada. Nesse sistema, uma mesma fábrica, organizada em linhas de produção, compreendia todo o processo de fabricação de um produto. Por isso, identificava-se facilmente o empregador (o dono da fábrica).

Após a Segunda Guerra Mundial, surge um novo modo de organização da produção industrial. Criado originariamente nas fábricas japonesas da Toyota, esse novo modo de organização produtiva distingue-se do fordismo por produzir apenas o necessário, reduzindo ao máximo os estoques e o número de empregados necessários à fabricação. Ao mesmo tempo, pulveriza as unidades de produção, substituindo a estrutura hierarquizada sob um único comando, em uma estrutura em rede.

A própria noção de fábrica cede lugar ao conceito de montadora. Em uma mesma empresa (entendida no seu sentido tradicional

como atividade produtiva de bens) verificam-se, agora, diferentes pessoas jurídicas: diversos fabricantes das diferentes partes do produto e uma montadora. Em que pese a diversidade de pessoas jurídicas, a empresa entendida no seu sentido tradicional continua sendo uma, como é o caso da Toyota, fabricante de veículos.

A par de ser uma nova forma de organização da atividade econômica, como acima referido, o fenômeno da terceirização afeta direitos trabalhistas, precariza as relações de trabalho, gera segregação e exclusão social. Justamente pela série de lesões que ocasiona aos direitos dos trabalhadores, os danos decorrentes dessa fórmula de administrar empresas devem ser incluídos na cláusula geral de responsabilização de quem emprega (direta ou indiretamente) mão de obra alheia.

O fenômeno enquadra-se perfeitamente no instituto juslaboralista do grupo econômico, previsto no § 2º do art. 2º da CLT, inclusive com a noção de empregador único, desenvolvida pela doutrina e já assimilada pela Jurisprudência. Trata-se, no caso, sem dúvida, de uma empresa que, pulverizando-se em diferentes pessoas jurídicas, explora a mão de obra do trabalhador, admitindo-o, assalariando-o e dirigindo a sua prestação pessoal de serviço. É regra expressa na CLT, desde 1943, que qualquer alteração na forma de administração da empresa (ou em sua estrutura) não deve prejudicar os direitos dos trabalhadores, conforme dispõem expressamente os arts. 10 e 448 da CLT.

Tais dispositivos referem-se ao que a doutrina passou a denominar “despersonalização do empregador”: o vínculo de emprego não se dá com a pessoa (física ou jurídica), mas sim com a empresa, considerada em sua universalidade dinâmica. Tratando especificamente do *caput*, art. 2º, Arnaldo Süssekind lembra que vários autores, na época, criticaram a sua redação, por considerá-la atécnica. Cita Orlando Gomes que, 25 anos depois, reconheceria na técnica

adotada “o abandono corajoso dos conceitos civilistas”⁽¹⁾.

Claro que a admissão, o pagamento dos salários e a subordinação (no sentido subjetivo) não são realizados diretamente pela empresa “tomadora” da mão de obra. Ocorre que os velhos setores ou departamentos existentes no modelo fordista acabaram, com a estruturação reticular do toyotismo revestindo-se em diferentes pessoas jurídicas. Mesmo no antigo sistema, a admissão, o pagamento e a subordinação não se davam pelo mesmo setor, sendo as duas primeiras distribuídas ao antigo departamento de recursos humanos e a última distribuída em cada setor da empresa. Nesse sentido, a subordinação nunca foi realizada diretamente pelo empregador (“patrão”), mas sim por seus prepostos — que pelo modelo toyotista adquirem “personalidade jurídica” e uma suposta “autonomia”.

É de pontuar, ainda, que a admissão e o pagamento de salário nunca foram requisitos para a configuração do vínculo de emprego, mas sim deveres decorrentes da prestação de trabalho subordinado. A subordinação, por seu turno, há muito tempo não é mais considerada sob o aspecto subjetivo (sujeição a ordens ou a um horário de trabalho), mas sob o ponto de vista objetivo da “integração da atividade do trabalhador na atividade da empresa”⁽²⁾, cuja existência não se pode negar na relação empregado-tomador de serviços. Não faz sentido, assim, ainda hoje, falarmos em subordinação direta e indireta (na fórmula da Súmula n. 331 do TST).

Tal característica, constitutiva da relação de emprego, que faz com que a atividade do empregado — e porque dela não se separa,

a própria pessoa do trabalhador — passe a integrar a atividade econômica da empresa; já podia ser identificada nas relações de trabalho do século XIX e foi diagnosticada por Marx como um dos sentidos da alienação na relação capital/trabalho. Na terceirização, tal fenômeno não é mitigado, pelo contrário. Se na tradicional relação de trabalho capitalista ocorre uma “mediação alienada”⁽³⁾ da atividade humana, que acaba por desumanizar o homem, reificando-o, como identifica Mészáros ao analisar o conceito marxista de alienação, na terceirização, verifica-se a mediação da própria atividade de mediar, ou seja, a alienação é potencializada. É justamente essa alienação ou coisificação do homem que é traduzida pelo direito como subordinação objetiva (“participação integrativa”). Na terceirização, essa subordinação objetiva é duplicada: o mesmo empregado passa a ser subordinado a dois empregadores.

Após expor com toda sua acuidade o mal que a terceirização causa aos trabalhadores, fazendo com que “sejam tratados como coisa, ou simplesmente não [sejam] vistos”, Souto Maior passa a defini-la como “a técnica moderna para o cometimento do crime perfeito contra os direitos dos trabalhadores e o desrespeito à sua condição humana”. Conclui que “não há compatibilidade entre a vigência do Direito Social e a estratégia da terceirização, que, assim, deve ser conduzida, necessária e consequentemente, à órbita do ilícito”⁽⁴⁾.

Em obra anterior, o mesmo autor já sustentava que “o direito do trabalho possui instrumentos jurídicos para impedir que essa técnica administrativa sirva como obstáculo à efetividade das normas sociais”⁽⁵⁾ e vislumbra a possibilidade de configuração de grupo

(1) BIAVASCHI, Magda Barros. *O direito do trabalho no Brasil – 1930 a 1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr/Justa – Associação Luso-brasileira de Juristas do trabalho, 2007. p. 119, nota de rodapé 165.

(2) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005, *passim*.

(3) MÉSZÁROS, István. *A teoria da alienação e Marx*. São Paulo: Boitempo, 2006, *passim*.

(4) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. vol. I: parte I. São Paulo: LTr, 2011. p. 669.

(5) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 321.

econômico entre a prestadora e a tomadora de serviço, conforme sustentamos no presente trabalho.

Assim, no caso das terceirizações, a responsabilidade objetiva que decorre do art. 2º da CLT não deve ser aplicada apenas à pessoa jurídica que intermedeia a prestação de serviços, mas também a quem efetivamente emprega a mão de obra alheia, denominado eufemisticamente de “tomador de serviços”. Essa responsabilidade abrange a integralidade dos direitos que decorrem de um vínculo de trabalho e, pois, abrange inclusive questões relativas a acidentes ou doenças decorrentes ou agravadas pelo trabalho, tema que será objeto do próximo tópico.

3. A responsabilidade do empregador em relação à saúde do empregado

A preservação da saúde no ambiente de trabalho é assegurada pela Constituição de 1988, mediante regra que estabelece o dever do empregador para com a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (artigo sétimo, XXII). No mesmo sentido, a CLT determina seja dever do empregador “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho”, bem como “instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais” (art. 157).

A saúde, de acordo com o legislador constituinte originário é “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). Trata-se do que a doutrina vem denominando direito a um meio ambiente seguro de trabalho. A introjeção do conceito de ambiente de trabalho naquele de meio ambiente, como uma espécie que não se dissocia do gênero, agrega argumentos em favor da proteção intransigente à saúde do trabalhador, não apenas como dever do Estado, mas sobretudo como

dever diretamente exigível do empregador. Nos termos da Constituição de 1988, “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225).

Não há como dissociar as noções de ambiente de trabalho e de meio ambiente. Empresas que submetem trabalhadores a contato com amianto ou fumo, apenas para citar dois exemplos de produtos que, nocivos à saúde, comprometem a segurança do ambiente de trabalho, estão atingindo diretamente o meio ambiente. Comprometem a saúde da comunidade em que estão inseridos, e não apenas dos trabalhadores que contratam. A responsabilidade que daí decorre é objetiva. Seria objetiva se examinássemos a questão à luz do direito ambiental, mas o que pretendemos sublinhar é justamente que sequer precisamos recorrer às regras de direito ambiental.

A cláusula geral de responsabilidade do art. 2º da CLT já alberga a teoria do risco, encampada em 2002 pelo Código Civil (art. 927, parágrafo único) e em 1981 pela Lei de Proteção ao Ambiente (Lei n. 6.938/81)

Como dissemos em outro estudo⁽⁶⁾, é mesmo espantoso que — não obstante a previsão expressa no texto consolidado — enquanto os aplicadores do Direito do Trabalho ainda discutem a necessidade da “culpa patronal” para a configuração do dever de indenizar o trabalhador mutilado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência aplicam a teoria da responsabilidade objetiva na modalidade do risco integral para a proteção dos animais⁽⁷⁾.

(6) ALMEIDA, Almiro Eduardo de. *A responsabilidade patronal nos acidentes de trabalho: elementos para uma teoria trabalhista*. No prelo.

(7) O entendimento pela aplicação da responsabilidade objetiva na modalidade risco integral para a proteção aos animais decorre da interpretação atribuída ao art. 225 da Constituição e à Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e no § 1º

A tese que expomos aqui é justamente a de que o Direito do Trabalho, inserido que está na lógica do direito social e de uma visão social de Estado, é precursor na adoção da teoria do risco integral do empregador, sequer admitindo subdivisões tendentes a legitimar a defesa de uma responsabilidade subjetiva, em determinadas situações. A regra do art. 2º, inspirada na noção de proteção que justifica e orienta o Direito do Trabalho, não deixa margem a dúvidas.

A afirmação não é nova e vem retratada inclusive nos Enunciados de ns. 37, 38, 39, 40 e 44, da Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em Brasília, em 2007, pela ANAMATRA — Associação Nacional dos Juizes do Trabalho — e pelo TST, com o compromisso desse órgão de cúpula, de que as proposições ali aprovadas seriam posteriormente estudadas para o efeito de revisão dos entendimentos sumulados. As ementas desses enunciados são assim redigidas:

37. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

do art. 14 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. [...]” Quando propôs a emenda aditiva ao texto da Constituição Federal para prever a responsabilidade do empregador em caso de dolo ou culpa, o Deputado Constituinte Antônio Carlos Mendes Thame enfatizou: “A realidade é que o Brasil registra um dos mais altos índices de acidentes de trabalho. [...] Defendemos uma Constituição em que haja uma escala de prioridades: em primeiro lugar o homem, em segundo a produção e em terceiro a propriedade. [...] O que a emenda propõe é pouquíssimo, é quase nada. É menos do que já existe para o meio ambiente. In: OLIVERIA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005. p. 71.

38. RESPONSABILIDADE CIVIL. DOENÇAS OCUPACIONAIS DECORRENTES DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. Nas doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador é objetiva. Interpretação sistemática dos arts. 7º, XXVIII, 200, VIII, 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81.

39. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. SAÚDE MENTAL. DEVER DO EMPREGADOR. É dever do empregador e do tomador dos serviços zelar por um ambiente de trabalho saudável também do ponto de vista da saúde mental, coibindo práticas tendentes ou aptas a gerar danos de natureza moral ou emocional aos seus trabalhadores, passíveis de indenização.

40. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. EMPREGADO PÚBLICO. A responsabilidade civil nos acidentes do trabalho envolvendo empregados de pessoas jurídicas de Direito Público interno é objetiva. Inteligência do art. 37, § 6º da Constituição Federal e do art. 43 do Código Civil.

44. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. SOLIDARIEDADE. Em caso de terceirização de serviços, o tomador e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Inteligência dos arts. 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora n. 4 (Portaria n. 3.214/77 do Ministério do Trabalho e Emprego).

Nessas disposições, percebemos novamente o recurso de utilização das regras do Código Civil e da lei ambiental, como fundamentos para a responsabilidade. Desnecessárias, entretanto, tais remissões. Já temos inseridas na lógica do ordenamento jurídico laboral, desde há muito, as noções de responsabilidade objetiva, prevenção e precaução, que o direito civil, administrativo e ambiental preocuparam-se em desenvolver bem mais tarde. Na medida em que assume os riscos da atividade econômica, é dever do empregador prevenir e precaver-se

de danos que sua atividade empresarial possa ocasionar nos empregados, respondendo por eles de forma direta e objetiva. Esse é o fundamento da teoria do risco, defendida por Evaristo de Moraes em obra datada de 1919. Anterior, portanto, inclusive à dicção do art. 2º da CLT.

Souto Maior lembra que os danos decorrentes dos acidentes de trabalho representam “a questão social mais decisiva para a formação da racionalidade do Direito Social e que motivou a transformação da teoria da responsabilidade no próprio âmbito do Direito Civil”. E, após destacando que “o acidente do trabalho é um fenômeno de grave repercussão social [que] não está ligado às questões dos interesses privados, regulados pelo Direito Civil, conclui:

Então, buscar o Direito Civil e suas regras privatistas, para tratar do acidente do trabalho, e com isso negar a reparação concreta ao trabalhador acidentado, ou aos seus sucessores, representa negar toda a história das construções jurídicas que se construíram para não permitir que o capitalismo continuasse produzindo mutilados impunemente. Nega-se o importante avanço da consciência jurídica em torno desse grave problema da relação entre capital e trabalho e faz parecer um conto de fadas a própria história da humanidade.⁽⁸⁾

Por outro lado, como pondera o próprio Souto Maior, o próprio Direito Civil tem seguido a tendência de se integrar ao Direito Social. Em vista disso, a própria doutrina civilista faz lembrar que o desenvolvimento da noção de responsabilidade objetiva no direito brasileiro decorreu da injustiça de se trabalhar com a noção de responsabilidade fundada na culpa nos casos de acidentes de trabalho. Nesse sentido, Cavalieri Filho atribui à revolução industrial ocorrida no século passado um dos principais fatores que ensejaram “a nova concepção de responsabilidade civil”:

Foi no campo dos acidentes de trabalho que a noção de culpa, como fundamento da responsabilidade, revelou-se primeiramente insuficiente. Na medida em que a produção passou a ser mecanizada, aumentou vertiginosamente o número de acidentes, não só em razão do despreparo dos operários mas, também, e principalmente, pelo empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. O operário ficava desamparado diante da dificuldade – não raro, impossibilidade – de provar a culpa do patrão. A injustiça que esse desamparo representava estava a exigir uma revisão do fundamento da responsabilidade civil⁽⁹⁾.

O curioso aqui é que, dando-se conta da injustiça de se aplicar uma teoria da responsabilidade fundada na culpa para os casos de acidentes de trabalho, o Direito Civil tenha evoluído, enquanto o Direito do Trabalho continua estagnado, exigindo a evidência da culpa do empregador para configurar a sua responsabilidade. Não conseguindo perceber o que o ordenamento jurídico-trabalhista nos impõe, nós, intérpretes aplicadores do Direito do Trabalho, continuamos realizando as injustiças já percebidas e denunciadas por doutrinadores civilistas.

Ao contratar, explorando tempo de vida e força de trabalho, para com isso obter vantagem financeira, o empregador assume o risco do resultado lesivo que seu empreendimento pode provocar nos seres humanos que emprega. É importante perceber que a teoria do risco prevista no Código Civil de 2002 apenas ratifica a compreensão de responsabilidade prevista na CLT. Trata-se do resultado de um movimento denominado de constitucionalização do direito civil, que pretende a aproximação dessas regras à lógica de um Estado Social, que a legislação trabalhista inaugura de forma sistemática no século XX.

(8) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. vol. I: parte I. São Paulo: LTr, 2011. p. 682.

(9) CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade de civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 151.

É importante perceber isso: há uma mudança de paradigma, que no Brasil pode ser identificada na Constituição de 1988, pela qual a solidariedade assume o lugar da vontade e a finalidade social passa a ter um papel especial nessa espécie de pacto entre o liberalismo e o solidarismo social. Um pacto que já está presente na gênese do Direito do Trabalho e que apenas então se reconhece como indispensável também no âmbito das relações em que se pressupõe igualdade. Não é por razão diversa, que o Código Civil de 2002 também traz cláusulas gerais de proteção, como aquela contida no art. 187, quando expressamente refere que “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”. Trata-se de uma mudança radical e importante na própria noção de ilícito civil.

A partir da percepção da injustiça que praticava, a legislação comum também abandonou a ideia de culpa como elemento central para a aferição de responsabilidade, passando a considerá-la presente sempre que no exercício mesmo de um direito haja o excesso em relação a limites impostos pelo fim social. Esse é o elemento central do dispositivo: a atenção à finalidade social que, no caso da empresa, está caracterizada pela oferta de emprego digno ou, para usar a expressão adotada pela OIT, de trabalho decente. E trabalho decente é trabalho seguro.

O dispositivo ratifica a lógica que já está presente na CLT. A responsabilidade por prevenir acidentes e doenças possíveis ou imagináveis no ambiente de trabalho, colocando a saúde dos empregados em situação de preferência em relação ao lucro do empreendimento, constitui dever (fundamental, nos termos da Constituição) do empregador. O raciocínio, embora ainda tenha o condão de espantar alguns aplicadores do Direito do Trabalho, nada tem de inovador. Octavio Bueno Magano, em 1976, fundamentava a responsabilidade patronal nos seguintes termos:

A produção industrial, expondo o trabalhador a certos riscos, impõe àquele que dela se beneficia, isto é, ao patrão, a obrigação de indenizar a vítima, em caso de sinistro, fazendo-se abstração da questão de saber se praticou falta capaz de acarretar sua responsabilidade.⁽¹⁰⁾

Do mesmo modo, na obra antes citada, publicada em 1919, Evaristo de Moraes refere expressamente:

Na theoria do risco profissional cabem todas as hypotheses: a negligencia ou imprudencia do patrão, os vícios ignorados do machinismo, os casos de origem completamente desconhecida, e, até mesmo, os oriundos de imprudência do operário.⁽¹¹⁾

E explicitava seu pensamento acerca desse dever de prevenção e precaução que culmina na responsabilidade objetiva por qualquer dano ao trabalhador, dizendo:

Ora, ninguém nega, em princípio, a semelhança econômica do trabalho e da mercadoria; mas tem-se de attender a que, si o trabalho é mercadoria, distingue-se das outras por seus aspectos social, moral e jurídico.

[...]

Andam, pois, errados os que, ainda hoje, pretendem attribuir ao Estado simples funções de conservação, de coordenação e de segurança, querendo que o indivíduo, como unico e exclusivo motor do progresso, promova, por si só, a sua felicidade econômica.

Os factos tornaram palpavel a inexactidão desta theoria; porque o que se observou foi o esmagamento do operariado, dada sua impotência para reagir contra a pressão do capitalismo. Chamar livre, economicamente falando, o productor que tem de se

(10) MAGANO, Octavio Bueno. *Lineamentos de infelizmente*. São Paulo: José Bshatsky, 1976. p. 10.

(11) MORAES, Evaristo de. *Os accidentes no trabalho e a sua reparação*. Edição fac-similada. São Paulo: LTr, 2009. p. 35.

sujeitar, para não morrer de fome, a vender o seu trabalho por um salário insuficiente, ou a ficar desocupado — é flagrante abominação. Louvar as condições do trabalho, sob a acção da ampla liberdade, quando se sabe a dominação efectiva em que vivem os trabalhadores — é escarnecer do infortúnio, é chasquear da penúria alheia.⁽¹²⁾

No mesmo sentido, Pontes de Miranda já destacava que o empregador deve responder pelo fato “sem culpa, porque a causa está na exploração da indústria; a ofensa é à relação jurídica do direito lesado, e não à relação jurídica da permissão publicística da indústria”⁽¹³⁾.

A teoria do risco apresentada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil nada mais é, portanto, do que a extensão da lógica laboral já insculpida no art. 2º da CLT, às relações civis. E não é por acaso que a ideia de risco, e, portanto, de responsabilidade objetiva, nasce no Direito do Trabalho. A história de construção desse ramo especial do direito nos revela que o número expressivo de acidentes e doenças profissionais foi o elemento social decisivo não apenas para a coalisão e revolta dos trabalhadores, como também para a preocupação do Estado em regular de forma imperativa as relações de trabalho, dividindo com o empregador a responsabilidade por uma sociedade mais saudável e segura.

A resistência que nos leva a buscar fora das regras trabalhistas (no direito ambiental ou civil) elementos com os quais o Direito do Trabalho lida há tempo bem maior, talvez se deva à forma como o Estado, no Brasil, resolveu dividir a competência material para a resolução dos conflitos sociais. É inegável a relação entre a atribuição de competência cível para dirimir questões relativas a acidentes e doenças profissionais (que vigorou até a Emenda Constitucional n. 45, de 2004) com a

dificuldade que os aplicadores do Direito do Trabalho têm em reconhecer nas normas trabalhistas fonte formal suficiente para o correto enfrentamento do tema da responsabilidade. Não é coincidência o fato de que a responsabilidade do empregador pela saúde do empregado tenha se tornado preocupação da doutrina laboral, inclusive com o desenvolvimento de inúmeras teses que pretendem a extensão da responsabilidade, apenas quando finalmente o Estado reconheceu a competência trabalhista para o enfrentamento da matéria.

De 2004 até agora, porém, já passamos por quase uma década de estudos e exames de casos concretos, em que a saúde dos trabalhadores aparece em segundo plano. O número de doenças que decorrem do trabalho é extraordinário. Já é tempo, portanto, de olharmos para a legislação trabalhista constitucional e ordinária, e enxergarmos o que lá está posto. É tempo de reconhecermos as condições históricas de surgimento das primeiras regras relativas a acidentes ou doenças que decorrem do trabalho, percebendo o caráter social que impregna o Direito do Trabalho e que se estende aos demais ramos do direito em larga medida pela força de resistência da jurisprudência laboral à lógica liberal do direito. Não se trata de negar a contribuição que os demais ramos do direito podem e devem dar ao Direito Social do Trabalho, mas de reafirmar a importância, inclusive histórica, da proteção à saúde do trabalhador no âmbito laboral, reconhecendo a importância de regras como aquela do art. 2º da CLT.

A aplicação do dispositivo celetista, na sua melhor compreensão, é mais vantajosa para os danos decorrentes de acidentes de trabalho ou doenças profissionais por, pelo menos, duas razões: em primeiro lugar, por tratar-se de norma tipicamente trabalhista, concatenada, portanto, com o princípio da proteção ao trabalhador, que informa esse específico ramo do direito, não sendo necessário importar institutos e modelos distintos que, como destacamos no presente trabalho, não se mostram mais

(12) *Ibidem*, p. 13.4.

(13) MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Tomo V. Campinas: Bookseller, 2000. p. 484 e 488.

avancados. Além disso, o art. 2º da CLT prevê de forma expressa e taxativa que a responsabilidade do empregador abrange os riscos da atividade econômica, sem qualquer ressalva, o que significa dizer, de forma genérica, integral e irrestrita. Não se justifica, assim, no âmbito trabalhista — seja pelo texto expresso da lei, seja pelo critério de interpretação mais favorável ao trabalhador, que decorre do princípio da proteção —, qualquer restrição a tal responsabilidade, pautada em classificações de critérios de risco.

Divergimos, portanto, das doutrinas que, justamente por aplicar aos casos de acidentes de trabalho a legislação civil e/ou ambiental, pretendem limitar a responsabilidade objetiva do empregador mediante classificações de riscos. Ocorre que, como sustentamos anteriormente, com base na lição de Souto Maior, os acidentes de trabalho, mesmo isoladamente considerados, constituem fenômeno de grave repercussão social, não afetando nunca apenas interesses individuais e, justamente por essa razão, têm sempre de ser considerados sob a ótica do Direito (Social) do Trabalho.

Ao contrário do que se pode apressadamente imaginar, essa mudança no olhar do intérprete para as normas trabalhistas, reconhecendo nelas o dever de prevenção, precaução e reparação objetiva dos danos causados à saúde física ou psíquica do trabalhador não constitui mera questão teórica. A lógica do art. 2º da CLT, como já procuramos enfatizar, supera qualquer discussão que pretenda dividir hipóteses de responsabilidade objetiva e subjetiva. Do mesmo modo, a compreensão do alcance dessa cláusula geral de responsabilidade traz consequências de ordem prática, sobretudo para o âmbito processual. É esse o enfoque a ser estudado no próximo tópico.

4. Aspectos processuais relacionados à responsabilidade do empregador no âmbito da relação de trabalho

É no processo trabalhista que o efeito prático de uma teoria própria da responsabilidade

trabalhista terá maior eficácia, determinando uma mudança no olhar do intérprete aplicador da norma. A nova percepção acerca da responsabilidade do empregador implica considerar a total irrelevância da discussão acerca da culpa para a configuração de sua responsabilidade. Sendo irrelevante, a prova não é apenas desnecessária, mas deve mesmo ser impedida pelo juiz, conforme se depreende dos arts. 130 do CPC, 765 e 852-D, ambos da CLT.

A ausência de discussão quanto à culpa do empregador para a caracterização de sua responsabilidade impõe-se, ainda, como um dever das partes, como se depreende do art. 14, inciso IV, do CPC. A culpa pode (e deve) ser considerada, entretanto, para a quantificação da indenização devida nos casos de lesão a direito de personalidade, mas será irrelevante para o reconhecimento da responsabilidade, desde a perspectiva do art. 2º, que a atribui de forma objetiva, ao empregador.

Nas hipóteses de terceirização, o reconhecimento da responsabilidade prevista no art. 2º determina a superação da anacrônica definição de responsabilidade contida na Súmula n. 331 do TST e na jurisprudência trabalhista majoritária que ainda exigem culpa *in eligendo* ou *in vigilando* para caracterizar a responsabilidade do “tomador” dos serviços. A subsidiariedade, criação dessa jurisprudência dominante, que não encontra respaldo na legislação trabalhista, é de ser excluída do âmbito de apreciação da responsabilidade. O tomador, como alguém que, por meio de empresa interposta, emprega força de trabalho com a qual conduz sua atividade econômica, assume o risco do resultado e, pois, responde de forma direta e objetiva pela integralidade dos direitos trabalhistas.

Note-se que reconhecer a existência de grupo econômico nas hipóteses de terceirização implica legitimar mesmo o ajuizamento de demanda diretamente contra o tomador ou, ainda, o redirecionamento da execução contra ele, mesmo quando ausente no polo passivo da demanda, na fase de cognição. Possibilidade já

admitida pelo TST, para empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico que, em verdade, constituem um empregador único, conforme se evidencia da edição da Súmula n. 129 e do cancelamento da Súmula n. 205⁽¹⁴⁾.

Outro aspecto relevante no âmbito do processo, diz respeito à presunção favorável de existência do dano, em favor do empregado, sempre que houver alegação de dano a direitos de personalidade. Nesse sentido, já dispõe expressamente a legislação espanhola:

Ley n. 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Artículo 96. Carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo.

1. En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, *corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.*

2. En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales *corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad.* No podrá apreciarse como elemento

exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira.

O mesmo dispositivo, no item 2, deixa claro que a culpa (ainda que exclusiva) do trabalhador não é passível de excluir a responsabilidade do empregador, corroborando, assim, o entendimento aqui exposto. Trata-se de norma estrangeira que pode (e deve) ser utilizada como fonte formal do Direito do Trabalho no Brasil, conforme disposição expressa do art. 8º da CLT.

O entendimento também se reflete em questões discutidas e definidas na já citada Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, conforme ementas a seguir transcritas:

41. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho.

42. ACIDENTE DO TRABALHO. NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO. Presume-se a ocorrência de acidente do trabalho, mesmo sem a emissão da CAT — Comunicação de Acidente de Trabalho, quando houver nexo técnico epidemiológico conforme art. 21-A da Lei n. 8.213/1991.

Ainda, no âmbito processual, há de se admitir a ampliação da prova testemunhal nos casos de danos a direitos de personalidade. Nesse sentido, já dispõe expressamente o art. 405, § 2º, I, do CPC que tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, se não se puder obter de outro modo a prova, poderão ser ouvidos como testemunhas o cônjuge e os parentes da parte, em qualquer grau.

A norma tem plena aplicação no processo do trabalho por ser compatível com as normas processuais previstas na CLT e se coadunar com o princípio da proteção. A ampliação da admissibilidade de pessoas habilitadas a testemunhar no processo se justifica especialmente em casos em que se necessite comprovar a

(14) Súmula n. 205 do TST: GRUPO ECONÔMICO. EXECUÇÃO. SOLIDARIEDADE (cancelada) – Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução. Súmula 129 do TST: CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÔMICO (mantida) – Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.

prática de condutas ensejadoras de lesões à intimidade do trabalhador, tais como os de assédio moral e assédio sexual.

Em sentido contrário, há urgente necessidade de limitação e mesmo de impedimento da produção da prova testemunhal, em hipóteses nas quais o empregador, detendo o dever de produzir antecipadamente a prova documental, se omite. A CLT, de forma deliberada ou intuitiva, avançou significativamente em relação ao direito comum, quando editada. Um dos mais significativos avanços foi justamente a superação da dicotomia entre direito material e processual, juntando-os na mesma consolidação.

Ao fazê-lo, a norma consolidada utilizou-se de regras materiais para estabelecer deveres prévios de produção de prova. Os arts. 74 e 464 são exemplos disso. O primeiro refere que a empresa com mais de dez empregados tem que manter registro escrito da jornada. O art. 464 menciona que salário se prova mediante recibo. Outros exemplos podem ser citados. O empregador tem dever de documentar a entrega dos equipamentos de proteção e de fiscalizar o respectivo uso. A insalubridade ou periculosidade deve ser aferida mediante perícia. Em tais normas, o legislador, tratando do âmbito material, especifica o meio de prova e, em algumas situações, exige sua produção prévia, quando ainda nem se cogita da judicialização da questão social.

A proteção representada pela criação de deveres prévios de produção de prova, que decorrem diretamente da responsabilidade que o empregador assume ao empregar, repercutem diretamente na conduta a ser assumida pelo juiz, quando da instrução do feito. Se há tal dever, não há cogitar a produção de prova testemunhal. Ou bem o empregador traz a juízo a prova documental a cuja produção estava obrigado durante o período de execução do contrato de trabalho, ou estará sujeito à pena de confissão⁽¹⁵⁾.

(15) No âmbito do processo comum, temos regras específicas, determinando a aplicação da pena de

Trata-se de medida que atende, inclusive, ao caráter pedagógico de que se deve revestir o processo. Se há um dever de produzir, por exemplo, recibo da entrega dos Equipamentos de Proteção Individual, nada justifica que o empregador omita em juízo tal documento e pretenda produzir a prova por meio de testemunhas. Sequer é preciso aqui recordar a fragilidade da prova oral, a determinar a falácia do argumento segundo o qual a oitiva de testemunhas aproximaria o juiz da também falaciosa verdade real.

Se a Lei especifica o meio para a prova de determinado fato e impõe a uma das partes contratantes a obrigação de produzi-la previamente, a sua não produção implica o acolhimento da tese adversária, como sanção ao dever instituído pelo texto legal.

Também aqui, no âmbito da prova, é indispensável reconhecermos que há um sistema trabalhista próprio, com uma cláusula geral de responsabilidade do empregador, a determinar efeitos inclusive em âmbito processual.

5. Conclusão

A partir da discussão travada neste artigo, conclui-se que não há mais necessidade ou razão de falarmos em responsabilidade civil trabalhista. A responsabilidade ligada aos danos decorrentes da relação de trabalho é

confissão (art. 359, CPC), bem como impedindo o juiz de produzir prova testemunhal “quando o fato tiver de ser provado por documento ou perícia” (art. 400 do CPC). Na CLT, a ausência de regra expressa nesse sentido não retira a eficácia das regras materiais que estabelecem dever de produção prévia de prova, cuja única finalidade, notadamente, é gerar efeitos processuais. Temos, porém, tanto o art. 765 da CLT (Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas) quanto o art. 852-D, incluído em 2000 (O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica).

estritamente trabalhista, ou seja, a reparação dos danos sofridos pelo trabalhador no ambiente de trabalho deve ser compreendida, assim como as demais prestações decorrentes da relação de emprego, como uma pretensão tipicamente trabalhista. Isso porque — assim como horas extras, férias, gratificação natalina não pagas — caracteriza-se pelo descumprimento de um dever que decorre da própria relação de emprego.

O ordenamento jurídico trabalhista (constitucional e infraconstitucional) impõe ao empregador uma série de deveres, dentre os quais o de preservar a integridade física e psíquica da pessoa que emprega em sua atividade econômica. O descumprimento desses deveres gera a obrigação de reparar as lesões daí decorrentes. A responsabilidade que fundamenta essa obrigação encontra amparo, de forma ampla e irrestrita, no art. 2º da CLT, que impõe ao empregador o ônus de assumir os riscos da atividade econômica que empreende.

Sustentamos que, ao atribuir ao empregador a assunção dos riscos decorrentes da atividade econômica que explora, o art. 2º da CLT encerra uma cláusula geral de responsabilidade patronal. Essa responsabilidade alcança, inclusive e especialmente, os danos sofridos pelos trabalhadores empregados em tal atividade.

Por fim, uma compreensão adequada do Direito do Trabalho conduz, ainda, à percepção de que direito material e processual são apenas dois aspectos de um todo indissociável. É justamente por isso que a responsabilidade patronal prevista no art. 2º da CLT (considerado pela doutrina majoritária como norma exclusivamente de direito material) repercute inexoravelmente no processo. Delimita a matéria probatória para os efeitos de caracterização da responsabilidade, inviabilizando a discussão quanto à culpa, tanto nos casos de acidentes de trabalho e/ou doença profissional, quanto nos

de terceirização. É capaz de operar verdadeira inversão no que diz respeito ao ônus probatório, presumindo-se verdadeiras as alegações do empregado, nos casos de dano a direito de personalidade. Em consonância com o direito material do trabalho, impõe, ainda, outros deveres, como os de constituição prévia da prova no decurso da própria relação de direito material, deveres esses que se antecipam à própria consideração de quem detenha o ônus da produção da prova no processo.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Almiro Eduardo de. *A responsabilidade patronal nos acidentes de trabalho*: elementos para uma teoria trabalhista. No prelo.

BIAVASCHI, Magda Barros. *O direito do trabalho no Brasil – 1930 a 1942*: a construção do sujeito de direitos trabalhistas. São Paulo: LTr/Justra – Associação Luso-brasileira de Juristas do trabalho, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAGANO, Octavio Bueno. *Lineamentos de infelizmente*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

MÉSZAROS, István. *A teoria da alienação e Marx*. São Paulo: Boitempo, 2006.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Tomo V. Campinas: Bookseller, 2000.

MORAES, Evaristo de. *Os acidentes no trabalho e a sua reparação*. Edição fac-similada. São Paulo: LTr, 2009.

OLIVERIA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho*: teoria geral do direito do trabalho. vol. I: parte I. São Paulo: LTr, 2011.

_____. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego*: estrutura legal e supostos. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005.

Ação rescisória e ação anulatória na Justiça do Trabalho

Carmen Regina Knapp Cedeira^(*) e Marcelo Azevedo Chamone^(**)

Resumo:

- ▶ Embora norteado pelo conceito de atuação corretiva, diante da persistência do diagnóstico do erro, o foco do presente artigo é a atuação preventiva. Ao esmiuçar os remédios jurídicos processuais a que correspondem a ação rescisória e a ação anulatória, dissecando-lhes as várias vertentes e os vários desdobramentos, a intenção é oferecer uma ferramenta para prover os potenciais envolvidos, afetados, pelo ato processual/judicial viciado, de subsídios colhidos de expoentes fontes doutrinárias e jurisprudencial, a evitar a incursão no erro; se consolidado, na busca do mecanismo de solução melhor adequado ao caso concreto.

Palavras-chave:

- ▶ Ação rescisória — Ação anulatória — Coisa julgada.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Ação rescisória
 - ▶ 2.1. Hipóteses de cabimento
 - ▶ 2.1.1. Prevaricação, concussão ou corrupção do julgador
 - ▶ 2.1.2. Julgador impedido ou absolutamente incompetente
 - ▶ 2.1.3. Dolo da parte vencedora ou colusão das partes
 - ▶ 2.1.4. Ofensa à coisa julgada
 - ▶ 2.1.5. Violação à literal disposição de lei
 - ▶ 2.1.6. Prova falsa
 - ▶ 2.1.7. Documento novo
 - ▶ 2.1.8. Invalidade da confissão, desistência ou transação
 - ▶ 2.1.9. Erro de fato
 - ▶ 2.2. Competência

(*) Analista Judiciária do TRT2 (SP), Assessora de Desembargadora e Especialista em Direito e Relações do Trabalho.

(**) Juiz do Trabalho Substituto do TRT2 (SP) e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos.

- ▶ 2.3. Legitimidade
 - ▶ 2.3.1. Legitimidade ativa
 - ▶ 2.3.2. Legitimidade passiva
 - ▶ 2.3.3. Sucessão
- ▶ 2.4. Procedimento
 - ▶ 2.4.1. Prazo
 - ▶ 2.4.2. Petição inicial e despacho liminar
 - ▶ 2.4.3. Suspensão da execução
 - ▶ 2.4.4. Citação e resposta
 - ▶ 2.4.5. Instrução e procedimentos finais
 - ▶ 2.4.6. Julgamento
 - ▶ 2.4.7. Recursos
- ▶ 2.5. Projeto do novo CPC
- ▶ 3. Ação anulatória
 - ▶ 3.1. Projeto do novo CPC
- ▶ 4. Formas de impugnação às decisões nulas e às ineficazes
 - ▶ 4.1. Citação nula ou inexistente
 - ▶ 4.2. Título fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF
 - ▶ 4.3. “PEC dos recursos”
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

“A própria justiça condena e corrige o seu erro. Corrigindo-o, eleva-se a si mesma.”

Pontes de Miranda, *Tratado da ação rescisória*, prefácio da 4. ed., 1964.

1. Introdução

A ação rescisória e a ação anulatória são remédios jurídicos processuais que se prestam à rescindibilidade, inclusive das decisões proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho, pois não ressalvadas na letra expressa da Constituição Federal (art. 102, I, j), ao prever caber ao STF a ação rescisória dos seus julgados⁽¹⁾. A primeira, de decisão de mérito, transitada em julgado (CPC, art. 485); a outra, de atos judiciais que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória

(CPC, art. 486)⁽²⁾. “Quando, porém, o acordo de vontades dos litigantes (transação) importa solução de uma lide que já é objeto de um feito contencioso em andamento na Justiça, a sentença que o homologa não pode ser havida como ‘meramente homologatória’, visto que importa encerramento do processo com julgamento de mérito (art. 269, n. III), e, conseqüentemente, produz a coisa julgada material (arts. 467 e 468)”^{(3),(4)}.

(2) Nelson Nery Junior et al. *Código de processo civil comentado*, art. 486, nota 1, p. 836.

(3) Theodoro Jr., *Curso*, p. 648.

(4) De se registrar que, segundo “sistematização” procedida por Francisco Antonio de Oliveira (*Comentários*, p. 213-214), na conciliação do art. 831, da CLT (pós-instrução), caberia a ação rescisória, enquanto que cabível a anulatória na do art. 846, § 1º, da CLT, considerando que a transação homologada transita em julgado imediatamente. Para o autor, as Súmulas n. 100,

(1) Cf. Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 226-227.

TST, Súmula n. 259. Termo de conciliação. Ação rescisória. Só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT.

Consequentemente, não servem para questionar a sentença que aprecia mal a prova, apesar de injusta⁽⁵⁾; a passível de reforma ou revogação⁽⁶⁾; a inexistente, em razão da qual basta ação declaratória: é o caso da não publicada, da que não foi dada pelo juiz ou da não assinada pelo juiz, em que não há convalidação pelo decurso do tempo ou preclusão⁽⁷⁾; a nula (“se estaria a empregar o menos tendo-se à mão o mais”⁽⁸⁾), podendo ser exercitada a ação constitutiva negativa *incidenter*, desconstituindo-a de ofício,⁽⁹⁾ tal qual a proferida contra o processualmente incapaz,⁽¹⁰⁾ ou atacável por recurso ou embargos (arts. 475-L, I e 741, I, do CPC), e, ainda, a que pode ser modificada nos moldes do art. 463, I, do CPC⁽¹¹⁾, porque, contra essas alterações materiais, basta ao não

ouvido peticionar, e, mantida a decisão, opor embargos do devedor, reclamação, mandado de segurança ou *habeas corpus*, conforme o caso⁽¹²⁾.

Apreende-se, a partir da definição de Pontes de Miranda, no sentido de que a “*Sentença ineficaz é a ferida de morte por alguma impossibilidade: cognitiva (sentença incompreensível, ilegível, indeterminável), lógica (sentença invencivelmente contraditória), moral (sentença incompatível com a execução ou a eficácia, como a que ordenasse a escravidão ou convertesse dívida civil em prisão, coisa inconfundível com a detenção civil nos casos especiais da legislação), jurídica (sentença que cria direitos reais além daqueles que o direito permite, como, em direito civil brasileiro, fideicomisso de terceiro grau). Devemos aditar: material (física), científica (se, por exemplo, a sentença ordenar medida que, agora, se verifica ser calamidade pública, segundo descobertas da ciência), estética (se ordenava levantar platibanda e a lei municipal caíra em desuso)*”⁽¹³⁾, que os meios de repelir não só esta, como também as inexistentes ou nulas⁽¹⁴⁾, são: o ajuizamento de nova demanda, sem que se lhe possa opor a coisa julgada, pois não a produzem, e a oposição a qualquer ato de execução, embargos ou simples petição; a ação rescisória é incabível, mas, ao declarar o não cabimento, o juízo poderá declarar a inexistência ou nulidade da decisão que se pretendia rescindir, caso em que terá eficácia de ação declaratória, num caso, e constitutiva negativa no outro⁽¹⁵⁾, ou seja, se a sentença não existe ou é nula, cabe ao juiz declará-la, e não rescindi-la. “*Se por outro remédio jurídico se pode*

V, e 259, do TST, estariam superadas pela de n. 298, IV, segundo a qual a sentença meramente homologatória, que silencia sobre os motivos do convencimento do juiz, não se mostra rescindível, por ausência de prequestionamento, sob o fundamento de que “*Os acordos efetuados antes da instrução do processo são referendados por sentenças meramente homologatórias*” e deve-se distinguir “*entre sentença que homologa transação e sentença que, em apreciando a transação como base de decidir, acolhe ou repele o pedido*” (p. 496).

(5) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 337.

(6) Não se pré-exclui, contudo, a rescindibilidade das decisões sujeitas à revisão ou modificação (cf. Adroaldo Furtado Fabrício, *A coisa julgada, passim*; sem razão Wilson Jôia, *Anotações*, p. 99) — como o dissídio coletivo (Campos Batalha, *Tratado*, p. 626) e a condenatória em adicional de insalubridade ou periculosidade —, se por nada mais, porque nestas há apenas efeito *ex nunc*, enquanto que na rescisória, em princípio, *ex tunc*. De se ressaltar, contudo, o entendimento, infundado, de que a decisão de dissídio coletivo não faz coisa julgada, e, portanto, não seria rescindível, cabendo, ademais, apenas a ação anulatória prevista no art. 83, IV, da Lei complementar n. 75, de 20.05.1993 (motivo que, aliás, levou ao veto da proposta alínea b, ao inc. I, do art. 894, da CLT, cf. Mensagem de veto n. 412, de 22.06.2007).

(7) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 257.

(8) *Ibidem*, p. 184.

(9) *Ibidem*, p. 256.

(10) *Ibidem*, p. 257-258.

(11) *Ibidem*, p. 184.

(12) *Ibidem*, p. 376.

(13) *Ibidem*, p. 258.

(14) Didier Jr. et al. (*Teoria dos fatos jurídicos processuais*, p. 90, com referência a Barbosa Moreira) apontam que as hipóteses dos incisos II (juiz impedido ou absolutamente incompetente) e IV (violação à coisa julgada) são hipóteses de invalidade; porém, a consequência atribuída pela lei processual a estas hipóteses não é a nulidade, mas a rescindibilidade, de modo que a tese defendida se sustenta.

(15) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 258-260.

obter o mesmo resultado, não se há de exercer a pretensão rescisória, que é contra julgado.”⁽¹⁶⁾

Pontes de Miranda ao lecionar que se o vício está na decisão, o remédio é a ação rescisória do art. 485, se no ato homologado, a ação do art. 486⁽¹⁷⁾, pondera que “O art. 486 não é regra jurídica de exclusão, a priori, de ação rescisória de sentença; mas regra de permissão da ação de anulação (ou rescisão) dos negócios jurídicos ou simples atos jurídicos, trazidos ao âmbito do processo, ou nele concluídos”⁽¹⁸⁾, consubstanciando “permissão de impugnação por outros fundamentos”⁽¹⁹⁾, enxerga-o⁽²⁰⁾, não como uma espécie de “ação” (a anulatória de ato judicial), mas sim uma hipótese expansiva do cabimento daquela mesma (a rescisória) do art. 485, em que o objeto seria não a decisão judicial, mas ato de direito material praticado pelas partes inserto no processo (mas não os atos processuais), que teria por consequência o esvaziamento da decisão judicial, e, portanto, efeito rescisoriforme. Coerentemente, vê equívoco na redação do *caput* do art. 485, pois bastaria a coisa julgada formal para a rescindibilidade da sentença — o que inclui como objeto da ação rescisória as sentenças desprovidas de qualquer aptidão para gerar coisa julgada material, inclusive aquelas proferidas em processos de jurisdição voluntária⁽²¹⁾ —, vez que dentro de seus incisos há hipótese que se refere, inequivocamente, à sentença de extinção do processo sem resolução do mérito: o inciso VIII — em que, ao contrário da doutrina majoritária, vislumbra no vocábulo “desistência”, tanto a *desistência do processo* quanto a *renúncia ao*

direito. Completando a sua visão sistemática do tema, o mestre alagoano, em face do vazio legislativo, não vê impediente para que a competência para julgar a ação rescisória seja do próprio juízo prolator da decisão impugnada, ainda que se trate de juízo singular de primeira instância — vê incoerência na defesa de que é competente para “rescindir” os atos de direito material insertos no processo, que tem como consequência a rescisão por esvaziamento da sentença posterior ou meramente homologatória, mas não para rescindir as suas próprias sentenças.

Não obstante absolutamente distintas (enquanto na ação rescisória se visa apagar do mundo jurídico decisão judicial já protegida pela coisa julgada material, na ação anulatória, tem-se por objetivo anular atos processuais praticados pelas partes, enquanto não houver trânsito em julgado da sentença, e sentenças meramente homologatórias), porque atuam, ambas, sob a premissa do *error in procedendo*, no campo da nulidade e da inexistência do ato jurídico, passível de gerar dúvida objetiva (note-se incabível a anulatória de, por exemplo, confissão viciada, se a sentença de mérito já transitou em julgado, caso em que é cabível a rescisória), por conta das terminologias “rescindível”, “nulo”, “anulável”, “inexistente”, não se vislumbra óbice ao aproveitamento da finalidade do ato, na hipótese de equívoco na utilização das medidas sob análise, considerando que “*não deve prejudicar o autor o erro de classificação*”, “*toda petição que menciona a causa de inexistência e a tem como de nulidade contém os dois pedidos, apenas com erro de categorização*”, e “*Quem, em caso de inexistência da sentença ou de nulidade de sentença, propõe a ação rescisória fez o pedido em processo de maiores exigências*”⁽²²⁾.

O princípio da fungibilidade, além dos da instrumentalidade das formas e da celeridade processual, dispostos nos arts. 154 (“*Os atos e termos processuais não dependem de forma*

(16) *Ibidem*, p. 246.

(17) *Comentários*, t. VI, p. 348. Contra: Araken de Assis, *Cumprimento da sentença*, 2006, p. 319; STJ, 3ª T., REsp n. 459351, rel. min. Castro Filho, j. 22.5.2003.

(18) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 357.

(19) *Ibidem*, p. 359.

(20) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, *passim*.

(21) Para os que discordam, o art. 114, § 2º, da CF, se interpretado como atribuindo ao dissídio coletivo caráter de jurisdição voluntária, vedaria a utilização da via rescisória nessa hipótese.

(22) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. XI, p. 91.

determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial”), 244 (“Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”) e 250 (“O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais”) e seu parágrafo único (“Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa”), todos do diploma processual civil vigente, encontram campo de aplicação no âmbito da Justiça do Trabalho.

É isso diante da dificuldade para equacionamento, por exemplo, da via adequada na hipótese de ato de órgão judicial, que, conforme Barbosa Moreira⁽²³⁾ é insuscetível de ataque pela ação anulatória. O jurista afirma que, “Quanto aos que constituam objeto de sentença ‘meramente homologatória’, a importância do dispositivo consiste em deixar claro que apesar do invólucro sentencial que os cobre, podem ser diretamente impugnados, sem necessidade de rescindir-se — usada a palavra, aqui, na acepção técnica — a decisão homologatória. A ação dirige-se ao conteúdo (ato homologado), como que atravessando, sem precisar desfazê-lo antes, o continente (sentença de homologação). (...) o que não quer dizer que a eventual queda do [ato homologado] deixe de pé a [sentença]”⁽²⁴⁾. Cita, a seguir⁽²⁵⁾, exemplos de “atos que não dependem de sentença” e elenca os “atos a que se há de seguir sentença meramente homologatória”, ponderando, primeiramente, não haver distinguir-se sentenças homologatórias das meramente homologatórias, bem como que, se há ato de decisão, não é homologatória; a homologação pode se cingir à parte da sentença (a outra

será sujeita à ação rescisória), reportando-se a específicos atos (que serão discriminados a seguir), para concluir⁽²⁶⁾ que os atos da primeira espécie podem todos, sempre, ser atacados pela anulatória; quanto aos da segunda, deve-se pesar o art. 485, VIII, do CPC, discriminando-se o momento da impugnação: se anterior ou posterior ao trânsito em julgado⁽²⁷⁾; quanto aos demais atos, são sempre atacáveis pela via única do art. 486, do CPC.

De acordo com a doutrina de Pontes de Miranda⁽²⁸⁾, se algum ato processual ocorreu ou pode ser rescindido segundo o art. 486, e a sentença também ostenta essa suscetibilidade, deve haver dois pedidos de rescisão, com diferentes pressupostos, porque, na rescisória, só se apanharão os pontos rescindíveis nesta. A partir dessa diretriz, e da de que “Cada fundamento corresponde a uma causa de pedir, de modo que quando se invoca dois ou mais fundamentos há cumulação de ações”⁽²⁹⁾, toma relevo a lição de Theotônio Negrão, no sentido de que “a previsão de embargos ou impugnação (art. 475-L-I) para o ataque à sentença proferida sem a regular citação do réu não impede que ele lance mão de outros mecanismos para a impugnação desse julgado. É o caso da ação rescisória (art. 485), da ação declaratória de nulidade (art. 486) e até do mandado de segurança (LMS 5º, nota 13). A única ponderação a ser feita é a seguinte: enfrentada a questão na via escolhida, fecham-se as demais vias”⁽³⁰⁾.

Sopesada a jurisprudência no sentido de que, na falta de citação, tem sido admitida a ação rescisória para reconhecimento da nulidade de pleno direito do processo⁽³¹⁾, de se ressaltar que, rejeitada a alegação de defeito da citação em sede de impugnação, não poderá

(23) *Ibidem*, p. 156-157.

(24) *Ibidem*, p. 158.

(25) *Ibidem*, p. 158-159.

(26) *Ibidem*, p. 160-161.

(27) Nesse sentido: Rizzi.

(28) *Tratado*, p. 386.

(29) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 312-313.

(30) *Código anotado*, p. 604-605, nota 6ª ao art. 485, do CPC.

(31) Nesse sentido, o julgado, em 7.3.2002, no REsp n. 330293, STJ, 4ª T., rel. min. Ruy Rosado de Aguiar.

ser reproduzida em ação anulatória ou rescisória⁽³²⁾ — “A inocorrência de revelia desautoriza a apresentação de impugnação fundada no inciso I, por mais deficiente que tenha sido a citação”⁽³³⁾.

2. Ação rescisória

CLT, art. 836. É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória, que será admitida na forma do disposto no Capítulo IV do Título IX da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — Código de Processo Civil, sujeita ao depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor. Parágrafo único. A execução da decisão proferida em ação rescisória far-se-á nos próprios autos da ação que lhe deu origem, e será instruída com o acórdão da rescisória e a respectiva certidão de trânsito em julgado.⁽³⁴⁾

O direito à sentença favorável é presunção da demanda, da qual nasce o direito à decisão justa, pressuposta do funcionamento eficaz do Estado, que, tutelando-o, objetivamente, deve entregar a prestação jurisdicional a favor de quem tem razão, com exatidão. Logo, se a coisa julgada não atende a tal anseio, ou seja, se existe, mas não vale, serve, o trânsito em julgado da decisão proferida na ação rescisória, para torná-la inexistente.

Sem ignorar que a coisa julgada material é uma das eficácias da sentença, da qual esta sequer depende, necessariamente, porque suscetível de execução provisória, o indivíduo que busca a promessa da prestação de serviço público justa, em sede de rescindibilidade, deve deter o direito público subjetivo à decisão de mérito⁽³⁵⁾, a ser entregue em razão do

estabelecimento de uma relação jurídica de direito processual com angularidade, princípio diverso do norteador da relação jurídica de direito material em que se deu a decisão questionada: a linha direta é do autor com o Estado; o réu, que pode ser o sujeito ativo ou o passivo daquela, completa-a.

O meio instrumental sob foco, similar à ação que visa rescindir negócio jurídico bilateral por vício redibitório (CC, arts. 441-446), não guarda relação com a decretação de nulidade de atos jurídicos processuais (CPC, arts. 243-250) e, no seu contexto de julgamento, concebido em plano pré-processual, gravita em torno do processo em que se proferiu a decisão que visa desconstituir, e não corresponde a recurso, que, desde que conhecido, estende a relação processual: “*Chama-se rescisória à ação por meio da qual se pede a desconstituição da sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada*”⁽³⁶⁾. Portanto, não é correta a correlação entre recurso e ação impugnativa autônoma com injustiça e invalidade da sentença, pois tanto numa como noutra podem ser veiculados pedidos de reforma e de anulação de julgado⁽³⁷⁾.

Relevante pontuar, segundo Pontes de Miranda, que as causas de rescindibilidade não se pronunciam de ofício, nem fora do processo intentado com tal finalidade, pois se referem a sentenças válidas e rescindíveis, mas “*Não há sanção com o advento do último instante dos dois anos: se havia nulidade processual e a sentença a sanou, nada tem isso com a rescindibilidade; se sanada não tivesse sido a nulidade, não se precisaria da ação rescisória, porque a própria sentença seria nula. A sentença ou nada encontra que sane, ou sana a nulidade que existia, ou ela mesma é nula. Por onde se vê que pode o juiz, de ofício, julgar precluída a pretensão*”⁽³⁸⁾.

(32) JTAERGS 81/106.

(33) Theotônio Negrão, *Código anotado*, p. 582, notas 5 e 6 ao art. 475-L, do CPC; STJ, 3ª T., REsp n. 503091, rel. min. Menezes Direito, j. 18.11.2003.

(34) STF, Súmula n. 338. Não cabe ação rescisória no âmbito da justiça do trabalho. Tornou-se obsoleta com a alteração do art. 836 pelo Decreto-lei n. 229/1967.

(35) Cf. Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 107.

(36) *Ibidem*, p. 100.

(37) *Ibidem*, p. 103-104.

(38) *Ibidem*, p. 254.

Então, sob a perspectiva de que coisa julgada é a “imutabilidade da sentença e de seus efeitos”, dos efeitos substanciais da sentença de mérito, de modo que “não se trata de imunizar a sentença como ato do processo, mas os efeitos que ela projeta para fora deste e atingem as pessoas em suas relações”⁽³⁹⁾; a sentença rescindível não se confunde com sentença nula nem com sentença inexistente. Sopesando que “Rescindir, como anular, é desconstituir”⁽⁴⁰⁾, “Os vícios da sentença podem gerar consequências diversas, em gradação que depende da respectiva gravidade. A sentença desprovida de elemento essencial, como o dispositivo, ou proferida em ‘processo’ a que falte pressuposto de existência, qual seria o instaurado perante órgão não investido de jurisdição, é sentença inexistente, e será declarada tal por qualquer juiz, sempre que alguém a invoque, sem necessidade (e até sem possibilidade) de providência tendente a desconstituí-la: não se desconstitui o que não existe. Mas a sentença pode existir e ser nula, v. g., se julgou extra petita. Em regra, após o trânsito em julgado (que, aqui, de modo algum se preexclui), a nulidade converte-se em simples rescindibilidade. O defeito, arguível em recurso como motivo de nulidade, caso subsista, não impede que a decisão, uma vez preclusas as vias recursais, surta efeito até que seja desconstituída, mediante rescisão”⁽⁴¹⁾, até porque é impróprio falar-se em sentença nula, pois produz efeitos enquanto não sobrevier a rescisão⁽⁴²⁾.

Tem natureza de ação autônoma de impugnação, pois “seu ajuizamento provoca a instauração de um novo processo, com nova relação jurídica processual,... voltando-se contra a decisão de mérito transitada em julgado quando presentes pelo menos uma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC”⁽⁴³⁾, e pode servir ao desfazimento da coisa julgada tanto por critério de

invalidade (incs. II, IV, ...) como de injustiça (incs. VI, IX, ...). É ação — e, por isso, deve preencher as condições da ação e os pressupostos processuais — desconstitutiva⁽⁴⁴⁾, com efeitos, em princípio, *ex nunc*, mas podendo ter efeitos retroativos, na conformidade do art. 574, do CPC: “O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução.”

Acentua, Pontes de Miranda⁽⁴⁵⁾, que a exigência de decisão de mérito não é inexcetável, citando a desistência da ação, e também as seguintes hipóteses: se julga extinto o processo por acolher exceção de coisa julgada equivocadamente; se indefere a inicial em razão de dolo da parte vencedora ou colusão entre as partes, ou se, após a sentença, se prova falsidade ou obtenha o autor documento novo. Em suma, basta a presença de hipótese do art. 485, ainda que não seja de mérito a decisão impugnada, até porque são rescindíveis as decisões que negam seguimento a recurso⁽⁴⁶⁾.

“Convém assinalar que atinente ao mérito precisa ser a decisão rescindenda; não necessariamente o vício que se lhe imputa. Diz respeito a exigência ao objeto, não ao fundamento do pedido de rescisão”⁽⁴⁷⁾, levando-se em conta a verdadeira natureza da decisão e não a qualificação dada pelo órgão julgador⁽⁴⁸⁾. “O que importa para uma sentença ser qualificada de mérito não é a linguagem usada pelo julgado, mas o conteúdo do ato decisório, ou seja, a matéria enfrentada pelo Juiz”⁽⁴⁹⁾, revelando-se passível de rescisão, “quando a decisão última (rescindenda), embora não sendo de mérito, importou tornar preclusa a questão de mérito decidida no julgamento precedente”⁽⁵⁰⁾.

(44) *Ibidem*, p. 394

(45) *Comentários*, t. VI, p. 264-265.

(46) *Ibidem*, p. 227.

(47) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 109.

(48) *Ibidem*, p. 112.

(49) Theodoro Jr., *Curso*, p. 637.

(50) *Ibidem*, p. 638.

(39) Dinamarco, *Nova era*, p. 224.

(40) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 109.

(41) *Ibidem*, p. 107.

(42) *Ibidem*, p. 108.

(43) Didier Jr. et al., *Curso*, v. 3, p. 293.

No âmbito do STJ, na AR n. 336, 2ª S., relatada pelo min. Aldir Passarinho Jr. (j. 24.8.2005), o voto do min. Humberto Gomes de Barros bem dilucida a hipótese de rescindibilidade em caso em que não haja decisão sobre o mérito:

“Creio que há uma regra de ouro para apurar se o acórdão é rescindível ou não. Tal regra se contém numa questão: é possível reabrir a questão resolvida pelo acórdão? Se não é possível a reabertura, cabe a rescisória. Possível a reabertura não há coisa julgada material e a rescisória não cabe. O que o Código, em última análise, na verdade, considera rescindível é a coisa julgada material.”

Seguiu, nessa trilha, o voto-revisão do Ministro JORGE SCATERZZINI, ao pontuar que:

“Todavia, não se ignora que, para a qualificação das decisões como meritórias e, portanto, em tese, suscetíveis de rescisão, a análise tão somente da linguagem utilizada pelo julgador mostra-se insuficiente, sendo imperioso perquirir acerca do verdadeiro conteúdo do ato decisório, é dizer, da matéria efetivamente enfrentada pelo magistrado. Deveras, não obstante conclua o órgão julgador pela extinção do processo sem exame de mérito, sob indicação expressa de uma das hipóteses do art. 267 do CPC, pode, de fato, ter incursionado no direito material (dúvida que sobreleva justamente em se cuidando de extinção da lide em face da ausência de condições da ação, essencialmente inferidas a partir da própria relação de direito material), passando o decisum, então, a projetar efeitos externamente ao processo, inviabilizando-se a rediscussão da matéria e, por conseguinte, legitimando-se o ajuizamento de Ação Rescisória (cf. REsp ns. 21.544/MG, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, DJU 8.6.1992; 127.956/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJU 22.6.1998; 216.478/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJU 1º.8.2005).”

Sob o aspecto focado, compreende-se que, não obstante no processo cautelar haja decisão de mérito quando se defere ou nega a tutela pretendida, não caberia rescisória, exatamente, ante a inaptidão de produzir coisa julgada material⁽⁵¹⁾.

(51) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 113.

Cabe rescisória de sentença e de acórdão, inclusive quando se tratar de competência originária e de reexame necessário⁽⁵²⁾, mas não quando este se limita a anular aquela; também se deve atentar ao conteúdo da decisão, e não à fórmula, quando se nega provimento afirmando “não conhecer”; não cabe de decisão que não seja de mérito, nem de recurso contra interlocutória⁽⁵³⁾,⁽⁵⁴⁾ ou final⁽⁵⁵⁾ de qualquer grau, sobre matéria estranha ao mérito⁽⁵⁶⁾. Atente-se, contudo, que para Nery Jr. & Rosa Nery⁽⁵⁷⁾, são rescindíveis, inclusive, as decisões interlocutórias que decidem sobre o mérito, bem como aquelas que violam decisões de mérito transitadas em julgado; Dinamarco⁽⁵⁸⁾, ressalta que as questões de mérito decididas, impropriamente, fora da sentença — *judgmento cindido* — geram decisão interlocutória de mérito, rescindível, portanto.

O efeito substitutivo do acórdão pode ser parcial⁽⁵⁹⁾, assim como a rescisão, caso de impugnação de apenas um ou alguns capítulos da sentença⁽⁶⁰⁾, nas hipóteses em que, por incompetência *ratione materiae*, ou por hierarquia, “O princípio da incolumidade do separável intervém, ...”⁽⁶¹⁾.

Theodoro Jr. admite rescisória contra decisão que não seja de mérito, mas que tenha tornado preclusa a questão, impedindo a sua revisão, p. ex., não conhecimento de recurso em violação literal à lei⁽⁶²⁾, e como as hipóteses

(52) *Ibidem*, p. 113

(53) *Ibidem*, p. 114.

(54) CPC, art. 162, § 2º. Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

(55) CPC, art. 267 – Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...).

(56) Didier Jr. et al., *Curso*, v. 3, p. 295.

(57) *Código comentado*, p. 677, nota 2 ao art. 485.

(58) *Nova era*, p. 280-289.

(59) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 115.

(60) Didier Jr. et al., *Curso*, v. 3, p. 299.

(61) Pontes de Miranda, *Tratado*, p. 385.

(62) No mesmo sentido: Didier Jr. et al., *Curso*, v. 3, p. 298-299; STJ, 3ª T., REsp n. 636251, rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.02.2005; STJ, AR n. 466, rel.

do art. 267, V⁽⁶³⁾ c.c. 268⁽⁶⁴⁾, do CPC, impedem a repropósito da ação, há quem admita a sua rescindibilidade⁽⁶⁵⁾.

O ajuizamento de ação rescisória em face de decisão que foi substituída por outra de órgão superior implica em carência da ação — falta interesse-utilidade⁽⁶⁶⁾ e, sendo causa de pedir questão de fato, não pode haver rescisão por fundamento não invocado, sob pena de malferimento ao princípio da congruência (arts. 128 e 460, do CPC); porém, a indicação errônea do inciso, ou do dispositivo legal tido por violado não vincula o julgador, que poderá proceder à adequação, desde que a narração de fato conste da inicial⁽⁶⁷⁾.

Finalmente, cabe rescisória da ação rescisória, quanto a vícios presentes no julgamento desta, desde que invocada uma das hipóteses do art. 485, do CPC⁽⁶⁸⁾. A não repetição da regra restritiva do art. 799 do CPC/1939 no de 1973, implica na rescindibilidade da decisão proferida na ação rescisória por qualquer dos fundamentos do art. 485, do diploma vigente — “o que não se admite é a mera reiteração: o fundamento da segunda rescisória tem de referir-se à decisão sobre a primeira, e não à anterior, impugnada por meio desta”⁽⁶⁹⁾:

TST, Súmula n. 400. Ação rescisória de ação rescisória. Violação de lei. Indicação dos mesmos dispositivos legais apontados na rescisória primitiva. Em se tratando de

rescisória de rescisória, o vício apontado deve nascer na decisão rescindenda, não se admitindo a rediscussão do acerto do julgamento da rescisória anterior. Assim, não se admite rescisória calcada no inciso V do art. 485 do CPC para discussão, por má aplicação dos mesmos dispositivos de lei, tidos por violados na rescisória anterior, bem como para arguição de questões inerentes à ação rescisória primitiva.

2.1. Hipóteses de cabimento

A rescindibilidade da sentença, inclusive no que pertine às hipóteses de cabimento e ao prazo para o seu exercício, é fixada pela legislação em vigor à época do trânsito⁽⁷⁰⁾. Assim, hoje, uma decisão judicial imunizada pela coisa julgada material há menos de dois anos é passível de ser desfeita e rediscutida, se contiver algum dos vícios enumerados, taxativamente, pela lei⁽⁷¹⁾, admitindo-se interpretação extensiva⁽⁷²⁾, até porque as hipóteses não se restringem ao rol do art. 485, do CPC: há a do art. 1.030, do CPC⁽⁷³⁾, se houve litigiosidade, cabendo outros meios de impugnação caso não tenha havido⁽⁷⁴⁾ (que não encontra aplicabilidade na seara trabalhista), que *acrescem* àquelas, não as *excluindo*. E não correspondendo a óbice para a ação rescisória a ausência de interposição de recurso, ou seu não julgamento por qualquer motivo, inclusive, desistência⁽⁷⁵⁾, eventualmente, conforme Theotônio Negrão⁽⁷⁶⁾, será admitida a rescisória ajuizada em face de decisão prolatada em juízo de admissibilidade recursal, sob o fundamento de violação literal a lei:

min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 13.3.1996; contra: STJ, 4ª T., REsp n. 489562, rel. min. Cesar Asfor Rocha, j. 19.8.2003.

(63) CPC, art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...); V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada.

(64) CPC, art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. (...).

(65) Bernardo Pimentel Souza, Flávio Luiz Yarshell *apud* Didier Jr. *et al.*, *Curso*, v. 3, p. 299; TFR, 2ª S., AR n. 1501, rel. min. Eduardo Ribeiro; contra: STF, AR n. 1056, rel. min. Octavio Galloti, j. 26.11.1997.

(66) Dinamarco, *Nova era*, p. 276-278.

(67) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 313; TST, Súmula n. 408.

(68) Cf. Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 655.

(69) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 105.

(70) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 155; Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 252.

(71) Cf. Theodoro Jr., *Curso*, p. 639.

(72) Cf. Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 154.

(73) CPC, art. 1.030. É rescindível a partilha julgada por sentença: I – nos casos mencionados no artigo antecedente; II – se feita com preterição de formalidades legais; III – se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.

(74) Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Ação rescisória*, p. 13.

(75) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 117.

(76) *Código anotado*, p. 603, nota 3ª ao art. 485, do CPC.

STF, Súmula n. 514. Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos.

Note-se que, sob o inciso V, o escopo da rescisória será a discussão de *error in iudicando*; as situações de *error in procedendo*, não obstante também possam implicar em violação literal à lei, são previstas nos demais incisos do art. 485, do CPC (leitura diversa do dispositivo legal levaria à inevitável redundância dos demais enunciados legais, bastando o disposto naquele para resolver todas as hipóteses).

Reforçando não ser possível rescisão de decisão inexistente, se houve análise do pedido, mas não de algum fundamento de ataque ou defesa, é rescindível, por violação aos arts. 128 e 460 do CPC⁽⁷⁷⁾:

TST, SDI-2, OJ n. 41. Ação rescisória. Sentença ‘citra petita’. Cabimento. Revelando-se a sentença ‘citra petita’, o vício processual vulnera os arts. 128 e 460 do CPC, tornando-a passível de desconstituição, ainda que não opostos Embargos Declaratórios.

Quanto à ação de cumprimento, a formação da coisa julgada material é condicionada, “dependente da decisão final proferida no julgamento de recurso aforado contra a sentença normativa em que se sustenta”⁽⁷⁸⁾:

TST, SDI-1, OJ n. 277. Ação de cumprimento fundada em decisão normativa que sofreu posterior reforma, quando já transitada em julgado a sentença condenatória. Coisa julgada. Não configuração. A coisa julgada produzida na ação de cumprimento é atípica, pois dependente de condição resolutiva, ou seja, da não modificação da decisão normativa por eventual recurso. Assim, modificada a sentença normativa pelo TST, com a consequente extinção do processo, sem julgamento

do mérito, deve-se extinguir a execução em andamento, uma vez que a norma sobre a qual se apoiava o título exequendo deixou de existir no mundo jurídico.

Francisco Antonio de Oliveira⁽⁷⁹⁾, ressalta a desnecessidade da desconstituição pela via rescisória de sentença normativa modificada em grau de recurso, por retirar a possibilidade jurídica que dava suporte ao prosseguimento da ação de cumprimento, tornando sem efeito a execução naquela parte; Jouberto Cavalcante compartilha a diretriz jurisprudencial pela improcedência:

TST, Súmula n. 397. Ação rescisória. Art. 485, IV, do CPC. Ação de cumprimento. Ofensa à coisa julgada emanada de sentença normativa modificada em grau de recurso. Inviabilidade. Cabimento de mandado de segurança. Não procede ação rescisória calçada em ofensa à coisa julgada perpetrada por decisão proferida em ação de cumprimento, em face de a sentença normativa, na qual se louvava, ter sido modificada em grau de recurso, porque em dissídio coletivo somente se consubstancia coisa julgada formal. Assim, os meios processuais aptos a atacarem a execução da cláusula reformada são a exceção de pré-executividade e o mandado de segurança, no caso de descumprimento do art. 572 do CPC.

Citando Buzaid, Barbosa Moreira⁽⁸⁰⁾ entende desnecessária — “e, portanto, inadmissível” — a rescisória contra sentença prolatada em processo em que houve citação inválida ou inexistente do revel, hipótese de vício *transrescisório* (expressão de Tesheiner)⁽⁸¹⁾, anotando

(79) *Comentários*, p. 683.

(80) *Ibidem*, p. 107-108, nota 17.

(81) Tesheiner elenca nesta categoria: a sentença inexistente por falta de jurisdição; falta de capacidade de ser parte do demandante ou demandado; ausência de mandato, ou passado por quem não tem capacidade; incapacidade processual do réu; falta de legitimação para a causa; inexistência ou nulidade da citação, em processo que corre à revelia; sentença não escrita, não assinada ou sem dispositivo; pedido juridicamente impossível (não o meramente improcedente); sentença com dispositivo contraditório; provimento inexecuível por inadequado — em resumo: a) inexistência da

(77) Didier Jr. et al., *Curso*, v. 3, p. 299-300.

(78) Cf. Cléber Lúcio de Almeida, in Andréa Rocha & Alves Neto (Org.), *Súmulas*, p. 492. Admitindo-se, porém, haver coisa julgada na ação de cumprimento, independente da sorte do recurso interposto contra dissídio coletivo, eventual decisão superveniente em recurso, que retire o fundamento da condenação, terá eminente eficácia rescisória.

que nenhuma das hipóteses de cabimento da rescisória é repetida nas de embargos⁽⁸²⁾. Para o jurista, que não atribui à decisão de remição, do art. 790, do CPC, revogado pela Lei n. 11.382/06, a feição de sentença, muito menos de mérito⁽⁸³⁾, a sentença de liquidação é rescindível⁽⁸⁴⁾. E, só excepcionalmente⁽⁸⁵⁾, haverá sentença de mérito em processos cognitivos incidentes (embargos de devedor, declaração ou rejeição de insolvência etc.) e na execução (como a que aplica a prescrição), mas, irretorquível, é de mérito a sentença de extinção da execução (art. 795, do CPC)⁽⁸⁶⁾. Nesse sentido, as seguintes ementas jurisprudenciais:

Processual civil. Ação rescisória. Acórdão confirmatório de sentença que extinguiu execução pelo pagamento. Possibilidade. Conteúdo material do julgado. Violação ao art. 485 do CPC não configurada. Recurso não conhecido. 1. Para verificar o cabimento da ação rescisória em uma sentença extintiva de execução, deve se aferir se o provimento jurisdicional produziu efeitos na órbita do direito material, gerando, portanto, coisa julgada material, ou se seus reflexos restringem-se, unicamente, ao âmbito processual, caso em que haveria coisa julgada formal. 2. No caso, julgador monocrático declarou extinta a execução por entender que o INSS já havia feito o pagamento integral do débito, tendo fundamentado sua decisão no art. 794, I, do Código de Processo Civil, que dispõe extinguir-se a execução quando “o devedor satisfaz a obrigação”. 3. A decisão que extingue execução pelo pagamento, reveste-se de conteúdo material, sendo, portanto atacável pela ação rescisória. 4. Recurso especial não

sentença proferida por órgão sem jurisdição; b) nulidade da sentença por impossibilidade do objeto; c) ineficácia da sentença em relação a quem apenas aparentemente foi parte, bem como em face de quem não foi validamente citado (*Elementos*, p. 135-139).

(82) Cf. *Comentários*, p. 108.

(83) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 112; STJ, 3ª T., REsp n. 7.275, rel. min. Cláudio Santos, j. 16.5.1995.

(84) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 112.

(85) *Ibidem*, p. 112.

(86) Cf. Rizzi e José Frederico Marques *apud* Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 112.

conhecido. STJ, 6ª T., REsp n. 238059, rel. min. Fernando Gonçalves, j. 21.3.2000.

Processual civil. Recurso especial. Ação rescisória. Cabimento. Processo de execução. Extinção. Cumprimento da obrigação. Decisão de natureza material. À luz da exegese do art. 467, do CPC, somente as sentenças definitivas, que extinguem o processo com julgamento do mérito, desafiam o cabimento da ação rescisória, por formarem coisa julgada material. A sentença que extingue o processo de execução em razão do cumprimento da obrigação, por alcançar o conteúdo material do direito assegurado no processo de conhecimento pode ser desconstituída por via da rescisória. Recurso especial conhecido e provido. STJ, 6ª T., REsp n. 147735, rel. min. Vicente Leal, j. 23.5.2000.

O equacionamento de Francisco Antonio de Oliveira⁽⁸⁷⁾ de que as decisões proferidas em liquidação ou embargos “*não têm a dignidade de sentença*”, mas de “*interlocutória mista, não recebendo, nunca, o beneplácito da coisa julgada*” — daí caber ação anulatória, pois “*Somente a apreciação das decisões dos atos executórios em agravo de petição dará o beneplácito da coisa julgada*”, é compartilhado por Didier Jr.⁽⁸⁸⁾, nos casos de sentença homologatória de arrematação, adjudicação e remição, mas prevalecem rescindíveis as de liquidação, que justificam o acatamento desta ou daquela conta, bem como os processos cognitivos “*embutidos na execução, como nos embargos de terceiro*”⁽⁸⁹⁾:

TST, Súmula n. 399. Ação rescisória. Cabimento. Sentença de mérito. Decisão homologatória de adjudicação, de arrematação e de cálculos. I. É incabível ação rescisória para impugnar decisão homologatória de adjudicação ou arrematação. II. A decisão homologatória de cálculos apenas comporta rescisão quando enfrentar as questões envolvidas na elaboração da conta de liquidação, quer resolvendo a controvérsia das partes quer explicitando, de ofício, os motivos pelos quais

(87) *Comentários*, p. 686.

(88) *Curso*, v. 3, p. 344.

(89) Carrion, *Comentários*, p. 654.

acolheu os cálculos oferecidos por uma das partes ou pelo setor de cálculos, e não contestados pela outra.

TST, SDI-2, OJ n. 107. Ação rescisória. Decisão rescindenda de mérito. Sentença declaratória de extinção de execução. Satisfação da obrigação. Embora não haja atividade cognitiva, a decisão que declara extinta a execução, nos termos do art. 794 c/c 795 do CPC, extingue a relação processual e a obrigacional, sendo passível de corte rescisório.

TST, SDI-2, OJ n. 134. Ação rescisória. Decisão rescindenda. Preclusão declarada. Formação da coisa julgada formal. Impossibilidade jurídica do pedido. A decisão que conclui estar preclusa a oportunidade de impugnação da sentença de liquidação, por ensejar tão somente a formação da coisa julgada formal, não é suscetível de rescindibilidade.

É rescindível a homologação de sentença estrangeira⁽⁹⁰⁾, bem como a decisão monocrática de mérito no juízo recursal⁽⁹¹⁾.

É incabível no âmbito dos juizados especiais cíveis (LJE, art. 59); de decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade (Leis ns. 9.868/99, art. 26, e 9.882/99, art. 12); de decisão de jurisdição voluntária, e, também, nos casos do art. 18, da Lei n. 4.717⁽⁹²⁾, e do art. 16, da Lei n. 7.347⁽⁹³⁾, pois não há coisa julgada⁽⁹⁴⁾.

Todo julgamento superior que, vencidas as preliminares do recurso, aprecia o seu mérito,

cassa a decisão inferior, podendo substituí-la ou mandar que outra seja proferida⁽⁹⁵⁾.

A questão processual pode ser objeto da ação rescisória quando constituir pressuposto de validade da decisão de mérito:

TST, Súmula n. 412. Ação rescisória. Sentença de mérito. Questão processual. Pode uma questão processual ser objeto de rescisão desde que consista em pressuposto de validade de uma sentença de mérito.

TST, Súmula n. 411. Ação rescisória. Sentença de mérito. Decisão de Tribunal Regional do Trabalho em agravo regimental confirmando decisão monocrática do relator que, aplicando a Súmula n. 83 do TST, indeferiu a petição inicial da ação rescisória. Cabimento. Se a decisão recorrida, em agravo regimental, aprecia a matéria na fundamentação, sob o enfoque das Súmulas n.s 83 do TST e 343 do STF, constitui sentença de mérito, ainda que haja resultado no indeferimento da petição inicial e na extinção do processo sem julgamento do mérito. Sujeita-se, assim, à reforma pelo TST, a decisão do Tribunal que, invocando controvérsia na interpretação da lei, indefere a petição inicial de ação rescisória.

TST, Súmula n. 413. Ação rescisória. Sentença de mérito. Violação do art. 896, “a”, da CLT. É incabível ação rescisória, por violação do art. 896, “a”, da CLT, contra decisão que não conhece de recurso de revista, com base em divergência jurisprudencial, pois não se cuida de sentença de mérito (art. 485 do CPC).

Cléber Lúcio de Almeida⁽⁹⁶⁾ não aceita o trânsito em julgado da decisão rescindenda após o ajuizamento da ação rescisória; sendo assim, conclui-se ser inadmissível a ação rescisória *preventiva*, vez que a jurisprudência posiciona-se no sentido de não aceitar a comprovação de trânsito em julgado ocorrido em momento posterior ao ajuizamento da ação:

TST, Súmula n. 299. Ação rescisória. Decisão rescindenda. Trânsito em julgado. Comprovação. Efeitos... IV. O pretenso vício de intimação, posterior à decisão que se pretende rescindir,

(90) Pontes de Miranda, *Tratado*, p. 359.

(91) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 116.

(92) Lei n. 4.717, de 29.6.1965 (Lei da Ação Popular), art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

(93) Lei n. 7.347, de 24.7.1985 (Lei da Ação Civil Pública), art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, 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.

(94) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 111; no mesmo sentido, Rizzi.

(95) Dinamarco, *Nova era*, p. 271 e 272.

(96) In: Andréa Rocha & Alves Neto (Org.), *Súmulas*, p. 357.

se efetivamente ocorrido, não permite a formação da coisa julgada material. Assim, a ação rescisória deve ser julgada extinta, sem julgamento do mérito, por carência de ação, por inexistir decisão transitada em julgado a ser rescindida.

Nos moldes da Súmula n. 423 do STF, “*Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ‘ex officio’, que se considera interposto ‘ex lege’*”:

TST, SDI-2, OJ n. 21. Ação rescisória. Duplo grau de jurisdição. Trânsito em julgado. Inobservância. Decreto-lei n. 779/69, art. 1º, V. Incabível. É incabível ação rescisória para a desconstituição de sentença não transitada em julgado porque ainda não submetida ao necessário duplo grau de jurisdição, na forma do Decreto-lei n. 779/69. Determina-se que se oficie ao Presidente do TRT para que proceda à advocatária do processo principal para o reexame da sentença rescindenda.

2.1.1. Prevaricação, concussão ou corrupção do julgador

Cabe ação rescisória, se verificar que a decisão foi dada por prevaricação⁽⁹⁷⁾, concussão⁽⁹⁸⁾ ou corrupção⁽⁹⁹⁾ do juiz, ilícitos tal como definidos na legislação penal, não se autorizando construções ampliativas, por não se tratar de conceitos vagos nem termos juridicamente indeterminados⁽¹⁰⁰⁾, embora Pontes de Miranda⁽¹⁰¹⁾ posicione-se no sentido de utilizar os textos penais apenas como elementos para o conteúdo do conceito, concluindo não se exigir dolo na ação⁽¹⁰²⁾.

(97) “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.” (art. 319, do CP)

(98) “Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.” (art. 316, do CP)

(99) “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.” (art. 317, do CP)

(100) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 315.

(101) *Comentários*, t. VI, p. 271.

(102) *Ibidem*, p. 269.

É irrelevante a existência de exceção de incompetência e seu eventual resultado⁽¹⁰³⁾; não se exige a prévia condenação do julgador no juízo criminal, tampouco ação penal em curso, sendo possível a produção de prova no curso da rescisória⁽¹⁰⁴⁾. Entretanto, havendo simultaneidade dos dois processos, *pode* ser aplicada a regra do art. 110, do CPC⁽¹⁰⁵⁾, paralisando-se o curso da rescisória.⁽¹⁰⁶⁾

A decisão no juízo criminal posterior ao julgamento da ação rescisória não tem, por si só, nenhuma repercussão, qualquer que tenha sido o resultado, numa e noutra; se for anterior, vinculará o juízo rescindendo *secundum eventum litis*⁽¹⁰⁷⁾, onde não se poderá questionar a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, nos moldes do art. 935, do CC, regra aplicável a todas as ações em que a questão penal aparece com caráter de prejudicialidade⁽¹⁰⁸⁾; a absolutória só terá eficácia se afirmar ausência do fato ou da autoria, caso em que a rescisória será rejeitada.

Considerando que a mera participação do juiz impedido no processo não gera nulidade rescindível — é preciso que tenha proferido sentença⁽¹⁰⁹⁾, o melhor entendimento — porém, minoritário —, na consolidação de qualquer das hipóteses sob análise, assim como quando se trata de magistrado processualmente incapaz (impedimento) ou absolutamente

(103) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 319.

(104) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 274; Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 121; Theodoro Jr., *Curso*, p. 640; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 316.

(105) CPC, art. 110. Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal. Parágrafo único. Se a ação penal não for exercida dentro de 30 (trinta) dias, contados da intimação do despacho de sobrestamento, cessará o efeito deste, decidindo o juiz cível a questão prejudicial.

(106) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 122.

(107) *Ibidem*, p. 121; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 316.

(108) Cf. Albuquerque Prado *apud* Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 122.

(109) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 318.

incompetente, é o de que, se o seu voto for vencido, não caber a medida — *pas de nulité sans grief*.

Em órgãos colegiados, basta que *um* dos julgadores incorra numa dessas figuras, desde que haja concorrido para a formação da maioria⁽¹¹⁰⁾ e seu voto tenha sido numericamente decisivo para a apuração do resultado⁽¹¹¹⁾, ainda que por influência aos demais magistrados, não bastando a mera participação no julgamento⁽¹¹²⁾. Em suma, caberá quando o voto do julgador que praticou o crime tiver repercussão prática na conclusão do julgamento⁽¹¹³⁾; se for o relator e induzir os demais a erro, ainda que vencido, e se houve reversão do julgado em embargos infringentes, pois influenciou o resultado⁽¹¹⁴⁾.

A procedência da rescisória acarreta a nulidade não só da sentença, mas de todo o processo desde a instrução da causa⁽¹¹⁵⁾.

2.1.2. Julgador impedido ou absolutamente incompetente

Cabe ação rescisória em face de decisão proferida por juiz impedido — sendo irrelevante o impedimento que não seja contemporâneo à decisão⁽¹¹⁶⁾, exceto se, contudo, o prolator não é, ou deixou de ser juiz, pois inexistente a sentença⁽¹¹⁷⁾ —, ou absolutamente incompetente⁽¹¹⁸⁾,

o que independe de arguição no processo originário⁽¹¹⁹⁾:

SDI-2, OJ n. 124. Ação rescisória. Art. 485, II, do CPC. Arguição de incompetência absoluta. Prequestionamento inexigível. Na hipótese em que a ação rescisória tem como causa de rescindibilidade o inciso II do art. 485 do CPC, a arguição de incompetência absoluta prescinde de prequestionamento.

Enquanto o *impedimento* (arts. 134 e 136, do CPC) obsta a atuação do juiz na causa, a *suspeição* (art. 135, do CPC) apenas o faz quando alegada pelos interessados ou acusada de ofício, de modo que esta não constitui fundamento para a rescisória⁽¹²⁰⁾. Da mesma forma, apenas a *incompetência absoluta*, improrrogável, e não a *relativa*, pronunciada por provocação da parte interessada, autoriza a rescisão do julgado⁽¹²¹⁾.

Ressalvadas as exceções do art. 132, do CPC (“O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”), o juiz que não encerrou a instrução é absolutamente incompetente para sentenciar⁽¹²²⁾. Anote-se, neste ponto, a renitência da Justiça do Trabalho, mesmo após a extinção da representação classista, que justificava a posição contrária alinhada na Súmula n. 136, do TST, em aceitar o princípio da identidade física do juiz.

Ao impedido no julgamento colegiado se aplicam as mesmas considerações⁽¹²³⁾, e só haverá rejuízo da causa se a competência usurpada for do próprio tribunal que julgar procedente o juízo rescindente⁽¹²⁴⁾.

sobre a incompetência *ratione loci*, por entender, por exemplo, que estava revogada, infringe direito em tese, e cabe a rescisória com fundamento no art. 485, V”. Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 277.

(110) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 316-317; Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 679, nota 13 ao art. 485; Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 270.

(111) Para Didier Jr. (*Curso*, v. 3, p. 317), cabe ainda que sem esse voto permanecesse a maioria.

(112) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 122; contra: Bueno Vidigal.

(113) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 317. Voto vencido não integra o julgado, na trilha da Súmula n. 320, do STJ (“A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”).

(114) Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 679, nota 13 ao art. 485; contra: Luiz Fux.

(115) Cf. Bueno Vidigal *apud* Theodoro Jr., *Curso*, p. 640.

(116) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 123; Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 275.

(117) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 275.

(118) “A incompetência *ratione loci* não basta à rescindibilidade. Mas, se o juiz deixou de aplicar regra jurídica

(119) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 274-275.

(120) Cf. Theodoro Jr., *Curso*, p. 640-641.

(121) *Ibidem*, p. 641.

(122) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 319.

(123) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 123.

(124) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 320.

2.1.3. Dolo da parte vencedora ou colusão das partes

Também será viável o ajuizamento da ação rescisória se a decisão resultar de dolo⁽¹²⁵⁾ da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei, desde que haja nexo causal entre a conduta (em violação aos princípios da lealdade e boa-fé processual — arts. 14 e 17, do CPC), e o resultado da demanda, que, assim, necessita ter sido influenciado de modo negativo.

São exemplos, induzir o réu à revelia e obstar a produção de provas⁽¹²⁶⁾, culminando, “*impedindo ou dificultando a atuação processual do adversário, ou influenciando o juízo do magistrado, em ordem a afastá-lo da verdade*”⁽¹²⁷⁾. Do mesmo modo, é cabível quando há fundamento para se invalidar confissão, renúncia à pretensão ou transação.

A hipótese relaciona-se com ato da parte — “*não atua nem se revela na conduta do magistrado*”⁽¹²⁸⁾. A propósito, não só o dolo da parte, como também o de seu representante legal e de seu procurador, “*ainda quando sem o assentimento ou a ciência do litigante*”, autoriza o manejo da ação rescisória⁽¹²⁹⁾. A conduta desleal de um dos litisconsortes basta, podendo limitar-se a rescindibilidade a capítulo da sentença a ele referente, se não for unitário⁽¹³⁰⁾.

Seguindo a doutrina de Barbosa Moreira, ressoada, em essência, pela jurisprudência, pode-se afirmar que “*não basta a simples afirmação de fato inverídico, sem má-fé, nem o silêncio acerca de fato desfavorável relevante, nem a abstenção de produzir prova capaz de*

beneficiar a parte contrária”, ou “*que se haja tirado proveito, com habilidade, de alguma situação de inferioridade em que se tenha visto o adversário, quanto às suas possibilidades de defesa, por motivos estranhos à vontade do litigante vitorioso*”⁽¹³¹⁾:

TST, Súmula n. 403. Ação rescisória. Dolo da parte vencedora em detrimento da vencida. Art. 485, III, do CPC. I. Não caracteriza dolo processual, previsto no art. 485, III, do CPC, o simples fato de a parte vencedora haver silenciado a respeito de fatos contrários a ela, porque o procedimento, por si só, não constitui ardil do qual resulte cerceamento de defesa e, em consequência, desvie o juiz de uma sentença não condizente com a verdade.

Sopesado que, se a parte produziu prova que sabia falsa ou comportou-se de modo a determinar a falsidade da prova (suborno de testemunha, p. ex.), o enquadramento é no inciso VI do art. 485, que, ademais, dispensa o aspecto subjetivo⁽¹³²⁾; o TST firmou, também, no item II da citada súmula, o entendimento de que não incide a presente regra se a decisão que se pretende rescindir é homologatória de acordo:

II. Se a decisão rescindenda é homologatória de acordo, não há parte vencedora ou vencida, razão pela qual não é possível a sua desconstituição calcada no inciso III do art. 485 do CPC (dolo da parte vencedora em detrimento da vencida), pois constitui fundamento de rescindibilidade que supõe solução jurisdicional para a lide.

A hipótese de colusão liga-se à ideia de processo *fraudulento*⁽¹³³⁾, e não *simulado* — “*enquanto neste as partes não têm, verdadeiramente, a intenção de aproveitar-se do resultado do pleito, nem, pois, real interesse na produção dos respectivos efeitos jurídicos, a não ser como*

(125) Pressupõe conhecimento do nexo de causalidade entre seu ato e a favorabilidade da sentença, cf. Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 280.

(126) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 321.

(127) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 124; Yarshell; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 321.

(128) Cf. Rizzi *apud* Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 321.

(129) Theodoro Jr., *Curso*, p. 641; Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 125; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 321.

(130) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 126.

(131) *Ibidem*, p. 124-125.

(132) *Ibidem*, p. 125.

(133) CPC, art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.

simulacro para prejudicar terceiros, naquele, ao contrário, o resultado é verdadeiramente querido, e as partes valem-se do processo justamente porque ele se lhes apresenta como o único meio utilizável para atingir um fim vedado em lei”⁽¹³⁴⁾.

O entendimento do TST, porém, é no sentido de que cabe quando houver processo fraudulento e no caso de lide simulada, para prejudicar terceiros. Tanto num como noutro, procedente o juízo rescindendo, o resultado deve ser a anulação do processo⁽¹³⁵⁾, de modo que o juízo rescisório, atendendo ao comando do art. 129, do CPC, proferirá decisão “*que obste aos objetivos das partes*”, podendo resultar, inclusive, na simples extinção do processo sem resolução do mérito:

TST, SDI-2, OJ n. 94. Ação rescisória. Colusão. Fraude à lei. Reclamatória simulada extinta. A decisão ou acordo judicial subjacente à reclamação trabalhista, cuja tramitação deixa nítida a simulação do litígio para fraudar a lei e prejudicar terceiros, enseja ação rescisória, com lastro em colusão. No juízo rescisório, o processo simulado deve ser extinto.

2.1.4. Ofensa à coisa julgada

É rescindível a decisão de mérito que ofender a coisa julgada — também a *formal*, segundo Pontes de Miranda⁽¹³⁶⁾, pois há casos em que representa óbice à repropositura da ação, p. ex., quando a sentença impugnada reporta à coisa julgada material como impeditivo ao prosseguimento (ou determina o prosseguimento a despeito da coisa julgada material); quando rejeita a legitimidade da parte, ativa ou passiva (ou, pelo contrário, diz ser parte legítima quem não é); quando vislumbra juridicamente impossível o pedido (na situação inversa, o mestre alagoano alerta para a ineficácia da decisão); quando diz não estarem

presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, quando estão todos preenchidos (ou conhece do recurso, apesar de não preenchidos) —, porque, via de regra, a *coisa julgada* é a “*imutabilidade da sentença e de seus efeitos*”, dos *efeitos substanciais* da sentença de mérito, de modo que “*não se trata de imunizar a sentença como ato do processo, mas os efeitos que ela projeta para fora deste e atingem as pessoas em suas relações*”⁽¹³⁷⁾.

Assim, já havendo decisão sobre a questão, a que sobrevier, em demanda em que figurem as mesmas partes, causa de pedir e pedido, será rescindível, ante a ausência de pressuposto objetivo de desenvolvimento válido do processo — art. 267, V, do CPC⁽¹³⁸⁾; o que não ocorre quando a segunda decisão limita-se a interpretar o conteúdo e o alcance da anterior:

TST, SDI-2, OJ n. 123. Ação rescisória. Interpretação do sentido e alcance do título executivo. Inexistência de ofensa à coisa julgada. O acolhimento da ação rescisória calcada em ofensa à coisa julgada supõe dissonância patente entre as decisões exequenda e rescindenda, o que não se verifica quando se faz necessária a interpretação do título executivo judicial para se concluir pela lesão à coisa julgada.

Nesse contexto, não há ofensa à coisa julgada se a segunda decisão apenas contraria os fundamentos da primeira, pois estes, nos termos do art. 469, I e II, do CPC, não são cobertos pela coisa julgada⁽¹³⁹⁾. A vedação é no sentido de que haja rejugamento da causa, ainda que no mesmo sentido; também se submete ao vínculo a lide, não idêntica, que tenha solução logicamente subordinada à da outra, que pode se dar, inclusive, entre processos de competência de “Justiças” diversas — mas se a questão subordinante houver sido apreciada *incidenter tantum*, a solução não fica coberta

(134) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 126; no mesmo sentido: Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 322.

(135) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 126.

(136) *Ibidem*, p. 281.

(137) Dinamarco, *Nova era*, p. 224.

(138) Theodoro Jr., *Curso*, p. 643.

(139) cf. Jouberto Cavalcante.

pela *auctoritas rei iudicatae*, conforme art. 469, III, do CPC⁽¹⁴⁰⁾:

TST, SDI-2, OJ n. 150. Ação rescisória. Decisão rescindenda que extingue o processo sem resolução de mérito por acolhimento da exceção de coisa julgada. Conteúdo meramente processual. Impossibilidade jurídica do pedido. Reputa-se juridicamente impossível o pedido de corte rescisório de decisão que, reconhecendo a configuração de coisa julgada, nos termos do art. 267, V, do CPC, extingue o processo sem resolução de mérito, o que, ante o seu conteúdo meramente processual, a torna insuscetível de produzir a coisa julgada material.

Em geral, há apenas o juízo rescindente; porém, haverá rejugamento em casos específicos, como quando, na sentença de liquidação, o juiz extrapolar os limites da sentença liquidanda, ou quando se negar efeito à questão prejudicial estabelecida em outra demanda, e protegida pela autoridade da coisa julgada⁽¹⁴¹⁾. Se entre a primeira e a segunda lide não há identidade, mas mera relação de subordinação, não existe problema em valerem as duas⁽¹⁴²⁾:

TST, Súmula n. 397. Ação rescisória. Art. 485, IV, do CPC. Ação de cumprimento. Ofensa à coisa julgada emanada de sentença normativa modificada em grau de recurso. Inviabilidade. Cabimento de mandado de segurança. Não procede ação rescisória calçada em ofensa à coisa julgada perpetrada por decisão proferida em ação de cumprimento, em face de a sentença normativa, na qual se louvava, ter sido modificada em grau de recurso, porque em dissídio coletivo somente se consubstancia coisa julgada formal. Assim, os meios processuais aptos a atacarem a execução da cláusula reformada são a exceção de pré-executividade e o mandado de segurança, no caso de descumprimento do art. 572 do CPC.

Entretanto, tornada irrevocável a sentença com o decurso do prazo bienal, no caso do inciso IV, há dissenso quanto aos efeitos. Para

Pontes de Miranda, prevalece a segunda, pois gera efeitos enquanto não for rescindida, sendo irrecusável a sua eficácia⁽¹⁴³⁾, mas subsistem aqueles já produzidos da primeira⁽¹⁴⁴⁾; sobre vindo lide subordinada, prevalece o que fora decidido na segunda⁽¹⁴⁵⁾.

Defendem a prevalência da primeira decisão, Thereza Alvim⁽¹⁴⁶⁾, Teresa Alvim Wambier & Medina⁽¹⁴⁷⁾, Nery Jr. e Rosa Nery⁽¹⁴⁸⁾, Scarpinella, Marcato, Sílvio Sálvio Teixeira e Rizzi, para quem a segunda não pode prevalecer, sob pena de violação à garantia da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF), interpretação rebatida por Barbosa Moreira⁽¹⁴⁹⁾, alertando que a garantia constitucional é restrita ao direito intertemporal, e, ademais, há também coisa julgada na segunda sentença, que mereceria, da mesma forma, portanto, proteção constitucional.

Há quem sustente que, com a superveniência de coisa julgada em lide idêntica, os atos praticados com fulcro na primeira ficam sujeitos ao desfazimento, inclusive repetição de valores executados (Reichel), interpretação rechaçada por Pontes de Miranda⁽¹⁵⁰⁾ e Barbosa Moreira⁽¹⁵¹⁾.

Há violação de coisa julgada em homologação de sentença estrangeira anterior à decisão doméstica, e também no inverso, se esta transitar em julgado primeiro⁽¹⁵²⁾.

Porque sujeita à coisa julgada, também a decisão que homologa acordo judicial (art. 269,

(140) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 128 e 130.

(141) Cf. Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 323.

(142) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 227.

(143) *Comentários*, t. VI, p. 266-268 e 283; nesse sentido: Dinamarco.

(144) *Ibidem*, p. 473.

(145) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 223-225; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 323.

(146) *RePro*, 1985.

(147) Afirmando que a falta de condição da ação implica em inexistência do processo.

(148) *Código comentado*, p. 679, nota 17 ao art. 485.

(149) *Comentários*, p. 226.

(150) *Comentários*, t. VI, p. 285.

(151) *Comentários*, p. 225.

(152) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 129.

III, do CPC) pode ser tida por violada por outra, posterior:

TST, SDI-2, OJ n. 132. Ação rescisória. Acordo homologado. Alcance. Ofensa à coisa julgada. Acordo celebrado — homologado judicialmente — em que o empregado dá plena e ampla quitação, sem qualquer ressalva, alcança não só o objeto da inicial, como também todas as demais parcelas referentes ao extinto contrato de trabalho, violando a coisa julgada, a propositura de nova reclamação trabalhista.

Não haverá ofensa à coisa julgada, quando, na execução, determina-se a incidência de normas cogentes, se omissa o título executivo:

TST, Súmula n. 401. Ação rescisória. Descontos legais. Fase de execução. Sentença exequenda omissa. Inexistência de ofensa à coisa julgada. Os descontos previdenciários e fiscais devem ser efetuados pelo juízo executório, ainda que a sentença exequenda tenha sido omissa sobre a questão, dado o caráter de ordem pública ostentado pela norma que os disciplina. A ofensa à coisa julgada somente poderá ser caracterizada na hipótese de o título exequendo, expressamente, afastar a dedução dos valores a título de imposto de renda e de contribuição previdenciária.

TST, SDI-2, OJ n. 35. Ação Rescisória. Planos Econômicos. Coisa Julgada. Limitação à data-base na fase de execução. Não ofende a coisa julgada a limitação à data-base da categoria, na fase executória, da condenação ao pagamento de diferenças salariais decorrentes de planos econômicos, quando a decisão exequenda silenciar sobre a limitação, uma vez que a limitação decorre de norma cogente. Apenas quando a sentença exequenda houver expressamente afastado a limitação à data-base é que poderá ocorrer ofensa à coisa julgada.

Por fim, cabe destacar que, em seara trabalhista, tem se exigido, para o cabimento sob o presente fundamento, uma espécie de prequestionamento da matéria ventilada⁽¹⁵³⁾:

(153) Rejeitando a ideia: “Ação rescisória. Tem entendido o STF que mesmo a alegação de ofensa a coisa

TST, SDI-2, OJ n. 101. Ação rescisória. Art. 485, IV, do CPC. Ofensa a coisa julgada. Necessidade de fixação de tese na decisão rescindenda. Para viabilizar a desconstituição do julgado pela causa de rescindibilidade do inciso IV, do art. 485, do CPC, é necessário que a decisão rescindenda tenha enfrentado as questões ventiladas na ação rescisória, sob pena de inviabilizar o cotejo com o título executivo judicial tido por desrespeitado, de modo a se poder concluir pela ofensa à coisa julgada.

2.1.5. Violação à literal disposição de lei

Submete-se ao crivo rescisório, conforme entendimento majoritário⁽¹⁵⁴⁾, a decisão que “*violar literal disposição de lei*”, entendida como aquela que aplica interpretação dissonante do entendimento pacífico dos tribunais. Nesse sentido, também, a Súmula n. 343, do STF (“*Não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão*

julgada deve ser objeto de prequestionamento, para fins de recurso extraordinário (ERE-87879-RTJ-98/754 e AG-74831-RTJ-93/585). No entanto, em se tratando de ação rescisória não se impõe o requisito do prequestionamento. A rescisória tanto pode versar o fundamento em que se fixou a decisão rescindenda, quanto em outro por ela não tratada (ver EAR-732-8-RJ, de 28.2.80, AR-777/81-RJ, AR-978-9-PE, de 11.10.78). O tema do prequestionamento poderá influir, sim, na fixação da competência (ver Súmulas 249 e 515). (...)” (STF, Pleno, AR n. 1.126, rel. min. Djaci Falcão, j. 18.9.1985.)

(154) Contra, repudiando a ausência de controvérsia sobre a interpretação legal como requisito de cabimento da rescisória: Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 680, nota 21 ao art. 485. Em trilha semelhante, Pontes de Miranda (*Comentários*, t. VI) afirma que “pode haver ação rescisória ainda quando a infração do direito concerne àquelas regras sujeitas à interpretação, ou quando se trata de costume ou direito extravagante ou singular, ainda que não notório. A infração da *ratio legis*, com infração de regra jurídica (*contra litteram*), não escapa ao art. 485, V” (p. 288), e ainda que “A regra extralegal (no sentido de não escrita nos textos) assente com fixidez e inequívoca, é *direito*, ao passo que não no é a regra legal, a que a interpretação fez dizer outra coisa ou a substituiu. Pouco importa, ou nada importa, que a letra seja *clara*, que a lei seja *clara*: a lei pode ser clara, e obscuro o direito que diante dela, se deve aplicar. Porque a lei é roteiro, itinerário, guia” (p. 291).

se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”⁽¹⁵⁵⁾:

TST, Súmula n. 83. Ação rescisória. Matéria controvertida. I. Não procede pedido formulado na ação rescisória por violação literal de lei se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal infraconstitucional de interpretação controvertida nos Tribunais. II. O marco divisor quanto a ser, ou não, controvertida, nos Tribunais, a interpretação dos dispositivos legais citados na ação rescisória é a data da inclusão, na Orientação Jurisprudencial do TST, da matéria discutida.

TST, SDI-2, OJ n. 9. Ação Rescisória. CONAB. Aviso DIREH 02/1984. Súmula n. 83 do TST. Aplicável. Não se rescinde julgado que reconheceu garantia de emprego com base no Aviso DIREH 02/1984 da CONAB, antes da Súmula n. 355 do TST, em virtude da notória controvérsia jurisprudencial então reinante. Incidência da Súmula n. 83 do TST.

TST, SDI-2, OJ n. 11. Ação Rescisória. Correção Monetária. Lei 7596/1987. Universidades Federais. Implantação tardia do Plano de Classificação de Cargos. Violação de lei. Súmula n. 83 do TST. Aplicável. Não se rescinde julgado que acolhe pedido de correção monetária decorrente da implantação tardia do Plano de Classificação de Cargos de Universidade Federal previsto na Lei n. 7.596/1987, à época em que era controvertida tal matéria na jurisprudência. Incidência da Súmula n. 83 do TST.

TST, SDI-2, OJ n. 19. Ação Rescisória. Desligamento Incentivado. Imposto de Renda. Abono Pecuniário. Violação de Lei. Súmula 83 do TST. Aplicável. Havendo notória controvérsia jurisprudencial acerca da incidência de imposto de renda sobre parcela paga pelo empregador (“abono pecuniário”) a título de “desligamento incentivado”, improcede pedido de rescisão do julgado. Incidência da Súmula n. 83 do TST.

TST, SDI-2, OJ n. 39. Ação Rescisória. Reajustes bimestrais e quadrimestrais. Lei n. 8222/1991. Súmula n. 83 do TST. Aplicável.

(155) “O fato de haver divergência de interpretações não pré-exclui a ofensa à lei.” (Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 309.)

Havendo controvérsia jurisprudencial à época, não se rescinde decisão que aprecia a possibilidade de cumulação das antecipações bimestrais e reajustes quadrimestrais de salário previstos na Lei n. 8222/1991. Incidência da Súmula n. 83 do TST.

TST, SDI-2, OJ n. 30. Ação rescisória. Multa. Art. 920 do Código Civil de 1916 (art. 412 do Código Civil de 2002)⁽¹⁵⁶⁾. Não se acolhe, por violação do art. 920 do Código Civil de 1916 (art. 412 do Código Civil de 2002), pedido de rescisão de julgado que: a) em processo de conhecimento, impôs condenação ao pagamento de multa, quando a decisão rescindenda for anterior à Orientação Jurisprudencial n. 54 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST (30.5.94), incidindo o óbice da Súmula n. 83 do TST; b) em execução, rejeita-se limitação da condenação ao pagamento de multa, por inexistência de violação literal.

Pontes de Miranda⁽¹⁵⁷⁾ posiciona-se contrariamente à delimitação do marco temporal como o momento em que proferida a decisão questionada, sendo irrelevante o dissídio jurisprudencial — cuja ausência não se exige, outrossim, quanto à norma tida por violada, tem dignidade constitucional, conforme Didier Jr.⁽¹⁵⁸⁾ — anterior ou superveniente⁽¹⁵⁹⁾; defende que a nova jurisprudência, ainda que não reiterada, torna suscetível de rescisão todas as decisões anteriores contrárias, só encobríveis contra o exame rescindente pelo biênio, pois o valor defendido é o *direito*, e não a *jurisprudência*.

Prevalece caracterizar-se a hipótese legal se a decisão rescindenda espelha entendimento isolado⁽¹⁶⁰⁾, ou circunscrito a um único tribunal local⁽¹⁶¹⁾, na medida em que “*não parece*

(156) CC, art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

(157) *Comentários*, t. VI, p. 296 e 298.

(158) *Curso*, v. 3, p. 329.

(159) STJ, EREspAgRg n. 8224, rel. min. Humberto Gomes de Barros, j. 19.12.1991.

(160) STJ, 2ª T., REsp n. 10644, rel. min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 3.5.1993.

(161) STF, 2ª T., RE n. 96057, rel. min. Cordeiro Guerra, j. 29.10.1982.

razoável afastar a incidência do art. 485, n. V, só porque dois ou três acórdãos infelizes, ao arrepio do entendimento preponderante, hajam adotado interpretação absurda, manifestamente contrário ao sentido da norma⁽¹⁶²⁾.

Por *lei* entende-se a Constituição, os atos legislativos enumerados no art. 59, da CF (emenda constitucional, lei ordinária, lei complementar, lei delegada, decreto legislativo, resolução legislativa, medida provisória), decreto do Executivo, ato normativo baixado por órgão do Poder Judiciário (art. 96, I, a, da CF, p. ex.)⁽¹⁶³⁾; mas não a súmula⁽¹⁶⁴⁾, ainda que vinculante⁽¹⁶⁵⁾. “*Também a violação de norma jurídica estrangeira torna rescindível a sentença, na hipótese de ter-se de aplicar à espécie o direito de outro país*”⁽¹⁶⁶⁾, bem como por violação de regimento interno⁽¹⁶⁷⁾; contra o costume, a analogia, os princípios gerais de direito e a jurisprudência⁽¹⁶⁸⁾ — este, por ser lei supletiva (art. 4º, da LICC; art. 8º, da CLT), autoriza a rescisória⁽¹⁶⁹⁾. Da mesma forma a regra de interpretação, pois direito é⁽¹⁷⁰⁾:

TST, Súmula n. 409. Ação rescisória. Prazo prescricional. Total ou parcial. Violação do art. 7º, XXIX, da CF/88. Matéria infraconstitucional. Não procede ação rescisória calçada em violação do art. 7º, XXIX, da CF/88 quando a questão envolve discussão sobre a espécie de prazo prescricional aplicável aos créditos trabalhistas, se total ou parcial, porque a matéria tem índole infraconstitucional, construída, na Justiça do Trabalho, no plano jurisprudencial.

(162) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 131-132; STJ, 1ª S., AR n. 46, rel. Vicente Cernicchiaro, j. 28.11.1989.

(163) *Ibidem*, p. 130.

(164) *Ibidem*, p. 132.

(165) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 325.

(166) Pontes de Miranda; Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 131; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 324-325.

(167) RSTJ 140/235; Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 227.

(168) JTA n. 98/228; RSTJ n. 45/129 e n. 135/49.

(169) cf. Negrão, *Código anotado*, p. 610, nota 26a ao art. 485; Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 680, nota 18 ao art. 485.

(170) Cf. Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 289.

O TST exclui, como hipótese de cabimento, os seguintes normativos:

TST, SDI-2, OJ n. 25. Ação rescisória. Expressão “lei” do art. 485, V, do CPC. Não inclusão do ACT, CCT, Portaria, Regulamento, Súmula e Orientação Jurisprudencial de Tribunal. Não procede pedido de rescisão fundado no art. 485, V, do CPC quando se aponta contrariedade à norma de convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, portaria do Poder Executivo, regulamento de empresa e súmula ou orientação jurisprudencial de tribunal.

Para Rizzi, há violação literal à lei quando a decisão questionada afirma: a invalidade de lei evidentemente válida; a validade a lei que não vale; não viger a lei que ainda vige; viger a lei que ainda não vige ou já não vige; não aplicável a lei reguladora da espécie; aplicável lei não reguladora da espécie; ou que interpreta tão erroneamente a lei que “*sob a cor de interpretar, é a lei tratada no seu sentido literal*”.

Sérgio Porto⁽¹⁷¹⁾ defende um cabimento mais abrangente, para abarcar inclusive as “*garantias constitucionais implícitas*”, hipótese que denomina *ação rescisória atípica*. Assim, melhor teria sido dizer “*direito em tese*”⁽¹⁷²⁾.

É irrelevante que se viole direito material ou processual,⁽¹⁷³⁾ pois também são rescindíveis as sentenças viciadas por desobediência a normas processuais⁽¹⁷⁴⁾ — prevalece, contudo, só se admitir a invocação de norma processual, com fundamento no inciso V, se consistir fundamento de validade da decisão de mérito, pois a decisão que viola literal disposição de lei não é só aquela que ofende a letra escrita do texto, “*é aquela que ofende flagrantemente a lei, tanto quando a decisão é repulsiva à lei (error in judicando), como quando proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para a sua prolação (error in*

(171) *Ação rescisória atípica, passim*.

(172) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 130.

(173) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 303; Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 131.

(174) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, p. 691.

procedendo)⁽¹⁷⁵⁾, é o “desprezo pelo julgado de uma lei que claramente regule a hipótese e cuja não aplicação no caso concreto implique atentado à ordem jurídica e ao interesse público”⁽¹⁷⁶⁾, enquadrando os fatos em figura jurídica inadequada, ainda que não tenha enfrentado a aplicabilidade *in concreto* da lei tida por violada, não se cogitando da justiça da decisão, ou de melhor interpretação jurídica⁽¹⁷⁷⁾:

Processual Civil. Embargos Infringentes em Ação Rescisória. Violação a literal disposição de lei. Demonstração da violação por meio de integração analógica. Inadmissibilidade. Para ser julgado procedente, o pedido rescindendo deduzido em ação rescisória fulcrada no inc. V do art. 485 do CPC depende, necessariamente, da existência de violação, pelo v. acórdão rescindendo, a literal disposição de lei. A afronta deve ser direta — contra a literalidade da norma jurídica — e não deduzível a partir de interpretações possíveis, restritivas ou extensivas, ou mesmo integração analógica. Esse é o entendimento pacífico na jurisprudência deste Tribunal, arremada no Enunciado n. 343 da Súmula do C. STF. Embargos infringentes a que se rejeitam. (STJ, 2ª S., EAR n. 720, rel. min. Nancy Andrighi, j. 9.10.2002.)

Processual civil. Ação rescisória: via impugnativa angusta. Violação de dispositivo legal em sua literalidade: inocorrência. Suscitação de incidente de uniformização de jurisprudência: faculdade do magistrado. Precedentes do STJ e do STF. Recurso Especial não conhecido. I – Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere é necessário que a interpretação dada pelo “decisum” rescindendo seja de tal modo aberrante, que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se ‘recurso’ ordinário com

prazo de ‘Interposição’ de dois anos. “In casu”, o acórdão rescindendo deu ao dispositivo legal interpretação não apenas aceitável (o que basta para que ele não seja rescindido), mas sim a melhor, pelo que a ação rescisória merecidamente não teve sucesso no âmbito do tribunal estadual. Precedente do STJ: AR n. 208/RJ. Precedentes do STF: RE n. 50.046 e ERE n. 78.314/RJ. II – O vocábulo ‘compet’ inserto no “caput” do art. 476 do CPC não equivale a ‘deve’, mas sim a ‘pertence por direito’. Portanto, o magistrado não tem a obrigação de suscitar o incidente de uniformização de jurisprudência, mas sim a faculdade de fazê-lo. Precedentes da corte: REsp n. 3.835/PR, RMS n. 4.270/SP e REsp n. 52.107/SP. III – Recurso especial não conhecido. (STJ, 6ª T., REsp n. 9086, rel. min. Adhemar Maciel, j. 29.4.1996.)

No juízo rescindente, não se admite reexame de provas⁽¹⁷⁸⁾:

TST, Súmula n. 410. Ação rescisória. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade. A ação rescisória calcada em violação de lei não admite reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescindenda.

Por outro lado, não se justifica exigir “*prequestionamento*”, pois, como decorrência do *iura novit curia*, pode o julgador ter aplicado direito não discutido, bastando, no caso concreto, a violação em si ao direito, que poderá estar tanto na fundamentação como no dispositivo⁽¹⁷⁹⁾; porém, o TST somente enxerga “*violação literal de lei*” se houver, a decisão rescindenda, pronunciado-se explicitamente sobre o tema rescindendo⁽¹⁸⁰⁾:

TST, Súmula n. 298. Ação rescisória. Violação de lei. Pquestionamento. I. A conclusão acerca da ocorrência de violação literal de lei pressupõe pronunciamento explícito, na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada. II. O prequestionamento exigido

(175) Cf. Amaral Santos *apud* Theodoro Jr., *Curso*, p. 643.

(176) Sérgio Sahione Fadel *apud* Theodoro Jr., *Curso*, p. 643.

(177) Theodoro Jr., *Curso*, p. 643-644; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 327.

(178) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 327-328.

(179) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 305-306; Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 132; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 325.

(180) Cf. Francisco Antonio de Oliveira, *Comentários*, p. 560-561.

em ação rescisória diz respeito à matéria e ao enfoque específico da tese debatida na ação e não, necessariamente, ao dispositivo legal tido por violado. Basta que o conteúdo da norma, reputada como violada, tenha sido abordado na decisão rescindenda para que se considere preenchido o pressuposto do prequestionamento. III. Para efeito de ação rescisória, considera-se prequestionada a matéria tratada na sentença quando, examinando remessa de ofício, o Tribunal simplesmente a confirma. IV. A sentença meramente homologatória, que silencia sobre os motivos de convencimento do juiz, não se mostra rescindível, por ausência de prequestionamento. V. Não é absoluta a exigência de prequestionamento na ação rescisória. Ainda que a ação rescisória tenha por fundamento violação de dispositivo legal, é prescindível o prequestionamento quando o vício nasce no próprio julgamento, como se dá com a sentença “*extra, citra e ultra petita*”.

TST, SDI-2, OJ n. 135. Ação rescisória. Violação do art. 37, “*caput*”, da CF/88. Necessidade de prequestionamento. A ação rescisória calcada em violação do art. 37, “*caput*”, da Constituição Federal, por desrespeito ao princípio da legalidade administrativa exige que ao menos o princípio constitucional tenha sido prequestionado na decisão.

É dispensável a indicação inequívoca da lei e artigo tido por violado, desde que claramente identificável o conteúdo; com maior razão deve-se relevar eventual equívoco na menção⁽¹⁸¹⁾. O TST, porém, exige expressa indicação, na petição inicial da ação rescisória, do dispositivo legal violado, por se tratar de causa de pedir da rescisória, não se aplicando, no caso, o princípio *iura novit curia*⁽¹⁸²⁾.

TST, SDI-2, OJ n. 34. Ação Rescisória. Planos Econômicos. 1. O acolhimento de pedido em ação rescisória de plano econômico, fundada no art. 485, inciso V, do CPC, pressupõe, necessariamente, expressa invocação na petição inicial de afronta ao art. 5º, inciso XXXVI, da

Constituição Federal de 1988. A indicação de ofensa literal a preceito de lei ordinária atrai a incidência da Súmula n. 83 do TST e Súmula n. 343 do STF. 2. Se a decisão rescindenda é posterior à Súmula n. 315 do TST (Res. 07, DJ 22.09.1993), inaplicável a Súmula n. 83 do TST.

TST, SDI-2, OJ n. 97. Ação rescisória. Violação do art. 5º, I, LIV e LV, da Constituição Federal. Princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa não servem de fundamento para a desconstituição de decisão judicial transitada em julgado, quando se apresentam sob a forma de pedido genérico e desfundamentado, acompanhando dispositivos legais que tratam especificamente da matéria debatida, estes sim, passíveis de fundamentarem a análise do pleito rescisório.

Pode haver mais de uma causa de pedir (*i. e.*, normas violadas), não podendo, o órgão julgador, acolher o pedido com base em norma não indicada⁽¹⁸³⁾, nem deixar a parte de questionar todos os fundamentos da decisão rescindenda:

TST, SDI-2, OJ n. 112. Ação rescisória. Violação de lei. Decisão rescindenda por duplo fundamento. Impugnação parcial. Para que a violação da lei dê causa à rescisão de decisão de mérito alicerçada em duplo fundamento, é necessário que o Autor da ação rescisória invoque causas de rescindibilidade que, em tese, possam infirmar a motivação dúplice da decisão rescindenda.

Inadmissível a renovação da impugnação, por idênticos fundamentos, por meio de nova rescisória, ao vício que deu azo à anterior:

TST, Súmula n. 400. Ação rescisória de ação rescisória. Violação de lei. Indicação dos mesmos dispositivos legais apontados na rescisória primitiva. Em se tratando de rescisória de rescisória, o vício apontado deve nascer na decisão rescindenda, não se admitindo a re-discussão do acerto do julgamento da rescisória anterior. Assim, não se admite rescisória calcada no inciso V do art. 485 do CPC para discussão,

(181) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 132.

(182) Súmula n. 408, parte final; no mesmo sentido: Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 326.

(183) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 132.

por má aplicação dos mesmos dispositivos de lei, tidos por violados na rescisória anterior, bem como para arguição de questões inerentes à ação rescisória primitiva.

2.1.6. Prova falsa

A decisão de mérito é rescindível “sempre que, baseada em prova falsa, admitiu a existência de fato, sem o qual outra seria necessariamente a sua conclusão”⁽¹⁸⁴⁾, hipótese incorrente se houver outro fundamento *bastante* para a manutenção da conclusão⁽¹⁸⁵⁾.

A partir da imprescindibilidade da relação de causa com o resultado da demanda, a falsidade pode ser de qualquer prova (testemunhal, documental, perícia, ...), de índole material ou ideológica, não se exigindo consciência, *i. e.*, culpa, na produção da prova⁽¹⁸⁶⁾.

Não há falar-se em falsidade de presunção — “o simples erro lógico do juiz, no curso do raciocínio, não configura motivo de rescindibilidade”⁽¹⁸⁷⁾.

A prova da falsidade — material ou ideológica — poderá ser apurada tanto em processo criminal (ação penal, revisão, *habeas corpus*, ou qualquer outro em que a decisão definitiva declare falsa a prova) — irrelevante ser anterior ou posterior à rescindenda, desde que trânsita em julgado⁽¹⁸⁸⁾, supondo-se não havida a revisão criminal, salvo se não atingir a prova⁽¹⁸⁹⁾ —, caso em que não haverá controvérsia quanto a esse aspecto, como produzida nos próprios autos da rescisória⁽¹⁹⁰⁾.

É indiferente que se tenha alegado na ação primitiva⁽¹⁹¹⁾; em se tratando de falsidade documental, se tiver sido afastada a arguição no respectivo incidente — art. 395, do CPC (“A sentença, que resolver o incidente, declarará a falsidade ou autenticidade do documento”) — afasta-se a rescindibilidade da sentença proferida na causa principal por este fundamento, enquanto prevalecer a autoridade da coisa julgada da sentença incidental, rescindível, por sua vez⁽¹⁹²⁾.

Sentença cível declaratória da falsidade — autônoma, ou incidental em outro processo — não exclui a necessidade de se fazer prova na ação rescisória, servindo apenas como elemento de prova⁽¹⁹³⁾. Trata-se de hipótese em que a eficácia da sentença — coisa julgada — é limitada, servindo apenas como elemento de prova⁽¹⁹⁴⁾, não podendo justificar, portanto, a ação rescisória sob o fundamento do inciso IV, ainda que seja evidente a relação de subordinação lógica na solução da lide.

Fato provado por prova ilícita — art. 5º, LVI, da CF — não é prova falsa, mas fato não provado, cabendo rescisória, mas com base no inciso V⁽¹⁹⁵⁾.

2.1.7. Documento novo

Também desafia a ação rescisória a hipótese de, depois da decisão, o autor, que pode até ter sido terceiro no processo originário⁽¹⁹⁶⁾, obter documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável,

(184) Bueno Vidigal *apud* Theodoro Jr., *Curso*, p. 644.

(185) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 133.

(186) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 330; Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 319.

(187) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 134.

(188) *Ibidem*, p. 134-135.

(189) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 319. Porém, nada obsta a que tenha havido outra exclusão da eficácia da sentença (anistia, indulto, ...), que não retirem a eficácia probatória da sentença criminal trânsita em julgado (Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 319).

(190) Theodoro Jr., *Curso*, p. 644.

(191) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 319.

(192) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 133.

(193) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 324; Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 135; Jouberto Cavalcante; contra, admitindo o reconhecimento da falsidade em ação declaratória autônoma: Rizzi; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 330; Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 681, nota 25 ao art. 485.

(194) Cf. Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 242; *Tratado*, p. 311.

(195) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 331-332.

(196) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 136.

devendo, necessariamente, referir-se a *fato alegado* no processo originário⁽¹⁹⁷⁾.

“A novidade do documento não diz respeito à sua constituição, mas à época de sua produção como prova em face do processo em que se deu a sentença impugnada”; pressuposta a sua existência, ignorada pela parte a quem aprobeita, ao tempo em que proferida a sentença, e *suficiência* para assegurar pronunciamento diverso ao da decisão impugnada e que lhe seja favorável⁽¹⁹⁸⁾, ainda que de forma parcial⁽¹⁹⁹⁾:

TST, Súmula n. 402. Ação rescisória. Documento novo. Dissídio coletivo. Sentença normativa. Documento novo é o cronologicamente velho, já existente ao tempo da decisão rescindenda, mas ignorado pelo interessado ou de impossível utilização, à época, no processo. Não é documento novo apto a viabilizar a desconstituição de julgado: a) sentença normativa proferida ou transitada em julgado posteriormente à sentença rescindenda; b) sentença normativa preexistente à sentença rescindenda, mas não exibida no processo principal, em virtude de negligência da parte, quando podia e deveria louvar-se de documento já existente e não ignorado quando emitida a decisão rescindenda.

O momento de obtenção do documento deve ser depois da preclusão probatória — “depois do último momento em que teria sido lícito à parte utilizar o documento no feito onde se proferiu a decisão rescindenda”⁽²⁰⁰⁾; se era a hipótese do art. 517, do CPC (questão de fato), não cabe a rescisória⁽²⁰¹⁾.

É ônus do autor provar que não tinha, não tinha conhecimento, ou que do documento não podia se utilizar⁽²⁰²⁾, por motivo estranho à vontade da parte⁽²⁰³⁾.

O documento novo deve ser apresentado já com a inicial; mas permite-se que antes se promova ação de exibição — é possível se, sob o risco de se consumir o prazo bienal, ajuizar a rescisória, informando a existência da cautelar, e requerer a suspensão da rescisória — art. 265, IV, *a*, do CPC⁽²⁰⁴⁾.

Só se admite por *documento* — prova real (*res*) — novo, e nenhum outro meio de prova, como declaração de quem poderia ter sido testemunha⁽²⁰⁵⁾. Incabível documento particular se a lei exige para prova documento público — art. 366, do CPC⁽²⁰⁶⁾.

Como a intenção do legislador foi excluir a prova testemunhal, há situações particulares em que se admite exame pericial novo, como é o caso do DNA nas investigações de filiação⁽²⁰⁷⁾.

(204) cf. Rizzi.

(205) cf. Rizzi *apud* Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 333.

(206) *Idem*.

(207) **Ação de negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada.** 1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código e revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. 2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 3ª T., REsp n. 107248, rel. min. Menezes Direito, j. 7.5.1998.)

Processo civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido. I — Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de

(197) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 139.

(198) Theodoro Jr., 1998, p. 645; Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 137.

(199) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 139; Rizzi.

(200) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 138-139; Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 327.

(201) Cf. Rizzi *apud* Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 334.

(202) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 335.

(203) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 138.

Barbosa Moreira⁽²⁰⁸⁾ cita caso da jurisprudência alemã, em que houve a rescisão fundada em documento público formado posteriormente, comprobatório de fato alegado no primeiro feito (certidão de nascimento provando adultério); fala também da sentença penal absolutória posterior⁽²⁰⁹⁾, caso em que, nos parece, seria hipótese de interposição de embargos à execução. Se já encerrada a execução, cumpre apontar que a sentença que põe fim à execução também é rescindível.

2.1.8. Invalidade da confissão, desistência ou transação

Rescinde-se a decisão quando houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença — deve-se analisar o nexo entre a confissão

investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II — Nos termos da orientação da Turma, “sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza” na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III — A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, “a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade”. IV — Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum. (STJ, 4ª T., REsp n. 226436, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.6.2001.)

(208) *Comentários*, p. 137.

(209) STJ, REsp n. 139379, rel. min. Gilson Dipp, j. 5.10.1999.

e o decidido; nas demais hipóteses *sempre* haverá⁽²¹⁰⁾.

Não basta que o ato jurídico seja viciado, mas que tenha sido, necessariamente, fundamento da sentença, o que, via de regra, ocorrerá com a desistência e a transação, mas nem sempre com a confissão, já que, na decisão, o julgador pode ter se valido de outros elementos de convicção⁽²¹¹⁾ — Barbosa Moreira é crítico desse *discrímen*⁽²¹²⁾.

O que se busca não é propriamente a anulação da confissão — ou transação, ou renúncia, ou reconhecimento da procedência —, que será tão somente fundamento da decisão que rescindir a sentença que nela se fundou⁽²¹³⁾ — “*vingando a rescisória, caem ambos, o ato-base (confissão, renúncia, reconhecimento do pedido, transação) junto com a decisão: ocorre aí, substancialmente, verdadeira cumulação implícita de pedidos: o de invalidação do ato-base e o de rescisão da sentença*”; se a rescisão da sentença se der por outro fundamento, o ato-base segue incólume⁽²¹⁴⁾; desnecessário, assim, que *já se tenha invalidado* previamente o ato, por outra sentença⁽²¹⁵⁾.

Primeiramente, como a desistência da ação (art. 267, VIII, do CPC) é causa de resolução do processo sem resolução do mérito, para Theodoro Jr.⁽²¹⁶⁾ e Didier Jr.⁽²¹⁷⁾, o vocábulo *desistência* deve ser compreendido como *renúncia ao direito material* — art. 269, V, do CPC; para Pontes de Miranda⁽²¹⁸⁾, significa tanto a renúncia ao direito como a desistência da ação. Por se tratar de situação equivalente, também o *reconhecimento da procedência do*

(210) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 144.

(211) cf. Theodoro Jr., *Curso*, p. 645-646.

(212) *Comentários*, p. 144-145.

(213) Cf. Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 143.

(214) *Ibidem*, p. 146.

(215) *Ibidem*, p. 143.

(216) *Curso*, p. 646.

(217) *Curso*, v. 3, p. 339.

(218) *Comentários*, t. VI, p. 329.

pedido — art. 269, II, do CPC — pelo réu autoriza a via rescisória⁽²¹⁹⁾.

É possível invalidar a confissão — *real* — com fundamento em erro de direito, por vício de vontade (erro, dolo, coação), falta de poderes do procurador (CPC, art. 38), a dada dolosamente, falta de convalidação pelo cônjuge nas hipóteses do art. 350, parágrafo único, do CPC, indisponibilidade do direito (art. 351, do CPC) etc.; a anulatória, com base no art. 352, I, do CPC, é que só pode se fundar em vício de vontade (art. 214, do CC — erro de fato e coação), enquanto que a rescisória não tem restrições⁽²²⁰⁾. Quanto às demais hipóteses, servem os mesmos fundamentos, e quaisquer outros eventualmente previstos em norma processual ou substancial, cabendo ressaltar que a indisponibilidade do direito é fundamento de invalidade que se aplica a todos⁽²²¹⁾.

A *confissão ficta*, que em verdade se trata de *presunção* legal, não é atacável pela via rescisória, e nem pela anulatória:

TST, Súmula n. 404. Ação rescisória. Fundamento para invalidar confissão. Confissão ficta. Inadequação do enquadramento no art. 485, VIII, do CPC. O art. 485, VIII, do CPC, ao tratar do fundamento para invalidar a confissão como hipótese de rescindibilidade da decisão judicial, refere-se à confissão real, fruto de erro, dolo ou coação, e não à confissão ficta resultante de revelia.

(219) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 142; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 341; contra: Rizzi.

(220) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 340; Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 143-144; contra, aduzindo que mesmo pendência do processo a anulação do ato não se restringe às hipóteses do art. 352, do CPC, Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 324. Porém: TST, SDI-2, OJ n. 154. Ação rescisória. Acordo prévio ao ajuizamento da reclamação. Quitação geral. Lide simulada. Possibilidade de rescisão da sentença homologatória de acordo apenas se verificada a existência de vício de consentimento. A sentença homologatória de acordo prévio ao ajuizamento de reclamação trabalhista, no qual foi conferida quitação geral do extinto contrato, sujeita-se ao corte rescisório tão somente se verificada a existência de fraude ou vício de consentimento.

(221) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 144.

Conforme pontuado na introdução, há profundas divergências na doutrina e jurisprudência quanto à via impugnativa adequada quando se trata, especialmente, de decisão homologatória de transação. A Súmula n. 259, do TST, firma que a impugnação ao “termo de conciliação” (art. 831, da CLT) é feita por via da ação rescisória. Para Thereza Alvim, num primeiro momento, se a sentença houvesse apenas homologado a transação, caberia ação anulatória, enquanto que se houvesse decisão sobre coisa litigiosa, fundada em transação, caberia rescisória; a autora, porém, reformulou sua posição, visto haver necessidade de julgamento da causa, passando a defender — socorrendo-se analogicamente à regra do art. 352, do CPC — o cabimento da ação anulatória apenas enquanto não houver trânsito em julgado — implicando na suspensão do processo originário —, e rescisão quando houver⁽²²²⁾.

2.1.9. Erro de fato

Por fim, cabe ação rescisória fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa, consistente em admitir-se um fato inexistente, ou considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, sobre o qual não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial, conforme Barbosa Moreira,⁽²²³⁾ sob a perspectiva de que “o juiz, no erro de fato, não se pronuncia sobre o fato; ‘supõe’ ou ‘imagina’ tenha existido o fato inexistente ou vice-versa”⁽²²⁴⁾, não se exigindo que tenha havido efetiva suposição, bastando que, “pelo teor da conclusão, se verifique não ter ocorrido a suposição contrária, à qual, no entanto, inequivocamente conduziām as provas dos autos”. Não obstante o teor do § 2º do art. 485, tal diretriz não é compartilhada pelo TST:

TST, SDI-2, OJ n. 136. Ação rescisória. Erro de fato. Caracterização. A caracterização do

(222) No mesmo sentido: Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 343; Rizzi; Barbosa Moreira.

(223) *Comentários*, p. 153.

(224) Rizzi.

erro de fato como causa de rescindibilidade de decisão judicial transitada em julgado supõe a afirmação categórica e indiscutida de um fato, na decisão rescindenda, que não corresponde à realidade dos autos. (...).

Não servindo a rescisória à verificação do acerto ou injustiça da decisão ou reanálise de questões fáticas mal apreciadas ou deficientemente provadas⁽²²⁵⁾, inafastável que sem tal fato a conclusão da sentença fosse diversa, e que o erro seja verificável mediante simples análise dos autos, inadmitindo-se a produção de novas provas⁽²²⁶⁾.

Qualificação jurídica equivocada não é erro de fato; o erro deve ser sobre o *fato em si* — sua ocorrência ou não, assim como também não o é o mero erro aritmético, ademais, corrigível a qualquer tempo — art. 463, I, do CPC —, desnecessário, pois, recorrer-se à ação rescisória⁽²²⁷⁾.

O fato é incontroverso⁽²²⁸⁾ se: nenhuma parte o alegou, hipótese em que há de levar-se em conta o fato de ofício; uma admitiu a alegação da outra (art. 348, primeira parte, do CPC); uma se absteve de contestar a alegação da outra (art. 334, III; 302, *caput*, primeira e segunda partes; 319 c.c. 320, do CPC).

Se o juiz considerou o fato, *pode* ser o caso do inciso V do art. 485; se houve confissão falsa, do inciso VI. No caso de fato não contestado, pode o juiz não considerá-lo verdadeiro, conforme autorizado nos elementos dos autos e a natureza do direito.

Cumpre apontar que o posicionamento consolidado do TST não autoriza a rescisória quando se apontar “erro de fato” na conclusão do silogismo, mas sim, *na retratação do que foi decidido*, quando houver contradição entre

dispositivo e fundamentação da decisão que se visa rescindir:

TST, SDI-2, OJ n. 136. Ação rescisória. Erro de fato. Caracterização. (...) O fato afirmado pelo julgador, que pode ensejar ação rescisória calcada no inciso IX do art. 485 do CPC, é apenas aquele que se coloca como premissa fática indiscutida de um silogismo argumentativo, não aquele que se apresenta ao final desse mesmo silogismo, como conclusão decorrente das premissas que especificaram as provas oferecidas, para se concluir pela existência do fato. Esta última hipótese é afastada pelo § 2º do art. 485 do CPC, ao exigir que não tenha havido controvérsia sobre o fato e pronunciamento judicial esmiuçando as provas.

TST, SDI-2, OJ n. 103. Ação rescisória. Contradição entre fundamentação e parte dispositiva do julgado. Cabimento. Erro de fato. É cabível a rescisória para corrigir contradição entre a parte dispositiva do acórdão rescindendo e a sua fundamentação, por erro de fato na retratação do que foi decidido.

2.2. Competência

Visto tratar-se, a ação rescisória, de via processual destinada a *casar* decisões, “é natural que ela só possa ser processada e julgada por um órgão ao menos do mesmo nível hierárquico do prolator destas”⁽²²⁹⁾:

TST, Súmula n. 192. Ação rescisória. Competência e possibilidade jurídica do pedido. I. Se não houver o conhecimento de recurso de revista ou de embargos, a competência para julgar ação que vise a rescindir a decisão de mérito é do Tribunal Regional do Trabalho, ressalvado o disposto no item II. II. Acórdão rescindendo do Tribunal Superior do Trabalho

(225) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 148-149; Theodoro Jr., *Curso*, p. 646-647; art. 800, do CPC/1939. “A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória.”

(226) Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Ação rescisória*, p. 8-13.

(227) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 148.

(228) *Ibidem*, p. 149.

(229) Dinamarco, *Nova era*, p. 270; Pontes de Miranda, *Tratado*, § 9º, p. 77. Pontes de Miranda (*Comentários*, t. VI, 244 e 493), contudo, não pré-exclui a possibilidade de os juízos singulares julgarem as ações rescisórias de seus próprios julgados, exceto nas hipóteses do inc. I. Assim, no sistema constitucional anterior, onde previa-se a competência do STF e do TFR para julgar originariamente as ações rescisórias de seus julgados, silenciando-se quanto à rescisão dos julgados transitados em julgado em primeira instância (EC n. 01/1969, arts. 119, I, m e 122, I, a).

que não conhece de recurso de embargos ou de revista, analisando arguição de violação de dispositivo de lei material ou decidindo em consonância com súmula de direito material ou com iterativa, notória e atual jurisprudência de direito material da Seção de Dissídios Individuais (Súmula n. 333), examina o mérito da causa, cabendo ação rescisória da competência do Tribunal Superior do Trabalho⁽²³⁰⁾. III. Em face do disposto no art. 512 do CPC, é juridicamente impossível o pedido explícito de desconstituição de sentença quando substituída por acórdão de Tribunal Regional ou superveniente sentença homologatória de acordo que puser fim ao litígio. IV. É manifesta a impossibilidade jurídica do pedido de rescisão de julgado proferido em agravo de instrumento que, limitando-se a aferir o eventual desacerto do juízo negativo de admissibilidade do recurso de revista, não substitui o acórdão regional, na forma do art. 512 do CPC. V. A decisão proferida pela SDI, em sede de agravo regimental, calcada na Súmula n. 333, substitui acórdão de Turma do TST, porque emite juízo de mérito, comportando, em tese, o corte rescisório.

Assim é que, em nosso sistema judiciário, cada tribunal é competente para as ações rescisórias de seus próprios julgados — arts. 102, I, *g*; 105, I, *e*; 108, I, *b*; 125, § 1º, da CF; art. 678, I, *c*, 2, da CLT; arts. 2º, I, *c*, e 3º, I, *a*, da Lei n. 7.701/1988 —, bem como das sentenças de juízes a ele vinculados. Em face das regras excepcionais contidas nos arts. 109, § 3º, da CF, e 668, da CLT, no caso de sentença proferida por juiz estadual no exercício de jurisdição delegada (federal ou trabalhista), a ação rescisória será julgada pelo tribunal regional a que pertine a matéria com competência sobre o local⁽²³¹⁾.

(230) STF, Súmula n. 249. É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.

(231) Na hipótese do art. 109, II, da CF/1988 (c.c. art. 105, II, *c*), sem apelação conhecida, caberia ao STJ julgar a ação rescisória, segundo Didier Jr. (*Curso*, v. 3, p. 306-307). Contudo, inexistente previsão no art. 105, I, da CF, para a espécie, enquanto que o art. 108, I, *b*,

A competência para processar e julgar a ação rescisória será definida em face do julgado impugnado, tendo-se sempre em mente que a decisão do tribunal que aprecia o mérito, ainda que para “manter” ou “confirmar” aquela recorrida, a substitui (art. 512, do CPC), o que não ocorrerá se o recurso não for reconhecido — caso em que a competência se afere com base na decisão inferior⁽²³²⁾ —, ou se o acórdão apenas anular a sentença — haverá apenas efeito rescindente, com retorno para nova sentença.

Para averiguar a existência ou não de análise de mérito, deve-se atentar ao conteúdo da decisão, e não à sua fórmula⁽²³³⁾ — ainda é frequente nos tribunais superiores dizer-se “não conhecido” recurso que, em verdade, foi “não provido”. Nesse trilha, segue a Súmula n. 249, do STF: “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida”; se, contudo, a questão veiculada na ação rescisória não foi apreciada pelo tribunal, a competência se fixará em face da decisão do órgão inferior (cf. STF, Súmula n. 515).

A competência deverá ser aferida “à luz daquilo que o autor diz na inicial”; se apontada como rescindenda a decisão do tribunal a que se dirige, a este competirá a causa, sendo irrelevante que se conclua *devesse* ter pleiteado a rescisão de acórdão de outra corte, não se autorizando a correção *ex officio* do pleito, pois se na ação rescisória se pede rescisão de acórdão de tribunal superior, é hipótese de incompetência, enquanto que se é pedida a rescisão de acórdão do próprio tribunal, substituído por de tribunal superior, há carência da ação, por inutilidade do provimento⁽²³⁴⁾. Caberá ao relator, no entanto, abrir prazo para emenda à inicial⁽²³⁵⁾.

da CF, não excepciona as causas sujeitas a recurso ordinário diretamente ao STJ.

(232) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 202.

(233) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 229.

(234) Dinamarco.

(235) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 203.

TST, SDI-2, OJ n. 70. Ação rescisória. Manifesto e inescusável equívoco no direcionamento. Inépcia da inicial. Extinção do processo. O manifesto equívoco da parte em ajuizar ação rescisória no TST para desconstituir julgado proferido pelo TRT, ou vice-versa, implica a extinção do processo sem julgamento do mérito por inépcia da inicial.

Para Nery Jr. & Rosa Nery⁽²³⁶⁾, por outro lado, se o órgão julgador se declara incompetente, seja porque direcionada equivocadamente a ação, seja porque não operou-se efeito substitutivo, ou, pelo contrário, porque operou-se, deve, necessariamente, anular os atos decisórios e remeter àquele com competência para apreciar a demanda, nos termos do art. 113, § 2º, do CPC, sendo inadequada a extinção da ação.

Quanto ao direito intertemporal, a competência apura-se na data em que foi proferida a decisão⁽²³⁷⁾.

Ao órgão julgador da ação rescisória compete a sua execução — art. 575, I, do CPC⁽²³⁸⁾.

2.3. Legitimidade

2.3.1. Legitimidade ativa

São legitimados para propor a ação rescisória (art. 487, do CPC) aquele que foi parte no processo originário (ou o seu sucessor a título universal ou singular — v. 1.3.3) — autor ou réu, reconvinte ou reconvindo, litisconsorte ou assistente litisconsorcial (art. 54, do CPC), oponente (na parte da sentença que julga a oposição) —, ainda que revel — pois não exclui a condição de parte⁽²³⁹⁾ —, o assistente (arts. 52, parágrafo único, ou 55, do CPC), o terceiro juridicamente interessado, o órgão do Ministério Público, quando a sentença resultar de colusão das partes a fim de fraudar a lei — caso em que autor e réu da ação originária são

litisconsortes passivos necessários —, quer haja intervindo ou não, pouco importa se *apesar* de necessária ou *porque* desnecessária⁽²⁴⁰⁾.

Se não foi parte no processo, Barbosa Moreira⁽²⁴¹⁾ e Francisco Antonio de Oliveira⁽²⁴²⁾ defendem que a legitimidade do Ministério Público está adstrita às limitadas hipóteses do inc. III, não lhe sendo lícito invocar outros fundamentos para a rescisão. Contudo, não é essa a interpretação do TST:

TST, Súmula n. 407. Ação rescisória. Ministério Público. Legitimidade “ad causam” prevista no art. 487, III, “a” e “b”, do CPC. As hipóteses são meramente exemplificativas. A legitimidade “ad causam” do Ministério Público para propor ação rescisória, ainda que não tenha sido parte no processo que deu origem à decisão rescindenda, não está limitada às alíneas “a” e “b” do inciso III do art. 487 do CPC, uma vez que traduzem hipóteses meramente exemplificativas.

Além do Ministério Público (arts. 487, III, c.c. 82, I e II, 84 e 246, *caput*, do CPC, arts. 127 e 129, da CF, art. 5º, § 1º, da LACP, art. 92, do CDC, e outras leis especiais), na qualidade de quem deveria intervir obrigatoriamente no processo e não foi chamado, tem legitimidade ativa a comissão de valores monetários (art. 31, da Lei n. 6.385/1976) — é hipótese especial do art. 485, V, do CPC.

No caso de conluio, têm legitimidade, também, o terceiro prejudicado, e até mesmo a parte do processo antecedente, em especial aquele que não tenha participado do conluio; quanto ao participante, embora Pontes de Miranda⁽²⁴³⁾ e Eduardo Talamini a inadmitam, deve-se questionar, não a legitimidade, mas o seu interesse de agir, vez ter obtido o que pleiteara no processo anterior⁽²⁴⁴⁾.

(240) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 172; Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 382.

(241) *Comentários*, p. 172.

(242) *Comentários*, p. 693-694.

(243) *Comentários*, t. VI, p. 280.

(244) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 173; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 301.

(236) *Código comentado*, p. 691, nota 5 ao art. 488.

(237) Negrão, *Código anotado*, p. 622, nota 3 ao art. 493.

(238) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 203.

(239) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 168; Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 382.

Para impugnar a prova falsa, tem legitimidade inclusive aquele que a produziu, mas não tem pretensão quem o fez de má-fé⁽²⁴⁵⁾.

Se no processo originário houve litisconsórcio, qualquer um deles será legitimado, e também o assistente; deve ter sido parte quando a decisão rescindenda foi proferida, ainda que só tenha ingressado no curso do processo; não tem legitimidade quem já não era mais parte⁽²⁴⁶⁾.

O interesse do terceiro, deve ser o de “*restaurar o direito subjetivo negado à parte vencida, porquanto sem essa restauração não terá condições de exercer o seu direito (não envolvido no processo) contra a parte sucumbente*”.⁽²⁴⁷⁾ Assim, em vista do art. 472, do CPC, que restringe os limites subjetivos da coisa julgada, o terceiro, em princípio, não teria interesse, que deverá, portanto, ser apurado caso a caso, como na hipótese do adquirente de coisa litigiosa, cotitular do direito discutido. Têm legitimidade aquele que poderia ter ingressado no processo originário como assistente — simples ou litisconsorcial — ou como litisconsorte (p. ex., adquirente e o cessionário — art. 42, §§ 2º e 3º, do CPC) e o substituído processualmente (art. 6º, do CPC)⁽²⁴⁸⁾. “*Não basta o simples interesse de fato. O credor, por exemplo, não se legitima segundo o art. 487, n. II, à rescisória da sentença que tenha condenado o devedor em ação proposta por outro credor: ainda que o desfalque patrimonial resultante diminua ou até elimine a possibilidade concreta de satisfação do crédito, este, de iure, subsiste incólume*”⁽²⁴⁹⁾.

Havendo mais de um legitimado, e identidade de causa de pedir, haverá litisconsórcio ativo unitário facultativo⁽²⁵⁰⁾:

(245) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 325.

(246) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 168; contra, Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 689, nota 2 ao art. 487: não é só o vício na sentença que autoriza a via rescisória.

(247) Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 650, nota 75.

(248) Cf. Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 302.

(249) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 170.

(250) *Ibidem*, p. 167.

TST, Súmula n. 406. Ação rescisória. Litisconsórcio. Necessário no polo passivo e facultativo no ativo. Inexistente quanto aos substituídos pelo sindicato. I. O litisconsórcio, na ação rescisória, é necessário em relação ao polo passivo da demanda, porque supõe uma comunidade de direitos ou de obrigações que não admite solução díspar para os litisconsortes, em face da indivisibilidade do objeto. Já em relação ao polo ativo, o litisconsórcio é facultativo, uma vez que a aglutinação de autores se faz por conveniência e não pela necessidade decorrente da natureza do litígio, pois não se pode condicionar o exercício do direito individual de um dos litigantes no processo originário à anuência dos demais para retomar a lide. II. O Sindicato, substituto processual e autor da reclamação trabalhista, em cujos autos fora proferida a decisão rescindenda, possui legitimidade para figurar como réu na ação rescisória, sendo descabida a exigência de citação de todos os empregados substituídos, porquanto inexistente litisconsórcio passivo necessário.

Pode propor a ação rescisória quem deixou de recorrer, renuncia a recurso, ou dele desiste.⁽²⁵¹⁾ Não se exige o exaurimento dos recursos, o que se pressupõe é o trânsito em julgado (STF, Súmula n. 514), cuja superveniência, no curso da ação rescisória, convalida o vício — preenchimento ulterior de condição da ação⁽²⁵²⁾ e ⁽²⁵³⁾.

2.3.2. Legitimidade passiva

Devem ser chamados ao polo passivo, em litisconsórcio necessário, todos os que participaram do processo originário no momento da decisão, e que terão a sua esfera jurídica atingida pelo acórdão que julgar a ação rescisória.

(251) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 263-264.

(252) CPC, art. 462. 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.

(253) Cf. STJ, REsp n. 257580, rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 29.05.2001.

Sendo assim, em se tratando de decisão objetivamente complexa, na hipótese de pedido de rescisão parcial, só serão chamados a integrar o polo passivo aqueles a quem diga respeito o que se pretende rescindir⁽²⁵⁴⁾; subsistindo a legitimação extraordinária — Súmula n. 406, II, do TST (o substituído poderá ingressar como assistente) —, permite-se ao citado tornar-se litisconsorte ativo, ao invés de assumir a condição de réu⁽²⁵⁵⁾.

Eventualmente, terceiro não participe da relação processual originária poderá figurar no polo passivo, p. ex., quando se questiona capítulo relacionado ao pagamento de honorários advocatícios. Ademais, deve-se buscar o titular atual do direito certificado na decisão que se pretende rescindir.

No juízo rescindendo, o litisconsórcio passivo é unitário, enquanto que no juízo rescisório poderá ser simples ou unitário, conforme o caso⁽²⁵⁶⁾.

2.3.3. Sucessão

Operada a sucessão no plano material, após o encerramento do processo, ou no curso dele (sem sucessão processual)⁽²⁵⁷⁾, tem legitimidade ativa e passiva à rescisória os sucessores⁽²⁵⁸⁾, *inter vivos* ou *mortis causa*, a título universal ou singular, “*neste último caso, é claro, desde que abranja a relação jurídica sobre que se pronunciou a sentença rescindenda*”⁽²⁵⁹⁾, salvo se,

no caso da ativa, o fundamento da rescisória for a invalidade de confissão, hipótese em que a legitimidade se restringe ao confitente, transferida aos herdeiros ou legatários somente se a sucessão ocorrer após a propositura da ação (art. 353, parágrafo único, do CPC).

A rescisória deve ser proposta pelos ex-sócios, individualmente, como sucessores, quando “*extinta a sociedade de que foi parte na ação principal*”⁽²⁶⁰⁾.

No caso de sucessão a título particular, o sucessor tem, também, legitimidade passiva⁽²⁶¹⁾.

2.4. Procedimento

2.4.1. Prazo

O prazo para propositura da ação rescisória — dois anos, conforme o art. 495, do CPC — é decadencial, mas a citação deve ser promovida na forma do art. 219, § 2º c.c. 220, do CPC; se não realizada dentro do prazo legal, por demora não imputável ao serviço judiciário, somente se operará o efeito consumativo com a citação dos réus⁽²⁶²⁾.

Há quem defenda que, em relação aos prazos decadenciais, bastaria o ajuizamento⁽²⁶³⁾, com o que não concordamos, pois o decurso do lapso bienal não extingue o direito de propor a ação rescisória⁽²⁶⁴⁾ — perpétuo, em face do caráter abstrato do direito processual de ação —, mas acarreta a extinção, ou a preclusão (de direito material) do direito de rescindir a sentença, como prefere Pontes de Miranda⁽²⁶⁵⁾.

(254) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 174; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 303; Súmula n. 406, I, do TST.

(255) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 174; Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 689, nota 4 ao art. 487.

(256) Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 689, nota 5 ao art. 487.

(257) CPC, art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes. § 1º O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária. § 2º O adquirente ou o cessionário poderá, no entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente. § 3º A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário.

(258) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 168.

(259) *Ibidem*, p. 169.

(260) RT 627/117 *apud* Negrão, *Código anotado*, p. 616, nota 2ª ao art. 487.

(261) Cf. Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 175, que aponta tratar-se de questão controversa na doutrina alemã.

(262) cf. Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 468-469; Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 190; Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 655; Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 696, nota 1 ao art. 495; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 309; STJ, 1ª S., AR n. 2009, rel. min. Teori Albino Zavascki, j. 14.4.2004.

(263) STJ, REsp n. 750135, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.4.2011.

(264) Equivocado Cléber Lúcio de Almeida, *in* Andréa Rocha & Alves Neto (org.), *Súmulas*, p. 132.

(265) *Comentários*, t. VI, p. 461.

Nos termos da Súmula n. 100, I, V, VIII e X do TST, o termo inicial do prazo é o trânsito em julgado da decisão rescindenda; havendo recurso parcial, a parte não impugnada transita em julgado, salvo se o recurso versar sobre matéria preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão (item II). De se registrar que este não é o entendimento no STJ, que consolidou a posição de que só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial (Súmula n. 401) no processo, seja ele de mérito ou não, *i. e.*, esgotada a possibilidade de interposição de qualquer recurso⁽²⁶⁶⁾.

Pontes de Miranda⁽²⁶⁷⁾ chega a admitir a interposição de ação rescisória *condicional* ao não conhecimento do recurso, a fim de se evitar a consumação do prazo, contudo, o juízo negativo de admissibilidade recursal não *retroage* o termo inicial, salvo se intempestivo ou por falta de previsão legal⁽²⁶⁸⁾ ou ainda se interposto por quem não detiver legitimidade processual⁽²⁶⁹⁾. Assim, só se deve considerar o não conhecimento como termo inicial se houver, no caso concreto, “dúvida razoável” (TST, Súmula n. 100, III), e desde que de boa-fé o recorrente⁽²⁷⁰⁾:

TST, SDI-2, OJ n. 80. Ação rescisória. Decadência. “Dies a quo”. Recurso deserto. Súmula n. 100/TST. O não conhecimento do recurso por deserção não antecipa o “dies a quo” do prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória, atraindo, na contagem do prazo, a aplicação do Súmula n. 100 do TST.

(266) REsp n. 415586, rel. min. Eliana Calmon, j. 12.11.2002; EREsp n. 404777, rel. min. Fontes de Alencar, rel. p/ac. min. Francisco Peçanha Martins, j. 3.12.2003.

(267) *Comentários*, t. VI, p. 222-223; nesse sentido: Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 311.

(268) Cf. STF, 1ª T., RE n. 97450, rel. min. Soares Muñoz, j. 17.8.1982; STJ, 3ª T., REsp n. 84530, rel. min. Eduardo Ribeiro, j. 17.9.1996; Dinamarco; Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 699-700, nota 2 ao art. 495; Negrão, *Código anotado*, p. 626, nota 6 ao art. 495; Wilson Jôia, *Anotações*, p. 100-101.

(269) STF, RE n. 444816, rel. min. Marco Aurélio, 29.5.2012.

(270) STJ, 4ª T., REsp n. 2447, rel. min. Athos Gusmão Carneiro, j. 5.11.1991.

No que pertine à prova falsa, Pontes de Miranda⁽²⁷¹⁾ aduz inexistir pretensão à rescisória — e, portanto, curso do prazo bienal — antes do trânsito em julgado da sentença criminal, se for esse o fundamento, posto que possa haver se fundada em prova a ser produzida na própria ação rescisória. Assim, salvo se anterior ao da sentença cível, só com o trânsito em julgado da sentença do crime é que se iniciaria o prazo.

Quanto ao terceiro (ou quem não citado ou citado irregularmente), conta-se do dia em que tomou ciência inequívoca do teor da decisão rescindenda⁽²⁷²⁾. De forma semelhante, no caso do art. 487, III, *b*, do CPC, o prazo para o ajuizamento só se inicia com a ciência da fraude pelo órgão ministerial (Súmula n. 100, VI, do TST).

Diverge a doutrina quanto à prorrogabilidade do termo final. No sentido da Súmula n. 100, IX do TST, Francisco Antonio de Oliveira⁽²⁷³⁾ defende a viabilidade no caso de findar-se durante férias forenses, feriado, fim de semana ou dia em que não houver expediente forense. Jouberto Cavalcante, por outro lado, entende não se aplicar os arts. 775, da CLT, e 184, do CPC, que se referem a *prazos processuais* — dentre os quais não se inclui o ora em debate, que tem natureza material —, tampouco o art. 132, do CC, que se refere exclusivamente a termo, condição e encargo.

Relevante notar que o STF tem posicionamento admitindo a prescrição intercorrente (Súmula n. 264), ainda que reconheça não se tratar de prazo prescricional.

2.4.2. Petição inicial e despacho liminar

É inadmissível o exercício do *jus postulandi*:

TST, Súmula n. 425. *Jus postulandi* na Justiça do Trabalho. Alcance. O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais

(271) *Comentários*, t. VI, p. 322-323.

(272) Negrão, *Código anotado*, p. 626, nota 7b ao art. 495.

(273) *Comentários*, p. 214-215.

Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Assim, a petição inicial deverá ser assinada por advogado com poderes específicos (TST, SDI-2, OJ n. 151) e, além dos requisitos ordinários (art. 282, do CPC), exige-se a formulação de pedido cumulado, em sendo o caso, do rejugamento da causa, cuja falta não poderá ser suprida pelo tribunal⁽²⁷⁴⁾.

Será instruída com os documentos indispensáveis à propositura, dentre os quais se incluem cópia autêntica⁽²⁷⁵⁾ da decisão rescindenda e prova do trânsito em julgado⁽²⁷⁶⁾, não se admitindo posterior juntada, devendo o relator exigir o cumprimento antes de deferir a inicial — arts. 283, 396, 284, *caput* c.c. 283, do CPC⁽²⁷⁷⁾. Não obstante, poderá o órgão julgador, da análise dos elementos dos autos, identificar momento anterior ou posterior para o início do prazo bienal (TST, Súmula n. 100, IV).

O valor da causa corresponde, em princípio, ao valor dado à originária, corrigido monetariamente⁽²⁷⁸⁾, e não àquele apurado em liquidação — deve, de qualquer forma, guardar equivalência com o benefício patrimonial perseguido, que poderá não coincidir com o da ação que visa rescindir, mesmo quando se tratar de rejugamento integral⁽²⁷⁹⁾; se não abranger todos os capítulos da decisão — pode ser de direcionar-se apenas a capítulo

acessório⁽²⁸⁰⁾ —, o valor será proporcional⁽²⁸¹⁾. Ausente impugnação, não poderá o tribunal, de ofício, alterá-lo:

TST, SDI-2, OJ n. 155. Ação rescisória e mandado de segurança. Valor atribuído à causa na inicial. Majoração de ofício, Inviabilidade. Atribuído o valor da causa na inicial da ação rescisória ou do mandado de segurança e não havendo impugnação, nos termos do art. 261 do CPC, é defeso ao Juízo majorá-lo de ofício, ante a ausência de amparo legal. Inaplicável, na hipótese, a Orientação Jurisprudencial da SBDI-2 n. 147 e o art. 2º, II, da Instrução Normativa n. 31 do TST.

Pode haver cumulação de pedidos⁽²⁸²⁾, inclusive fundamentados no mesmo inciso, ainda que de mais de uma sentença, se atendidos os requisitos para a hipótese previstos no art. 292, do CPC⁽²⁸³⁾, mas não pode o órgão julgador apreciar fundamento não invocado⁽²⁸⁴⁾. A indicação errônea de um por outro inciso do art. 485 é tolerado pelo TST, exceto no caso do inciso V (com o que não concorda Barbosa Moreira⁽²⁸⁵⁾):

TST, Súmula n. 408. Ação rescisória. Petição inicial. Causa de pedir. Ausência de capitulação ou capitulação errônea no art. 485 do CPC. Princípio “iura novit curia”. Não padece de inépcia a petição inicial de ação rescisória apenas porque omite a subsunção do fundamento de rescindibilidade no art. 485 do CPC ou capitula erroneamente em um de

(274) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 178; Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 691, nota 7 ao art. 488. V. item 1.4.6.

(275) A autenticação é providência dispensada para a pessoa jurídica de direito público, nos termos do art. 24, da Lei n. 10.522/2002.

(276) TST, Súmula n. 299, I; TST, SDI-2, OJ n. 84.

(277) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 177; TST, Súmula n. 299, II.

(278) TST, SDI-2, OJ n. 147; TST, SDI-2, RO n. 368700-88.2009.5.01.0000, rel. min. Caputo Bastos, j. 6.12.2011; STJ, 1ª T., AgRgREsp n. 721772, rel. min. Francisco Falcão, j. 7.6.2005.

(279) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 179; TFR, AgRgAR n. 673, j. 27.9.1979.

(280) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 178.

(281) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 350-351.

(282) “Se, afastando qualquer dos fundamentos, seria diferente a decisão rescindenda, qualquer deles pode ser matéria para a rescisão, inclusive podem ser cumulados os pedidos.” (Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 326.) O TST admite inclusive a cumulação sucessiva, como, p. ex., pedido de rescisão da sentença, ou, sucessivamente, do acórdão (TST, SDI-2, OJ n. 78); no mesmo sentido: Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 379.

(283) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 178.

(284) STF, AR n. 1037, rel. min. Alfredo Buzaid, j. 3.5.1984; STJ, REsp n. 19992, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.3.1995; STJ, REsp n. 162018, rel. min. Felix Fischer, j. 4.4.2000.

(285) *Comentários*, p. 153.

seus incisos. Contanto que não se afaste dos fatos e fundamentos invocados como causa de pedir, ao Tribunal é lícito emprestar-lhes a adequada qualificação jurídica (“iura novit curia”). No entanto, fundando-se a ação rescisória no art. 485, inc. V, do CPC, é indispensável expressa indicação, na petição inicial da ação rescisória, do dispositivo legal violado, por se tratar de causa de pedir da rescisória, não se aplicando, no caso, o princípio “iura novit curia”.

Deve-se comprovar o recolhimento de 20% sobre o valor da causa (art. 836, *caput*, da CLT)⁽²⁸⁶⁾ — 5% na justiça comum (art. 488, II, do CPC) —, inexigível da administração pública direta e o órgão do Ministério Público (art. 488, parágrafo único, do CPC), das autarquias e fundações federais (art. 24-A, da Lei n. 9.028/1995; STJ, Súmula n. 175), do representante judicial do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (art. 24-A, parágrafo único, da Lei n. 9.028/1995), da massa falida (art. 6º, da Instrução Normativa n. 31, do TST), e dos beneficiários da assistência judiciária (art. 3º, VII, da Lei n. 1.060/1950), que será revertido em favor do réu, a título de multa — mesmo nos casos de inexigibilidade do depósito⁽²⁸⁷⁾ —, se a ação for julgada improcedente ou incabível por unanimidade, restituindo-se a importância ao autor em qualquer outra hipótese, sem prejuízo de reembolso de honorários sucumbenciais a que fizer direito.

Dar-se-á despacho liminar em 48 horas, mas não de indeferimento da petição inicial. Para tanto, deve-se propiciar a oportunidade de emendar (art. 284, *caput*, do CPC), consolidando-se, contudo, quando padecer de defeito formal,⁽²⁸⁸⁾ for inadmissível a ação (arts. 295,

II, III, parágrafo único, III, e 488, II, do CPC), ou fundada em motivo de mérito (decadência — arts. 495 c.c 269, IV, do CPC).

2.4.3. Suspensão da execução

A propositura da ação rescisória não afeta, de imediato, a exequibilidade da sentença ou acórdão (cf. art. 489, primeira parte, do CPC). Porém, há o art. 15, da MP n. 2180-35, de 24.08.2001 — ainda vigente por força do art. 2º, da EC n. 32, de 11.09.2001 —, dispondo que “*aplica-se à ação rescisória o poder geral de cautela de que trata o art. 798 do Código de Processo Civil*”, atribuindo ao julgador o poder de “*determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação*”; o art. 71, parágrafo único, da Lei n. 8.212/91, introduzido pela Lei n. 9.032/95, referindo-se, de forma inespecífica, à “*concessão de liminar para suspender a execução do julgado*” em ações rescisórias ou revisionais de benefício previdenciário, bem como a inovação legislativa do art. 489, do CPC (cf. Lei n. 11.280/06)⁽²⁸⁹⁾, que se refere, de forma abrangente, a medidas de natureza cautelar ou antecipatória da tutela, ignorada pelo TST, que admite, contudo, a aplicação do princípio da fungibilidade estampado no art. 273, § 7º, daquele diploma processual:

TST, Súmula n. 405. Ação rescisória. Liminar. Antecipação de tutela. I. Em face do que dispõe a MP 1.984-22/00 e reedições e o art. 273, § 7º, do CPC, é cabível o pedido liminar formulado na petição inicial de ação rescisória ou na fase recursal, visando a suspender a execução da decisão rescindenda. II. O pedido de antecipação de

receberá intimações, se não suprido em 48 horas (arts. 295, VI, primeira parte, c.c. 39, I e parágrafo único, primeira parte, do CPC); quando não efetuado o depósito prévio (art. 490 c.c 488, II, do CPC).

(289) Há jurisprudência admitindo a concessão de antecipação da tutela também em ação anulatória (de transação judicial, no caso): STJ, 1ª T., REsp n. 240712, rel. min. José Delgado, j. 15.2.2000.

(286) Regulamentado pela Instrução Normativa do TST n. 31, de 27.9.2007.

(287) Cf. Wilson Jóia, *Anotações*, p. 98.

(288) Inépcia (art. 295, I, parágrafo único, I, II e V, do CPC); rito inadequado (art. 295, IV, do CPC); inobservância dos requisitos da inicial (arts. 282, 283, 488, I, do CPC); ou defeitos não corrigidos em dez dias (art. 295, VI, parte final, c.c. 284 e parágrafo único, do CPC); falta de instrumento do mandato outorgado, pois documento indispensável (arts. 254, 283 e 284, *caput*, do CPC); falta de indicação do endereço onde

tutela, formulado nas mesmas condições, será recebido como medida acautelatória em ação rescisória, por não se admitir tutela antecipada em sede de rescisória.

Desnecessário, portanto, é o ajuizamento de ação autônoma — carceraria de interesse, a parte⁽²⁹⁰⁾ —, podendo o pedido ser formulado a qualquer momento enquanto estiver em curso a ação rescisória:

TST, SDI-2, OJ n. 131. Ação rescisória. Ação cautelar para suspender exceção da decisão rescindenda. Pendência de trânsito em julgado da ação rescisória principal. Efeitos. A ação cautelar não perde o objeto enquanto estiver pendente o trânsito em julgado da ação rescisória principal, devendo o pedido cautelar ser julgado procedente, mantendo-se os efeitos da liminar eventualmente deferida, no caso de procedência do pedido rescisório ou, por outro lado, improcedente, se o pedido da ação rescisória principal tiver sido julgado improcedente.

Diverge, também a doutrina, quanto à natureza do provimento que suspende o curso da execução. Para Barbosa Moreira⁽²⁹¹⁾ e Didier Jr.⁽²⁹²⁾, a regra deve ser vista sob o prisma da antecipação da tutela. Francisco Antonio de Oliveira⁽²⁹³⁾, Nery Jr. e Rosa Nery⁽²⁹⁴⁾, por outro lado, admitem tanto a medida cautelar como a antecipação dos efeitos da tutela.

Se rescindida a sentença antes da execução, cabem embargos por inexistência de título; se no curso da execução, esta é extinta, apesar da omissão do art. 794, do CPC, com o desfazimento, se possível, dos atos já realizados, não se aplicando, porém, o art. 475-O, I, do CPC (*“corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido”*), por não se tratar

de execução provisória. O mesmo vale para a revisão criminal, se se tratar de execução civil da sentença penal condenatória (art. 475-N, II, do CPC), pois perpétua (art. 622, *caput*, do CPP), enquanto que na ação civil *ex delicto* ocorre a preclusão máxima após o biênio⁽²⁹⁵⁾.

2.4.4. Citação e resposta

A citação faz-se pelas mesmas formas para o processo normal, e com os mesmos impedimentos⁽²⁹⁶⁾.

O prazo para resposta é fixado pelo relator (nunca inferior a quinze, nem superior a trinta dias — art. 491, do CPC), portanto, *judicial* — e não *legal* — de modo que não se aplica o art. 188, do CPC⁽²⁹⁷⁾ — e conta-se *“a partir da data em que for feita pessoalmente, ou recebida a notificação, daquela em que for publicado o edital no jornal oficial ou no que publicar o expediente da Justiça do Trabalho, ou, ainda, daquela em que for afixado o edital na sede da Junta, Juízo ou Tribunal”* (art. 774, da CLT):

TST, SDI-2, OJ n. 146. Ação rescisória. Início do prazo para apresentação. Art. 744 da CLT. A contestação apresentada em sede de ação rescisória obedece à regra relativa à contagem de prazo constante do art. 774 da CLT, sendo inaplicável o art. 241 do CPC.

Será comum o prazo aos eventuais litisconsortes passivos, contando-se em dobro no caso dos arts. 298, *caput* e 191, do CPC⁽²⁹⁸⁾.

Poderão ser apresentadas contestação, exceção e reconvenção⁽²⁹⁹⁾, esta desde que vinculada ao mesmo julgado objeto da rescisória, e que

(290) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 361.

(291) *Comentários*, p. 185.

(292) *Curso*, v. 3, p. 360.

(293) *Comentários*, p. 690-692.

(294) *Código comentado*, p. 693-694, notas 3-6 ao art. 489.

(295) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. XI.

(296) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 191.

(297) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 191; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 352; contra: Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 696, nota 1 ao art. 491; STJ, 6ª T., REsp n. 363780, rel. min. Paulo Galotti, j. 27.8.2002; STJ, 2ª S., AgRgAR n. 250, rel. min. Barros Monteiro, j. 13.6.1990; STF, 1ª T., RE n. 94960, rel. min. Rafael Mayer, j. 24.11.1981.

(298) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 191.

(299) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 246-247.

seja apresentada dentro do prazo bienal⁽³⁰⁰⁾. Barbosa Moreira⁽³⁰¹⁾, diversamente, não vê exigência de identidade do julgado objeto da reconvenção, apontando, apenas que caberá desde que competente o mesmo órgão e satisfeitos os requisitos do art. 315, do CPC.

Não havendo óbice para que a revelia produza seu efeito processual (art. 322, do CPC), o silêncio não implica em confissão (arts. 319 c.c. 320, II, 324 e 330, II, do CPC), nem se admite o reconhecimento da procedência pelo réu (art. 269, II do CPC), pois sobre o objeto imediato da ação (rescisão do julgado) não há disponibilidade das partes⁽³⁰²⁾:

TST, Súmula n. 198. Ação rescisória. Ausência de defesa. Inaplicáveis os efeitos da revelia. Na ação rescisória, o que se ataca é a sentença, ato oficial do Estado, acobertado pelo manto da coisa julgada. Assim sendo, e considerando que a coisa julgada envolve questão de ordem pública, a revelia não produz confissão na ação rescisória.

São aplicáveis, por força da referência na parte final do art. 491 — “*providências preliminares*” e “*julgamento conforme o estado do processo*” (extinção do processo, julgamento antecipado da lide, despacho saneador) — os arts. 329 e 330, todos do CPC. Sendo necessária instrução suplementar, conforme Barbosa Moreira⁽³⁰³⁾, também se aplicam as regras referentes às provas (arts. 332-443, do CPC).

2.4.5. Instrução e procedimentos finais

Saneado o processo, o relator deferirá ou indeferirá a produção de provas (art. 331 e § 2º, do CPC), que serão realizadas perante o juízo de primeiro grau — por meio de carta de ordem ou rogatória —, a quem caberá, se for o caso, nomear perito⁽³⁰⁴⁾; pelo próprio relator,

em seu gabinete, sempre no caso de prova documental⁽³⁰⁵⁾; ou pelo órgão colegiado⁽³⁰⁶⁾.

No primeiro caso, o relator fixará prazo de quarenta e cinco a noventa dias para a devolução dos autos (art. 492 do CPC), cabendo ao juiz da instrução, verificada a insuficiência, requerer a prorrogação necessária⁽³⁰⁷⁾.

Promove-se, de uma só vez, a instrução referente a ambas as fases do julgamento; nada impede, porém, que, entre uma e outra, converta-se o julgamento em diligência, para melhor instruir o feito⁽³⁰⁸⁾.

Todos os despachos de mero expediente e decisões interlocutórias são proferidos monocraticamente pelo relator.

Só há razões finais (art. 493 do CPC) se houver dilação probatória⁽³⁰⁹⁾.

Antes da conclusão ao relator para elaborar o voto, o processo deverá, obrigatoriamente, ser submetido ao Ministério Público para parecer⁽³¹⁰⁾, salvo se for parte⁽³¹¹⁾.

2.4.6. Julgamento

Na ação rescisória, só haverá julgamento antecipado nos casos do art. 330, I, do CPC, e deverá ser tomado pelo colegiado⁽³¹²⁾, não estando impedidos aqueles que tomaram parte do julgamento impugnado (STF, Súmula n. 252), salvo o acusado de prevaricação, concussão ou corrupção, mas apenas no que pertine a este fundamento⁽³¹³⁾. Deve haver revisão ainda que o processo originário não se submetesse a esse procedimento, e mesmo nos casos de julgamento antecipado⁽³¹⁴⁾.

(305) *Ibidem*, p. 196.

(306) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 357.

(307) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 197.

(308) *Ibidem*, p. 196.

(309) *Ibidem*, p. 198.

(310) *Ibidem*, p. 199-200.

(311) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 357.

(312) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 193-194; Theodoro Jr., 1998, p. 653.

(313) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 431-432.

(314) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 199.

(300) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 356-357; Theodoro Jr., *Curso*, p. 653.

(301) *Comentários*, p. 192.

(302) Theodoro Jr., *Curso*, p. 653; Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 194; Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 696, nota 2 ao art. 491.

(303) *Comentários*, p. 193.

(304) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 194.

Nos casos do art. 329 do CPC (extinção sem resolução do mérito, e com resolução do mérito nos casos de reconhecimento pelo réu da procedência do pedido, transação, pronunciamento de prescrição ou decadência, ou renúncia pelo autor ao direito em que se funda a ação), se poderia ter sido indeferida a inicial, pode o próprio relator, monocraticamente, julgar o caso; se houver desistência da ação (arts. 267, VIII c.c. 158, parágrafo único, do CPC), a homologação será feita pelo colegiado — não se aplicam à ação rescisória todas as hipóteses dos arts. 267 e 269 do CPC (convenção de arbitragem, art. 267, VII; reconhecimento do pedido, art. 269, II), pois o objeto da rescisória é indisponível⁽³¹⁵⁾.

A admissibilidade é *preliminar* ao juízo rescindendo, e este ao rescisório — só se passa à etapa seguinte se superada a anterior⁽³¹⁶⁾; não se admite a cisão do julgamento, de modo que a prova relacionada ao juízo rescisório deve ser previamente realizada⁽³¹⁷⁾ — salvo incompetência.

Se a decisão impugnada apreciou o mérito, o que se decidir no juízo rescisório a substitui; se a decisão rescindenda for de não conhecer ou não admitir a demanda, procedente o juízo rescindente, tem por eficácia permitir ao tribunal o julgamento do recurso; se a decisão extingue o processo sem resolução do mérito, inclusive aquela com fundamento em desistência, renúncia ou transação, com a rescisão pelo art. 485, ou a rescisão consequente do art. 486, “*o processo deixa de ter sido extinto*”⁽³¹⁸⁾, resultando no prosseguimento, portanto, do processo de origem, pois “*não se*

pode fazer tábua rasa das regras jurídicas sobre competência”⁽³¹⁹⁾. “*Se foi rescindida a sentença do juiz, de que não houvera recurso, ou dele não conheceu*”, o Tribunal “*pode julgar ou ordenar que o juiz julgue, conforme a espécie*”: julga se a rescisão afirmar carência da ação, prescrição, ou que terminara com julgamento do mérito o feito; no mais, remete ao juízo singular⁽³²⁰⁾.

Havendo mais de um fundamento no pedido rescindendo, a votação deverá ser tomada em relação a cada um, vedada a soma⁽³²¹⁾.

Em sendo caso de realização do juízo rescisório⁽³²²⁾ — que opera efeito substitutivo em relação à decisão rescindenda⁽³²³⁾ —, haverá cumulação sucessiva de ações⁽³²⁴⁾. Se não houver pedido de novo julgamento, o tribunal deve encerrar com o juízo rescindendo, sob pena de violar os arts. 128, 262 e 460 do CPC; caberá, então, nos casos de obrigatoriedade do rejuízo da causa, intimar o autor para apresentar emenda à inicial — art. 284 do CPC⁽³²⁵⁾.

Barbosa Moreira não admite “*juízo rescisório implícito*”, que se dá, p.ex., quando, no juízo rescindendo, diz-se que houve violação à literal disposição de lei — deve haver pronunciamento explícito quanto ao juízo rescisório,

(315) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 193. Daí não poder haver transação, nem compromisso arbitral, sobre o juízo rescindente, mas sim sobre o rescisório, ainda que antes do julgamento daquele (cf. Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 392).

(316) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 204.

(317) Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 696, nota 4 ao art. 494.

(318) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 370, 441 e 447-448.

(319) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 252, 438; no mesmo sentido: Francisco Antonio de Oliveira, *Comentários*, p. 206.

(320) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 448; contra, defendendo caber sempre ao tribunal: Campos Batalha, *Tratado*, p. 623.

(321) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 206.

(322) Para Theodoro Jr. (*Curso*, v. 1, p. 650-651), só não ocorrerá nas hipóteses dos incisos IV, caso em que prevalecerá a decisão anterior, e I e II, quando a instrução será anulada e renovado o feito em primeira instância. Porém, a decisão pode ter sido proferida no sentido de dizer haver coisa julgada, quando em verdade não há, fazendo-se necessário novo pronunciamento; ademais, também nas demais hipóteses de cabimento poderá haver necessidade de reabertura da instrução, quando, p. ex., a nulidade for preexistente à sentença (cf. Wilson Jóia, *Anotações*, p. 96).

(323) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 209, nota 215.

(324) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 362.

(325) *Ibidem*, p. 363.

pois a ação originária não pode ficar sem julgamento⁽³²⁶⁾.

Rescindida a sentença com eficácia executiva mediata, imediata ou preponderante, fica sem causa qualquer enriquecimento⁽³²⁷⁾; rescindida sentença sobre execução, subsiste a sentença na ação⁽³²⁸⁾. Diante do cancelamento da OJ n. 28, da SDI-2, do TST, que trazia dicção no sentido de necessidade da propositura de ação própria para a repetição do indébito, permite-se que a execução se dê nos autos da própria ação rescisória, na trilha do posicionamento de Pontes de Miranda⁽³²⁹⁾.

A decisão final da ação rescisória está sujeita ao reexame necessário se for o caso do art. 1º, V, do Decreto-lei n. 779/1969 (decisão total ou parcialmente desfavorável ao ente da administração pública direta, autárquica e fundacional que não explore atividade econômica), observadas as exceções previstas no art. 475, §§ 2º e 3º, do CPC:

TST, Súmula n. 303. Fazenda Pública. Duplo grau de jurisdição. I – Em dissídio individual, está sujeita ao duplo grau de jurisdição, mesmo na vigência da CF/1988, decisão contrária à Fazenda Pública, salvo: a) quando a condenação não ultrapassar o valor correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos; b) quando a decisão estiver em consonância com decisão plenária do Supremo Tribunal Federal ou com súmula ou orientação jurisprudencial

(326) *Comentários*, p. 207; contra, admitindo: Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 405; Wilson Jóia, *Anotações*, p. 95; José Frederico Marques; Bueno Vidigal.

(327) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 217 e 244.

(328) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. p. 449. Barbosa Moreira posiciona-se no sentido de que, quanto aos efeitos — *ex nunc* ou *ex tunc* — do juízo rescisório, depende de avaliação feita caso a caso (*Comentários*, p. 210). Cumpre ressaltar que o próprio Pontes de Miranda, embora defenda como regra geral a eficácia *ex tunc* da rescisão, admite ponderações em situações particulares em que a aplicação da regra geral causaria perplexidade — menciona a questão da validade do casamento superveniente em face da rescisão da sentença de divórcio ou anulação do anterior (*Comentários*, t. VI, p. 403).

(329) *Comentários*, t. VI, p. 449-450.

do Tribunal Superior do Trabalho. II – Em caso de ação rescisória, a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau está sujeita ao duplo grau de jurisdição quando desfavorável ao ente público, exceto nas hipóteses das alíneas “a” e “b” do inciso anterior. (...)

Quanto aos honorários advocatícios, o TST, não cabendo o exercício do *ius postulandi* na rescisória (Súmula n. 425), sob a perspectiva de não estar em debate questões fáticas, mas sim relativas à fixação da jurisprudência, onde se faz imprescindível o conhecimento técnico-jurídico⁽³³⁰⁾, revisou o entendimento sumulado, para estabelecer o cabimento da condenação:

TST, Súmula n. 219. 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. II. É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

Improcedente, pode haver nova propositura por outro fundamento — CPC, art. 301, §§ 1º a 3º⁽³³¹⁾.

Procedente o juízo rescindente, restitui-se o depósito prévio ao autor; inadmissível ou improcedente, desde que unânime a decisão, será revertido ao réu — arts. 494 e 488, II, do CPC —, devendo se levar em conta eventual apreciação recursal sobre o tema⁽³³²⁾.

2.4.7. Recursos

Não se aplica à ação rescisória o rito sumário da Lei n. 5.584/70:

(330) cf. Thereza Nahas, in Andréa Rocha & Alves Neto (Org.), 2010, p. 520-522.

(331) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 154.

(332) Cf. Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 439-440.

TST, Súmula n. 365. Alçada. Ação rescisória e mandado de segurança. Não se aplica a alçada em ação rescisória e em mandado de segurança.

É pacífico no STJ o cabimento de embargos declaratórios contra decisão monocrática; no STF, conquanto admita em face de decisões interlocutórias, não se entende cabíveis contra as decisões monocráticas que põem fim ao processo — conhecem, pelo princípio da fungibilidade, como agravo regimental⁽³³³⁾, interpretação seguida pelo TST:

TST, SDI-2, OJ n. 69. Fungibilidade recursal. Indeferimento liminar de ação rescisória ou mandado de segurança. Recurso para o TST. Recebimento como agravo regimental e devolução dos autos ao TRT. Recurso ordinário interposto contra despacho monocrático indeferitório da petição inicial de ação rescisória ou de mandado de segurança pode, pelo princípio de fungibilidade recursal, ser recebido como agravo regimental. Hipótese de não conhecimento do recurso pelo TST e devolução dos autos ao TRT, para que aprecie o apelo como agravo regimental.

Nos recursos ordinário ou extraordinário, somente poderá ser debatida questão surgida durante o processo da rescisória e enfrentada pelo tribunal recorrido — se houve ou não, p. ex., violação da lei no processo originário, é questão de fato na rescisória⁽³³⁴⁾. A decisão do TRT será submetida ao crivo do TST:

(333) Cf. Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 310.

(334) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 364. Porém: **Direito Processual Civil. Ação rescisória. Recurso especial. Fundamentos do acórdão recorrido.** I. Quando existir violação de literal disposição de lei e o julgador, mesmo assim, não acolher a pretensão deduzida na ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil, o acórdão estará contrariando aquele mesmo dispositivo ou a ele negando vigência, com o que dará ensejo à interposição de recurso especial com base na alínea “a” do permissivo constitucional. II. Se terceiro que adquire bem a respeito de cujo litígio não há o registro exigido pelo art. 167 da Lei n. 6.015/73 pode ser alcançado pela coisa julgada, deve ser citado como litisconsorte passivo necessário. III — Recurso conhecido e provido para se julgar procedente o pedido da ação rescisória. (STJ, CE, REsp n. 476665, rel. min. Antonio de Pádua Ribeiro, j. 1º.12.2004.)

TST, Súmula n. 158. Ação rescisória. Da decisão de Tribunal Regional do Trabalho, em ação rescisória, é cabível recurso ordinário para o Tribunal Superior do Trabalho, em face da organização judiciária trabalhista.

No julgamento do recurso, é aplicável a regra do art. 515, § 3º, do CPC (TST, Súmula n. 100, VII), que prevê o julgamento do mérito da demanda pelo juízo recursal uma vez afastada questão preliminar ou prejudicial, desde o processo esteja em condições — “*causa madura*”.

Se houver condenação em pecúnia no juízo rescisório, é devido o recolhimento do depósito recursal previsto no art. 899, § 1º, da CLT⁽³³⁵⁾, aplicando-se as mesmas regras de dispensa, isenção (Decreto-lei n. 779/1969, art. 1º, III, IV, VI) e prazo (art. 985, II, da CLT) previstos para as reclamações comuns:

TST, Súmula n. 99. Ação rescisória. Deserção. Prazo. Havendo recurso ordinário em sede de rescisória, o depósito recursal só é exigível quando for julgado procedente o pedido e imposta condenação em pecúnia, devendo este ser efetuado no prazo recursal, no limite e nos termos da legislação vigente, sob pena de deserção.

No âmbito do TST, a ação rescisória será julgada originariamente, ou em grau de recurso, pela SDI-2.

2.5. Projeto do novo CPC

Da análise do texto do substitutivo do Sen. Valter Pereira, encaminhado à Câmara dos Deputados⁽³³⁶⁾, abaixo transcrito, nota-se, de plano, a exclusão do cabimento da ação rescisória quando “*houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença*” —, que tanta controvérsia causou, hipótese agora adstrita à ação anulatória.

Há, ainda, redução do prazo para interposição (de dois para um ano), autorizando, contudo, que o termo inicial, nas hipóteses de decisão proferida em razão de prevaricação,

(335) Francisco Antonio de Oliveira, *Comentários*, p. 206.

(336) PL n. 8.046/2010.

concussão ou corrupção do juiz condenado por tal crime, e prova falsa, assim apurada em processo criminal, conte-se do trânsito em julgado da sentença criminal, restando, em parte, a doutrina de Pontes de Miranda acima exposta.

No mais, não há qualquer alteração substancial no texto projetado.

Art. 889. Tratando-se de apelação e de ação rescisória, os autos serão conclusos ao revisor, sempre que possível por meio eletrônico.

§ 1º Será revisor o juiz que se seguir ao relator na ordem descendente de antiguidade.

§ 2º O revisor aporá nos autos o seu “visto”, cabendo-lhe pedir dia para julgamento.

§ 3º Nos casos previstos em lei e na hipótese de indeferimento liminar da petição inicial, não haverá revisor.

Art. 892. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo do relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de quinze minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões nas seguintes hipóteses:

(...)

VIII – na ação rescisória.

§ 1º A sustentação oral no incidente de resolução de demandas repetitivas observará o disposto no art. 993.

§ 2º Os procuradores que desejarem proferir sustentação oral poderão requerer, até o início da sessão, que seja o feito julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências legais.

CAPÍTULO VI

DA AÇÃO RESCISÓRIA E DA AÇÃO ANULATÓRIA

Seção I

Da Ação Rescisória

Art. 919. A sentença ou o acórdão de mérito, transitados em julgado, podem ser rescindidos quando:

I – se verificar que foram proferidos por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II – proferidos por juiz impedido ou absolutamente incompetente;⁽³³⁷⁾

III – resultarem de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV – ofenderem a coisa julgada;

V – violarem manifestamente a norma jurídica;

VI – se fundarem em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal, ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII – o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, obtiver prova nova, cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII – fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Parágrafo único. Há erro quando a decisão rescindenda admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Art. 920. Têm legitimidade para propor a ação rescisória:

I – quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;

II – o terceiro juridicamente interessado;

III – o Ministério Público:

a) se não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção;

b) quando a decisão rescindenda é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei.

Art. 921. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 293⁽³³⁸⁾, devendo o autor:

(337) No texto original do projeto, não havia previsão da incompetência absoluta como causa de rescindibilidade.

(338) Art. 293. A petição inicial indicará: I – o juízo ou o tribunal a que é dirigida; II – os nomes, os prenomes, o estado civil, a profissão, o número no cadastro de pessoas físicas ou do cadastro nacional de pessoas jurídicas, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; III – o fato e os fundamentos jurídicos

I – cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa;

II – depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

§ 1º Não se aplica o disposto no inciso II à União, ao Estado, ao Distrito Federal, ao Município, respectivas autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, e aos que tenham obtido o benefício da gratuidade de justiça.

§ 2º Será indeferida a petição inicial nos casos previstos no art. 305⁽³³⁹⁾ ou quando não efetuado o depósito exigido pelo inciso II deste artigo, ou rejeitada liminarmente a demanda nos casos do art. 307.⁽³⁴⁰⁾

Art. 922. A propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou do

do pedido; IV – o pedido com as suas especificações; V – o valor da causa; VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII – o requerimento para a citação do réu.

(339) Art. 305. A petição inicial será indeferida quando: I – for inepta; II – a parte for manifestamente ilegítima; III – o autor carecer de interesse processual; IV – não atendidas as prescrições dos arts. 103 e 295. Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando: I – lhe faltar pedido ou causa de pedir; II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; III – contiver pedidos incompatíveis entre si.

(340) Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este: I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência, a decadência ou a prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença. § 3º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 306 [Art. 306. *Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de três dias, reformar sua sentença. § 1º Se o juiz não a reconsiderar, mandará citar o réu para responder ao recurso. § 2º Sendo a sentença reformada pelo tribunal, o prazo para a contestação começará a correr a contar da intimação do retorno dos autos*].

acórdão rescindendo, ressalvada a concessão de tutelas de urgência ou da evidência.

Art. 923. O relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a quinze dias nem superior a um mês para, querendo, contestar. Findo o prazo, com ou sem contestação, observar-se-á no que couber o procedimento comum.

Art. 924. Na ação rescisória, devolvidos os autos pelo relator, a secretaria do tribunal expedirá cópias do relatório e as distribuirá entre os juizes que compuserem o órgão competente para o julgamento.

Parágrafo único. A escolha de relator e de revisor recairá, sempre que possível, em juiz que não haja participado do julgamento rescindendo.

Art. 925. Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator poderá delegar a competência ao órgão que proferiu a sentença ou o acórdão rescindendo, fixando prazo de um a três meses para a devolução dos autos.

Art. 926. Concluída a instrução, será aberta vista, sucessivamente, ao autor e ao réu, pelo prazo de dez dias, para razões finais. Em seguida, os autos serão conclusos ao relator, procedendo-se ao julgamento pelo órgão competente.

Art. 927. Julgando procedente o pedido, o tribunal rescindir a sentença, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito; declarando inadmissível ou improcedente o pedido, a importância do depósito reverterá a favor do réu, sem prejuízo do disposto no art. 73.⁽³⁴¹⁾

(341) Art. 87. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 1º A verba honorária de que trata o *caput* será devida também no pedido contraposto, no cumprimento de sentença, na execução resistida ou não e nos recursos interpostos, cumulativamente. § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos, conforme o caso, atendidos: I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar de prestação do serviço; III – a natureza e a importância da causa; IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, os honorários serão

Art. 928. O direito de propor ação rescisória se extingue em um ano contado do trânsito em julgado da decisão.

Parágrafo único. Se fundada no art. 919, incisos I e VI, primeira parte, o termo inicial do prazo será computado do trânsito em julgado da sentença penal.

3. Ação anulatória

CPC, art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

fixados dentro seguintes percentuais, observando os referenciais do § 2º: I – mínimo de dez e máximo de vinte por cento nas ações de até duzentos salários mínimos; II – mínimo de oito e máximo de dez por cento nas ações acima de duzentos até dois mil salários mínimos; III – mínimo de cinco e máximo de oito por cento nas ações acima de dois mil até vinte mil salários mínimos; IV – mínimo de três e máximo de cinco por cento nas ações acima de vinte mil até cem mil salários mínimos; V – mínimo de um e máximo de três por cento nas ações acima de cem mil salários mínimos. § 4º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito, o benefício ou a vantagem econômica, o juiz fixará o valor dos honorários advocatícios em atenção ao disposto no § 2º. § 5º Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas com mais doze prestações vincendas. § 6º Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo. § 7º A instância recursal, de ofício ou a requerimento da parte, fixará nova verba honorária advocatícia, observando-se o disposto nos §§ 2º e 3º e o limite total de vinte e cinco por cento para a fase de conhecimento. § 8º Os honorários referidos no § 7º são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive a do art. 80. § 9º As verbas de sucumbência arbitradas em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes, bem como em fase de cumprimento de sentença, serão acrescidas no valor do débito principal, para todos os efeitos legais. § 10 Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial. § 11 O advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe cabem seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se também a essa hipótese o disposto no § 10. § 12 Os juros moratórios sobre honorários advocatícios incidem a partir da data do pedido de cumprimento da decisão que os arbitrou. § 13 Os honorários também serão devidos nos casos em que o advogado atuar em causa própria.

Quando não preenchidos os requisitos legais, não há que se falar em impugnação por meio de ação rescisória, mas sim por ação anulatória, das decisões que não sejam de mérito⁽³⁴²⁾, e das sentenças meramente homologatórias (proferidas em jurisdição voluntária), sob a perspectiva de que “Homologar é tornar o ato, que se examina, semelhante, adequado, ao ato que devia ser”⁽³⁴³⁾, eis que não valem por si mesmas, “mas pelo ato jurídico que certificam”, de modo que “não geram a coisa julgada em sentido formal e material, não sendo, por isso, rescindíveis”⁽³⁴⁴⁾.

Atente-se que “O vício deve estar na própria sentença; por exemplo: é anulável a sentença homologatória de transação celebrada sobre direito relativo a incapaz, sem que tenha sido ouvido previamente o MP. Não cabe rescisória por ofensa à literal disposição de lei (CPC, 485, V), porque o juiz não proferiu juízo de mérito, aplicando, erroneamente a lei, mas apenas limitou-se a homologar ato praticado com ofensa à lei. Nem se configura como ato viciado das partes, porque não houve nenhum vício no negócio jurídico celebrado entre elas. O vício é formal, da sentença”⁽³⁴⁵⁾.

O dispositivo legal sob foco trata de “casos em que independentemente da rescisória, pode promover-se a desconstituição de ‘atos judiciais’. A palavra ‘rescindidos’ está aí por ‘anulados’. (...) visa à anulação de atos praticados no processo, aos quais ou não precisa seguir-se decisão alguma, ou se segue decisão homologatória, que lhes imprime eficácia sentencial. Não obstante

(342) A ação anulatória, salvo a hipótese do art. 352, I, do CPC (revogação da confissão), pressupõe o encerramento do processo, sem coisa julgada material; caso ainda esteja em curso, a invalidação do ato processual se dá no próprio processo, por decisão do juiz da causa, se já não tiver havido preclusão, e se já houver coisa julgada, resta a hipótese, em tese, da ação rescisória (cf. Didier Jr. et al., *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, p. 91-91).

(343) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 259.

(344) Pedro Batista Martins *apud* Theodoro Jr., 1998, p. 648.

(345) Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 688, nota 3 ao art. 486.

lhes chama 'judiciais', porque realizados em juízo, quer a lei referir-se a atos das partes"⁽³⁴⁶⁾; envolvem declaração de vontade⁽³⁴⁷⁾.

As hipóteses de anulabilidade são as previstas no direito material⁽³⁴⁸⁾: CC, 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.*

Nesse sentido, é passível de desconstituição, pela ação anulatória, a sentença que não resolve questão litigiosa acerca de atos viciados, pois não se ataca o ato judicial propriamente dito, mas sim os atos das partes praticados no processo⁽³⁴⁹⁾, mas tal via é incabível, em se tratando de confissão viciada, se a sentença de mérito já transitou em julgado, caso em que, como já dito, a ação cabível é a rescisória.

São atos judiciais independentes de sentença a arrematação e a adjudicação⁽³⁵⁰⁾, a remição, *"embora deferida por sentença, posto que não há julgamento de mérito na sua concessão"*⁽³⁵¹⁾. Se, porém, houve interposição de embargos após a alienação judicial, a desconstituição do ato passa a depender da ação rescisória, pois *"terá havido um processo contencioso em volta da questão e o julgamento da ação de embargos, assegurando validade à arrematação ou adjudicação, será, realmente, uma sentença de mérito"*⁽³⁵²⁾.

Outros exemplos de *"atos que não dependem de sentença"* são a outorga de mandato passada nos autos; a renúncia ao direito de recorrer; a

aceitação expressa da decisão; a desistência do recurso; a declaração de vontade, unilateral ou bilateral; etc.⁽³⁵³⁾.

Como ressaltado na introdução, não havendo distinguir-se *sentenças homologatórias* das *meramente homologatórias*; se há ato de decisão, não é homologatória; a homologação pode se cingir à parte da sentença, de forma que a outra será sujeita à ação rescisória. Barbosa Moreira⁽³⁵⁴⁾, elenca, como exemplos de *"atos a que se há se seguir sentença meramente homologatória"*, desistência da ação (art. 158, parágrafo único, do CPC), renúncia à pretensão deduzida (art. 269, V, do CPC), reconhecimento do pedido (art. 269, II, do CPC), transação (art. 269, III, do CPC), concordata no processo de insolvência (art. 783 do CPC), separação consensual (art. 1122, § 1º, do CPC), divórcio consensual (Lei n. 6.515/1977, art. 40, § 2º), partilha amigável (art. 1.029 do CPC).

Conceitua, Barbosa Moreira⁽³⁵⁵⁾ que os atos da primeira espécie podem todos, *sempre*, ser atacados pela anulatória; quanto aos da segunda, deve-se pesar o art. 485, VIII, do CPC — notando-se que as ações estão sujeitas a prazos diversos (dois e quatro anos, cf. art. 178 do CC, aplicável quanto aos casos de coação, erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo, lesão, ou incapacidade civil; mas também há o art. 179, do CC, que prevê prazo genérico de dois anos) —, quanto a estes, analogicamente ao regime da confissão (art. 352, do CPC), discrimina-se o momento da impugnação: se anterior ou posterior ao trânsito em julgado, sopesado se constitui o único fundamento⁽³⁵⁶⁾; quanto aos demais atos, são sempre atacáveis pela *via única* do art. 486, do CPC.

Osmar Côrtes⁽³⁵⁷⁾ lista a citação válida do réu e litisconsortes necessários como elemento

(346) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 156.

(347) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 350.

(348) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 161.

(349) Theodoro Jr., 1998, p. 647-648.

(350) Cf. Bueno Vidigal *apud* Theodoro Jr., *Curso*, p. 647; no mesmo sentido: Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 344.

(351) Theodoro Jr., *Curso*, p. 647.

(352) Cf. Theodoro Jr., *Curso*, p. 647; no mesmo sentido: José Frederico Marques; contra, entendendo ser caso de ação anulatória, por se impugnar não a sentença mas o ato das partes: STF, RE 100466, rel. min. Djaci Falcão, j. 28.02.1986, e farta jurisprudência.

(353) CPC, arts. 501-503 e 158, *caput*; Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 158; Didier Jr. *et al.*, *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, p. 104.

(354) *Comentários*, p. 158-159.

(355) *Ibidem*, p. 160-161.

(356) Nesse sentido: Rizzi.

(357) *Ação rescisória*, p. 551-554.

existencial da relação jurídica processual, e quando não preenchido, reputa inexistente a sentença proferida, apenas quanto a ele(s), cabendo ação declaratória⁽³⁵⁸⁾; contudo, trata-se, na verdade, de *ineficácia*.

Ato de órgão judicial é insuscetível de ataque pela ação anulatória⁽³⁵⁹⁾.

Quanto à competência, observa-se o art. 108, do CPC (*“A ação acessória será proposta perante o juiz competente para a ação principal”*):

TST, SDI-2, OJ n. 129. Ação anulatória. Competência originária. Em se tratando de ação anulatória, a competência originária se dá no mesmo juízo em que praticado o ato supostamente eivado de vício.

O prazo é o de dois anos; para o ato homologado, observa-se o prazo de direito material⁽³⁶⁰⁾, e segue o rito comum, observado o valor da causa; se proposta quando ainda em curso o processo originário, este deve ficar suspenso se a sentença de mérito depender do julgamento da anulatória (CPC, art. 265. *Suspende-se o processo: (...) IV — quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente*)⁽³⁶¹⁾.

Proposta depois do trânsito, se procedente, *“a sentença, em si, não é rescindida; mas como não passava de envoltório do ato homologado, a anulação deste, por assim dizer, a esvazia. Seria absurdo conceber que pudesse continuar a surtir algum efeito a homologação de ato que se desfez. O processo primitivo, normalmente, retomará a sua marcha, refazendo o itinerário percorrido desde o ato invalidado, ou passando às etapas subsequentes que o ato invalidado (pense-se na desistência da ação) porventura o haja impedido de alcançar”*; o mesmo se aplica quando o

objeto for ato praticado na execução, como a renúncia de crédito — art. 794, III, do CPC⁽³⁶²⁾.

3.1. Projeto do novo CPC

Art. 379. A confissão é irrevogável, salvo quando emanar de erro ou coação, hipótese em que pode ser tornada sem efeito por ação anulatória.

Parágrafo único. Cabe ao confitente o direito de propor a ação nos casos de que trata este artigo, a qual, uma vez iniciada, passa aos seus herdeiros.

Seção II

Da Ação Anulatória

Art. 929. Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

Parágrafo único. São anuláveis também atos homologatórios praticados no curso do processo de execução.

Conforme já afirmado alhures, o projeto do novo Código de Processo Civil, ao não prever dentre as hipóteses de cabimento da ação rescisória por haver fundamento para invalidação de confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença, situação agora tratada inclusive em seção própria, caberá, indubitavelmente, ação anulatória⁽³⁶³⁾.

4. Formas de impugnação às decisões nulas e às inequidades

De partida, deve-se atentar para a distinção entre o que é *nulo* e o que é *anulável*. Este depende de decreto da autoridade competente para que deixe de gerar efeitos, enquanto aquele simplesmente não gera seus efeitos próprios. Destarte, as decisões inexistentes e as nulas, que obstam a formação da coisa julgada, não impugnáveis por meio de rescisória, deverão ser atacadas em ação própria ou incidentalmente no próprio processo, ou mesmo reconhecidas de ofício⁽³⁶⁴⁾.

(358) Ação rescisória, p. 558.

(359) Cf. Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 156-157.

(360) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. VI, p. 359-360.

(361) Cf. Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 165.

(362) *Ibidem*, p. 166.

(363) Cf. Araújo & Rizzi.

(364) Cf. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Ação rescisória*, p. 16.

A rescisória pressupõe decisão válida (mas contendo vício no plano da validade, que, contudo, não implica em nulidade, pois do contrário não haveria se falar em rescisão) e eficaz; em se tratando de decisão nula, coisa julgada não se forma — falta ou nulidade de citação; ausência dos litisconsortes necessários⁽³⁶⁵⁾. É nula, ainda, a sentença que possui impossibilidade lógica, cognoscitiva ou jurídica — compete ao interessado, à sua escolha: ajuizar nova demanda sobre o mesmo objeto; resistir à execução, inclusive, mas não exclusivamente, por meio de embargos (arts. 475-L, I e 741, I, do CPC); alegação *incidenter tantum* em algum processo (CC, art. 168 e parágrafo único)⁽³⁶⁶⁾,⁽³⁶⁷⁾ e ⁽³⁶⁸⁾.

Nessa linha, Couture⁽³⁶⁹⁾ nega eficácia à sentença que consagra a fraude processual e formas delituosas do processo. Juan Carlos Hitters⁽³⁷⁰⁾ defende, de forma um tanto genérica, o afastamento da autoridade da coisa julgada “se essencial para fazer justiça e afastar desmandos”. Theodoro Jr.⁽³⁷¹⁾, analisando caso

em que a Fazenda foi condenada a indenizar duas vezes a mesma desapropriação, invoca os ideais de processo justo, fundamentos morais da ordem jurídica, e o princípio constitucional da moralidade.

Há, ainda, uma outra situação de decisão com eficácia rescisoriforme: a absolvição no juízo criminal posterior à condenação em ação civil reparatória por ato ilícito, ainda que em revisão criminal⁽³⁷²⁾, é causa superveniente extintiva da obrigação, bastando a sua alegação para obstar o prosseguimento da execução, nos termos dos arts. 475-L, VI, e 741, VI, do CPC⁽³⁷³⁾, salvo se por falta de provas⁽³⁷⁴⁾.

4.1. Citação nula ou inexistente

A citação pertine à eficácia do processo em relação ao réu — arts. 219 e 263 do CPC —, e é requisito de validade⁽³⁷⁵⁾ dos atos que lhe seguem.⁽³⁷⁶⁾

Se houve revelia no processo — cessada com o ingresso em qualquer momento do

(365) cf. Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 657-658. Para Theodoro Jr. (*Curso*, v. 1, p. 658), é inexistente o “*decisório proferido com violação da partilha constitucional da jurisdição*” — e sem jurisdição não se poderia cogitar de processo ou de sentença válida e apta a gerar coisa julgada. Porém, trata-se, em verdade, de hipótese de rescindibilidade, e não de nulidade, cf. art. 485, II, do CPC.

(366) Cf. Pontes de Miranda, *Tratado*, § 18, n. 2, p. 195; no mesmo sentido: Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 658; Dinamarco, *Nova era*, p. 260; Didier Jr., *Curso*, v. 2, p. 463.

(367) Todas são formas de exercício da *actio* ou *querela nullitatis*, que pode ser exercida como “ação” ou exceção processual, e em geral de cunho (des)constitutivo, e não meramente declaratório.

(368) “(...) como a coisa julgada não é em si mesma um efeito e não tem dimensão própria, mas a dimensão dos efeitos substanciais da sentença sobre a qual incide, é natural que ela não se imponha quando os efeitos programados na sentença não tiverem condições de impor-se” (Dinamarco, *Nova era*, p. 249) — é a impossibilidade jurídica de Pontes de Miranda: a sentença existe, mas é ineficaz (Dinamarco, *Nova era*, p. 251).

(369) *Apud* Dinamarco, *Nova era*, p. 232.

(370) *Ibidem*, p. 233.

(371) *Ibidem*, p. 231-232.

(372) CPP (Dec.-lei n. 3689/1941), art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após. Parágrafo único. Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas.

(373) STJ, 4ª T., REsp n. 118449, rel. min. Cesar Asfor Rocha, j. 26.11.1997; STJ, 4ª T., rel. min. Aldir Passarinho Jr., j. 15.12.2005. Neste, houve reconhecimento de culpa recíproca em ação de separação, implicando em exoneração da condenação imposta em ação de alimentos.

(374) STJ, 3ª T., REsp n. 593902, rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 14.6.2005.

(375) A citação não é pressuposto de existência do processo, mas condição de eficácia em relação ao réu (CPC, arts. 219 e 263), e requisito de validade dos atos que se lhe seguem — a sentença proferida sem a citação do réu, mas em favor dele, não é nem inválida nem ineficaz, ante a ausência de prejuízo — cf. previsão no CPC de sentenças liminares (art. 249, §§ 1º e 2º) processuais (arts. 284, 295 e 296) ou de mérito (art. 285-A) (Didier Jr., *Curso*, v. 2, p. 463).

(376) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 368; Pontes de Miranda; Dinamarco; *Instituições*, v. 2; Barbosa Moreira; Tesheiner; Adroaldo Fabrício Furtado. Defendendo que a citação é *pressuposto existencial* do processo: Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 647, nota 25 ao art. 475-L; Arruda Alvim, Teresa Wambier, Eduardo Talamini,...

processo de conhecimento⁽³⁷⁷⁾ — há nulidade a ser pronunciada, e não mera rescindibilidade, desautorizando o socorro à via rescisória⁽³⁷⁸⁾.

A pretensão declaratória enseja a *actio nullitatis insanabilis*, imprescritível e de competência do juízo que proferiu a decisão, poderá ser veiculada por arguição em exceção de pré-executividade⁽³⁷⁹⁾, ação civil pública⁽³⁸⁰⁾, ação declaratória⁽³⁸¹⁾, ou embargos do devedor⁽³⁸²⁾.

De se registrar a posição de Francisco Antonio de Oliveira⁽³⁸³⁾, para quem caberia também a ação rescisória. Para Theodoro Jr.⁽³⁸⁴⁾, conhece-se, para se declarar a nulidade. Pontes de Miranda afirma que a decisão que nega seguimento à ação rescisória por esse fundamento tem eficácia declarativa da nulidade.

Contudo, se iniciada a execução, o executado, revel no processo de conhecimento, apresenta impugnação (embargos, p. ex.), sem alegar vício de citação, precui-lhe a oportunidade⁽³⁸⁵⁾.

4.2. Título fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF

A questão da manutenção de decisões transitadas em julgado que afrontem o texto constitucional há muito vem atormentando nossas cortes.

Partindo-se da premissa de que são efeitos substanciais da sentença a declaração, a condenação, e a constituição, onde eles inexistem (sentenças terminativas), não há coisa julgada⁽³⁸⁶⁾, ocorrendo o mesmo “*com certas sentenças de mérito que, pretendendo ditar um preceito juridicamente impossível, não têm força para impor-se sobre as normas ou princípios que o repudiam. Só aparentemente elas produzem os efeitos substanciais programados, mas na realidade não os produzem porque eles são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional*”⁽³⁸⁷⁾.

Assim, podemos encontrar julgados admitindo ação rescisória com fundamento em inconstitucionalidade, ainda que a lei em que tenha se fundamentado a decisão rescindenda somente depois tenha sido declarada inconstitucional pelo STF, inclusive se à época havia controvérsia⁽³⁸⁸⁾. Tampouco se admite a oposição de coisa julgada em face do advento de nova Constituição⁽³⁸⁹⁾; mas quanto à alteração por via de emenda, a jurisprudência tem afirmado que, se a Constituição assegura a autoridade da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), não pode ela mesma desrespeitá-la⁽³⁹⁰⁾.

Mais modernamente, vem se desenvolvendo a doutrina que sustenta a desnecessidade da ação rescisória para atacar decisões de tal jaez, pois, como salientado no tópico 1, se *res judicata* é a imutabilidade da sentença de mérito e de seus efeitos, *substanciais*, então “*onde quer que se tenha uma decisão aberrante de valores, princípios, garantias ou normas superiores, alterar-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e*

(377) Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 367, nota 2.

(378) STF, RE n. 97589, rel. min. Moreira Alves, j. 17.11.1982; STJ 2ª S., AR n. 771, rel. Aldir Passarinho Jr., j. 13.12.2006.

(379) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. XI; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 368-370.

(380) STJ, 2ª T., REsp n. 445664, rel. p/ ac. min. Eliana Calmon, j. 15.4.2004.

(381) STF, RE n. 97589, rel. min. Moreira Alves, j. 17.11.1982.

(382) Arts. 475-L, I e 741, I, do CPC, aplicados também no processo trabalhista. Hipótese restrita aos casos em que não houve apelação; no mais, a competência seria do tribunal (Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 371).

(383) *Comentários*, p. 566-567.

(384) *Curso*, v. 1, p. 658.

(385) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. XI; Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 647, nota 25 ao art. 475-L; Didier Jr., *Curso*, v. 3, p. 371-372.

(386) Dinamarco, *Nova era*, p. 258.

(387) *Ibidem*, p. 248-249.

(388) STF, RE n. 89108, rel. min. Cunha Peixoto, j. 28.8.1980; TRF1, AR n. 95.01.26254-5, rel. João Vieira Fagundes, j. 11.6.1997; STJ, REsp n. 102048, rel. min. Ari Pargendler, j. 17.11.1998.

(389) STF, EDvRE n. 146331, rel. min. Cezar Peluso, j. 23.11.2006; AC 2287 AgRg, rel. min. Ellen Gracie, j. 23.6.2009.

(390) ADI-MC n. 2356, rel. min. Néri da Silveira, j. 25.11.2010; STF, RE-AgRr n. 592912, rel. min. Celso de Mello, j. 3.4.2012.

portanto, não incidirá a autoridade da coisa julgada material — porque, como sempre, não se conhece imunizar efeitos cuja efetivação agrida a ordem jurídica-constitucional”⁽³⁹¹⁾.

Assim, sob o argumento de que a garantia da coisa julgada “*não pode ir além dos efeitos a serem imunizados*” e “*deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil*”⁽³⁹²⁾, e de que a segurança das relações jurídicas, e, portanto, a garantia da coisa julgada “*devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça*” (art. 5º, XXXV, da CF) — “*não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas*”⁽³⁹³⁾ —, a doutrina passou a apontar, casuisticamente, valores que deveriam ser sobrepostos à coisa julgada⁽³⁹⁴⁾, sem, contudo, lograr apresentar critérios objetivos para a determinação das situações em que isso possa ocorrer.

Nessa trilha, a MP n. 1997-37, de 11.4.2000, introduziu o § 5º, do art. 884, da CLT e o parágrafo único, do art. 741, do CPC — e, mais recentemente, a Lei n. 11.232, de 22.12.2005, acresceu o art. 475-L e alterou a redação do art. 741, ambos do CPC —, afirmando ser “*inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais*

pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”, observado o prazo para oposição de embargos, ou da ação rescisória⁽³⁹⁵⁾. É de se admitir, não obstante a redação restrita, a aplicação destes preceitos também em face de decisões não condenatórias⁽³⁹⁶⁾.

Assim, os vícios de inconstitucionalidade que permitem socorrer-se a esse mecanismo são: a) aplicação de lei inconstitucional; b) aplicação da lei em situação considerada inconstitucional; c) aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tida por inconstitucional. O elemento comum é a inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença, diferenciando-se pela técnica utilizada: no primeiro caso, supõe-se a *declaração de inconstitucionalidade com redução de texto*; no segundo, a *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*; no terceiro, a *interpretação conforme a Constituição*⁽³⁹⁷⁾.

Araken de Assis⁽³⁹⁸⁾ aponta a impropriedade da utilização do termo inexigibilidade; em verdade, haveria eficácia condicional do título judicial — vez que a coisa julgada é *eficácia* da sentença não mais sujeita recurso, que a torna imutável e indiscutível (art. 467 do CPC) —, dependente da constitucionalidade da norma que, preponderante ou exclusivamente, serviu de fundamento à decisão judicial, certificada pelo STF mediante juízo difuso ou concentrado, ainda que isso ocorra antes da constituição do título executivo ou após o prazo para a ação rescisória⁽³⁹⁹⁾, e “*poderá ser buscada via embargos, ou, ultrapassada a oportunidade para seu*

(391) Dinamarco, *Nova era*, p. 257. Tiago Gonçalves (*Ação declaratória*, p. 559-560) afirma que a sentença fundada em norma inconstitucional é inexistente; porém, só seriam rescindíveis (por que, se são inexistentes?) no prazo da ação rescisória (p. 563). Assim, entende que pode ser impugnada por qualquer meio, em qualquer grau de jurisdição (p. 563), em especial a ação declaratória de inexistência (p. 565).

(392) Dinamarco, *Nova era*, p. 222-223.

(393) *Ibidem*, p. 226-227.

(394) Sobre a *justa indenização* das desapropriações (arts. 182, § 3º, e 184, da CF), tema que primeiro e mais chamou atenção quanto à questão da coisa julgada inconstitucional: STF, 1ª T., RE n. 93412, rel. min. Rafael Mayer, j. 4.5.1982; STF, 1ª T., RE n. 105012, rel. min. Néri da Silveira, j. 9.2.1988.

(395) Cf. Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 918, nota 16 ao art. 741.

(396) Cf. Didier Jr., *Curso*, v. 2, p. 466-467.

(397) STJ, 1ª T., REsp 720953, rel. min. Teori Albino Zavascki, j. 28.6.2005; STJ, 1ª T., REsp n. 791754, rel. min. Teori Albino Zavascki, j. 1º.9.2005.

(398) *Manual*, p. 1208.

(399) Araken de Assis, *Manual*, p. 1.209-1.210; Didier Jr. et al., *Curso*, v. 2, p. 464.

ajuizamento, por qualquer ação autônoma⁽⁴⁰⁰⁾; questiona-se, no caso, a formação do próprio título⁽⁴⁰¹⁾.

Dinamarco⁽⁴⁰²⁾, por seu turno, fala em “inexistência de título executivo”, e apenas no caso de a decisão ter sido proferida *depois* da declaração de inconstitucionalidade pelo STF em sede de controle concentrado ou da suspensão da eficácia da norma pelo Senado Federal na forma do art. 52, X, da CF⁽⁴⁰³⁾, enquanto rejeita a aplicação da regra aos casos em que a declaração de inconstitucionalidade for posterior ao trânsito em julgado, afastando, portanto, a eficácia rescisoriforme da decisão declaratória de inconstitucionalidade⁽⁴⁰⁴⁾. Quanto a este

aspecto, Didier Jr.⁽⁴⁰⁵⁾ não vê óbice, desde que tenha, o próprio STF, dado eficácia retroativa à sua decisão — cf. art. 27, da Lei n. 9.868/1999 —, bastante a atingir a coisa julgada, recomendando que não se aceite decisão proferida após dois anos do trânsito, em analogia ao prazo da rescisória. De qualquer forma, não se aplica a regra sob comento às sentenças transitadas antes da sua introdução, em homenagem à garantia da irretroação das leis⁽⁴⁰⁶⁾.

Se não há coisa julgada, então — assim como na hipótese de vício ou inexistência de citação em processo que correu à revelia do réu (arts. 475-L, I, e 741, I, do CPC) — não é o caso de ação rescisória, pois a sentença rescindível, “*produz os efeitos da res iudicata e apresenta-se exequível enquanto não revogada pelo remédio próprio da ação rescisória*”⁽⁴⁰⁷⁾, o que não ocorre aqui. Não há falar-se, portanto, em rejugamento da causa⁽⁴⁰⁸⁾ — Talamini, por outro lado, aponta não haver dificuldade quando implicar na simples inversão do julgado, pois em certos casos haverá fundamentos não apreciados ou julgamento liminar da ação, havendo direito da parte na instrução e julgamento da causa⁽⁴⁰⁹⁾; o trâmite seguiria o da *exceptio nullitatis* (CPC, art. 475-L, I): invalidada a sentença, reabre-se o processo⁽⁴¹⁰⁾.

4.3. “PEC dos recursos”

Recentemente, apresentou o ministro Cezar Peluso anteprojeto de Proposta de Emenda Constitucional⁽⁴¹¹⁾, que, se promulgada, implicará em

(400) Araken de Assis, *Manual*, p. 1210.

(401) Didier Jr., *Curso*, v. 2, p. 465.

(402) *Instituições*, v. 4, p. 672.

(403) Como corolário da tendência de objetivação do controle de constitucionalidade no âmbito do STF, Didier Jr. (*Curso*, v. 2, p. 466) afirma que a decisão, desde que pelo Pleno, pode ter se dado em sede de controle difuso ou concentrado (p. 465), descenecessária, naquele, a edição de Resolução pelo Senado (CF, art. 52, X). No mesmo sentido: STJ, 1ª T., REsp n. 720953, rel. min. Teori Albino Zavascki, j. 28.6.2005; STJ, 1ª T., REsp n. 819850, rel. min. Teori Albino Zavascki, j. 1ª.6.2006.

(404) Nesse sentido: STJ, 1ª S., REsp n. 1118893, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.3.2011; Nery Jr. & Rosa Nery, *Código comentado*, p. 917, nota 14 ao art. 741; também a Constituição Portuguesa: **Constituição da República Portuguesa, VII Revisão Constitucional (2005), art. 282. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade** 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos ns. 1 e 2.

(405) *Curso*, v. 2, p. 465; também Jouberto Cavalcante.

(406) STJ, 1ª T., REsp n. 720953, rel. min. Teori Albino Zavascki, j. 28.6.2005; Didier Jr., *Curso*, v. 2, p. 465.

(407) Theodoro Jr., *Curso*, p. 635.

(408) Cf. Araken de Assis *apud* Didier Jr., *Curso*, v. 2, p. 467.

(409) *Apud* Didier Jr. *et al.*, *Curso*, v. 2, p. 467-468.

(410) Didier Jr. ratifica esta posição, mas pede tratamento legislativo.

(411) PEC n. 15/2011, apresentada em 5.4.2011: “Art. 102, § 3º A ação rescisória extraordinária será ajuizada contra decisões que, em única ou última instância, tenham transitado em julgado, sempre que: I – contrariarem dispositivo desta Constituição; II – declararem a inconstitucionalidade de tratado

profunda alteração no sistema de formação da coisa julgada, na medida em que a interposição de recurso especial ou extraordinário, ainda que tempestivo, não obstará a formação da coisa julgada.

Em verdade, vê-se que esses recursos, não obstante mantenham a denominação, deixarão de ser, rigorosamente, *recursos*, tornando-se “ação rescisória extraordinária” e “ação rescisória especial”, como consta na explicação da ementa da referida PEC, em semelhança à *Verfassungsbeschwerde* (reclamação constitucional) alemã.

No que pertine à rescindibilidade dos julgados, a principal consequência é, já com a publicação da decisão sujeita a esses *recursos*, operar-se o trânsito em julgado, iniciando-se, então, o prazo para interposição da ação rescisória, sem prejuízo da rescindibilidade da própria decisão proferida no julgamento dos recursos especial e extraordinário.

A proposta de alteração já recebeu críticas da doutrina, em face da restrição ao direito de ampla defesa, e inclusive do ministro Marco Aurélio (Ofício n. 006/2011 — GBMA), que vê inaceitável ataque ao conteúdo mínimo da garantia da coisa julgada estampada no art. 5º da CF, sobretudo quando observado sob a

ou lei federal; III – julgarem válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; IV – julgarem válida lei local contestada em face de lei federal. § 4º Na ação rescisória extraordinária, o autor deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de repercussão geral, pelo voto de dois terços de seus membros” e “art. 105, § 2º A ação rescisória especial será ajuizada contra decisões dos Tribunais Regionais Federais ou dos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios que, em única ou última instância, tenham transitado em julgado, sempre que: I – contrariarem tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; II – julgarem válido ato de governo local contestado em face de lei federal; III – derem a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. § 3º A lei estabelecerá os casos de inadmissibilidade da ação rescisória especial”.

perspectiva do processo penal e a presunção da inocência.

5. Conclusão

A investigação a fundo, de maneira didática, mas com forte componente de praticidade, do vasto leque de situações suscetíveis de desconstituição pelo instituto da ação rescisória, bem como das exceções autorizadoras da impugnação por meio da ação anulatória, atende o objetivo de organizar os caminhos a seguir, sem perder de vista a precípua perspectiva de preservação do princípio da segurança jurídica. A intenção não é mitigar a coisa julgada, mas reforçar que só pode prevalecer quando atendido o direito à decisão justa, pressuposta do funcionamento eficaz do Estado.

6. Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1985.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Ação rescisória, biênio decadencial e recurso parcial*. Elaborado em nov. 1996. Disponível em: www.abdpc.org.br.

_____. *Ação rescisória — Embargos de declaração e sua influência na contagem do biênio decadencial*. Elaborado em jul. 2003. Disponível em: www.abdpc.org.br.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Ação rescisória em matéria trabalhista perante os tribunais superiores*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 618, 18 mar. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6455> Acesso em: 1º abr. 2011.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Ação rescisória contra decisão proferida em processo no qual incorreu citação ou a citação foi nula. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. v. 7. São Paulo: RT, 2003. p. 537-563.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. 2. Salvador: Juspodium, 2007.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2007.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodium, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. 4. São Paulo: Malheiros, 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimento*. Elaborado em: ago. 1989. Disponível em: <www.abdpc.org.br>.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ação declaratória de inexistência de 'sentença' baseada em 'lei' posteriormente declarada inconstitucional'. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. v. 6. São Paulo: RT, 2002. p. 533-570.

JÓIA, Wilson. *Anotações sobre a ação rescisória*. Justitia. São Paulo, n. 63 (196), p. 95-119, out./dez. 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. v. V. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código civil e legislação civil em vigor*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários às súmulas do TST*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. XI. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Tratado da ação rescisória*. 6. ed. atual. por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Ação rescisória atípica*. São Paulo: RT, 2009.

RIZZI, Sérgio; ARAÚJO, Luiz Carlos de. *A ação rescisória e o projeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <www.fenyoecunhaadvocacia.com.br/w2/artigos/9_artigo_drs_luiz_carlos_e_sergio_rizzi.pdf> Acesso em: 1º abr. 2011.

ROCHA, Andréa Presas; ALVES NETO, João (Org.). *Súmulas do TST comentadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Ação rescisória: apontamentos. In: *Revista dos Tribunais*, v. 646, São Paulo: RT, 1989. p. 7-18.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

O modelo cooperativo e o processo do trabalho

Luiz Ronan Neves Koury^(*)

Resumo:

- ▶ O presente estudo visa a demonstrar que o modelo cooperativo no processo do trabalho decorre não só de construção doutrinária, mas do próprio ordenamento jurídico processual trabalhista. As características do processo do trabalho favorecem a utilização do princípio cooperativo, decorrente do Estado Democrático de Direito, pela inegável valorização do contraditório em sua dimensão contemporânea, que envolve o juiz e as partes. Os dispositivos da CLT citados no trabalho servem de amparo a esta aplicação, criando uma comunidade de trabalho em que juiz tem as atribuições de esclarecimento, auxílio, prevenção e consulta no âmbito do processo.

Palavras-chave:

- ▶ Modelo cooperativo — Contraditório — Atuação das partes e do juiz — Processo do Trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Modelos de processo
- ▶ 3. Modelo cooperativo — Conceito — Características
- ▶ 4. Modelo cooperativo e o processo do trabalho
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A palavra cooperação, derivada do latim *cooperativus*, de *cooperari*, associa-se à ideia de colaboração, trabalhar com outros, de acordo com a própria etimologia do termo. Na terminologia jurídica, refere-se à sociedade,

sua organização para obter melhorias aos associados⁽¹⁾.

De acordo com essa conceituação, seria possível uma cooperação das partes no processo, no sentido de auxílio mútuo, quando este, por definição, representa uma forma institucionalizada para solução de controvérsias? Essa

(*) Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito Milton Campos.

(1) DE PLÁCIDO e Silva. *Vocabulário jurídico conciso*. Atualizadores Nagib Daibi Filho e Gláucia Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 217.

cooperação, então, deverá apenas se referir ao juiz, excluindo-se as partes, para viabilizar a sua adoção no campo processual?

Essas e outras questões permeiam o estudo do princípio cooperativo ou de colaboração no processo, tornando-se necessária a fixação de um marco normativo para definir a extensão dessa cooperação a fim de evitar o comprometimento da imparcialidade do juiz e permitir a sua compatibilização com a relação processual.

Se essa cooperação se refere apenas ao juiz, como defendem alguns autores, a ideia de cooperação praticamente passa a se identificar com o chamado ativismo judicial, comprometendo a ideia de comunidade de trabalho ínsita à definição de cooperação no processo.

No processo do trabalho, sob o prisma da atuação do juiz do trabalho, são evidentes as inúmeras formas de concretização desse princípio. Ao longo de todo o procedimento, observa-se, na prática, a cooperação pelo juiz do trabalho, considerando as características do referido princípio, representadas pelo esclarecimento, consulta, auxílio e prevenção, dentre outros, em relação às partes.

As normas contidas na CLT justificam essa atitude do juiz durante o procedimento, realçando aspecto importante da jurisdição, que é a atividade voltada para a prática de atos processuais pelo juiz. Em outras palavras, o ordenamento processual trabalhista impõe essa conduta ao juiz, independente de uma maior ou menor sensibilidade social ou um maior ou menor comprometimento com o exercício da jurisdição.

Quanto às partes, a cooperação se verifica em relação à jurisdição, deixando de criar incidentes ou dificuldades ao pleno conhecimento da questão por parte do juiz. Não se imagina que haverá uma atitude cooperativa entre as partes, o que contraria a própria essência do processo, mas se imagina que essa possa se concretizar quando não se opõem obstáculos ou mesmo distorções ao pleno conhecimento dos fatos ocorridos ou da verdade.

É importante também dizer que, seja no âmbito do processo civil ou no processo trabalhista, são os princípios processuais constitucionais que justificam essa alteração de paradigma no comportamento dos sujeitos processuais.

Cabe especial referência ao contraditório como fundamento para justificar o diálogo e a participação cooperativa dos sujeitos do processo, que não se deve limitar apenas ao enfoque da reação às iniciativas do adversário no processo.

2. Modelos de processo

Partindo do raciocínio de que o princípio da cooperação resulta em um modelo processual com paradigma diverso de atuação dos sujeitos do processo, alguns autores fazem uma distinção dos vários modelos existentes, fixando-se no cooperativo como extensão do princípio do contraditório.

É evidente que o nosso modelo constitucional de processo, próprio de um Estado Democrático de Direito, expressão do agrado de inúmeros processualistas, com destaque para Cássio Scarpinella Bueno, caracteriza-se pela tentativa de garantir uma igualdade substancial entre as partes, pressuposto para o perfeito exercício do contraditório.

Para Calamandrei, “não basta que diante do juiz estejam duas partes em contraditório, de modo que o juiz possa ouvir as razões das duas; mas é necessário também que estas duas partes se encontrem entre si em condição de paridade não meramente jurídica (que pode querer dizer meramente teórica), mas que exista entre elas uma efetiva igualdade prática, que quer dizer paridade técnica e também paridade econômica”⁽²⁾.

(2) CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia* – Opere Giuridiche. Napoli: Morano, 1956. p. 690 In: SANTOS, Igor Raatz dos. *Processo, igualdade e colaboração* – Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. In: *Revista de Processo* – *Repro*, São Paulo, RT, ano 36, n. 192, p. 48, fev. 2011.

Embora a afirmação de Calamandrei seja bem anterior à Constituição Brasileira vigente, o seu ensinamento sobre a paridade das partes e, em especial, o seu significado para o pleno exercício do contraditório, enquadra-se exatamente na perspectiva de nosso Estado Democrático de Direito.

O fato é que o contraditório, do ponto de vista da realidade, somente é exercido em sua plenitude quando houver mais do que uma paridade de armas, reminiscência do caráter duelístico do processo, mas uma paridade de condições, na adequada expressão utilizada por Barbosa Moreira⁽³⁾. Essa paridade de condições significa que a igualdade deve ser obtida não só do ponto de vista econômico, mas também técnico, o que dá relevância à atuação do juiz.

Com o objetivo de estabelecer a distinção dos diversos modelos de processo em comparação com o cooperativo, Daniel Mitidiero⁽⁴⁾ esclarece, inicialmente, sobre a existência de um processo isonômico em que não há distinção entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, mas uma relação de paridade entre o indivíduo e o poder político.

O mesmo autor faz referência também a um modelo assimétrico, caracterizado pela radical separação entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado (este como algo que se encontra acima do povo). E, por fim, o modelo cooperativo em que o indivíduo, Estado e sociedade ocupam posições coordenadas.

Na mesma linha de raciocínio, com o objetivo de proceder à distinção entre os diversos

modelos processuais, Didier⁽⁵⁾ faz uma comparação dos modelos inquisitivo e dispositivo com o cooperativo.

Para o referido autor, o dispositivo ou adversarial assume a forma de competição, com a disputa entre as partes diante de um órgão judicial, relativamente passivo. O inquisitivo, ainda na concepção de Didier, tem o juiz como o grande protagonista, em que a soma de poderes e iniciativas é atribuída ao órgão judicial.

Vinculando o princípio cooperativo ao contraditório, distinguindo-o dos modelos anteriores, esclarece que: “Este modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero expectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida.”⁽⁶⁾

Traduzindo o entendimento que tem prevalecido na doutrina, o modelo cooperativo representa uma forma de organização do processo, definição das atribuições das partes e do juiz, de convivência e diálogo entre eles, de forma mais compatível com o Estado Democrático de Direito.

A solução jurisdicional não afasta essa conclusão ou, como dizem alguns autores, a solução é assimétrica apenas no momento em que se decide a controvérsia, pois é construída democraticamente com suporte no diálogo entre partes e juiz e na cooperação entre eles.

3. Modelo cooperativo — Conceito — Características

Na distinção que se faz entre os vários modelos, constrói-se a definição do modelo cooperativo,

(3) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva 1989, 4ª série, p. 70, nota 6. In: SANTOS, Igor Raatz dos. *Processo, igualdade e colaboração* — Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo – Repro*, São Paulo, RT, ano 36, n. 192, p. 58, fev. 2011.

(4) MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 114-115.

(5) DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Revista de Processo – Repro*, São Paulo, RT, ano 36, n. 198, p. 214, ago. 2011.

(6) *Ibidem*, p. 219.

fundamental para o contraditório, e com origem e aproximação em relação aos princípios do devido processo legal e boa-fé.

Pode-se dizer, com Mitidiero, que a cooperação é ao mesmo tempo um modelo de processo civil e um princípio. Visa a organizar o papel das partes e do juiz no processo, distribuindo o trabalho de cada um⁽⁷⁾.

Tem-se com o modelo cooperativo, segundo o autor, um processo em que se valoriza a ética na conduta das partes, com a preocupação obsessiva de se chegar à verdade, redimensionando o papel do juiz na busca pelo diálogo.

Para tornar concreto esse diálogo ou, ainda, utilizando-o como instrumento para que esse debate tome forma, a doutrina aponta, em relação ao juiz, os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio em relação aos litigantes.

De uma forma geral, aponta o *esclarecimento* como a iniciativa adotada pelo juiz para se esclarecer junto às partes sobre as suas alegações e requerimentos. A *prevenção* refere-se ao alerta que faz às partes quanto à possibilidade de frustração das pretensões pelo uso inadequado do processo ou mesmo pela ausência de condições materiais que deem sustentação a determinado pedido.

O dever de *consulta* diz respeito àquelas situações em que, mesmo podendo decidir de ofício, por exemplo, em relação às matérias de ordem pública, deverá consultar as partes, até porque pode ser que um dado novo leve a algum tipo de alteração na decisão adotada.

O dever de *auxílio* se traduz na remoção de obstáculos quando houver dificuldade na demonstração de fatos que poderão influenciar no convencimento judicial.

Há aqueles que entendem que a cooperação deve se verificar também em relação às partes,

como Didier, propugnando que um processo cooperativo seja sinônimo de um processo leal.

Para esse autor, na sistematização dos deveres processuais que dizem respeito às partes, deve-se utilizar a construção teórica relacionada com o princípio da boa-fé no âmbito do direito privado. Em seguida, aponta, como deveres de cooperação, o esclarecimento, a lealdade e a proteção.

Em relação a esses deveres, discrimina os dispositivos legais que sustentam a sua afirmação: “... (a) dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, parágrafo único do CPC); (b) dever de lealdade: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC); (c) dever de proteção: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879 a 881, do CPC: há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475, O, I, e 574, do CPC).”⁽⁸⁾

Em tema de cooperação há referência expressa, na doutrina, ao Código de Processo Civil Português, em seu art. 266, com a redação dada pelos Decretos-leis ns. 329-A/95 e 180/96 que, em seus números de 1 a 4, preveem a necessidade de cooperação entre as partes e magistrados para se obter a justa composição do litígio.

Registra, ainda, a possibilidade que se faculta ao juiz de ouvir as partes, em qualquer fase do processo, a fim de que forneçam os esclarecimentos necessários. Prevê que esse comparecimento é obrigatório como também que o obstáculo oposto à parte para obtenção de documento pode ser removido pelo juiz.

O Projeto do Código de Processo Civil, em seus arts. 5º e 8º, também faz alusão ao dever de cooperação, deixando clara a opção do legislador por um processo cooperativo.

(7) MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Revista de Processo – Repro*, São Paulo, RT, ano 36, n. 194, p. 57, abr. 2011.

(8) DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Revista de Processo – Repro*, São Paulo, RT, ano 36, n. 198, p. 221, ago. 2011.

Explicitando a posição adotada no referido Projeto, tive oportunidade de expender, em outro trabalho, as seguintes considerações:

[...] Os arts. 5º e 8º tratam do direito das partes em participar ativamente do processo em cooperação com o juiz, formando subsídios para prolação de decisões, a realização de atos executivos e a determinação da prática de medida de urgência [...].

[...] Cabe, por último, registrar, quanto a esse dever de cooperação e colaboração, que a exigência contida nos dispositivos diz respeito às partes e procuradores. Enquanto o art. 5º procura garantir a participação como direito das partes, o art. 8º conclama as partes e procuradores ao dever de contribuir para solução do litígio inclusive com a identificação de questões de direito, não provocando incidentes desnecessários e procrastinatórios [...].

[...] Ao mesmo tempo em que garante a participação das partes dentro de uma perspectiva moderna e própria do Estado Democrático de Direito, exige que essa participação seja realizada de acordo com padrões éticos elevados, não se admitindo a utilização de expedientes protelatórios. [...]⁽⁹⁾

4. Modelo cooperativo e o processo do trabalho

O modelo cooperativo, por tudo o que foi dito anteriormente, tem a mais ampla aplicação no processo do trabalho, em todas as fases do procedimento.

Em primeiro lugar, porque, assim como o processo civil, o modelo cooperativo não deixa de ser um fator para sua legitimação no chamado Estado Democrático de Direito, como faz referência parte da doutrina.

O processo do trabalho, como os demais ramos do processo, tem como referência, para sua atuação, os grandes princípios processuais constitucionais, com destaque para o contraditório.

Esse princípio no modelo cooperativo ganha maior amplitude e um caráter essencialmente democrático na medida em que inclui o juiz, com deveres que lhe são atribuídos, como também determina a indispensabilidade do diálogo para construção de um processo justo.

Em segundo lugar, porque a própria natureza do processo do trabalho, que tem como referência o direito do trabalho, com valores em jogo como a dignidade do trabalhador e a sua sobrevivência, exige a adoção de um modelo cooperativo por parte do juiz, considerando também a permanência do *ius postulandi*, embora de escassa utilização.

Em verdade, como mencionado no início deste estudo, o juiz do trabalho, atua normalmente de forma cooperativa, considerando as situações de hipossuficiência econômica, cultural, técnica e de informação presentes no processo.

Mesmo antes da construção doutrinária em torno da cooperação/colaboração, sempre foi esse, de forma geral, o papel desempenhado pelo juiz na organização do processo. São exemplos recorrentes no foro trabalhista: uma certa tolerância quanto a equívocos da inicial trabalhista até porque a lei assim autoriza (art. 840 da CLT); a utilização sistemática do interrogatório (esclarecimento); a advertência às partes quanto aos requerimentos de perícia em relação a determinados temas (prevenção); a determinação para que seja oficiado o órgão público em face da dificuldade na obtenção de determinado documento (auxílio).

Exige-se também das partes uma postura ética extremamente rigorosa, exatamente pelo bem da vida em discussão, aplicando-se os artigos com previsão de multa do Código de Processo Civil, procurando evitar a má-fé e o abuso na sua conduta no processo.

(9) KOURY, Luiz Ronan Neves. O projeto do Código de Processo Civil — Princípios e Garantias Fundamentais do Processo — Primeiras Leituras. In: KOURY, Luiz Ronan Neves. (Coord.). *Temas vinculados ao Direito do Trabalho e ao Processo do Trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2011. p. 192-194.

Independente da teoria construída como fundamento para o modelo cooperativo e antes mesmo de sua construção, é possível apontar dispositivos da CLT que se enquadram nesse modelo, servindo de justificativa para atuação do juiz na perspectiva da colaboração ou de exigência para que as partes assim também atuem.

Guardando simetria com o art. 339 do CPC, que é emblemático na exigência do dever de colaboração com o Poder Judiciário, o art. 645 da CLT prevê a relevância do serviço da Justiça do Trabalho e a sua obrigatoriedade, ninguém dele podendo se eximir. Esse artigo seria suficiente para que o modelo/princípio cooperativo se aplicasse às mais diferentes situações no processo do trabalho.

Outras normas legais referendam a positivação do modelo cooperativo no processo do trabalho, confirmando também aqui a perspicácia do legislador celetista.

O art. 653 da CLT, alínea “a”, com a previsão das características do esclarecimento e auxílio do modelo cooperativo, determina que compete às autoridades a realização de diligências necessárias ao esclarecimento dos feitos, podendo representar contra aqueles que não atenderem a tais requisições.

O mesmo artigo, na alínea “f”, traz a previsão de que o juiz deve exercer, em geral, quaisquer outras atribuições que decorram de sua jurisdição, o que amplia o leque de atuação do magistrado, pois em nome do bom exercício da jurisdição, sempre referenciada à imparcialidade, pode praticar atos que sirvam de supedâneo para essa atividade.

Na mesma linha do modelo/princípio cooperativo, tem-se a previsão do art. 764, § 1º, da CLT ao determinar que os juízes se utilizem de seus bons ofícios e persuasão na solução conciliatória, o que não deixa de traduzir a possibilidade de atuação preventiva a fim de que seja evitada a solução jurisdicional. Nesse mesmo diapasão, em que se prestigia a atuação do juiz para se esclarecer sobre as demandas que lhe são

submetidas, tem-se o art. 765 da CLT, que faz referência expressa ao termo esclarecimento.

A proposta de conciliação, realizada por ocasião da abertura da audiência e ao término da instrução (arts. 846 e 850 da CLT) no procedimento ordinário e no início da audiência no procedimento sumariíssimo (art. 852-E), denota bem que a atuação preventiva, exigida, de uma forma geral, no procedimento trabalhista, tem também momentos próprios e obrigatórios no curso do procedimento.

No art. 878 da CLT, que permite a instauração da execução por iniciativa do magistrado, seria interessante que houvesse consulta às partes a fim de que tomassem conhecimento da medida e apresentassem alguma alternativa para garantir maior efetividade à execução (a possibilidade de um acordo, com o respectivo parcelamento, por exemplo).

Outros artigos também poderiam ser citados, mas o importante é que, com os exemplos mencionados, fica evidente a opção legislativa pelo modelo cooperativo.

Independente do número de normas legais mencionadas, tem-se como da própria essência do processo do trabalho a adoção do modelo cooperativo, com permanente diálogo do juiz com as partes, muitas vezes, na forma de esclarecimento ou prevenção.

Nesse diálogo, as partes têm o seu papel reservado na medida em que delas se exige também a cooperação, com atuação que não prejudique a atividade jurisdicional no sentido de oferecer a solução justa para o caso concreto.

5. Conclusão

A indagação feita no início desse trabalho sobre a possibilidade de se ter um modelo cooperativo de processo tem resposta positiva, não só pela construção doutrinária em torno do tema, mas também pela sua previsão no nosso ordenamento.

Ao lado dos princípios tradicionais, dispositivo e inquisitivo, tem lugar o princípio cooperativo, próprio do Estado Democrático

de Direito, em que se valoriza o diálogo entre todos os sujeitos do processo, construindo um modelo de contraditório que envolva o juiz e deixe de ser simplesmente adversarial.

O modelo cooperativo serve para dar legitimidade ao processo na perspectiva do Estado Democrático de Direito, com uma nova forma de organização, valorizando as iniciativas do juiz, traduzidas pelo esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta, como também das partes, pela exigência de uma postura ética ao longo de todo procedimento.

Inúmeros artigos do Código de Processo Civil justificam essa atuação como se demonstrou no trabalho apresentado, bem como dispositivo do Código de Processo Civil Português, em sua parte geral, com clara opção do legislador por esse modelo, definindo-o como mais compatível com o Estado Constitucional.

No processo do trabalho, tema central de nosso estudo, o modelo cooperativo encontra ampla aplicação não só pela condição do processo do trabalho como microssistema da teoria geral do processo, vinculado também aos princípios processuais constitucionais, em especial o contraditório, mas sobretudo pelas próprias características do processo do trabalho, seu objeto e a sua condição de instrumento do Direito do Trabalho.

Os dispositivos celetistas citados também servem de amparo para adoção do princípio cooperativo no processo do trabalho, deixando evidenciada, de forma clara, a perspicácia do legislador celetista, criando norma compatível com um modelo de Estado que ainda não vigorava quando de sua produção.

O modelo cooperativo, organizando o processo como comunidade de trabalho, fixa as bases para um diálogo construtivo entre as partes e o juiz na solução das controvérsias, concretizando o processo do Estado Democrático de Direito, fundamental para justiça das decisões.

6. Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos: apresentação*. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva 1989, 4ª série, p. 70, nota 6. In: SANTOS, Igor Raatz dos. *Processo, igualdade e colaboração – Os deveres de esclarecimento, prevenção consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil*. *Revista de Processo – Repro*, São Paulo, RT, ano 36, n. 192, fev. 2011.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia – Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1956. In: SANTOS, Igor Raatz dos. *Processo, igualdade e colaboração – Os deveres de esclarecimento, prevenção consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil*. *Revista de Processo – Repro*, São Paulo, RT, ano 36, n. 192, fev. 2011.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico conciso*. Atualizadores Nagib Daibi Filho e Gláucia Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Revista de Processo – Repro*, São Paulo, RT, ano 36, n. 198, ago. 2011.

KOURY, Luiz Ronan Neves. O projeto do Código de Processo Civil — Princípios e Garantias Fundamentais do Processo — Primeiras Leituras. In: KOURY, Luiz Ronan Neves. (Coord.). *Temas vinculados ao Direito do Trabalho e ao Processo do Trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Revista de Processo – Repro*, São Paulo, RT, ano 36, n. 194, abr. 2011.

Los titulares del derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo por razón de nacionalidad en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea^(*)

Daniela da Rocha Brandão^(**)

Resumo:

- O artigo apresentado, *Los titulares del derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo por razón de nacionalidad en el ordenamiento jurídico de la UE*, é resultado da pesquisa elaborada no decorrer do projeto de tese de doutorado, subsidiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia do Ministério de Educação e Ciência de Portugal: *La discriminación en el acceso al empleo por razón de nacionalidad*. Neste caso, o ativismo judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ) é a peça central no desenvolvimento e aprimoramento dos conceitos jurídicos de alcance europeu, como o conceito de trabalhadora UE. Por isso, o texto se apoia constantemente na jurisprudência do TJ. A interdisciplinaridade, por outro lado, também presente na construção do tema, auxilia o esclarecimento da identificação de casos de discriminação por razão de nacionalidade, principalmente aquelas que se apresentam no âmbito da livre circulação de membros da família do trabalhador europeu. A consequência desse estudo evidencia a existência do caso de discriminação inversa por razão de nacionalidade; assim como a aplicação da jurisprudência do TJ, relativa ao art. 45.2 TFUE, à casuística envolvendo cidadãos de Estados terceiros da UE, em decorrência das normas europeias elaboradas a partir da influência dos Direitos Humanos no TFUE.

(*) Abreviaturas utilizadas: CE (Comunidad Europea); CEE (Comunidades Económicas Europeas); OIT (Organización Internacional del Trabajo); STJ (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea); STJCE (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea); STJCEE (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas); TCE (Tratado de la Comunidad Europea); TCEE (Tratado de las Comunidades Económicas Europeas); TFUE (Tratado de Funcionamiento

de la Unión Europea); TJ (Tribunal de Justicia de la Unión Europea); TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea); UE (Unión Europea).

(**) Advogada inscrita na OAB/RJ. Doutora pelo Departamento de Direito Mercantil e do Trabalho da Universidade de Santiago de Compostela. Escrito em 11.11.2012, com o apoio da Fundação para a Ciência e Tecnologia – FCT, Ministério de Educação e Ciência de Portugal. Disponível em: <www.fct.pt/>.

Palavras-chave:

- ▶ Direito da União Europeia — Livre circulação de trabalhadores — Conceito de trabalhador europeu — Cidadania europeia — Discriminação por razão de nacionalidade.

Sumario:

- ▶ I. Introducción
- ▶ II. La delimitación de la nacionalidad implicada
- ▶ III. El trabajador europeo
 - ▶ 1. El concepto de trabajador en el ámbito de la Unión Europea
 - ▶ 2. Trabajadores permanentes, fronterizos, de temporada y que ejerzan sus actividades con ocasión de una prestación de servicio
 - ▶ 3. La inevitable relación con la ciudadanía de la Unión Europea
 - ▶ 4. El derecho derivado de la familia de los trabajadores europeos
- ▶ IV. Conclusiones
- ▶ V. Bibliografía

I. Introducción

El art. 45.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de ahora en adelante TFUE, establece que la libre circulación de trabajadores supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Bajo el auspicio de este artículo se encuentra el derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo por razón de nacionalidad, en el contexto del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. La circunscripción de la titularidad del derecho en cuestión y la delimitación de la nacionalidad implicada constituyen los puntos neurálgicos de la presente temática. A parte del TFUE, otras normas europeas, de rangos distintos, prevén el mismo derecho a nacionales de Estados terceros, es decir, Estados no miembros de la UE. Así, aunque el sujeto titular del derecho no sea un trabajador europeo, o mejor dicho, no posea la nacionalidad de uno de los Estados miembros, en ocasiones concretas él podrá detener el derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo por razón de nacionalidad. Luego, por analogía, el ciudadano de un Estado

tercero podrá ser tutelado por la misma regla que los ciudadanos europeos.

Otro aspecto recalcado, es la discusión sobre la existencia de la discriminación inversa por razón de nacionalidad en el seno de la libre circulación de los trabajadores. En este particular, no solo afirmamos su configuración como defendemos la competencia del TJ para juzgar los asuntos de este tipo de discriminación, rechazando, por consiguiente, el argumento de que tales controversias pertenecen a la esfera exclusiva de los Estados miembros, o que constituyen *situaciones puramente internas*.

II. La delimitación de la nacionalidad implicada

La primera cuestión es saber si el art. 45 TFUE sólo protege a los nacionales de los Estados miembros contra las discriminaciones ejercidas con base en la nacionalidad o si tiene un alcance más general o universal, prohibiendo también las discriminaciones por razón de la nacionalidad que podrían afectar a la hora de acceder al mercado de trabajo o empleo a los nacionales de terceros Estados. En el estado actual del Derecho de la Unión, está claro que el art. 45 TFUE, pese a sus términos

generales, limita sus efectos a los nacionales de los Estados miembros y a sus familiares. Las medidas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros se encuentran previstas, más bien, en el art. 79.2.a) y b) TFUE (antiguo art. 63.4 TCE)⁽¹⁾.

Sin embargo, cabe traer a colación algunos datos. Desde la reunión extraordinaria de Tampere, celebrada los días 15 y 16 de octubre de 1999, el Consejo Europeo proclamó que el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países se debería aproximar al de los nacionales de los Estados miembros y atribuirse a los residentes de larga duración un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano al de aquéllos⁽²⁾. A raíz de ello, del art.

6 TUE⁽³⁾ y de los arts. 67.1 y 2⁽⁴⁾, y 79.2.a) y b) TFUE, se han producido una diversidad de actos normativos de Derecho derivado⁽⁵⁾ y

parte de otros derechos, incluidos los derechos sociales en los que el derecho de extranjería está dando prevalencia al principio universalista de igualdad entre los seres humanos frente al originario principio 'realista de la soberanía nacional'. Los valores del derecho del trabajo que se reflejan en los instrumentos internacionales sobre migración están generando, en palabras de los expertos de la OIT, una "tensión creciente entre el derecho soberano de cada Estado proteger los intereses del mercado de trabajo interno y los derechos fundamentales de los trabajadores que, por diversos motivos, se vieron forzados o eligieron emigrar en busca de empleo". Vid., asimismo, el considerando 2 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO L 16 de 23 de enero de 2004). Sobre ella añadimos que no es válida para Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

- (1) "A efectos del apartados 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaran, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en los ámbitos siguientes: "a) condiciones de entrada y residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar"; y "b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros." Vid., con carácter general, IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: el régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración*, REUS (Madrid, 2010) y AA.VV.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, dirigido por Fernández Avilés, J. A. y Moreno Vida, M^a. N. y coordinado por Ortega Pérez, N., Guillén López, E., Durán Ruiz, J. y Triguero Martínez, L.A., Comares (Granada, 2011) y BOTANA LÓPEZ, J. Ma: "La libertad de circulación de los trabajadores comunitarios y de los países con Tratados de Asociación", en AA.VV.: *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho de la Unión Europea*, CGPJ (Madrid, 1997), p. 111-141.
- (2) Sobre este extremo son interesantes las indicaciones de RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante", RL, 2001, núm. 1, p. 91: "el desarrollo de la normativa internacional en materia de derechos humanos y derecho humanitario ha dado lugar al *standart* único de trato aplicable por igual a nacionales y extranjeros lo que afecta no sólo a los llamados derechos cívicos incondicionales, como derechos de la persona humana, sino también a buena

- (3) "1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales".
- (4) "1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros. 2. Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países".
- (5) La Directiva 2003/109/CE, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países de larga duración, y la Directiva 2003/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251 de 3 de octubre de 2003). Con respecto a los nacionales de los terceros países que no sean de larga duración, recordamos la existencia de dos normas de que reglamentan la entrada, residencia y permiso de trabajo de éstos; la primera, el Reglamento (CE) n. 1030/2002 de 13 de junio de 2002 (DO L 157 de 15 de junio de 2002), y la segunda, la Directiva 2011/98/UE de

de *softlaw*⁽⁶⁾ que mencionan también el principio de igualdad por razón de nacionalidad aplicada a la libre circulación de personas⁽⁷⁾ y, en concreto, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo, como es el caso del art. 11.1.a) de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración⁽⁸⁾. Esta es la razón que nos lleva a la separación de las dos materias, que siguen bases jurídicas distintas, aunque ambas estén relacionadas con el mercado de trabajo europeo, con el dinamismo del mercado interior único y con el criterio de nacionalidad para amparar posibles discriminaciones. Así, aunque a una persona que resida legalmente en un Estado miembro durante cinco años, trabajando en él de forma regular, se le reconoce el derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad en el acceso al empleo, tal reconocimiento se produce con alcance distinto que el que corresponde a los nacionales de los Estados miembros. Los residentes de larga duración no pueden circular en las mismas condiciones que un nacional de un Estado miembro o un trabajador de la Unión. En la admisión de los nacionales de terceros Estados para ejercer una

actividad económica se debe diferenciar entre quienes residen o no en un Estado miembro de la Unión e identificar su estatuto, esto es, si se trata de un residente de larga duración o se trata de un nacional de un tercer Estado que posee acuerdo bilateral con la UE⁽⁹⁾. Para cada una de las diversas categorías, los instrumentos jurídicos utilizados son distintos⁽¹⁰⁾.

El Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de manifestar se en su reciente STJ de 24 de abril de 2012 (*Servet Kamberaj*, asunto C-571/10), sobre la interpretación del art. 11.4 de la Directiva 2003/109/CE, concretando que dicho precepto, que permite a los Estados miembros limitar la igualdad de trato respecto de las prestaciones básicas de asistencia y protección social, debe ser interpretado de forma restricta. De esta forma, ratifica y eleva a rango de regla general la norma de igualdad de trato que pretende asegurar la integración de los nacionales de terceros países que estén instalados permanentemente en los Estados miembros, así como el derecho de dichos nacionales a la tutela efectiva de la igualdad por razón de nacionalidad de acuerdo con el tenor del art. 11.1 de la citada Directiva⁽¹¹⁾.

13 de diciembre de 2011 (DO L 343 de 23 de diciembre de 2011).

- (6) Vide *Una política común de emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos* [COM (2008) 359 final] y los Dictámenes del Comité de las Regiones [2008/C 257/04, "Un enfoque global de la migración: el desarrollo de una política europea de inmigración laboral y su encaje en las relaciones con los países terceros" (DO C 257 de 9 de octubre de 2008); y Libro verde: "Inmigración y movilidad" (DO C 120 de 28 de mayo de 2009)].
- (7) Considerando 1 de la Directiva 2003/109/CE: "la adopción de medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas".
- (8) Dispone el citado precepto: "los residentes de larga duración gozarán del mismo trato que los nacionales en lo que respecta a lo siguiente: a) el acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia, siempre y cuando éstos no supongan, ni siquiera de manera ocasional, una participación en el ejercicio del poder público, y las condiciones de empleo y trabajo, incluidos el despido y la remuneración".

- (9) Por ejemplo, los acuerdos con el Reino de Marruecos (DO L 70 de 18 de marzo de 2000), la República de Túnez (DO L 97 de 30 marzo de 1998), el Estado de Israel (DO L 147 de 21/06/2000) o la República Árabe de Egipto [COM (2001) 184 final, de 9 de abril de 2001]. Al respecto Vid. OLESTI RAYO, A.: "Unión Europea", en AA.VV.: *La regulación de la inmigración en Europa*, dirigido por Aja, E. y Díez, L., Fundación La Caixa (Barcelona, 2005), pp. 278-279.
- (10) Vide sobre la privilegiada posición de los nacionales del Magreb (Marruecos, Argelia y Túnez), SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. y GARCÍA SAN JOSÉ, D.: "Los familiares del trabajador migrante y el derecho a la no discriminación en la jurisprudencia del TJCE", en AA.VV.: *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales - XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS (Madrid, 2005), pp. 659-668.
- (11) Apartado 86. Véanse, asimismo, las sentencias TJ de 4 de marzo de 2010 (*Chakrom*, asunto C-578/08; apartado 43) y la de 26 de abril de 2012 (*Comisión/Países Bajos*, asunto C-508/10) que interpreta la solicitud de un permiso de residencia en un segundo Estado miembro, presentado por un nacional de un Estado

Por último, quedan fuera del alcance de la prohibición en el acceso al empleo por razón de nacionalidad (art. 45.2 TFUE), los acuerdos de readmisión de residentes ilegales que *ad cautelam* mencionamos. Éstos pueden afectar a ciudadanos de nacionalidades diversas, como por ejemplo, las de Pakistán, Rusia o República Popular de China⁽¹²⁾.

III. El trabajador europeo

1. El concepto de trabajador en el ámbito de la Unión Europea

Los trabajadores de la Unión Europea por cuenta ajena o asalariados son los titulares del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo y, por consiguiente, de la libre circulación en el territorio de la UE (art. 45 TFUE), de conformidad con el art. 1 del Reglamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011⁽¹³⁾, y del art. 1 de la Carta Europea de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (1989). La Carta es bastante clarificadora al respecto cuando expone el derecho que tiene todo trabajador de cualquier Estado miembro a la libre circulación en todo territorio de la Unión, sin perjuicio de las limitaciones que puedan introducirse por razones de orden público, de seguridad pública y de salud pública. En otras palabras, los titulares del derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad en el acceso al empleo son aquellos que ejercen la libre circulación en el territorio de la Unión y, por lo tanto, los trabajadores europeos nacionales de un Estado miembro que accedan a una actividad

asalariada o por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro⁽¹⁴⁾.

Ahora bien, el Derecho de la Unión Europea no proporciona una noción unitaria jurídica de trabajador; lejos de ello, existen diversas acepciones. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha tenido que enfrentarse a la cuestión de si la noción de trabajador habría de ser definida por cada Estado miembro en el marco de la libre circulación de trabajadores o bien desarrollada y diseñada por el propio Derecho de la Unión⁽¹⁵⁾.

La sentencia clásica al respecto es la de 19 de marzo de 1964 (*Unger*, asunto 76/63), que estableció el alcance europeo del término trabajadores que correspondía la libertad de circulación de trabajadores. El Tribunal consideraba que al prever el TCEE la libre circulación de trabajadores el término trabajadores tendría que estar cubierto por una definición del Derecho comunitario; de lo contrario, cada Estado miembro podría modificar sustancialmente el contenido del concepto de trabajador migrante e impedir discrecionalmente a determinadas categorías de personas la obtención de la protección del TCEE. El TFUE (arts. 45 a 48) no proporciona ningún concepto de trabajador europeo ni contiene ninguna indicación de que la construcción de tal concepto deba estar a cargo de las legislaciones nacionales⁽¹⁶⁾.

De acuerdo con la jurisprudencia que se verá más adelante y la normativa expuesta hasta el momento, todo trabajador europeo tiene derecho a la igualdad de trato en el acceso al

no miembro, que ya adquirido el estatuto de residente de larga duración en un primer Estado miembro.

- (12) OLESTI RAYO, A.: "Unión Europea", en AA.VV.: *La regulación de la inmigración en Europa...*, cit.
- (13) "Todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado".

(14) Vide PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "La libre circulación de trabajadores comunitarios en el territorio de la Unión Europea", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenagem ao professor António Motta Veiga*, coordinado por A. J. Moreira, Almedina (Coimbra, 2007), pp. 563-564.

(15) Vide las sentencias TJCE de 30 de junio de 1966 (*Goebbels*, asunto 61/65) y TJCE de 12 mayo de 1998 (*Martínez Sala*, asunto C-85/96).

(16) Vide sentencias TJCE de 23 de marzo de 1982 (*Levin*, asunto 53/81), de 3 de junio de 1986 (*Kempf*, asunto 139/85) y de 3 julio de 1986 (*Lawrie-Blum*, asunto 66/85), apuntando la necesaria "europeización" del término trabajadores.

trabajo, las condiciones de trabajo y la protección social en el Estado de acogida. Ello implica la armonización de las condiciones legislativas sobre una serie de derechos, entre ellos el derecho a hacerse acompañar por la familia. También implica la supresión de obstáculos en relación con el reconocimiento de títulos y calificaciones profesionales equivalentes y la mejora de condiciones de vida y detrabajo de los trabajadores fronterizos, muy comunes en el ámbito de la UE. Tales derechos deben ser reconocidos de conformidad con las respectivas prácticas nacionales y, en particular, la legislación y los convenios colectivos.

La condición de nacional de un Estado miembro y su forma de adquisición es un criterio que compete a cada uno de éstos de acuerdo con sus leyes y procedimientos. Lo relevante a efectos del Derecho de la UE es que el trabajador ostente la nacionalidad de uno de los Estados miembros, con independencia del momento en que la haya adquirido y del lugar de residencia⁽¹⁷⁾. En el particular, es llamativo el clásico asunto sobre el Sr. *Micheletti*⁽¹⁸⁾, italo-argentino con residencia habitual en Argentina y que deseaba establecerse en España. Las autoridades españolas con base en su pasaporte válido italiano le concedieron la tarjeta provisional de residente por validez de seis meses, sin embargo, poco tiempo después la Delegación del Gobierno de Cantabria desestimó su solicitud de tarjeta definitiva de residente. La decisión de rechazo se basaba en el art. 9 del Código Civil español, conforme al

cual, en los supuestos de doble nacionalidad, y si ninguna de ellas fuera española, prevalecerá la correspondiente al lugar de residencia habitual; en el caso, Argentina. A raíz de ello, el Sr. *Micheletti* interpuso un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que, a su vez, acudió al TJCE para saber si un Estado miembro puede impedir la libertad de establecimiento al nacional de otro Estado miembro que ostente, al mismo tiempo, la nacionalidad de un Estado no miembro, basándose en que la legislación del Estado de acogida lo considera nacional del Estado no miembro. El resolvió señalando tras reconocer que la libertad de establecimiento, igual que la libre circulación de trabajadores, corresponde a las personas que tengan la condición de nacional de un Estado miembro, el Tribunal de Justicia advierte que la “determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad, de conformidad con el Derecho internacional, es de competencia de cada Estado miembro” y que “no corresponde a la legislación de un Estado miembro limitar los efectos de atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro”, y menos aun la posibilidad de exigir “requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado”⁽¹⁹⁾.

El concepto de trabajador europeo posee un alcance europeo y no debe ser interpretado restrictivamente, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Éste, en el asunto *Meeusen*⁽²⁰⁾, que enjuicia el tema de discriminación

(17) No importa el lugar de nacimiento; por lo tanto, hay que considerar los supuestos de nacionalidad originaria y adquirida sin diferenciación alguna. En cuanto a la pérdida de la nacionalidad, según la STJCEE de 12 de diciembre de 1972 (*Belbouad*, asunto 10/78), lo imprescindible es que la persona en cuestión tenga la nacionalidad en el momento de la celebración del contrato de trabajo o prestación de servicio, GIL MEANA, M^a. L.: “Consideraciones sobre los conceptos de nacionalidad y territorialidad respecto de la libertad de circulación de los trabajadores por cuenta ajena”, en AA.VV.: *Derecho Social Comunitario*, CGPJ (Madrid, 1993), pp. 369 y 370.

(18) STJCEE de 7 de julio de 1992 (asunto C-369/90).

(19) Apartado 10. Vide, asimismo, PAULY, A.: “Commentaire sur l’arrêt Micheletti”, en AA.VV.: *Tendances actuelles et évolution de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, dirigido por Pappas, S., Institute uropéend’administratiton publique (Maastrich, 1995), vol. 2, pp. 77-85, así como GROOT, G. R.: “The relationship between the nationality legislation of the member states of the European Union and European Citizenship”, en AA.VV.: *European citizen ship: an institutional challenge*, dirigido por La Torre, M., Kluwer (TheHague, 1998), p. 115-147.

(20) STJCE de 8 de junio de 1999 (*CPM. Meeusen c. Hoofd directie van de Informatie Beheer Groep*, asunto C-337/97).

por razón de nacionalidad y aborda el concepto de trabajador en una cuestión relativa a los requisitos de residencia, señala que

“debe considerarse trabajador cualquier persona que ejerce unas actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio (...); la característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución” (apartado 13)⁽²¹⁾.

En el mismo asunto *Meuseen*, el Tribunal recalca un aspecto que consideramos muy importante en el diseño del concepto de trabajador europeo: el hecho de que una persona esté unida en matrimonio al director y único propietario del capital de la sociedad para la cual ejerce una actividad real y efectiva no se opone a que la citada persona pueda ser calificada de trabajador en el sentido del que hoy sería el art. 45 TFUE, siempre que tal persona desempeñe su actividad en el marco de un vínculo de dependencia (apartado 17).

Haciendo un recorrido por las sentencias del Tribunal sobre el tema, identificamos algunas especificaciones importantes con respecto al concepto de trabajador. En primer lugar, dicho concepto debe partir de criterios objetivos que caracterizan la relación laboral teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas⁽²²⁾. De este modo, “la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración”, configura la característica esencial de la relación laboral en el plano del Derecho Europeo⁽²³⁾.

Para apreciar la existencia de una relación laboral a efectos de la libre circulación de trabajadores es preciso: 1) la prestación efectiva para otra persona de servicios que tienen un valor económico cierto, sea cual sea la actividad ejercida y la índole del contrato (público o privado); 2) la prestación del trabajo bajo la dirección y la supervisión del empleador; 3) la percepción de una remuneración como contrapartida de los servicios prestados⁽²⁴⁾.

Para el Tribunal, mientras que los conceptos de trabajador y actividad por cuenta ajena deben interpretarse ampliamente⁽²⁵⁾, las excepciones o inaplicaciones del principio de libre circulación de trabajadores deben ser interpretadas restrictivamente⁽²⁶⁾. Todo ello atendiendo al factor de la actividad real y efectiva, por oposición a la ejercida marginalmente y con carácter accesorio, que no es protegida por el Derecho de la UE⁽²⁷⁾.

A lo largo del tiempo el Tribunal ha podido precisar el concepto de trabajador a efectos del ejercicio de la libre circulación de trabajadores en un sentido expansivo, donde cabe distinguir los trabajadores ocasionales, de temporada o discontinuos, los que no ocupan un empleo actual, los desplazados temporalmente, los

(21) En el asunto citado se hace mención a las sentencias del Tribunal de Justicia *Lawrie-Blum* (asunto 66/85; apartados 16 y 17) y *Martínez Sala* (asunto C-85/96, apartado 32).

(22) Vide STJCEE *Lawrie-Blum*, cit.

(23) Vide sentencias TJ *Martínez Sala* y *Lawrie-Blum*, cits.

(24) Vide sentencias TJ de 31 de mayo de 1989 (*Bettray*, asunto 344/87), de 21 de junio de 1988 (*Brown*, asunto 197/86), de 26 de febrero de 1992 (*Raulin*, asunto C-357/89), de 27 de junio de 1996 (*Asscher*, asunto C-107/94), de 12 de mayo de 1998 (*Martínez Sala*, asunto C-85/96), de 26 de noviembre de 1998 (*Birden*, asunto C-1/97), de 8 de junio de 1999 (*Meeusen*, asunto C-337/97) y de 31 de mayo de 2001 (*Leclerey Deaconescu*, asunto C-43/99).

(25) Vide sobre el tema ESPÍN SÁEZ, M.: “El concepto de trabajador en la Unión Europea. A propósito de la STJCE de 12 de marzo de 1998”, *Revista de Derecho social internacional y comunitario*, MTAS, 1999, núm. 17, p. 263-278, y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREA, C.: “Concepto de trabajador. Prestación de familiar. Requisito de posesión de residencia. Aplicación del artículo 8 A del Tratado de la Unión. Comentario a la sentencia de 12 marzo de 1998”, *Revista de Derecho social internacional y comunitario*, MTAS, 1999, núm. 17, p. 250-261.

(26) Vide sentencias TJCEE *Kempfy Lawrie-Blum*, cit.

(27) Vide sentencias TJCEE *Levin*, *Kempfy*, *Brown* y *Raulin*, cit.

empleados públicos y los deportistas profesionales⁽²⁸⁾.

2. Trabajadores permanentes, fronterizos, de temporada y que ejerzan sus actividades con ocasión de una prestación de un servicio

Según el quinto considerando del Reglamento (UE) n. 492/2011, la libre circulación de trabajadores constituye un derecho fundamental para los trabajadores europeos y su familia, además de “reconocerse indistintamente a los trabajadores permanentes, de temporada, fronterizos o que ejerzan sus actividades con ocasión de una prestación de servicios”⁽²⁹⁾. Está claro que el Reglamento incluye en el parágrafo protector del art. 45 TFUE las anteriores citadas tipologías del trabajador europeo. En este apartado pretendemos poner de relieve la totalidad de los casos de movilidad geográfica y de migración de trabajadores en el interior de la UE, ejemplificando con ello la titularidad de derecho que contempla el art. 45.2 TFUE y, por consiguiente, a la no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo. Aunque la jurisprudencia del TJ en este ámbito versa sobre cuestiones distintas, la titularidad *in casus* indiscutible⁽³⁰⁾.

Además del concepto de trabajador europeo que identifica el significado común de éste, el

Derecho de la UE incluye en el mismo ámbito los trabajadores permanentes, los de temporada, los transfronterizos⁽³¹⁾ y los que ejerzan una actividad por ocasión de una prestación de servicio. En el ámbito de la UE tenemos, en concreto, dos situaciones básicas en las que hay que distinguir el momento de la incidencia de la norma relativa a la no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo⁽³²⁾. La primera es fácil de ubicar y se refiere a los trabajadores permanentes que se trasladan a otro Estado miembro en la búsqueda de un puesto de trabajo. La segunda se refiere a aquellos trabajadores europeos que se desplazan en el interior de la UE como consecuencia del desarrollo de una prestación laboral. En la primera situación, de integración de un trabajador europeo en el mercado de trabajo del Estado miembro de acogida, la implementación de la norma de no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo es automática. No sucede lo mismo en la segunda situación, en la que habría que discernir caso por caso. Por ejemplo, de darse una extinción del contrato en el Estado miembro de acogida, la norma aquí contemplada (de permanencia en dicho Estado y de posibilidad de acceder en él a otro empleo)⁽³³⁾.

(28) Vide PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La libre circulación...”, cit., p. 566-570.

(29) Vide las sentencias TJCE de 18 de julio de 2007 (*Hartman*, asunto C-212/05; apartado 4) y la de 27 de noviembre de 1997 (*Meints*, asunto C-57/96; apartado 50).

(30) En la STJCE de 21 de febrero de 2006 (*Ritter-Coulais*, asunto C-152/03; apartados 31 y 32), el TJ recordó que todo nacional de un Estado miembro que haya hecho uso del derecho a la libre circulación de trabajadores y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado miembro, está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición. En consecuencia, los demandantes en el recurso principal, que trabajan en un Estado miembro distinto de aquel en el que se encontraba su residencia efectiva, estaban comprendidos dentro del ámbito de aplicación del art. 48 del Tratado (actual art. 45 TFUE).

(31) En el ámbito europeo, Suiza es la que posee más trabajadores involucrados en actividades transfronterizas, acogiendo a casi la mitad de los trabajadores fronterizos de Europa (alrededor de 150.000).

(32) Así, en relación con la movilidad geográfica en la UE, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B: “Derecho aplicable a las condiciones de trabajo de los trabajadores que se desplazan temporal o definitivamente a otro Estado miembro de la Unión Europea”, en AA.VV.: *Hacia un mercado europeo de empleo*, dirigido por Valdés Dal-Ré, F. y Zufiaur Narvaiza, J. Ma, MTAS (Madrid, 2006), p. 170: “procede deslindar las diferentes modalidades de tráfico intracomunitario de trabajadores. Esta delimitación de los diferentes supuestos jurídicos es un presupuesto necesario para determinar qué normas comunitarias e internacionales hay que poner en diálogo en el caso concreto”.

(33) Sobre el asunto vide, con carácter general, GÁRATE CASTRO, J.: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012), CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Los desplazamientos temporales*

El trabajador de temporada que durante el desplazamiento en otro Estado miembro de acogida decide romper su vínculo contractual con el empresario del Estado miembro de origen para acceder a un puesto de trabajo en aquel Estado o, incluso, para permanecer en él, también sería objetivamente en este momento titular de derecho de la no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo. Todos estos casos concretos se podrían asimilar al supuesto básico protegido por la libre circulación de trabajadores, en la interpretación extensiva que ésta exige⁽³⁴⁾.

Con respecto a los trabajadores transfronterizos son necesarias algunas precisiones. Lo que distingue a dicho trabajador del migrante convencional es el hecho de residir en un Estado y trabajar en otro. El migrante abandona por completo su país de origen, con o sin familia, para residir y trabajar en un Estado miembro distinto del suyo. Por otro lado, el trabajador transfronterizo o fronterizo tiene una doble vinculación nacional, en función de sus lugares de residencia y de trabajo. Este concepto, en el ámbito del Derecho europeo, abarca realidades distintas en función de la material de que se trate; así, por ejemplo, la definición en el ámbito de la normativa europea de seguridad social⁽³⁵⁾ no coincide totalmente con la definición en el ámbito tributario (convenios bilaterales de doble imposición), como confirma la jurisprudencia del TJ.

en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo, Civitas (Madrid, 2001) y AA.VV.: *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, dirigido por Casas Baamonde, M^a. E. y Rey Guanter, S., CES (Madrid, 2002).

- (34) Sobre los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional. Vide STJCE de 18 de diciembre de 2007 (*Laval*, asunto C-341/05) respecto a la necesidad de las empresas establecidas en otros Estados miembros de negociar las cuantías de salario que deben abonarse a los trabajadores y adherirse al convenio colectivo de la construcción.
- (35) Vide MANEIRO VÁSQUEZ, Y.: "Fuentes y principios de aplicación de la normativa comunitaria en materia de seguridad social", *Noticias de la Unión Europea*, 2009, núm. 294.

El concepto de trabajador transfronterizo siempre va a englobar el criterio político de territorio y el criterio temporal respecto al tiempo de permanencia en el Estado de residencia y en el Estado de trabajo. Por ejemplo, es trabajador transfronterizo aquel que regresa todos los días a su domicilio, al menos, una vez a la semana. Y el desplazamiento desde el domicilio al trabajo se hace a través de una frontera. El hecho de residir y trabajar en una zona fronteriza *stricto sensu* indica una variedad de casos concretos sea a través de la realización de múltiples convenios bilaterales a fin de evitar la doble imposición, sea en la previsión de la legislación de seguridad social⁽³⁶⁾, a la hora de determinar la europeización o totalización de los períodos cotizados⁽³⁷⁾. Es importante reconocer que cada normativa especifica el concepto de trabajador transfronterizo al que desea referirse⁽³⁸⁾. Así pues, uno de los problemas de la materia en cuestión se refiere a la falta de uniformidad en cuanto al concepto de trabajo fronterizo que, según los criterios que se apliquen, puede conducir, en la práctica, a la identificación de categorías de

(36) *Vid.*, por ejemplo, STJCE de 24 de septiembre de 1998 (*Comisión/República Francesa*, asunto C-35/97) que condenó Francia por incumplimiento de las disposiciones art. 48 TCE (actual 45.2 TFUE) y art. 7 del Reglamento (CEE) n. 1612/68 [actual art. 7 del Reglamento (UE) n. 492/2011] al excluir a los trabajadores fronterizos que residen en Bélgica de la asignación de puntos de jubilación complementaria cuando su actividad haya cesado anticipadamente.

(37) Vide sentencias TJCE de 16 de septiembre de 2004 (*Gerard Merida*, asunto C-400/02) y de 12 de diciembre de 2002 (*F. W. L. de Groot*, asunto C-385/00).

(38) En este sentido, STJCE de 18 de julio de 2007 (*Wendy Geven*, asunto C-213/05): "la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, no se opone a que la normativa nacional de un Estado miembro excluya a un nacional de otro. La política social forma parte, en el estado actual del Derecho comunitario, de la competencia de los Estados miembros, los cuales disponen de un amplio margen de apreciación en el ejercicio de esta competencia. No obstante, este margen de apreciación no puede tener como consecuencia que se vacíen de su contenido esencial los derechos que confieren a los particulares las disposiciones del Tratado que reconocen sus libertades fundamentales".

población diferentes. De cualquier forma, los trabajadores fronterizos que residen y trabajan en la Unión Europea disfrutan, como todos los trabajadores migrantes, del principio de no discriminación e igualdad de trato previsto para los trabajadores que se desplazan en el territorio de la Unión.

En los casos específicos sobre la doble imposición de impuesto, recalamos la lección contenida en el asunto *esposos Robert Gilly*⁽³⁹⁾. La explicación resulta bastante clara, puesto que la controversia de muchos convenios respecto de la cláusula de nacionalidad como condicionante de criterios de imposición de impuestos, no está vinculada directamente a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad del art. 39.2 TCE, el actual art. 45.2 TFUE⁽⁴⁰⁾. En este particular, es curiosa la

argumentación jurídica porque la vinculación con la norma europea no se basa en el criterio de nacionalidad para, a partir de ahí, aplicar el art. 45.2 TFUE; en este caso la vinculación está en el hecho de que el trabajador europeo ejerce su actividad en un Estado miembro distinto de aquel en que reside y, por esa razón, se le aplicará o no el art. 45.2 TFUE. Con todo, la jurisprudencia no es pacífica. De este modo, para la aplicación de la norma en cuestión el hecho determinante no es la nacionalidad del trabajador, sino el lugar en donde resida⁽⁴¹⁾. Se explica entonces que el TJ se refiera, a menudo, en muchas decisiones a “discriminación en razón del lugar de residencia” para la aplicación del art. 45.2 TFUE, ampliando así el contenido del criterio de no discriminación literalmente expresado en el citado precepto; o sea, el criterio de no discriminación por razón de nacionalidad.

La realidad social en tales temas provoca temor a los Estados miembros, por lo injusto de permitir a un trabajador fronterizo, que tiene su domicilio y su lugar de trabajo en dos Estados miembros distintos, beneficiarse de las mismas ventajas sociales en los dos Estados miembros y combinarlas. Hay opiniones que entienden que, para minimizar este riesgo, y teniendo en cuenta el hecho de que el Reglamento (UE) n. 492/2011 no contiene reglas de coordinación destinadas a evitar la

(39) STJCE de 12 de mayo de 1998 (asunto C-336/96).

(40) El apartado 30 es claro: “aun cuando el criterio de nacionalidad figura como tal en la segunda frase del apartado del apartado 1 del artículo 14, en orden al reparto de la competencia fiscal, no puede considerarse que tales diferencias constituyan discriminaciones prohibidas por el art. 48 (actual 39) del Tratado. Efectivamente, al no existir medidas de unificación o de armonización a nivel comunitario, en particular al amparo del segundo guión del artículo 220 (actual 293) del Tratado, dichas diferencias derivan de la competencia atribuida a las partes contratantes para fijar los criterios de reparto entre ellas de su poder tributario, con el fin de suprimir las dobles imposiciones”. En el apartado 35 concluye: “procede, pues, responder a las cuestiones (...) que el artículo 48 (actual 39) del Tratado debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación de disposiciones (...), las cuales establecen un régimen tributario diferente, por una parte, para los trabajadores fronterizo según que trabajen en el sector privado o en el sector público, según que tengan o no la nacionalidad del Estado que pertenece la Administración en la que prestan sus servicios y, por otra parte, para el personal docente según que su estancia en el Estado en el que ejercen su actividad profesional sea de corta duración o no”. No constituyen discriminación por razón de nacionalidad las normas que pretendan, en el marco de las relaciones de trabajadores fronterizos, la aplicación de un mecanismo de deducción por compensación de impuestos satisfechos en el extranjero como el establecido en el inciso c) de la letra a) del apartado 2 del artículo 20 del Convenio firmado en París, el 21 de julio de 1959, entre la República Francesa y la República Federal de Alemania para evitar la doble

imposición y que establece normas sobre el auxilio administrativo y jurídico recíproco en materia del impuesto sobre la renta de las personas físicas y sobre el patrimonio, así como en materia del impuesto sobre actividades económicas y de impuestos sobre bienes inmuebles, en su versión modificada por los Protocolos adicionales firmados en Bonn el 9 de junio de 1969 y el 28 de septiembre de 1989. [DONY-BARTHOLOMÉ, M.: “Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes”, en AA.VV.: *Union européenne et nationalités, Le principe de non-discrimination et ses limites*, coordinado por Bribosia, E., Dardenne, E., Magnette, P. y Weyembergh, A., Bruylant (Bruxelles, 1999), pp.45-62].

(41) Vid. STJCEE de 19 de enero de 1988 (*Gullung*, asunto 292/86).

acumulación de prestaciones, debe excluirse la posibilidad de “exportar” algunas ventajas sociales⁽⁴²⁾.

3. La inevitable relación con la ciudadanía de la Unión Europea

La institución jurídica de trabajador europeo guarda una inevitable relación con la ciudadanía de la Unión Europea⁽⁴³⁾. El tema central de la relación radica en la permisión por parte de la libre circulación de trabajadores de desplazamientos y libre residencia sin vinculación directa a una real actividad laboral. A efectos del art. 45 TFUE y reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se considera también trabajador europeo a aquel que busque activamente un empleo en otro Estado miembro⁽⁴⁴⁾, así como a aquel que permanezca en éste después de haber ejercido en él una actividad laboral. De esta forma, la jurisprudencia sobre la libre circulación de trabajadores y, en concreto, sobre el concepto de trabajador europeo, ha dado pasos significativos hacia la ciudadanía de la UE⁽⁴⁵⁾.

La STJCE de 31 de mayo de 2001 (*Leclere y Deaconescu*, asunto C-43/99), expresa, en su apartado 54, una concepción amplia del concepto de trabajador europeo que casa con lo dicho anteriormente: “en efecto, aunque la condición de trabajador en el sentido del Reglamento (CEE) n. 1612/68 se pierde, en principio, al concluir la relación laboral, el interesado tiene garantizados determinados derechos vinculados a dicha condición con posterioridad a la extinción de la relación laboral, como ha reconocido el Tribunal de Justicia en varios supuestos parecidos al que se examina en el litigio principal”⁽⁴⁶⁾. La misma sentencia recalca, en su apartado 55, esa amplitud del concepto:

Debe considerarse trabajador la persona que realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una retribución. Una vez concluida la relación laboral el interesado pierde, en principio, la condición de trabajador, si bien hay que tener en cuenta, por una parte, que esta condición puede producir determinados efectos tras la extinción de la relación laboral y, por otra parte, que una persona que busque realmente un empleo también debe ser considerada trabajador⁽⁴⁷⁾.

empleo: “el derecho a la igualdad de trato previsto en el artículo 39, apartado 2, del TCE, en relación con el art. 12 TCE, no se opone a una normativa nacional que supedita la concesión de un subsidio para demandantes de empleo a un requisito de residencia, siempre que este requisito se justifique sobre la base de consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas interesadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el derecho nacional”. Asimismo vide SARMIENTO, D.: “A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia”. Revista española de Derecho Europeo, 2008, núm. 26, pp. 211-227.

(42) Vide STJCE *Hartmann*, cit.

(43) Cf. RODIÈRE, P.: “Conclusions: a propos des citoyens européens”, en AA.VV.: *La citoyenneté européenne face au droit social et droit du travail*, Série de publications de l'Académie de Droit Européen de Trèves, coordinado por Rodière, P., Bundesanzeiger (Köln, 1997), pp. 73-83. MOREAU, G.: “Avant Maastricht: les discussions actuelles sur les problèmes de nationalité en Europe”, en AA.VV.: *Droit et politique de la nationalité en France depuis les années 60; de la communauté française à la Communauté européenne*, Edisud (Aix-en-Provence, 1993), pp. 189-192 y ELVIRA, A.: “La ciudadanía europea. El principio de no discriminación por razón de nacionalidad”, en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Europea*, dirigido por Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol y coordinado por García Couso, Tirant lo Blanch (Valencia, 2004), t. II, p. 107-131.

(44) Vide las sentencias TJCE de 7 de julio de 1976 (*Watson y Belmann*, asunto 118/75) y de 23 de marzo de 1982 (*Levin*, asunto 53/81).

(45) La STJCE de 23 de marzo de 2004 (*Brian Francis Collins*, asunto C138/02) manifiesta la relación entre la ciudadanía europea y el trabajador europeo citando los dos artículos de prohibición de discriminación por razón de nacionalidad (arts. 18 y 45 TFUE) en el caso de aplicación del precepto a un demandante de

(46) Vide las sentencias TJCE de 27 de noviembre de 1997 (*Meints*, asunto C-57/96) y de 24 de septiembre de 1998 (*Comisión/Francia*, asunto C-35/97).

(47) Vide, en igual sentido, las sentencias Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986 (*Lawrie-Blum*, asunto 66/85; apartado 17), de 21 de junio de 1988 (*Lair*, asunto 39/86; apartados 31 a 36) y de 12 de mayo de 1998 (*Martínez Sala*, asunto C-85/96; apartado 32).

No cabe pasar por alto que el TFUE establece un conjunto de derechos fundamentales para los ciudadanos europeos. De ellos, los más importantes y comunes para los trabajadores que se desplazan a fin de ejercer una actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro son los contemplados en los arts. 18 (prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad)⁽⁴⁸⁾, 20 (ciudadanía de la UE) y 21 (derecho de libre circulación y de residencia). Los derechos inherentes a la ciudadanía europea también puede ser invocados ante el propio Estado miembro del ciudadano que los reclame, así lo señala la sentencia *Morgan y Bucher*⁽⁴⁹⁾, en su apartado 22: “procede recordar que las Sras. Morgan y Bucher, como nacionales alemanas, gozan de la condición de ciudadanas de la Unión en virtud del artículo 17 CE⁽⁵⁰⁾, apartado 1, de modo que pueden invocar, incluso frente a su Estado miembro de origen, los derechos correspondientes a tal condición”⁽⁵¹⁾. Así, el ámbito de aplicación personal de los artículos relativos a la ciudadanía europea (arts. 20 y 21 TFUE) y de los artículos correspondientes a los derechos instrumentales de la libre circulación de trabajadores (art. 45.3 TFUE), coinciden en la garantía del ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el TFUE, en particular, las relativas a la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros, tal y como se halla reconocida en el art. 21 TFUE⁽⁵²⁾. Una normativa nacional

que resulta desfavorable para los ciudadanos o trabajadores europeos por haber ejercitado su derecho de libre circulación y residencia constituye una restricción que no está permitida por el Derecho de la Unión Europea⁽⁵³⁾. En efecto, si se pudiera disuadir a un ciudadano europeo de hacer uso de alguna de las libertades o facilidades concedidas por el TFUE, éstas no podrían producir plenos efectos; en consecuencia, los obstáculos a la residencia y circulación derivados de cualquiera normativa, ya sea del Estado miembro de origen o de acogida, que penalicen al ciudadano por el mero hecho de haber ejercido las aludidas libertades, son nulos de pleno derecho por contrarios a las normas del TFUE⁽⁵⁴⁾.

Ahora bien, tanto el trabajador europeo como el ciudadano europeo dependen de un marco reglamentario bastante complejo. No hemos llegado a una situación en la que los derechos y las obligaciones de aquel trabajador y ciudadano sean garantizados por la legislación o reglamentación de la UE, de modo que siguen dependiendo todavía en parte de las legislaciones nacionales del Estado miembro de residencia o empleo.

Otro factor que lleva a la doctrina jurídica europea a relacionar el trabajador europeo y la ciudadanía europea es el hecho de que el mercado de trabajo ha cambiado mucho en los últimos años. Existen varias vías a través de las cuales se puede articular el intercambio entre servicio y retribución. La versión clásica tiende a identificar el mercado de trabajo

(48) Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el art. 18 del TFUE no debe ser la base jurídica de las prohibiciones de discriminación por razón de nacionalidad con respecto a los trabajadores comunitarios, éstos más bien se encuentran protegidos por artículo preciso y inherente a dichas relaciones, es decir el artículo 45.2 del TFUE.

(49) De 23 de octubre de 2007 (asuntos acumulados 11 y 12/06).

(50) Actual art. 20 TFUE.

(51) Vide al hilo de esta explicación la STJCE de 26 de octubre de 2006 (*Tas Hagen y Tas*, asunto C-192/05; apartado 19).

(52) Confirman las libertades de circulación y residencia como fundamentales y inherentes a la ciudadanía

europea las sentencias de 23 de octubre de 2007 (*Morgan y Bucher*, cit., apartado 23), y de 11 de septiembre de 2007 (*Schwarz y Gootjes-Schwarz*, asunto C-76/05; apartado 87).

(53) Vide las sentencias del Tribunal de Justicia *Morgan y Bucher*, cit., apartado 25, *Schwarz*, cit., apartado 93, *Tas Hagen y Tas*, cit., apartado 31, y la de 18 de julio de 2006 (*De Cuyper*, asunto C-406/04; apartado 39).

(54) Vide sentencias del Tribunal de Justicia *Morgan y Bucher*, cit., apartado 26, *Schwarz y Gootjes-Schwarz*, cit., apartado 89, de 11 de julio de 2002 (*D'Hoop*, asunto C224/98; apartado 31) y de 29 de abril de 2004 (*Pusa*, asunto C224/02; apartado 19).

con contratación laboral; sin embargo, los demandantes de empleo buscan ocupación y esto puede obtenerse de distintas maneras. Como consecuencia de las nuevas y diversas mutaciones del escenario económico⁽⁵⁵⁾, asistimos al aumento en la competencia en el mercado, a la inserción de nuevas tecnologías en la producción industrial y al aumento de los niveles de calificación de los trabajadores. Asimismo, asistimos a la quiebra del modelo productivo basado en la prestación de un trabajo en régimen de subordinación y dotado de estabilidad. Los motivos expuestos llevan, particularmente, a una versión ampliada de la noción jurídica de trabajador europeo y a su inevitable relación con la ciudadanía europea, como sucede, por ejemplo, en el asunto *Grzelczyk*⁽⁵⁶⁾, donde el Tribunal de Justicia se ve obligado a relacionar el litigio, de origen belga, con la ciudadanía europea, en lugar de partir del concepto de trabajador europeo: “el Tribunal de Justicia debe responder a las cuestiones del órgano jurisdiccional nacional tal y como han sido planteadas y dentro de los límites definidos por éste”⁽⁵⁷⁾. La cuestión

era si el Sr. *Grzelczyk*, francés y residente en Bélgica, podría recibir una ayuda económica, el *minimex*, tenida como ventaja social a efectos del Reglamento (CEE) n. 1612/68 [actual Reglamento (UE) no 492/2011], con base en los arts. 12, 17 y 18 TCE (hoy los arts. 18, 20 y 21 TFUE, ciudadanía europea) y no en los relativos a la libre circulación de trabajadores (arts. 39 y sigs. TCE, hoy arts. 45 y sigs. TFUE) y el derecho derivado correspondiente. Pues bien, en este supuesto los Estados miembros y la Comisión dedican una parte sustancial de sus observaciones a la cuestión de si el Sr. *Grzelczyk* estaba comprendido, por haber desempeñado durante sus tres primeros años de estudios diversos trabajos por cuenta ajena, en el ámbito de la citada ventaja social en cuanto trabajador en el sentido del derecho comunitario.

La diferencia entre el contenido instrumental de la libre circulación trabajadores (art. 45.3 TFUE) y los derechos que forman parte de la ciudadanía europea (art. 21 TFUE) radica en que en la primera los derechos de circulación y residencia están conectados al funcionamiento del mercado de trabajo común (para responder a ofertas efectivas de trabajo), mientras que en la segunda se ejercitan libremente. Según MARTÍN VALVERDE⁽⁵⁸⁾, “la distancia entre una y otra se ha acortado por uno y otro lado, de forma que ambas parecen situarse en una escala gradual”. Según el mismo autor, la ciudadanía europea no acaba de desprenderse del todo de las restricciones por razón de nacionalidad, al someter el derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros, que es su principal ingrediente, “a las limitaciones y condiciones previstas en el

(55) Vide ZUFIAUR NARVAIZA, M^a.: “La movilidad geográfica del empleo en la Unión Europea: hacia un mercado europeo de trabajo”, en AA.VV.: *Hacia un mercado europeo de empleo*, coordinado por Valdés dalRé, F. y Zufiur Narvaiza, M^a. MTAS (Madrid, 2006), p. 55 a 57. Pone de relieve el autor la actual realidad del mercado, donde los principios fordistas relativos a los procesos de producción son sustituidos por un sistema de organización más flexible, y donde el compromiso del trabajador se centra más en el resultado que en el puro desarrollo de la actividad contratada.

(56) STJCE de 20 de septiembre de 2001 (*Grzelczyk*, asunto C- 184/99; apartado 17).

(57) Criterio contrario es el que manifiesta que incumbe al Tribunal de Justicia proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho de la UE que puedan permitirle resolver el asunto que le ha sido sometido, aun cuando el órgano jurisdiccional nacional no haya hecho referencia a ellos al formular sus cuestiones. Vide las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1990 (*SARPP*, asunto C-241/89; apartado 8), de 2 de febrero de 1994 (“*Clínica*”, asunto C-315/92; apartado 7), de 4 de marzo de 1999 (*Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola*,

asunto C-87/97; apartado 16) y de 7 de septiembre de 2004 (*Michel Trojani*, asunto C-456/02; apartado 38).

(58) “El contenido instrumental del derecho de la libre circulación de trabajadores: del Tratado de Roma al Tratado de Ámsterdam”, en AA.VV.: *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 2002), p. 98.

presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación” (art. 20 TFUE). En este punto, el debate se centra, aparte de en lo dicho anteriormente, en el pronóstico de la absorción de los derechos instrumentales de la libre circulación de los trabajadores como consecuencia de la liberalización hipotética de las limitaciones y condiciones del art. 20 TFUE⁽⁵⁹⁾. Se llega así a reconocer la plena libertad de los ciudadanos comunitarios a circular y residir en el territorio de los Estados miembros. Por ello, el contenido instrumental de la libre circulación de trabajadores habría de entenderse plenamente absorbido por la ciudadanía europea⁽⁶⁰⁾.

Hay posiciones todavía más extravagantes, que mantienen que, “como consecuencia de la introducción de la ciudadanía de la Unión, no se puede seguir considerando que las limitaciones y requisitos a los que el Derecho de la Unión condiciona el ejercicio del derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros se refieren a un derecho de naturaleza puramente económica derivado del TCE, sino que se refieren únicamente a las excepciones basadas en razones de orden, seguridad y salud públicas” y que si, a partir de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, los nacionales de los Estados miembros han adquirido la condición de ciudadanos de ésta y han dejado de ser considerados agentes puramente económicos, la aplicación del Reglamento (CEE) n. 1612/68 debería extenderse a todos los ciudadanos de la Unión, con independencia de que tengan o no la condición de trabajadores en el sentido del Reglamento⁽⁶¹⁾.

Somos de la opinión de que los derechos inherentes a la ciudadanía no absorben los derechos instrumentales de la libre circulación de trabajadores. De hecho, en los trabajos

preparatorios de la nueva Directiva de libre circulación y residencia⁽⁶²⁾ se nota con claridad que el fundamento jurídico basado en el artículo de la ciudadanía europea es prácticamente residual; apenas puede servir para los no activos⁽⁶³⁾. No se debe confundir el objetivo primordial de unicidad del instrumento con la no observancia expresa en la norma de las demás libertades circulatorias de las personas económicamente activas; o con la eliminación de los derechos instrumentales de las libertades afectadas por ello, en nuestro caso, la libre circulación de trabajadores.

4. El derecho derivado de la familia de los trabajadores europeos

Los miembros de la familia de los trabajadores europeos⁽⁶⁴⁾ tienen derecho a no ser discriminados por razón de nacionalidad en el acceso al empleo a través de la doctrina de los derechos derivados⁽⁶⁵⁾. Así, en el territorio de los Estados miembros de acogida donde esté

(62) Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004.

(63) COM(2001) 257 final, de 23 de mayo de 2001, apartado 3: “Dado que el apartado 2 del artículo 18 del Tratado [actual 21, 2 TFUE] tiene el carácter de un fundamento jurídico residual que puede servir solamente de base para los no activos, el recurso a los fundamentos jurídicos específicos de los artículos 40, 44 y 52 [actuales 46, 50 y 59 TFUE], que cubren a personas que ejercen una actividad económica en el Estado miembro de acogida, es necesaria para que pueda ser adoptado un único instrumento mediante la aplicación de un único procedimiento que cubra todos los procedimientos previstos por las disposiciones antes citadas”.

(64) Se entiende como miembro de la familia de los trabajadores europeos, según el art. 2.2. de la Directiva 2004/38/CE: “a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; c) los descendientes directos menores de 21 años a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b); d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)”.

(65) STJCE de 30 de abril de 1996 (*J-M. Cabanis/Isarte*, asunto C- 308/93).

(59) *Ibidem*.

(60) *Ibidem*.

(61) Sentencia del Tribunal de Justicia, *Grzelczyk*, cit., apartado 23.

el trabajador europeo, sus familiares, independientemente de la nacionalidad que tengan, serán titulares, por relación de parentesco, del derecho de la no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo⁽⁶⁶⁾. De acuerdo con el art. 24 de la Directiva 2004/38 con sujeción a las disposiciones específicas expresamente establecidas en el Tratado y el Derecho derivado, todos los ciudadanos de la Unión que residan en el Estado miembro de acogida en base a la presente Directiva gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado en el ámbito de aplicación del Tratado; el beneficio de este derecho se extenderá a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente⁽⁶⁷⁾.

Ahora bien, la exigencia de respeto por la vida familiar del trabajador también está prevista en el art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y a la luz de este instrumento jurídico internacional debe ser interpretado el derecho derivado de la familia

de los trabajadores⁽⁶⁸⁾. Es importante recordar que el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales ya venía expreso en el precursor preámbulo del Acta Única Europea y actualmente figura, con mayor énfasis, en el art. 6 TUE, donde expresamente se incluyen, con el mismo valor de los Tratados, los artículos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Las disposiciones en concreto destinadas a la finalidad de facilitar la circulación de los miembros de la familia de los trabajadores se basa en la importancia que reviste para el trabajador, desde el punto de vista humano, la reagrupación en torno suyo de su familia y, por otra parte, la importancia que reviste, desde cualquier punto de vista, la integración del trabajador y de su familia en el Estado miembro de acogida, sin que exista diferencia en el trato en relación con los nacionales⁽⁶⁹⁾.

Así, con independencia del derecho a obtener determinadas ventajas sociales, los miembros de la familia del trabajador europeo tendrán derecho, por aplicación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, a ejercer una actividad por cuenta ajena⁽⁷⁰⁾ o por cuenta propia en territorio en que resida el beneficiario principal; a ser admitidos en los cursos de enseñanza profesional, de aprendizaje⁽⁷¹⁾, incluidos los estudios universitarios y

(66) Al respeto, Vid. CEREXHE, E.: "L'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire", en AA.VV.: *Études de droit des communautés européennes. Melanges offerts a Pierre Teitgen*, Pédone (París, 1984), pp. 44-46.

(67) En el mismo sentido, considerandos quinto y sexto de la Directiva 38/2004/CE ("el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe ser reconocido también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad"; "para mantener la unidad de la familia en un sentido amplio y sin perjuicio de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, los Estados miembros de acogida deben estudiar, basándose en su propia legislación nacional, la situación de las personas no incluidas en la definición de miembros de la familia con arreglo a la presente Directiva y que, por consiguiente no disfrutan del derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida, con objeto de decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física del ciudadano de la Unión").

(68) Lo que pone de relieve el considerando 31 de la Directiva 2004/38/CE: "la presente Directiva respeta los derechos y libertades fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea".

(69) Vide al respecto STJCEE de 18 de mayo de 1989 (*Comisión/República Federal de Alemania*, asunto 249/86; apartados 10 y 11), y también SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. y GARCÍA SAN JOSÉ, D.: "Los familiares del trabajador migrante y el derecho a la no discriminación en la jurisprudencia del TJCE", en AA.VV.: *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales — XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS (Madrid, 2005), pp. 659-668.

(70) Vide STJCEE de 7 de mayo de 1986 (*Emir Gül*, asunto 131/85).

(71) Respecto del ingreso de los hijos del trabajador europeo en la enseñanza de un Estado miembro en las

de formación profesional⁽⁷²⁾ y a acceder a becas de estudios y ayudas en el extranjero⁽⁷³⁾, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado⁽⁷⁴⁾, siempre que residan en el mismo territorio que el trabajador europeo. Al respecto el TJ, en la sentencia de 30 de marzo de 2006⁽⁷⁵⁾, deja claro que el cónyuge de un trabajador europeo, nacional de un Estado no miembro de la Unión, puede invocar su derecho de acceso al mercado de trabajo en el Estado miembro en el que dicho trabajador ejerce una actividad por cuenta ajena⁽⁷⁶⁾. La misma sentencia recalca que tal derecho a ejercer una actividad por cuenta ajena no confiere a los familiares del trabajador europeo ningún derecho propio a la libre circulación (art. 45 TFUE); en realidad es el trabajador europeo y no el familiar el beneficiario de dicha disposición⁽⁷⁷⁾. De ello se deduce que un nacional de un Estado no miembro que sea miembro de la familia de un trabajador europeo sólo puede invocar su derecho derivado de la libre circulación de los trabajadores en el Estado miembro de acogida del trabajador.

El Tribunal de Justicia también declaró, en el clásico asunto *Royer*⁽⁷⁸⁾, que el derecho de los nacionales de un Estado miembro a entrar

en el territorio de otro Estado miembro para reunirse con su cónyuge o su familia y a permanecer en él, especialmente para buscar o ejercer una actividad profesional, por cuenta propia o por cuenta ajena, constituye un derecho directamente conferido por el Tratado y se adquiere con independencia de la expedición de un permiso de residencia por parte de la autoridad competente de un Estado. En el asunto *Emir Gül*⁽⁷⁹⁾, el Tribunal de Justicia trata específicamente del derecho del cónyuge del trabajador europeo a acceder, independientemente de su nacionalidad, a cualquier actividad asalariada en el Estado miembro de acogida en igualdad de condiciones con los nacionales del mismo Estado [art. 3.1.a) del Reglamento (UE) n. 492/2011]⁽⁸⁰⁾. Por otra parte, en el asunto *Diatta*⁽⁸¹⁾, declaró que cubre, incluso, un punto del territorio del Estado miembro de acogida muy alejado de aquél en el que resida el trabajador migrante. Respecto al tipo de actividad, a partir del asunto *Emir Gül* queda abierta la posibilidad de que se trate de actividades para cuyo ejercicio se requiera una autorización administrativa.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia también ha tenido la oportunidad de manifestarse en diversas ocasiones respecto de los derechos relativos a la residencia de los miembros de la familia de los trabajadores⁽⁸²⁾. Entre ellas merece la pena traer a la colación la sentencia de 11 de diciembre de 2007⁽⁸³⁾, que trata de un trabajador de nacionalidad neerlandesa, el Sr. Ein, que accede a un empleo en el Reino

mismas condiciones que los nacionales del Estado en cuestión, *Vid.* sentencias TJCEE de 3 de julio de 1974 (*Casa grande*, asunto 9/74) y de 29 de enero de 1975 (*Alaimo*, asunto 68/74).

(72) También deben ser incluidas en el ámbito de la formación profesional las medidas de readaptación, recuperación y reintegración al mercado de trabajo [*Vid.* la STJCEE de 11 de abril de 1973 (*Michel*, asunto 76/72)].

(73) *Vide* STJCEE de 13 de noviembre de 1990 (*Di Leo*, asunto C-380/89) y STJCE de 26 de febrero de 1992 (*Bernini*, asunto C-3/90).

(74) *Vide* Sentencias TJCEE de 3 de julio de 1974 (*Casa grande*, asunto 9/74), de 15 de marzo de 1989 (*Echernach*, asuntos acumulados 389/87 y 390/87) y de 27 de septiembre de 1988, (*Comisión/Bélgica*, asunto 42/87).

(75) *Vide* STJCE de 30 de marzo de 2006 (*Cynthia Mattern y Hajrudin Cikotic*, asunto C10/05).

(76) Apartado 24.

(77) Apartado 25, *Vid.* también las conclusiones presentadas en esta misma sentencia (apartado 33).

(78) STJCEE de 8 de abril de 1976 (*Royer*, asunto 48/75).

(79) STJCEE de 7 de mayo de 1986 (*Emir Gül*, asunto 131/85).

(80) En el mismo sentido, sentencia *Cynthia Mattern*, *cit.*

(81) STJCEE de 13 de febrero de 1985 (*Diatta*, asunto 267/83).

(82) *Vide*, especialmente, las conclusiones del abogado general sobre el derecho del cónyuge de un trabajador obtener el permiso de residencia indefinido, presentadas el 30 de septiembre de 1999, en los autos de la STJCE de 11 de abril de 2000 (*ArbenKaba*, asunto 356/98).

(83) *Vide* STJCE de 11 de diciembre de 2007 (*R. N. G. Eind*, asunto C-291/05).

Unido; poco tiempo después, su hija, Rachel, de Surinam, se reúne con él en dicho Estado miembro, en el que obtiene una tarjeta de residencia por tener la condición de miembro de la familia de un trabajador europeo. De vuelta a su país de origen, el Sr. Ein estaba de baja por motivos de salud y, por ello, no tenía una actividad real y efectiva; por otro lado, la ley de extranjería holandesa no consideraba que la tarjeta de residencia de Rachel, expedida por el Reino Unido y en vigor, permitiese el acceso automático a otra similar en Holanda. Según expresa el fallo de la sentencia:

1) En el caso de un trabajador europeo desplazado que regrese al Estado miembro del que es nacional, el Derecho de la Unión no impone a las autoridades de dicho Estado la obligación de reconocer un derecho de entrada y residencia a un nacional de un Estado tercero que sea miembro de la familia de dicho trabajador por el mero hecho de que, en el Estado miembro de acogida en que el trabajador ejerció una actividad laboral, el nacional del Estado tercero dispusiera de un permiso de residencia en vigor.

2) Resulta aplicable por analogía el derecho a residir en el Estado miembro del que es nacional el trabajador, aun cuando éste no ejerza en él una actividad económica real y efectiva.

3) El hecho de que un nacional de un Estado tercero que sea miembro de la familia de un trabajador comunitario no dispusiera, antes de residir en el Estado miembro en que el trabajador ejerció una actividad laboral, de un derecho de residencia basado en el Derecho nacional del Estado miembro del que es nacional el trabajador, carece de incidencia a efectos de apreciar el derecho del nacional del Estado tercero a residir en el Estado del que es nacional el trabajador.

¿No estaríamos ante una situación de discriminación al revés por razón de nacionalidad? Aunque el Tribunal de Justicia sostenga su incompetencia respecto de las cuestiones puramente internas, ¿no cabría interponer ante los

Tribunales holandeses una demanda fundada en una discriminación al revés por razón de nacionalidad desde la perspectiva instrumental de la libre circulación de trabajadores?⁽⁸⁴⁾ Con respecto a la jurisdicción del Tribunal de Justicia, ¿no sería éste órgano competente para juzgar los hechos provocados por el impacto de normas vinculantes y de efectos directo del Derecho de la UE?⁽⁸⁵⁾

Por fin, lo que se debe tener en cuenta como punto necesario para la comprensión de la doctrina del derecho derivado de la familia de los trabajadores europeos, principalmente cuando éste se refiere a nacionales de terceros Estados, es el significado del vínculo que sugiere la norma europea en este particular. El TJ, en su STJCE de 14 de abril de 2005⁽⁸⁶⁾, explica que tal derecho “se desprende únicamente de su vínculo familiar”⁽⁸⁷⁾; en otras palabras, el reconocimiento *in casu* no es un acto constitutivo de derecho, sino un acto de reconocimiento de

(84) Se trata de la posible situación de desventaja en que pueda encontrarse el propio nacional que por haber circulado no puede beneficiarse en su país del Derecho comunitario, frente a los ciudadanos de otro país que sí se benefician de tal derecho. Sobre la cuestión, advierte DURÁN LÓPEZ, F.: *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley (Madrid, 1986), p. 52 que “hay que tener en cuenta que pueden producirse ‘discriminaciones a la inversa’, lo que sucederá cuando el Derecho comunitario no ampare pretensiones de trabajadores nacionales que sí serían amparadas si fuesen esgrimidas por trabajadores extranjeros o que hubiesen ejercido el derecho a la libre circulación” y STJCEE de 27 de octubre de 1982 (*Morson y Jhanjan*, asuntos acumulados 35 y 36/82).

(85) *Vid.*, con carácter general sobre el impacto de la norma social europea, ESCANDE-VARNIOL, M. C.: “Rapport de synthèsetransnational sur le thème de l’égalité” (p. 15-36); LO FARO, A.: “Rapport de synthèse sur le thème des restructurations. Réflexions à partir d’une analyse des concepts de ‘normes sociales européennes’ et ‘d’impact’ ” (p. 37-56) y JEAMMAUD, A.: “Le concept d’impact des normes sociales européennes: quels indicateurs?” (p. 57-75), en AA.VV.: *Impact et perspectives des normes sociales européennes. Égalité de traitement et restructurations dans neuf pays de l’Union Européenne*, Centre de Recherche en Droit Social-Université Lumière Lyon 2 (Lyon, 2005).

(86) *Comisión/Reino de España* (asunto C-157/03).

(87) *Ibidem*, apartado 28.

la situación individual de un nacional de un país tercero en relación con las disposiciones del Derecho de la UE⁽⁸⁸⁾, recordamos el art. 45.2 TFUE.

IV. Conclusiones

1. A pesar de suposición, el Tribunal de Justicia debe ser competente para conocer de los litigios sobre los supuestos de discriminación por razón de nacionalidad a la inversa. No parece admisible que aquél excuse su competencia aquí entendiendo que se está ante situaciones puramente internas, puesto que es innegable su clara conexión con el derecho de la Unión Europea.

2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo puede llegar a afectar a situaciones en las que concurra la nacionalidad de un Estado no perteneciente a la Unión. Así sucede, en concreto, en los casos de los derechos derivados de los familiares del trabajador y de las cláusulas análogas a la del art. 45 TFUE contenidas en acuerdos internacionales.

V. Bibliografía

AA.VV.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, dirigido por Fernández Avilés, J. A. y Moreno Vida, M^a. N. y coordinado por Ortega Pérez, N., Guillén López, E., Durán Ruíz, J. y Triguero Martínez, L. A., Comares (Granada, 2011).

AA.VV.: *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, dirigido por Casas Baamonde, M^a. E. y Rey Guanter, S., CES (Madrid, 2002).

BOTANA LÓPEZ, J. M^a: “La libertad de circulación de los trabajadores comunitarios y de los países con Tratados de Asociación”, en AA.VV.: *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho de la Unión Europea*, CGPJ (Madrid, 1997).

CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Los desplazamientos temporales en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas (Madrid, 2001).

(88) Vid. STJCE de 25 de julio de 2002 (MRAX; asunto C-459/99; apartado 74).

CEREXHE, E.: “L’égalité de traitement dans l’ordre juridique communautaire”, en AA.VV.: *Études de droit des communautés européennes. Melanges offerts a Pierre Teitgen*, Pédone (Paris, 1984).

DONY-BARTHOLMÉ, M.: “Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes”, en AA.VV.: *Union européenne et nationalités, Le principe de non-discrimination et ses limites*, coordinado por Bribosia, E., Dardenne, E., Magnette, P. y Weyembergh, A., Bruylant (Bruxelles, 1999).

DURÁN LÓPEZ, F.: *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley (Madrid, 1986).

ELVIRA, A.: “La ciudadanía europea. El principio de no discriminación por razón de nacionalidad”, en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Europea*, dirigido por Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol y coordinado por García Couso, Tirant lo Blanch (Valencia, 2004), t. II.

ESCANDE-VARNIOL, M. C.: “Rapport de synthèse transnational sur le thème de l’égalité” en AA.VV.: *Impact et perspectives des normes sociales européennes. Égalité de traitement et restructurations dans neuf pays de l’Union Européenne*, Centre de Recherche en Droit Social-Université Lumière Lyon 2 (Lyon, 2005).

ESPÍN SÁEZ, M.: “El concepto de trabajador en la Unión Europea. A propósito de la STJCE de 12 de marzo de 1998”, *Revista de Derecho social internacional y comunitario*, MTAS, 1999, núm. 17.

GÁRATE CASTRO, J.: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012).

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBRED, C.: “Concepto de trabajador. Prestación de familiar. Requisito de posesión de residencia. Aplicación del artículo 8 A del Tratado de la Unión. Comentario a la sentencia de 12 marzo de 1998”, *Revista de Derecho social internacional y comunitario*, MTAS, 1999, núm. 17.

GIL MEANA, M^a. L.: “Consideraciones sobre los conceptos de nacionalidad y territorialidad respecto de la libertad de circulación de los trabajadores por cuenta ajena”, en AA.VV.: *Derecho Social Comunitario*, CGPJ (Madrid, 1993).

GROOT, G. R.: “The relation ship between the nationality legislation of the member states of the European

Union and European Citizenship”, en AA.VV.: *European citizenship: an institutional challenge*, dirigido por La Torre, M., Kluwer (TheHague, 1998).

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Derecho aplicable a las condiciones de trabajo de los trabajadores que se desplazan temporal o definitivamente a otro Estado miembro de la Unión Europea”, en AA.VV.: *Hacia un mercado europeo de empleo*, dirigido por Valdés Dal-Ré, F. y Zufiaur Narvaiza, J. M^a., MTAS (Madrid, 2006).

IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: el régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración*, REUS (Madrid, 2010).

JEAMMAUD, A.: “Le concept d’impact des normes sociales européennes: quel syndicateurs?”, en AA.VV.: *Impact et perspectives des normes sociales européennes. Égalité de traitement et restructurations dans neuf pays de l’Union Européenne*, Centre de Recherche en Droit Social-Université Lumière Lyon 2 (Lyon, 2005).

LO FARO, A.: “Rapport de synthèse sur le thème des restructurations. Réflexions à partir d’une analyse des concepts de ‘norme sociales européenne’ et ‘d’impact’”, en AA.VV.: *Impact et perspectives des normes sociales européennes. Égalité de traitement et restructurations dans neuf pays de l’Union Européenne*, Centre de Recherche en Droit Social-Université Lumière Lyon 2 (Lyon, 2005).

MANEIRO VÁSQUEZ, Y.: “Fuentes y principios de aplicación de la normativa comunitaria en materia de seguridad social”, Noticias de la Unión Europea, 2009, núm. 294.

MARTÍN VALVERDE, A.: “El contenido instrumental del derecho de la libre circulación de trabajadores: del Tratado de Roma al Tratado de Ámsterdam”, en AA.VV.: *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 2002).

MOREAU, G.: “Avant Maastricht: les discussions actuelles sur les problèmes de nationalité en Europe”, en AA.VV.: *Droit et politique de la nationalité*

en France depuis les années 60; de la communauté française à la Communauté européenne, Edisud (Aix-en-Provence, 1993).

OLESTI RAYO, A.: “Unión Europea”, en AA.VV.: *La regulación de la inmigración en Europa*, dirigido por Aja, E. y Díez, L., Fundación La Caixa (Barcelona, 2005).

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “La libre circulación de trabajadores comunitarios en el territorio de la Unión Europea”, en AA.VV.: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor António Motta Veiga*, coordinado por A. J. Moreira, Almedina (Coimbra, 2007).

PAULY, A.: “Commentaire sur l’arrêt Micheletti”, en AA.VV.: *Tendances actuelles et évolution de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, dirigido por Pappas, S., Instituteuropéen d’administration publique (Maastrich, 1995), vol. 2.

RODIÈRE, P.: “Conclusions: a propos des citoyens européens”, en AA.VV.: *La citoyenneté européenne face au droit social et droit du travail*, Série de publications de l’Académie de Droit Européen de Trèves, coordinado por Rodière, P., Bundesanzeiger (Köln, 1997).

RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante”, RL, 2001, núm. 1.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. y GARCÍA SAN JOSÉ, D.: “Los familiares del trabajador migrante y el derecho a la no discriminación en la jurisprudencia del TJCE”, en AA.VV.: *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales – XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS (Madrid, 2005).

SARMIENTO, D.: “A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia”, Revista española de Derecho Europeo, 2008, núm. 26.

ZUFIAUR NARVAIZA, J. M^a.: “La movilidad geográfica del empleo en la Unión Europea: hacia un mercado europeo de empleo”, en AA.VV.: *Hacia un mercado europeo de empleo*, coordinado por Valdés dalRé, F. y Zufiaur Narvaiza, J. M^a., MTAS (Madrid, 2006).

O Juiz e a governança do Poder Judiciário: do modelo burocrático ao democrático

Luciano Athayde Chaves^(*)

Resumo:

- ▶ O presente texto tem como objetivo discutir a gestão judiciária a partir da ideia de governança, dentro de um contexto de necessária transição do modelo conservador para um modelo democrático de gestão judiciária. Nesse propósito, busca destacar os bloqueios para a efetivação da governança e resalta as boas iniciativas nessa direção.

Palavras-chave:

- ▶ Coisa julgada — Relativização — Princípios constitucionais — Ponderação.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução: confiança no Poder Judiciário e expectativa de sua eficiência
- ▶ 2. Gestão e governança: estabelecendo algumas definições estipulativas
- ▶ 3. O Poder Judiciário: do modelo burocrático ao modelo democrático. Uma transição possível?
- ▶ 4. Os Magistrados e a administração judiciária: protagonistas da governança do sistema de Justiça ou atores de sua disfuncionalidade
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

Abstract:

- ▶ This paper aims to discuss the judicial management from the idea of governance, within a context of a necessary transition from conservative model for a democratic model of judicial management. In this way, seeks to highlight the blocks for effective governance and highlights the good initiatives in this direction.

(*) Juiz do Trabalho da 21ª Região (RN). Titular da 2ª Vara do Trabalho de Natal/RN. Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestre em Ciências Sociais (UFRN, 1998). Foi Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça (2012) e Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2009-2011).

“Não há dúvida de que há ‘má vontade para a democratização deste ramo do Estado’ [Poder Judiciário] (José Eduardo Faria *et alii*). Pode-se afirmar que os sucessivos *stablishments* latino-americanos têm procurado valer-se politicamente dos poderes judiciários ou, pelo menos, de neutralizá-los, para que não perturbem o seu exercício de poder.”

1. Introdução: confiança no Poder Judiciário e expectativa de sua eficiência

Apesar da crescente presença do Poder Judiciário nos debates públicos atuais, ainda é reduzida a quantidade de reflexões acerca de suas características históricas e de seu funcionamento.

Essa “opacidade” na análise da questão judiciária não é um dado novo, contudo. Eugenio Raul Zaffaroni, em obra já clássica sobre o Poder Judiciário, chama nossa atenção para a frequente pobreza de análise, quando se pretende refletir sobre as funções e a dinâmica dos seus órgãos, inclusive assentando a necessidade de um *olhar pluridisciplinar* para a validade de qualquer investigação (cf. ZAFFARONI, E. R. *Poder judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 21-2).

A partir dessa ótica, **uma incursão sobre o universo judiciário deve considerar a complexidade de seus fenômenos**, as suas relações de poder, as interações sociopolíticas de seus atores, os padrões ideológicos aplicados em sua dinâmica funcional e seus rituais, além de outras possíveis dimensões⁽¹⁾.

Por essa razão, o problema da administração dos órgãos que integram o sistema de justiça⁽²⁾ **não pode ser estudado apenas por um**

viés, seja ele o da administração pública, ou apenas por critérios corporativo-funcionais.

Assentada essa primeira preocupação de ordem metodológica, sublinho que a sociedade vem, progressivamente, aproximando sua atenção ao Poder Judiciário, tendo em vista o maior protagonismo que vem este a exercer no denominado *Estado Constitucional* (Zagrebelsky), na concretização de direitos fundamentais e no próprio exercício do *judicial review* ou controle dos atos do Poder Público⁽³⁾.

No entanto, trata-se de uma aproximação que mostra, pelo menos, duas frentes, potencialmente “tensiogências”: **confiança**, na medida em que a sociedade deposita no sistema de Justiça a esperança de uma resposta às suas pretensões, atribuindo-lhe, como prefere Garapon, o atributo de *guardião das promessas* (democráticas e sociais); **expectativa de eficiência**, vertente consubstanciada na demanda por uma resposta razoavelmente rápida e eficaz, e não somente no que se refere à declaração de direitos, mas também – e quiçá principalmente – na entrega material do resultado de seus direitos subjetivos assegurados nas decisões judiciais.

Da tensão entre essas duas dimensões, dessas duas projeções da sociedade sobre o Poder Judiciário, é possível diagnosticar um quadro de *crise*, assim resumido por Werneck Vianna:

O que se designa, então, como crise do Poder Judiciário nada mais é do que a sua súbita adaptação à feição contemporânea da sociedade brasileira, sem estar equipado material, conceitual e doutrinariamente

(1) É o que procura fazer, por exemplo, Boaventura de Sousa Santos em suas abordagens sobre o funcionamento do sistema de justiça, inclusive o brasileiro (cf., por todos, *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007).

(2) Tomo a expressão “sistema de justiça” de modo mais restrito para os efeitos deste texto, em ordem a significar o conjunto de todos os órgãos, administrativo e jurisdicionais, que integram o Poder Judiciário. Há

um conceito mais amplo, que agrega, por exemplo, o sistema penitenciário e de ressocialização, a advocacia pública e privada, o Ministério Público e a Defensoria Pública, por exemplo.

(3) Sobre o tema, consultar: VIANNA, L. W. *et alii* (*Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997); SANTOS, B. S. (2007); ZAFFARONI, E. R. (1995); GARAPON, Antoine (*O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: 1999); FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

para dar conta da carga de novos problemas que a sociedade passou a lhe apresentar (1997, p. 12).

No que se refere à administração do aparelho judicial — aspecto prestigiado neste ensaio —, aquela expectativa encontra escudo, do ponto de vista normativo, em expresso comando constitucional pela eficiência na gestão dos recursos públicos (art. 37, CF) e, por certo, na prestação de seus serviços.

Na atividade dos atores do Poder Judiciário, isso significa também qualidade na prestação das tutelas jurisdicionais, a *tempo e modo*.

Assim, a **garantia institucional do autogoverno, atribuída ao Poder Judiciário pelo arts. 96 a 99 da Constituição Federal⁽⁴⁾**, constitui-se

(4) Já no atual regime constitucional, o Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes, tem reiterado a força normativa desse preceito do *autogoverno* do Poder Judiciário, como estampam os seguintes arestos: “AUTONOMIA DO ESTADO-MEMBRO. A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO COMO EXPRESSÃO DE UMA ORDEM NORMATIVA AUTÔNOMA. O PODER DE CONFORMAÇÃO DO CONSTITUINTE ESTADUAL NÃO SE REVESTE DE CARÁTER ABSOLUTO. LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE. **POSTULADO DO AUTOGOVERNO DA MAGISTRATURA**. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. IMPOSSIBILIDADE DE A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA ESTADUAL, MEDIANTE EMENDA À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO, PROIBIR A REALIZAÇÃO DE PROVA ORAL, DE CARÁTER ELIMINATÓRIO OU CLASSIFICATÓRIO, NOS CONCURSOS PÚBLICOS EM GERAL, NOTADAMENTE NOS DE INGRESSO NA MAGISTRATURA E NO MINISTÉRIO PÚBLICO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. (ADI 1080 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 29.6.1994.) (grifei) “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSELHO ESTADUAL DE JUSTIÇA INTEGRADO POR MEMBROS DA MAGISTRATURA ESTADUAL, AUTORIDADES PERTENCENTES AOS OUTROS PODERES, ADVOGADOS E REPRESENTANTES DE CARTÓRIOS DE NOTAS DE REGISTRO E DE SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA. A criação, pela Constituição do Estado, de Conselho Estadual de Justiça com essa composição e destinado à fiscalização e ao acompanhamento do desempenho dos órgãos do Poder Judiciário é inconstitucional, por ofensa ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal), de que são corolários o **autogoverno dos Tribunais** e a sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária (arts. 96, 99 e parágrafos, e 168 da Carta Magna). Ação direta que se julga precedente, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 176 e 177 da parte permanente da Constituição do Estado do Pará, bem como a do art. 9º e seu

ao mesmo tempo um dever de exercer sua autonomia administrativo-financeira em prol daquelas expectativas, em ordem a assegurar, no exercício da jurisdição, a própria independência de seus membros.

É dizer: o **autogoverno ou Governo dos Juízes⁽⁵⁾** não é uma barreira de isolamento dos órgãos judiciários que integram o sistema de justiça, mas uma oportunidade de integração autônoma dos magistrados ao Estado e à sociedade, sem claudicar ou se deixar corromper em razão de necessidades de subsistência, de estrutura e de autoorganização.

parágrafo único do Ato das Disposições Transitórias dessa mesma Constituição. (STF, ADI n. 137, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 14.8.1997.) (grifei)

(5) A expressão “Governo dos Juízes” é plurissignificante e tem uma densa construção histórica. No contexto europeu continental, a expressão foi originalmente relacionada com o problema da autonomia da Magistratura quanto à orientação ideológica que sustentava os interesses do Estado. Lembra, no entanto, Dalmo Dallari que “a expressão ‘governo dos juízes’ não é considerada um despropósito nos Estados Unidos da América, onde o papel político dos juízes está implícito na organização constitucional dos Poderes e onde, mais do que isso, a influência política do Judiciário é tão grande que é possível falar-se numa ‘revolução constitucional’ promovida pelos juízes. *A Simples leitura da Constituição, que foi elaborada no momento da criação do Estado norte-americano, em 1787, deixa evidente que se pretendeu dar ao Judiciário a condição de Poder do Estado, equivalente aos demais. Foi assegurada plena autonomia ao Poder Judiciário, com a possibilidade de atuação mais ampla, o que foi e tem sido intensamente aproveitado pelos juízes*” (O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 91). (grifei). Como se vê, a ideia de Governo dos Juízes une, de forma indissociável, tanto a autonomia (*inclusive administrativa*) de atuação como a independência jurisdicional, a ponto de, a partir da experiência americana do *judicial review*, reconhecer-se a possibilidade de controle judicial dos atos dos demais Poderes. Afora isso, o diálogo com esse texto do Dallari nos permite também refletir sobre nossas influências, é dizer, as influências na formação de nosso modelo de Poder Judiciário, aspecto pouco explorado em nossa tradição do estudo das coisas da Justiça e do próprio Direito. Para maior aprofundamento sobre as características de duas tradições referenciais para nós (*Civil Law* e *Common Law*), sugiro a leitura de GARAPON, Antoine & PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008).

Nesse contexto, o problema da *governança judiciária* se apresenta, externamente, na forma de uma demanda social pela melhoria de seus serviços, em especial após a Emenda Constitucional n. 45/2004 elevar a duração razoável do processo à dimensão de direito fundamental (art. 5º, LXXVIII, CF).

Internamente, os aspectos diretores da governança afetam os atores da prestação jurisdicional (Magistrados e servidores), e dizem respeito a todos os fluxos que envolvem a administração dos órgãos do Poder Judiciário, em todos os seus graus.

É nessa quadra que se inserem temas como: a) a repartição das atribuições administrativas de *autogoverno*; b) a (des)concentração e (des)centralização administrativa; c) os critérios de aplicação dos recursos orçamentários, financeiros, materiais e humanos; d) questões inerentes ao exercício do poder disciplinar e da denominada disciplina judiciária; dentre outros.

Nessa linha, mostra-se preocupante a forma como algumas abordagens vêm sendo apresentadas no que se refere à administração judiciária, a partir da premissa da **desqualificação dos magistrados** para o enfrentamento desses desafios, forte na (pré)conceito de que os atos de gestão não se inserem dentro de suas *expertises*, o que recomendaria a adoção de outro modelo, **que confine os magistrados tão somente à consecução das atividades finalísticas de suas “naturais” atribuições, quais sejam, os atos tipicamente jurisdicionais**, atribuindo-se (ou, numa mercê, *delegando-se*) a gestores/administradores profissionais a tarefa de pensar, planejar, coordenar, supervisionar e executar os atos inerentes aos recursos materiais e de pessoas necessários ao suporte daquela atividade-fim do Poder Judiciário: a prestação da jurisdição⁽⁶⁾.

(6) Cf., sobre o tema, pronunciamento do Secretário da Reforma do Judiciário, na qual defende a proposta de criação de uma carreira específica no âmbito dos tribunais, responsável pela administração do tribunal (Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em:

Como se vê, cuida-se de um argumento de tipologia *ad hominem*, de fortes cores desqualificantes, o que não chega a surpreender, na medida em que, como já anotou Zaffaroni, **tem sido muito comum a análise dos temas que perpassam o Judiciário a partir de simplificações metodológicas e imputações de defeitos aos juízes**, iniciativas, em suas palavras, que nada mais fazem “*do que impedir o debate sério sobre a seleção dos juízes, a direção e a distribuição orgânica de funções do Poder Judiciário*” (1995, p. 21).

Por outro lado, qualquer debate sobre as atribuições não jurisdicionais dos magistrados deve, a meu ver, considerar que — em que pese as transformações sociais, institucionais e políticas promovidas na ordem constitucional, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, passando pela Emenda n. 45/2004 —, **o modelo orgânico interno dos tribunais permaneceu praticamente inalterado**, em homenagem ao tipo conservador ou burocrático, de pouca ou baixíssima participação coletiva nos atos de gestão interna dos tribunais, como frisou Andrei Koerner:

Nesse processo, também não foi questionado o modelo burocrático de organização judiciária, em que os juízes são subordinados aos órgãos de cúpula do Judiciário, cujos critérios na tomada de decisão a respeito de suas carreiras nem sempre são explicitados. Neste modelo não é garantida a independência interna dos juízes, que se voltam às suas carreiras individuais e mantêm uma atitude de isolamento tanto em relação aos seus colegas do Judiciário e associações com fins não corporativos como no tocante aos administradores públicos e às lideranças políticas ou das organizações sociais (‘O debate sobre a reforma judiciária’. *Novos Estudos*. CEBRAP, n. 54, p. 11-26, jul. 1999).

Logo, qualquer conclusão sobre o modelo de governança mais ajustado aos atuais valores

10 set. 2013). Aprofundaremos o diálogo com essa posição mais adiante neste ensaio.

constitucionais precisa, antes de tudo, **considerar quais os esforços e as experiências de efetiva governança têm sido assegurados ao conjunto da magistratura**, e, portanto, quais as limitações e problemas dessas experiências.

O presente texto pretende refletir, *de forma crítica*, sobre o problema da administração judiciária e desafios, considerando alguns aspectos condutores: a) o papel dos atores do Poder Judiciário no panorama do seu autogoverno; b) as características do Poder Judiciário; c) as formas de governança (conservadora e participativa); d) os pontos de bloqueio e os de melhoria para uma governança mais participativa; e) os resultados plausíveis de outros meios de governança.

2. Gestão e governança: estabelecendo algumas definições estipulativas

Como questão metodológica no enfrentamento dos temas relacionados com a administração judiciária, tenho como fundamental assentar em que condições e significados emprego os termos *gestão e governança*.

Isso porque são termos plurissignificantes ou plurívocos, cujas definições lexicográficas ou históricas não se mostram suficientes para apreender a complexidade do significante, dentro do contexto em que os utilizamos (para a semiótica, a dimensão *pragmática*).

No Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, temos a definição lexicográfica de *gestão*: “*ação de gerir; gerência; administração; gestão de negócios, diz-se quando uma pessoa administra os negócios de outra, por eles se responsabilizando solidariamente, mas sem autorização legal.*” Já o termo *governança* aparece como algo relativo a governo.

Percebe-se, assim, que estamos a **investigar também as possíveis definições estipulativas**⁽⁷⁾ para os termos *gestão e governança*, nomeadamente no cenário da administração da Justiça.

(7) Sobre a relação entre linguagem e direito; definições lexicográficas e estipulativas, cf. WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Fabris, 1995.

O termo *governança* é relativamente recente no espaço público, e tem sido introduzido no glossário da Administração Pública por influxo de organismos internacionais, com o fito de amplificar a ideia de administração pública.

Nesse esforço de estipulação de uma definição que açambarque a complexidade atual das funções atinentes ao poder e à soberania do Estado, a governança tem sido compreendida como a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país, visando o desenvolvimento e a capacidade dos governos de planejar, formular e programar políticas e cumprir funções⁽⁸⁾.

A origem do termo, como sublinham Luiz Akutsu e Tomás de Aquino Guimarães, está relacionada, seja no espaço corporativo ou no público, ao contexto de controle e eficiência do sistema, constituindo-se em “*ferramenta analítica para compreensão dos fatores que organizam a interação dos atores, a dinâmica dos processos e as regras do jogo*” (Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, São Paulo, jan./jun. 2012).

Desse modo, a *governança* encerra uma ideia mais ampla que a *gestão* ou administração *stricto sensu*. Enquanto este último significante – a *gestão* – se assenta num contexto operacional e tático (rotinas administrativas, resposta imediata a problemas e contingências), o primeiro – a *governança* – projeta um significado de planejamento de ações, busca de objetivos de mais largo prazo e com maior alcance, transcendendo um ciclo mais curto de titularização do comando da organização ou de órgão da administração pública.

É nesse sentido que se pode tomar, por exemplo, a Resolução n. 70 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre “*o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário*” como exemplo da dinâmica de *governança*, na medida em que pensa a administração em mais largo prazo, com a

(8) Cf. <www.significados.com.br> Acesso em: 10 set. 2013.

adoção de políticas institucionais e públicas⁽⁹⁾ que transcendem os mandatos bienais dos dirigentes dos tribunais, fomentando a concretização de objetivos que demandam maior tempo de execução e avaliação de resultados⁽¹⁰⁾.

Tenho tomado essa complexidade do termo, portanto, para ampliar o contexto de *gestão judiciária* ou *administração judiciária* (que adoto, aqui, como equivalentes), **em ordem a promover uma visão de mais continente.**

E, nessa ótica, incluo no seu estudo e dinâmica não apenas as personagens tradicionais do palco judiciário, mas outros atores sociais que se integram ao problema do sistema de justiça, seja para nele influir diretamente, seja para dele esperar respostas sociais compatíveis com as expectativas criadas pela ordem constitucional (*acesso à justiça, duração razoável do processo, efetividade das tutelas jurisdicionais, moralidade na gestão de pessoas e de recursos públicos, ética pública, função pedagógica e pacificadora da jurisdição*, dentre outras).

Nesse contexto de *governança* do Poder Judiciário, por exemplo, estou de acordo com o Prof. Joaquim Falcão, que compreende, em seu âmbito de protagonização, dentre outros atores: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, os Tribunais Superiores, a Procuradoria-Geral da República, a Ordem dos Advogados do Brasil, os representantes dos tribunais da União e estaduais, as associações de magistrados, o Ministério da Justiça e sua Secretaria da Reforma do Judiciário e o Congresso Nacional (cf. *A governança do judiciário*. Correio Braziliense, Brasília, 16.12.2010, p. 29)⁽¹¹⁾.

Logo, quando se fala em *governança*, cuida-se não somente de um olhar interno, de mera gestão da máquina judiciária, mas da própria **projeção da garantia institucional de autogoverno do Poder Judiciário**, que implica estabelecer também olhares e relações externas aos domínios dos tribunais, até porque muitos avanços internos dependem de articulação institucional com os outros Poderes, tendo em vista os traços de harmonia e interação fixados na organização política prevista na Constituição Federal.

Como acentuam Akutsu e Guimarães, os Pactos Republicanos firmados em favor dos avanços no Poder Judiciário (2004 e 2009) indicam que os problemas do sistema de justiça não podem apenas ser enfrentados pelas dinâmicas de gestão tradicionais, mas por uma *governança* que concretize a construção de consensos republicanos, o que demanda uma postura também de articulação político-institucional do Judiciário.

Disso resulta que não pode mais se constituir objeto de estranhamento a presença de um diálogo entre os representantes do Poder Judiciário e os demais Poderes da República, em ordem a obter — *pela ação política que se projeta da governança judiciária* — as condições necessárias para, por exemplo, a aprovação de reformas institucionais e processuais que assegurem mais eficácia às atividades da Justiça, bem como em ações que promovam a internalização de direitos e deveres, a ressocialização de condenados, a higidez dos direitos fundamentais, a redução da litigiosidade, e outros matizes normativos e valorativos que ainda demandam concretização em nossa ordem jurídica e social.

(9) Sobre a ideia de políticas públicas no âmbito do Poder Judiciário, cf. FREITAS, Vladimir Passos de. Judiciário também deve ter as suas políticas públicas. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 22 set. 2013.

(10) Da Resolução n. 70/2009, do CNJ, destaco o rol dos valores inseridos no art. 1º, inciso III: "a) credibilidade; b) acessibilidade; c) celeridade; d) ética; e) imparcialidade; f) modernidade; g) probidade; h) responsabilidade social e ambiental; i) transparência."

(11) A Resolução n. 70/2009 do CNJ reforça essa participação na governança quando estabelece, no

seu art. 2º, inciso III, § 4º, o seguinte: "Os tribunais garantirão a participação efetiva de serventuários e de magistrados de primeiro e segundo graus, indicados pelas respectivas entidades de classe, na elaboração e na execução de suas propostas orçamentárias e planejamentos estratégicos." Mais adiante, no art. 6º-A, ao tratar do Encontro Nacional do Poder Judiciário, a mesma Resolução assegura a participação de tribunais, corregedorias e associações de Magistrados, inclusive nas reuniões de preparação (inciso III, §§ 1º e 2º).

Também no plano aparentemente interno, o **Judiciário precisa estabelecer diálogos com o Parlamento e com o Poder Executivo**, como sucede em temas como: remuneração dos magistrados e servidores, lei anual orçamentária, criação de novos tribunais, criação de cargos, dentre outros.

A ideia de *governança* também se relaciona com outro aspecto importante no Estado contemporâneo: o *accountability*, que pode ser singelamente compreendido como o dever de prestar contas, interna e externamente⁽¹²⁾.

A consecução dessa obrigação de governança implica a adoção de estratégias de interação com a sociedade civil e com os demais atores do sistema de justiça, esclarecendo as políticas judiciárias de otimização do uso dos recursos públicos, bem como fornecendo indicadores confiáveis para a avaliação, ainda que quantitativa, das atividades dos magistrados de todo o país.

Essa postura de abertura é emblemático exemplo da moderna *governança*: **a transparência é a pedra de toque da legitimação do Poder Judiciário**.

E, *a partir dessa imagem menos opaca e mais translúcida*, o Judiciário deve não somente dar exemplo, mas ser exemplo para todos os demais Poderes. Cuida-se de postura de eticidade que o legitima a concretizar, por exemplo, os princípios fundantes da Administração Pública, amalgamados no art. 37 da Constituição.

3. O Poder Judiciário: do modelo burocrático ao modelo democrático. Uma transição possível?

O enfrentamento do tema da *governança* também exige considerar as características do

Poder Judiciário no Brasil, nomeadamente o que sucedeu antes e depois da Constituição Federal de 1988; bem como os possíveis sopros de abertura e democracia após a Emenda Constitucional n. 45/2004.

É que compreender a historicidade de sua dinâmica interna muito revela sobre as condições em que certas críticas são feitas e, de outro lado, as possibilidades para se defender outro perfil de administração dos órgãos que integram a complexa e musciosa estrutura judicante no Brasil.

Para essa abordagem, adoto os modelos descritos por Koerner (1999), em texto elaborado à época do debate em torno da reforma do Poder Judiciário, em metodologia que me parece ainda guardar atualidade.

Para esse autor, os formadores de opinião sobre a questão do sistema de justiça e estrutura do Poder Judiciário poderiam ser caracterizados em várias posições, das quais, para os efeitos de nossos objetivos, destaco duas: *corporativo-conservadora* e *democrática*.

A posição *corporativo-conservadora* seria aquela que predomina nos atores judiciários dos estamentos mais elevados da estrutura judiciária (tribunais superiores e de 2º grau), ainda que também presente na opinião de outros. Para essa posição, as dificuldades por que passa o Judiciário não demandam grandes mudanças estruturais, tampouco um órgão administrativo de controle. Mais recursos orçamentários e modernização da legislação processual produziram avanços significativos para a melhoria geral do sistema.

Sobre esse modelo, pontuou Koerner:

A força desta posição resulta de seu caráter tradicional, pois ela se confunde com a própria formação do Judiciário independente no país. Acentuado durante o regime militar, o conservadorismo no Judiciário permaneceu intocado durante a transição democrática. Nesse processo, marcado pela continuidade dos quadros políticos e burocráticos, bem como dos modelos de

(12) É dentro dessa proposta de prestação de contas que se inserem diversas iniciativas do Conselho Nacional de Justiça e de seu Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), instituído pela Lei n. 11.364/2006, tendo como maior emblema desse esforço o Relatório Justiça em Números, divulgado anualmente. Note-se que o inciso II, do art. 5º da referida Lei dispõe que constitui objetivo do DPJ “desenvolver pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira”.

administração pública, não houve o debate nem as pressões políticas que conduzissem a mudanças profundas na forma de organização do Judiciário. (1999, p. 12)

É dizer: enquanto a Constituição Federal de 1988 amplificou as garantias institucionais – inclusive ao assegurar o *autogoverno* do Judiciário –, bem assim o papel do Judiciário no cenário da República, **não se viu, por outro lado, um debate sobre o funcionamento interno de seus órgãos**, razão pela qual, de modo geral, **mantiveram-se as tradicionais estruturas administrativas** e modelos de gestão, tendo como marca a grande concentração de atribuições nas figuras, por exemplo, dos presidentes dos tribunais.

Dá a oportuna observação de Koerner:

Assim, foram ampliados os poderes de controle do governo pelo Judiciário e sua independência externa, isto é, sua autonomia decisória em relação aos outros poderes do Estado, mas sem que houvesse a discussão do modelo segundo o qual seriam estabelecidas formas de controle político e social do uso de recursos públicos pelos órgãos administrativos do Judiciário. (1999, p. 13)

No entanto, como já destacado anteriormente, em polifonia com esse mesmo autor, esse modelo apresenta uma tendência (até de forma paradoxal) de arrefecimento da independência interna dos Juízes, tendo em vista o **grau de verticalidade nas relações administrativas**. Nessa ambiência, segundo Koerner, reforçam-se duas características que vão de encontro ao modelo de *governança*: **individualismo e isolacionismo**⁽¹³⁾.

A posição que defende um modelo mais democrático para o Poder Judiciário se apoia

não somente em uma expectativa de maior aproximação de seus membros com a sociedade, mas também no influxo dos valores constitucionais em suas decisões.

No aspecto da administração, esse modelo permitiria uma maior desconcentração dos atos de gestão, bem como uma maior integração/participação dos membros da Magistratura nas deliberações internas, como sublinhou Koerner:

Tal posição é defendida por alguns juízes, profissionais do direito e pesquisadores. De um ponto de vista corporativo, ela representa vantagens para a maior parcela dos juízes, não só os de primeira instância, em início de carreira, mas os que se situam em posições intermediárias. Esses juízes estão excluídos dos órgãos dirigentes e não participam das decisões relevantes sobre a política judiciária, em razão da concentração dos poderes de direção nos membros mais antigos dos tribunais superiores. Desta forma, a posição critica o controle da cúpula judicial sobre sua carreira e atividade, bem como a falta de controle sobre as decisões administrativas e disciplinares dos tribunais. As suas propostas ampliam a autonomia funcional dos juízes e sua participação na tomada de decisões. (1999, p. 14)

A distinção entre esses modelos ultrapassa apenas os domínios da administração judiciária, na medida em que o modelo conservador tende a recrutar e manter um tipo de magistrado mais burocrático, não somente na reprodução de métodos decisórios mais aproximados do positivismo francês, **mas também na passividade diante dos esquemas de gestão, reproduzindo-os, apenas.**

Noutras palavras, o modelo burocrático pouco oferece para a construção de uma identidade institucional do Juiz, bloqueando uma das vertentes mais importantes da *governança*, que é a ideia de integração/participação.

Mais do que isso: com o incremento da demanda pelo acesso à Justiça, esse modelo

(13) Ainda que, nesse contexto, não se possa minimizar a grande importância do movimento associativo de Magistrados, que tem funcionado, muitas vezes, como uma força de resistência na arena de tensão provocada pelo modelo conservador, uma vez que este não considera a desconcentração da tomada de decisões e a maior participação como vetores dirigentes da administração.

tem mostrado **progressivas evidências desse quadro de insuficiência**, como procurou resumir Tâmara de Azevedo Severo Alves Dias, a partir de aportes da administração científica:

O modelo burocrático, tão valorizado pelos líderes do passado, onde o gerente atuava verticalmente, com instrumentos puramente formais e normais, obedecendo à lógica hierárquica, vem demonstrando não ser mais suficiente, pois mais do que saber o que devem fazer, as pessoas querem oportunidades de utilizar seu conhecimento, talento e competências, e para sentirem-se importantes e envolvidas na construção do futuro da organização a que pertencem. Os líderes precisam descobrir que seu papel mudou de forma significativa; como consequência, o comportamento precisa também mudar. O desafio crítico em que se encontram se refere ao fato de assumirem novas responsabilidades, que devem estar envolvidas não apenas para o atendimento das metas organizacionais, como também para o desenvolvimento de pessoas e novos líderes capazes de dar continuidade ao constante processo de adaptação das organizações no contexto em que se inserem.

Nessa linha de raciocínio, um dos aspectos mais relevantes a ser tratado é da Gestão Judiciária principalmente, no papel do juiz administrador que busca soluções eficientes e práticas na conquista da produtividade através de mecanismos inovadores, comprometimento com a otimização de recursos públicos, desburocratizando procedimentos, produzindo recursos de qualidade e gerindo pessoas comprometidas e motivadas. (*O papel do juiz na gestão contemporânea*. Brasília-DF, mimeo, 2009, p. 13.)

Se o Juiz não se sente integrado ao sistema de administração judiciária, salvo em raras situações, não se pode seriamente falar em governança.

Essa é uma das razões pelas quais os projetos de metas de nivelamento⁽¹⁴⁾, por exemplo, têm causado tanta repercussão (e, muitas vezes, negativas) na base da Magistratura Nacional.

É que esses projetos não conseguem ultrapassar os biombos de insatisfação quanto à gestão interna dos órgãos judiciários, nomeadamente a forma de aplicação dos recursos, o debate prévio de projetos, as assimetrias estruturais e de pessoal, as políticas de criação de novos órgãos ou decisões de remanejamento dos existentes, dentre outros aspectos⁽¹⁵⁾.

Ainda que, de modo geral, a distinção entre esses dois modelos ainda me pareça válida e presente, há avanços que merecem registro.

A criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi, nessa perspectiva, uma das mais destacadas inovações da Emenda Constitucional n. 45/2004, na medida em que inovou no cenário tradicional da administração judiciária, agregando novos atores, com amplificados poderes de

(14) Conselho Nacional de Justiça, Resolução n. 70/2009, art. 2º, § 1º, inciso II.

(15) É de lembrar que a fixação de metas de nivelamento não decorre de uma decisão direta e vertical do Conselho Nacional de Justiça. Nos encontros preparatórios, de que trata a referida Resolução n. 70/2009, são coletadas propostas de metas dos representantes dos tribunais, ainda que algumas propostas também sejam feitas pelos membros do CNJ (o que sucedeu, por exemplo, com a Meta 18 para 2013, sobre o julgamento das ações de improbidade administrativa, tema sugerido diretamente pelo CNJ, a partir do seminário sobre o assunto, realizado entre 31 de maio e 1º de junho de 2012, em Brasília/DF, sob a coordenação do Conselheiro Gilberto Martins). Sucede que a forma de escolha desses representantes dos tribunais não está bem clara. Em alguns casos, sequer são Magistrados, e sim servidores que atuam nos órgãos de gestão de metas e/ou de planejamento estratégico dos tribunais. Por outro lado, também não se pode mensurar a qualidade do debate prévio em instâncias locais. Tudo isso facilita uma percepção, nem sempre exata, de que as metas de nivelamento são verticais. Essa percepção é, a partir desse quadro, habitualmente e simbolicamente apropriada ao nível local (dos tribunais e sua corregedoria), de forma a se lhe exigir cumprimento em vista da hierarquia administrativa, o que agudiza o estranhamento da base da Magistratura com os propósitos do planejamento estratégico do Poder Judiciário e das próprias metas como seu elemento integrador, embora não único.

supervisão administrativa e desenvolvimento de projetos: os conselhos administrativos⁽¹⁶⁾, encimados pelo Conselho Nacional de Justiça.

No que toca à Magistratura, a forma de composição do CNJ teve, a meu ver, forte influência do modelo conservador, já que não apresenta qualquer mecanismo de participação da coletividade dos Juízes na escolha de seus membros.

As indicações são feitas pelos tribunais superiores, o que, a meu ver, tem afastado o conteúdo de envolvimento dos membros do Poder, elemento indispensável para não só legitimar a atuação do órgão como projeção do coletivo, mas também para amplificar o debate em torno de projetos e propostas, o que seguramente haveria se a indicação fosse precedida de uma escolha pelo corpo e não só pela cúpula dos órgãos judiciários.

Mesmo registrando esse ponto de melhoria, tenho que a presença de representantes de todos os níveis da Magistratura na composição do CNJ e também dos Magistrados auxiliares na Presidência, na Secretaria-Geral, na Corregedoria e em outros órgãos internos do Conselho é sinal de avanço que não pode ser desprezado.

No caso da Secretaria-Geral, talvez seja um dos maiores avanços do Conselho Nacional de Justiça, na medida em que concretiza uma governança da Magistratura em desenho que chega mesmo a se distanciar do modelo conservador. Coordenando as tarefas executivas que emanam das decisões do Conselho e de sua Presidência, o Secretário-Geral espelha a virtude de uma governança que assenta a desconcentração administrativa, formando quadros e aplicando o olhar dos membros do Poder nas tarefas de gestão do Conselho⁽¹⁷⁾.

(16) Como o Conselho da Justiça Federal preexiste à Emenda n. 45/2004, a novidade ficou por conta do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (cf. art. 111, § 2º, inciso II, CF).

(17) No ano de 2013, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho também passou a contar com um Secretário-Geral integrante da carreira da Magistratura do

Também merece registro, nesse mesmo contexto, o fato de que o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), instituído pela Lei Federal n. 12.106/2009, para funcionar no âmbito do CNJ, também é, nos termos do seu art. 2º, coordenado por “*um juiz auxiliar, nomeado pelo Presidente do Conselho Nacional de Justiça e supervisionado por um Conselheiro, designado pelo Plenário*”.

Os dois outros maiores ramos do Poder Judiciário da União, a Justiça do Trabalho e a Justiça Federal, também têm seus conselhos superiores, sendo que o da Justiça Federal é, inclusive, anterior ao da Justiça do Trabalho. É que o Conselho Superior da Justiça do Trabalho foi criado pela Emenda n. 45/2004.

Em que pese, em ambos, o assento e o direito à voz terem sido assegurados às associações de classe dos Magistrados, não há sequer representatividade na composição, de acordo com os níveis da judicatura, estando ausentes, por exemplo, membros do 1º Grau de jurisdição⁽¹⁸⁾.

Nos tribunais regionais e estaduais, em especial a partir da Resolução n. 72/2009, ampliou-se a participação dos Juízes-auxiliares junto à denominada *alta administração*⁽¹⁹⁾ (presidência,

Trabalho. Também no Tribunal Superior Eleitoral, a Secretaria-Geral atualmente é titularizada por um Magistrado.

(18) No caso do CSJT, o Projeto de Lei n. 4591/2012, oriundo do Tribunal Superior do Trabalho e que dispõe sobre a sua estrutura e competências, pôde alterar um pouco esse quadro. É que o substitutivo, aprovado na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, passou a prever, na composição do Conselho, “*um Juiz do Trabalho, vitalício e titular de Vara do Trabalho, eleito pelo Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho*”. Caso aprovado, revela o texto um avanço, ao incluir representante do Primeiro Grau, ainda que reproduza o modelo conservador na indicação, e também seja em tese baixa a sua capacidade de influência em um colegiado administrativo de 12 membros.

(19) Adoto essa expressão “alta administração” apenas para destacar que, em muitos casos, no âmbito de

vice-presidência(s), corregedoria, escola judicial, etc.)⁽²⁰⁾.

Tenho insistido na importância dessa atuação, pois representa avanços em relação ao modelo tradicional e conservador das estruturas de gestão (cf. CHAVES, Luciano Athayde. 'O judiciário que queremos: reflexões sobre o planejamento estratégico do Poder Judiciário'. *Revista da Escola Nacional da Magistratura* (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n. 6, p. 356-374, nov. 2012).

Todavia, também aqui, é preciso reconhecer que o modelo de auxílio ainda é embrionário entre nós, e carece de maior debate quanto ao alcance de seus propósitos e poderes efetivos de gestão.

Apenas coadjuvar, muitas vezes ombreando-se com os demais servidores-assessores, não me parece que seja igualmente um desenho institucional que traduza *governança dos Juízes*. É preciso avançar na concretização de modelos de gestão descentralizada, em cujas linhas sejam atribuídas aos Juízes Auxiliares determinadas funções, observando-se, sempre, que eles são membros do Poder, mesmo — e principalmente — nas indispensáveis tarefas de administração.

Creio que, nessa questão dos Juízes Auxiliares, temos muitas etapas ainda para avançar.

Também destaco, nessa linha de progressos, o papel dos diretores de foro. Tenho teste-

determinado tribunal, cuida-se do último nível administrativo, a quem compete dar a última palavra.

- (20) A Resolução n. 72/2009 foi alterada, em 2012, pela Resolução n. 149, que acresceu outra hipótese de convocação de Juiz Auxiliar, ao dispor que: "[...] a Presidência do Tribunal também poderá convocar um juiz auxiliar para atuar exclusivamente na gestão e supervisão dos procedimentos relacionados aos precatórios e requisições de pequeno valor." Cuida-se de um avanço significativo, uma vez que o CNJ adotou essa possibilidade após o julgamento de casos de corrupção em setores de gestão de precatórios. A presença do Juiz na direção desse setor, auxiliando diretamente o Presidente, foi considerada como fundamental para a melhoria, a transparência e a segurança do sistema de execução indireta contra a Fazenda, aspecto considerado de profunda conexão com a ideia de autogoverno e governança do Poder Judiciário.

munhado que, em muitas localidades e em relação a diversos ramos do Poder Judiciário, **trata-se de um exemplo muito interessante de governança**, na medida em que proporciona integração dos juízes na administração da Justiça, como também projeta desconcentração da complexa tarefa de gerir os negócios públicos.

Além disso, essa experiência contribui decisivamente para o aperfeiçoamento do Magistrado nas atividades de gestão, formando-se, assim, quadros para oferecer, a tempo e modo, à alta administração, uma das atuais carências institucionais e motivo de fortes críticas da sociedade.

Sucedendo que, em muitos casos, essa tarefa de administração do foro não é sustentada por uma estrutura administrativa mínima, tampouco é assegurado ao Juiz diretor do foro autonomia para, ouvindo o coletivo dos juízes que atuam naquela localidade, definir a aplicação de recursos, humanos e materiais.

Nessa mesma linha, há exemplos de divisão da estrutura administrativa judiciária em regiões ou áreas, com o fito de proporcionar desconcentração⁽²¹⁾.

Mesmo na escolha dos dirigentes dos tribunais, onde pouco se avançou desde a redemocratização, há uma notícia que merece destaque.

No Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, foi aprovada emenda regimental, **assegurando uma consulta prévia a todos os magistrados para a indicação dos nomes para os cargos de direção do tribunal e da escola judicial**. Embora não tenha caráter vinculante, trata-se de uma interessante experiência de abertura político-administrativa⁽²²⁾.

- (21) Sobre o exemplo da Justiça de Santa Catarina, cf. ABREU, Cesar Augusto Minoso Ruiz. *Judiciário do novo tempo*. *Revista da Escola Nacional da Magistratura* (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n. 6, p. 334-55, nov. 2012).

- (22) Trata-se da Resolução Administrativa n. 18/2013, que apresenta o seguinte teor: "Art. 1º O processo de consulta previsto nos parágrafos 1º e 12 do art. 16 do Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho

Esses exemplos estão a revelar, em síntese, que a abertura democrática, de que é marco a Constituição Federal de 1988, não proporcionou um amplo debate acerca do modelo de administração judiciária, ainda que tenha assegurado o *autogoverno* ao Poder Judiciário.

Mesmo a Emenda n. 45/2004, apresentada como a primeira etapa da *reforma do Judiciário*, pouco avançou na direção de sua democratização interna.

Na leitura de Mattos e Bollmann, a democratização interna do Poder Judiciário deveria

*da 4ª Região reger-se-á na forma dos artigos que se-
guem. Art. 2º O processo de consulta será conduzido
por uma Comissão, formada por três integrantes,
sendo dois Desembargadores indicados pelo Pleno
do Tribunal e um Juiz indicado pela Associação dos
Magistrados do Trabalho da 4ª Região – AMATRA
IV. Parágrafo único. A Comissão de Consulta será
presidida pelo Desembargador mais antigo na carrei-
ra. Art. 3º O Pleno formará a Comissão de Consulta
até a primeira sexta-feira útil do mês de setembro e
indicará os nomes dos Desembargadores elegíveis
que comporão a nominata da consulta, nos termos
do art. 102 da Lei Complementar n. 35/1979. § 1º A
AMATRA IV indicará, até a primeira quinta-feira do
mês de setembro, o seu respectivo representante.
§ 2º A comissão indicará, no prazo de dois dias, o
servidor que atuará como seu secretário. Art. 4º A
nominata para eleição da Direção da Escola Judicial
será composta de todos os Desembargadores do
Tribunal, observado o art. 227-C do Regimento
Interno do Tribunal, admitida a recusa. Art. 5º Será
disponibilizado na rede interna do Tribunal, com
acesso restrito aos magistrados, espaço específico
para cada Desembargador constante da nominata
da consulta realizar apresentação única. Art. 6º A
consulta será realizada na última segunda, terça e
quarta-feira do mês de setembro, por voto secreto
em meio eletrônico, na rede interna do Tribunal.
§ 1º No espaço para votação, estarão indicados os
nomes constantes das nominatas, sendo que cada
juiz consultado votará em dois nomes, na forma pre-
vista no § 1º do art. 16 do Regimento Interno, e dois
nomes para a Escola Judicial, na forma do art. 227-C,
do Regimento Interno. § 2º Após concluído o voto,
o magistrado receberá um comprovante eletrônico
do ato, sem indicação do conteúdo da sua escolha.
Art. 7º A apuração dos votos será concluída até às
10 h do dia subsequente ao da consulta, sendo o
resultado divulgado pela Presidência do Tribunal e
encaminhado ao Tribunal Pleno. Art. 8º Os casos
omissos serão decididos pela Comissão de Consulta.
Art. 9º A presente Resolução Administrativa entra
em vigor na data de sua publicação.”*

ser um corolário da própria abertura demo-
crática que se inaugura a partir da Assembleia
Constituinte que promulgou o atual Texto
Fundamental. E mais: deveria tê-lo feito na
exata medida em que se procurou democrati-
zar o acesso à justiça e assegurar aos seus Juízes
as garantias mais amplas para o exercício da
jurisdição.

Nas palavras desses autores:

Se a prática democrática é determinada pela
Constituição ao Estado, ela deve influen-
ciar não só a atividade final do Judiciário,
mas também as suas relações internas. É a
democratização interna que interioriza os
valores necessários para sua prática externa,
sob pena de haver uma incompatibilidade
genética que cause ruídos à atividade juris-
dicional, refletindo, por consequência, na
própria sociedade.

Logo, no âmbito da democratização do
Poder Judiciário, dentre de suas atividades-
-meio, são medidas que devem ser buscadas
como técnicas para fortalecimento dos
valores democráticos: (1) eleição dos diri-
gentes do Poder Judiciário pelos Juízes; (2)
ampliação da participação dos Juízes nas
decisões dos conselhos (CNJ, CJF e CSJT),
seja diretamente, seja indiretamente, por
meio das associações; (3) garantia de par-
ticipação dos juízes na gestão orçamentária
dos tribunais; e (4) aprimoramento dos
mecanismos de planejamento estratégico
dos tribunais (MATTOS, Fernando Cesar
Baptista de & BOLLMAN, Vilian. *Democra-
cia e Poder Judiciário: propostas para uma
nova justiça brasileira. Revista da Escola
Nacional da Magistratura* (Associação dos
Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n.
6, p. 311, nov. 2012).

Portanto, mesmo na experiência após a
Emenda n. 45/2004, pode-se concluir que os
avanços em temas relacionados à gestão judiciária
não se mostram suficientes para assegurar a
ideia de que houve uma transição do modelo
conservador para um modelo democrático,

isto é, de maior participação do coletivo dos Magistrados.

Nesse contexto, a ideia de governança é, portanto, ainda um objetivo a ser alcançado.

4. Os Magistrados e a administração judiciária: protagonistas da governança do sistema de Justiça ou atores de sua disfuncionalidade

É papel do Juiz a administração das *coisas* da Justiça? É correto esperar dele o exercício dessas funções ou é disfuncional essa atividade?

Essas indagações me parecem constituir o *leitmotiv* daqueles que sustentam que um dos problemas da ineficiência do Poder Judiciário é a entrega da gestão de suas estruturas e seus recursos a magistrados, que não teriam a capacidade técnica para cumprir esse papel, **ainda que se compreenda que a Constituição Federal assegurou a autonomia institucional** (administrativa, orçamentária e financeira) aos tribunais.

Pesquisando sobre o atual perfil institucional do Poder Judiciário, destacou Maria Tereza Sadek que é possível afirmar a existência de uma relação direta (ou seja, do tipo causa-efeito) entre a qualidade ou eficiência da gestão e a redução de bloqueios processuais, isto é, cujo resultado, se positivo, seria o “*incremento significativo de desempenho*”.

E reconhece a prof.^a Sadek que a administração eficiente do sistema de justiça somente entrou muito recentemente na agenda do Poder Judiciário:

A rigor, nem os cursos de Direito, nem as escolas de Magistratura costumavam reservar espaços em sua grade de disciplinas para questões relacionadas à gestão administrativa e financeira. Apesar dessa deficiência, exigia-se do juiz ‘algo’ muito além de sua formação como bacharel, ou seja, que ele também fosse um administrador. Esta expectativa até poderia ser razoável quando a complexidade era menor e o número de processos acentuadamente

inferior. Certamente deixou de ser com a progressiva complexidade e com a extraordinária multiplicação na demanda pelos serviços do Poder Judiciário (SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: uma nova construção institucional. *Revista da Escola Nacional da Magistratura* (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n. 6, p. 404, nov. 2012).

Ainda que sua abordagem não chegue a concluir pela inconveniência da protagonização do Juiz nos atos de gestão e, portanto, de governança, **sua crítica é apropriadamente bem destinada a um problema de formação.**

No entanto, como vimos, **o modelo conservador não integra ou pressupõe essa integração necessária do Juiz na administração da Justiça.** É pouco diagnosticar que ele é o gestor de sua unidade judiciária, quando sabemos que o nível de autonomia, tradicionalmente, é muito baixo.

Logo, em linha de princípio, **sustento que esse problema de formação é corolário do próprio modelo vigente, que do Juiz, em geral, pouco se exige, fomenta, conserva ou estimula no que se refere à governança.**

Mais direta, no entanto, é a crítica que faz o Poder Executivo ao papel do Juiz na administração dos órgãos judiciários.

Com destaque para a frase “Juiz não deve gerir”, a revista eletrônica Consultor Jurídico divulgou matéria sobre a manifestação do Secretário da Reforma do Judiciário (órgão vinculado ao Ministério da Justiça), Flávio Crocce Caetano, em evento realizado no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, segundo a qual “*o problema do Judiciário está na gestão dos tribunais*”:

Segundo Caetano, é preciso criar duas novas carreiras no Judiciário: uma para a gestão do tribunal e outra para administrador jurídico. “*O juiz tem uma excelente formação jurídica e deve se empenhar nessa função, e não em administrar*”, defende. O primeiro cargo, segundo ele, seria responsável pela

administração do tribunal, e o segundo para acompanhar o juiz e ser seu braço direito em questões administrativas do gabinete. (Disponível em <www.conjur.com.br>. Acesso em 21.09.2013.)

A proposta do Secretário da Reforma, no mesmo evento, foi recebida com convergência pelo presidente daquele tribunal, que afirmou, de acordo com a mesma fonte: “*Nós precisamos de um gestor. O juiz deve julgar e não ser um gestor*”, mesma opinião compartilhada pelo presidente da Ordem dos Advogados, seccional São Paulo, também presente ao evento.

Parece-me, no entanto, que reconhecer que há problemas no desenho e na dinâmica funcional da administração judiciária **não implica desqualificar os atores centrais da instituição, os membros do Poder, os Juízes, como protagonistas de uma governança** para os tribunais.

A percepção da baixa qualidade e/ou eficiência da administração judiciária é resultado, certamente, de um processo multifatorial. Mas não se pode afastar um argumento que me parece muito razoável: **a centralização da gestão resulta que a Magistratura, a rigor, e de forma coletiva, jamais foi convidada a participar desse processo.**

Talvez, por isso, não se cogite de uma maior preparação dos graduados em Direito, ou mesmo candidatos à Magistratura, nos temas relacionados com a gestão, administração ou governança. Ademais, **porque se exigir essa preparação se é rarefeita a tarefa de gerir a máquina judiciária?**

O que é mais interessante, no enfrentamento desse tema, é que, em muitos países (Espanha, Portugal, França e Argentina, por exemplo), é ponto central da *agenda institucional de suas Magistraturas uma maior autonomia administrativa do Judiciário*, que ostenta a fundamental independência funcional, mas é dependente do Poder Executivo para todo o mais no que se refere à administração (contratação de servidores, equipamentos, estrutura física e sua manutenção).

É dizer, aquilo que temos, o **autogoverno, é algo que o Judiciário de outros países almejem.** E por quê?

Como acentua Zaffaroni, o *autogoverno* é atividade que está impregnada da própria ideia de independência da Magistratura (1995, p. 35). Por essa razão, **não me parece uma escolha possível aos Juízes. Pelo contrário, ter o controle de seu espaço e de suas estruturas é elemento fundamental para assentar sua independência.**

Por isso, **não deve impressionar que o Judiciário seja praticamente o único alvo dessas críticas.** Vários outros órgãos públicos (parlamentos e universidades, por exemplo) são autogovernados, **sem qualquer crítica quanto à capacidade ou incapacidade de seus gestores.**

Não se pode pensar em *autogoverno* do Judiciário, como projeção de sua independência, se os juízes, interna ou externamente, estão a depender das decisões políticas de gestores (servidores-diretores) ou membros do Poder Executivo. A autonomia administrativa, como faceta do autogoverno, não permite esse nível de delegação.

Entre nós, de outro lado, a Resolução n. 70/2009 do CNJ, em sua virtude, **concita os juízes a incorporarem a gestão judiciária no seu rol de *expertises*, porque é da boa gestão que pode fluir uma melhor justiça.**

Nessa pisada, tenho que as propostas de retirada dos Magistrados da cena da gestão, privando-lhes da *governança*, podem implicar, na raiz, **queda no nível de sua independência** e, por outro lado, concretizar uma ideologia: deixando-se o Juiz dependente quanto à gestão das coisas da Justiça, fragiliza-se sua autonomia, em risco, portanto, à própria democracia, que somente se fortalece com Juízes independentes, em todos os matizes.

O autogoverno do Poder Judiciário está, como vimos, assegurado na Constituição Federal. Porém, isso não quer dizer que tenhamos, nos nossos órgãos judiciários, um cenário de

governança, com desconcentração administrativa, participação, democracia interna, qualificação, dentre outros elementos indispensáveis para uma eficiente prestação de serviços.

Longe disso. A falta de democracia interna, mercê do resistente modelo de gestor burocrático, próprio do modelo conservador, tem bloqueado uma mudança que todos esperamos nessa área da administração.

É por isso que os atuais estudos de ética na Magistratura não se descuidam desse aspecto da formação do Juiz, voltado à sua qualificação técnica para assumir, em todo o seu potencial, tarefas de gestão.

No magistério do Desembargador José Renato Nalini (Ética para um judiciário transformador. São Paulo: RT, 2011, p. 39), a despeito das qualidades do magistrado contemporâneo, *“cumprirá melhor as suas obrigações se aperfeiçoar os trâmites, fluxos e praxes judiciais, adotar sistemas ótimos para gerenciar os processos, administrar bem as pessoas e criar um ambiente colaborativo. Liderar é compreender que o juiz não é apenas um técnico elaborador de peças jurídicas. É um profissional polivalente”*.

Nessa perspectiva, insere-se no rol de *experts* do magistrado, a serem desenvolvidos nos cursos de formação inicial ou continuada, os saberes atinentes à administração judiciária, em ordem a ampliar o conjunto de competências indispensáveis para o exercício regular de suas atividades.

Por isso, o argumento *ad hominem* (ou *falácia*) não pode amplificar as propostas de retirada dos Magistrados de suas funções de gestão, na medida em que ainda é muito recente a percepção de que precisamos avançar mais na formação e recrutamento de profissionais mais preparados para esses desafios.

E mais: não se pode negar que a **governança dos Juízes decorre diretamente da Norma Fundamental**. Por isso, cabe aos Magistrados a liderança da gestão, com a imprescindível colaboração dos auxiliares de gestão, integrantes

dos estratos de assessoramento superior, e dos demais servidores:

O juiz estará sempre à frente de uma equipe de profissionais, compondo um microsistema responsável por uma fatia da prestação jurisdicional de toda a instituição. Daí por que ele estará incumbido da função de administrar essa equipe, atividade-meio à sua função principal de prestar jurisdição, diretamente responsável pelo seu sucesso. O juiz que souber administrar sua equipe oferecerá à sociedade uma prestação jurisdicional mais ágil e eficiente. O próprio Presidente de Tribunal, quando um bom administrador⁽²³⁾, encontrará soluções criativas, ousadas e inovadoras capazes de conjugar eficiência com custo reduzido. Nesse contexto, considerando a importância desse atributo ao magistrado moderno, é imprópria a discussão acerca do perfil desse novo modelo (ALVES, 2009, p. 12).

No entanto, de nada adianta essa preparação se não houver igualmente avanços na desconcentração administrativa e na ampliação da participação de maior número de Magistrados nessas atividades.

E esse processo de desconcentração é fundamental, em ordem a — progressivamente — ter-se a **formação de quadros**.

Um gestor local se prepara para ser um diretor de um grande foro. Por sua vez, este prepara-se para exercer outros cargos na sequência de sua carreira, de modo que, mais adiante, na posição de presidente do tribunal, por exemplo, não teria, em tese, dificuldades para entender de temas como orçamento público, gestão de pessoas, etc.

(23) Nosso grande desafio, em termos de planejamento estratégico, e, portanto, de mais longo prazo, é assegurar que as boas práticas e as políticas públicas, debatidas e aprovadas democraticamente no âmbito de cada tribunal, consigam normalmente ultrapassar o biênio da gestão de um(a) presidente de tribunal. O caráter mais permanente do Poder Judiciário e de seus juízes (cf. Alexander Hamilton, *Os federalistas*) nos permite pensar em mais perenidade de ação.

O modelo atual, ao contrário, implica na recorrente frase pronunciada por líderes institucionais: “*administrar é complicado; não nos preparamos para isso*”; “*a burocracia pública é por nós desconhecida*”, dentre outras.

Visando o enfretamento desse quadro, faz o Desembargador Cesar Ruiz Abreu uma interessante proposta, que se relaciona com a criação do *Conselho de Gestão, Modernização, de Políticas Públicas e Institucionais* no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Considerando que integra esse Conselho a chamada Alta Administração (presidente, vice-presidente, corregedor e vice-corregedor), sob a fiscalização e controle do Tribunal Pleno, propõe que a execução das decisões do Conselho não seja delegada aos servidores do tribunal, como costuma acontecer, mas a membros do próprio Poder, com as seguintes características:

Seria o auxiliar uma espécie de executivo, com a função de dar cabo a duas tarefas fundamentais: a) ajudar o presidente e a cúpula diretiva do tribunal na tomada de decisões, trazendo à discussão a opinião da máquina administrativa; e b) supervisionar o cumprimento dessas diretrizes políticas encetadas pelo Tribunal Pleno.

Diretamente ligado ao presidente, e por este escolhido pessoalmente, com ele despacharia as matérias não delegadas e de maior significação administrativa ou política. Esse modelo evitaria: *primeiro*, a impropriedade da subdelegação de atribuições à pessoa não qualificada como membro de Poder; e, *segundo*, reservaria ao presidente maior tempo à adequada e eficiente representação da instituição e ao exame mais apropriado das opções políticas fundamentais, para pensar e refletir sobre os grandes temas que angustiam o Judiciário, seus agentes e a quem servem, a sociedade (ABREU, 2012, p. 351-2).

E arremata:

A escolha de um desembargador para o exercício de função de controle administrativo da execução das decisões políticas do Presidente do Tribunal e de sua cúpula diretiva parece constituir uma garantia de eficiência e um passo decisivo em prol da comunidade administrativa e do Governo Judiciário, a partir do Tribunal Pleno. (ABREU, 2012, p. 352.)

O que me parece importante nessa proposta é a percepção da necessidade/oportunidade de maior participação do *corpo da Magistratura* na sua governança.

Preocupa-me, sobremaneira, que atualmente seja elevado o nível de delegação de poderes de gestão a não membros do Poder. Por isso, essa proposta inova, **ao considerar a presidência de um tribunal ou mesmo um conselho de administração o centro gravitacional da governança**, orbitando em torno do seu eixo diversos níveis e matizes de atores – Magistrados – na consecução de suas políticas.

Na execução de suas tarefas, certamente, esse *corpo* contará com o apoio indispensável dos servidores, alguns especializados em áreas de progressiva importância (como tecnologias da informação). Essa atividade coadjuvante, no entanto, não pode se constituir no centro gravitacional, como hoje, na prática, sucede em decorrência da alta concentração de tarefas na alta administração dos tribunais, aspecto gerador da disfuncionalidade que tenho presente: o *governo dos juízes* nem sempre é dos juízes.

Por isso, **tenho insistido no risco da propagação da ideologia que desqualifica a Magistratura**: no limite, trata-se de uma ideia que, **ao tempo em que ignora toda a historicidade de baixa participação democrática do *corpo* da Magistratura nas coisas do Judiciário**, também acaba por **fragilizar a independência funcional desse Poder**.

E essa fragilização do *autogoverno*, na percepção do *corpo*, resulta na perda de autonomia e independência individual. O Juiz que

se vê de tudo dependente e não protagoniza internamente, é mais susceptível à cooptação, seja por questões funcionais (progressões na carreira, remoções, retribuições e vantagens), seja mesmo, como projeção das primeiras, em sua própria higidez de consciência ao distribuir jurisdição.

Por fim, enfrento outra crítica ao papel do Juiz como protagonista da gestão judiciária, qual seja, a de que essa função lhe retiraria de sua atividade-fim, que é a de prestar jurisdição.

Tenho como frágil a crítica, na medida em que a própria Constituição Federal não tomou essas funções como incompatíveis. Além disso, creio que é possível, no nível da maioria dos órgãos jurisdicionais, combinar harmonicamente as duas tarefas, na medida da desejável razoabilidade.

Assim, não vejo inconveniência ou prejuízo à jurisdição que o Juiz busque se integrar nos planos de *governança* de sua instituição, interagindo no plano geral e no seu local de atuação. O mesmo se aplica aos integrantes dos tribunais, que também assumem a tarefa habitual, por exemplo, de gerir seus gabinetes, seções, turmas e/ou câmaras.

Por certo que, em determinadas tarefas (presidentes de tribunais, corregedores, diretores de grandes foros, Juizes Auxiliares, dentre outras), a dedicação deve ser integral. No entanto, nessas hipóteses, o afastamento temporário dos Magistrados para a consecução dessas atividades de *governança* é mais compensado com os ganhos institucionais que seu trabalho pode oferecer. É dizer: os resultados da *governança* são diretamente experimentados pela atividade-fim, pois a elevação da qualidade institucional, o incremento de novos recursos (humanos e materiais) e a implementação de novos fluxos de trabalho e de tecnologias (inclusive da informação) trazem benefícios diretos para a prestação jurisdicional.

Assim, a dedicação do Magistrado nessas tarefas — total ou parcialmente — é medida impregnada de progressos para o Poder Judiciário.

Nesse contexto, é muito reducionista a leitura de que nossos problemas no sistema de Justiça estão relacionados com as funções de gestão exercidos pela Magistratura.

Os espaços de avanços neste tema são tantos que, somente após uma nova institucionalização do Poder Judiciário, na qual a *vontade de Constituição* (Konrad Hesse) se traduza num ativismo dos Magistrados na direção da governança, poderiam as críticas à administração da justiça ser levadas a sério.

Na quadra atual, as hostis investidas à gestão do Judiciário devem ser tomadas como a tradução de uma ideologia política tendente apenas ao enfraquecimento da Magistratura brasileira.

5. Considerações finais

A redemocratização política, cujo marco jurídico é representado pela Constituição Federal de 1988, reforçou as garantias do Poder Judiciário, dentre as quais a garantia do *autogoverno*.

Trata-se de um desenho de organização política de grande importância, almejada por vários outros sistemas de justiça comparados.

Nada obstante, mantiveram-se, em grande medida, os traços tradicionais de gestão típicos do **modelo conservador**, marcado por forte concentração das funções administrativas, desenho que pouco foi alterado após a Emenda n. 45/2004.

Nesse perfil, a ideia de *governança*, que sugere participação e formulação de políticas estratégicas e mais duradouras, sofre grandes bloqueios e limitações, e não permite que a Magistratura, enquanto *corpo*, exerça suas funções no âmbito da administração judiciária na extensão compatível com os desafios da atual demanda social por eficiência e transparência.

Alia-se a esse bloqueio o curso de uma **ideologia de desqualificação técnica dos Juizes** para o exercício de suas funções de gestão, circunstância que ostenta grande potencial de fragilização do Poder Judiciário, e, no limite, **arranha sua independência**.

Em que pese a presença de alguns avanços importantes, **ainda estamos distante da concretização do modelo democrático**, que considere que o *autogoverno*, na perspectiva da *governança* do Poder Judiciário, não se alcança sem mecanismos como **desconcentração administrativa, participação do corpo da Magistratura nas coisas da Justiça e diálogo institucional**.

Por isso, creio que o problema não é considerar a presença do Juiz nos atos de gestão uma disfuncionalidade, mas sim proporcionar as condições funcionais e institucionais para que a *governança* seja efetivamente exercida pelos Juízes.

Somente a partir da presença de um contexto desse porte é que poderemos, criticamente, avaliar os caminhos a trilhar, no sentido da eficiência da administração da Justiça e, ao final, da própria qualidade do sistema de Justiça que temos.

Nessa ótica, **jurisdição e administração devem estar em simbiose na agenda e na *ethos* (Weber) dos Juízes**, já que ambas as funções derivam diretamente da Constituição Federal. Por isso, desse destino, os Magistrados não podem se esquivar, como lembra a inesquecível admoestação de Mário Moacyr Porto: “*a Magistratura – como toda atividade artística – não é uma profissão que se escolhe, mas uma predeterminação que se aceita.*” (cf. *Estética do direito*)

6. Referências bibliográficas

ABREU, Cesar Augusto Minoso Ruiz. Judiciário do novo tempo. *Revista da Escola Nacional da Magistratura* (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n. 6, nov. 2012.

AKUTSU, Luiz; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, São Paulo, jan./jun. 2012.

CHAVES, Luciano Athayde. O judiciário que queremos: reflexões sobre o planejamento estratégico do Poder Judiciário. *Revista da Escola Nacional da*

Magistratura (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n. 6, nov. 2012.

DALLARI, Dalmo. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIAS, Tâmara de Azevedo Severo Alves. *O papel do juiz na gestão contemporânea*. Brasília-DF, mimeo, 2009.

FALCÃO, Joaquim. A governança do Judiciário. *Correio Braziliense*, Brasília, 16 dez. 2010.

FREITAS, Vladimir Passos de. Judiciário também deve ter as suas políticas públicas. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 22 set. 2013.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: 1999.

_____; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KOERNER, Andrei. O debate sobre a reforma judiciária. *Novos Estudos*. CEBRAP, n. 54, julho 1999.

MATTOS, Fernando Cesar Baptista de; BOLLMAN, Vilian. Democracia e Poder Judiciário: propostas para uma nova justiça brasileira. *Revista da Escola Nacional da Magistratura* (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n. 6, nov. 2012.

NALINI, José Renato. *Ética para um Judiciário transformador*. São Paulo: RT, 2011.

PORTO, Mário Moacyr. *Estética do direito*. Disponível em: <www.portal.tce.pb.gov.br/2011/05/estetica-do-direito/> Acesso em: 29 set. 2013.

SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: uma nova construção institucional. *Revista da Escola Nacional da Magistratura* (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n. 6, nov. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

VIANNA, L. W. *et alii*. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Fabris, 1995.

ZAFFARONI, E. R. *Poder Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Sobre a perspectiva crítica à luz da aplicação da Súmula n. 268 do TST na processualística trabalhista

Geovane de Assis Batista^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo oportuniza ao leitor uma perspectiva crítica sobre o problema da interrupção na contagem do lapso prescricional bienal no processo do trabalho à luz da aplicação da Súmula n. 268 do TST e do inciso XXIX, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988, trazendo à baila o entendimento doutrinário e pretoriano, bem assim sugestões para solução da problemática denunciada.

Palavras-chave:

- ▶ Súmula n. 268 do TST — Prescrição — Interrupção — Suspensão — Analogia.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Desenvolvimento
 - ▶ 2.1. O tempo e a prescrição
 - ▶ 2.1.2. Conceito
 - ▶ 2.1.3. Marco inicial
 - ▶ 2.2. A ação trabalhista e a prescrição bienal
 - ▶ 2.3. O arquivamento
 - ▶ 2.3.1. A interrupção da prescrição e a questão da subsidiariedade das fontes normativas no direito processual do trabalho
 - ▶ 2.4. Interrupção e suspensão da prescrição: aproximações e distanciamentos
 - ▶ 2.5. A Súmula n. 268 do TST: a ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição
 - ▶ 2.5.1. Posicionamento dogmático
 - ▶ 2.5.1.1. Posicionamento antidogmático

(*) Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região (BA). Mestre em Filosofia (UFBA). Doutorando em Filosofia (UCSF — Orientador: Dr. Juan Carlos Pablo Ballesteros).

- ▶ 2. 6. A circularidade das causas e dos efeitos
- ▶ 2.7. O arquivamento e a contagem do prazo da prescrição biennial
- ▶ 2.8. Sobre uma perspectiva fenomenológica da Súmula n. 268 do TST
- ▶ 2.9. Previsão de existência e aplicação analógica da “suspensão da prescrição” no processo do trabalho
 - ▶ 2.9.1. O uso da expressão “suspensão da prescrição” na casuística trabalhista
 - ▶ 2.9.1.1. O princípio da reserva legal: um aparente contraponto à aplicação analógica da “suspensão da prescrição”
- ▶ 3. Considerações finais
- ▶ 4. Referências bibliográficas

Introdução

De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, o Código de Processo Civil e a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, desde que não ocorra motivo relevante, a ausência do Reclamante à audiência *inaugural*⁽¹⁾, importará declaração de extinção do processo, sem resolução de mérito, e consequente arquivamento dos autos da reclamatória. Somam-se aos efeitos do arquivamento, a interrupção da prescrição biennial e a garantia de o trabalhador poder propor nova ação em face do mesmo Reclamado.

Acerca dessa temática, diz a Súmula n. 268 do TST que *a ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos*. Dessa assertiva, três questões têm despertado o interesse do presente trabalho. A primeira reside em saber qual o marco inicial a ser considerado para efeito do recomeço da contagem do prazo prescricional de uma reclamação trabalhista arquivada: a data do ajuizamento da primeira demanda, ou a do arquivamento? A segunda

é consequência da primeira: recomeçando a recontagem do prazo prescricional da data da primeira demanda, ou da do arquivamento, com quanto tempo ainda contará o autor para promoção da segunda queixa: dois anos, ou o tempo remanescente para concretude do biênio prescricional? Por fim, saber se a uniformização jurisprudencial do TST andou bem ao usar, na Súmula n. 268, a locução “interrompe a prescrição”, no lugar de “suspende a prescrição”.

Com o desejo de encontrar respostas adequadas a essas inquietudes é que surge o vertente artigo com o objetivo de promover a determinação e o alcance da contagem do biênio prescricional no processo do trabalho à luz da Súmula n. 268 do TST e dos textos consolidado e constitucional. Para consecução desses fins, far-se-á um recorte metodológico tomando de empréstimo as noções que a lei (substantiva e processual), a jurisprudência e a doutrina oferecem ao exegeta para compreensão dos institutos do arquivamento, da interrupção e da suspensão da prescrição na processualística trabalhista, levando sempre em conta o marco constitucional.

Ainda nos limites da Súmula n. 268 do TST, fica acertado aqui que a investigação se

(1) Termo recorrente na processualística trabalhista nos casos em que a audiência é suspensa e adiada para data futura (diz-se aí que a audiência foi fracionada).

circunscreverá à órbita da prescrição bienal e dos pedidos idênticos à primeira reclamação trabalhista, ficando afastada, assim, toda discussão em derredor da prescrição quinquenal e das ações arquivadas e renovadas com pedidos distintos.

Em fina consonância com as balizas estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, parece oportuna a contribuição do presente trabalho, na medida em que tenta oferecer uma intencionalidade sobre a contagem da prescrição bienal à luz da Súmula n. 268 do TST, especialmente por tratar de tema recorrente e de elevada repercussão nos patrimônios dos contendedores que transitam nos pretórios trabalhistas.

Sob esse prisma, revela-se justificado o desejo de que os intérpretes e aplicadores do direito positivo laboral possam dispor de novos elementos *ressignificativos* aqui evidenciados, elementos esses capazes não só de garantir o aprimoramento e continuidade da justiça perante as querelas oriundas da relação capital-trabalho, como também evitar soluções impulsionadas pelo pragmatismo hermenêutico, que, muitas vezes, insiste em enrijecer velhas soluções que o tempo consumiu, e cuja insistência no *presente das coisas passadas* só pode se justificar enquanto chave para abertura de novas significações jurídicas. Para além disso, tudo é anacronismo a ser refutado.

2. Desenvolvimento

2.1. O tempo e a prescrição

2.1.2. Conceito

2.1.3. Marco inicial

O tempo. Que é isso? “Se ninguém me pergunta, eu sei; porém, se quero explicá-lo a quem me pergunta, então não sei.” — responde Santo Agostinho nas *Confissões*⁽²⁾. Mudando o que deve ser mudado, eis um quadro aporético que parece já ter sido experienciado por quem já foi chamado a declarar e explicar o significado

de determinado fenômeno que se lhe apresentou. Não obstante, há quem arrisque a dizer que o tempo constitui um fato natural, ou artificial. O passar dos segundos, dos minutos, das horas, dos dias, das semanas, dos meses, dos anos, dos séculos são exemplos de medidas cronológicas artificiais, ou seja, medidas sociais engendradas pelo homem na arte de tocar sua existência.

No entanto, o tempo pode ser mais que um fato natural ou humano. É também um *fato jurídico*⁽³⁾ que se diz de vários modos. Um desses modos é a prescrição, cuja natureza jurídica é consubstanciada na potencialidade de o decurso do tempo criar, modificar, conservar e/ou extinguir direitos. A prescrição, enquanto fato jurídico, pode se revelar ao homem de modo positivo ou negativo. No primeiro caso, o decorrer do tempo prescricional é contabilizado de forma a aumentar o patrimônio do sujeito, como a usucapião⁽⁴⁾. No segundo, o tempo que flui implica uma ameaça ou efetiva perda patrimonial. A propósito, a Constituição Federal de 1988 preconiza que a todo direito corresponde uma ação, e que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito⁽⁵⁾. Mas o exercício desse direito não é *ad aeternum*, já que sujeito à afetação do tempo consubstanciado na prescrição extintiva ou liberatória, podendo, assim, deixar de existir.

Em harmonia com o Texto Constitucional e com a racionalidade da prescrição extintiva do direito de ação, diz o art. 189 do CC que: “Violado o direito, nasce, para o titular, a pretensão⁽⁶⁾, a qual se extingue, pela prescrição,

(3) No dizer de Orlando Gomes (1977, p. 269): “[...] no sentido lato, é todo acontecimento, dependente, ou não, da vontade humana, a que o Direito atribui efeito.”

(4) Na lição de Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 138): “[...] usucapião é a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei.”

(5) Inc. XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

(6) “19. Ainda a propósito da prescrição, há um problema terminológico digno de especial ressaltar. **Trata-se de saber se prescreve a ação ou a pretensão.** Após amadurecidos estudos, preferiu-se a segunda solução, por ser considerada a mais condizente com o Direito Processual contemporâneo, que de há muito superou

(2) 2004: Conf. XI, 17, p. 338.

nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.” Citando a doutrina de Clóvis Bevilacqua, registra José Náufel⁽⁷⁾ que a *prescrição* é a perda da ação atribuída a um direito, durante um determinado espaço de tempo, em consequência do seu não uso. Para esse renomado processualista, não é a falta do exercício do direito que lhe tira a existência. O direito pode conservar-se inativo por longo tempo, sem, contudo, perder a sua eficácia: é o não uso da ação que lhe atrofia a capacidade de reagir.

Contudo, de acordo com Agnelo Bonfim Filho⁽⁸⁾, em sua memorável obra *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, há um ponto que deve ficar bem ressaltado, porque interessa fundamentalmente às conclusões do presente estudo. A propósito, acentua o jurista que os vários autores que se dedicaram à análise do marco inicial da prescrição fixam-no, sem discrepância, no nascimento da ação, ou seja, na *actio nata*. Por conseguinte, o nascimento da ação ou da pretensão se dá pela violação de um direito. Diz ainda Agnelo que, Savigny, no capítulo de sua monumental obra dedicada ao estudo das condições da prescrição, incluiu, em primeiro lugar, a *actio nata*, pontificando que ela se caracteriza pela existência de um direito atual, suscetível de ser reclamado em Juízo; e pela violação desse direito.

Anota ainda a doutrina de Câmara Leal, para quem, sem a exigibilidade do direito, quando ameaçado ou violado ou não satisfeita sua obrigação correlata, não há ação a ser exercitada; e, sem o nascimento desta, pela necessidade de garantia e proteção ao direito,

a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos. É claro que nas questões terminológicas pode haver certa margem de escolha opcional, mas o indispensável, num sistema de leis, é que, eleita uma via, se mantenha fidelidade ao sentido técnico e unívoco atribuído às palavras, o que se procurou satisfazer nas demais secções do Anteprojeto.” Disponível em: <<http://carlosnascimento.adv.br/blog/archives/7831>>.

(7) 1984, p. 751.

(8) FILHO, RT 744/755.

não pode haver prescrição, porque esta tem por condição primária a existência da ação. Insiste Agnelo que, segundo a expressão romana, duas condições devem sempre respeitar a ação, para se considerar nascida (*nata*): um direito atual atribuído ao seu titular e uma violação desse direito, à qual tem ela por fim remover.

Na perspectiva desses pensadores, o momento que inicia o curso da prescrição, o marco inicial prescricional, é o nascimento da ação — *actione nondum natae non praescriptibur*. Comungando com essa concepção, e recepcionando a supletividade do Código Civil⁽⁹⁾, o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região vem firmando entendimento no sentido de que, pelo princípio da *actio nata*, a prescrição inicia seu curso no instante em que nasce, para o autor do direito, a ação, em seu sentido material⁽¹⁰⁾. Assim é que, ante o dano ou a lesão, ou a ameaça de sofrê-los, nasce para o agente passivo o direito subjetivo ao exercício da ação, que, todavia, por vontade ou à revelia do autor, pode deixar de ser exercitado.

2.2. A ação trabalhista e a prescrição bienal

O legislador constituinte da Carta Republicana Federativa do Brasil de 1988 não foi omissos quanto ao instituo da prescrição. Além de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores urbanos e rurais, ele elencou o de ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho⁽¹¹⁾.

Embora não seja objeto deste trabalho, note-se que, sob o véu da prescrição quinquenal,

(9) Art. 189 c/c o parágrafo único do art. 8º, da CLT: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição [...]”.

(10) Processo n. 0000178-68.2012.5.05.0161 – RecOrd, Ac. n. 150543/2013, rel. Des. Edilton Meireles, 1ª Turma, DJ 12.6.2013.

(11) Inc. XXIX, do art. 7º, da CF/88. Nessa mesma linha, os incisos I e II, do art. 11, da CLT.

é fácil perceber que o legislador se valeu do fenômeno da *presentificação*⁽¹²⁾ de eventual dano patrimonial trabalhista sofrido pelo trabalhador ao longo da relação contratual para demarcar os limites do exercício da ação. Já sob a baliza bienal, e que substancialmente constitui o núcleo duro deste trabalho, o legislador da Lei das Leis fez com que os créditos assegurados com a *presentificação* fossem agitados por meio de ação dentro de dois anos, a contar da extinção do contrato de trabalho.

Como se vê, não obstante a dialética jurídico-filosófica em derredor da permissividade da ingerência do Estado na subjetividade do cidadão de perdoar, ou não, seu agressor na relação travada entre o capital e o trabalho, o legislador constitucional, revestido da autoridade representativa popular, bateu o martelo e impôs limites temporais para as irresignações e exercícios acionários. Ao fazê-lo, não abandonou, contudo, o princípio da *actio nata*, para fins de aferição do marco inicial prescricional. Ao contrário, além de acolhê-lo, garantiu ao trabalhador o direito de agitar sua ação no momento mesmo em que sofrera o dano (*actio nata*), ou, querendo, postergá-lo para seu exercício dentro de dois anos a contar da data da extinção da relação de emprego⁽¹³⁾ — malgrado a perda de eventuais créditos tragados pela prescrição quinquenal.

No nicho da prescrição bienal, outro fenômeno jurídico-trabalhista também afeta

diretamente o exercício do direito de ação. Trata-se do instituto do arquivamento.

2.3. O arquivamento

Tomando de empréstimo os estudos de José Náufel, diz-se *arquivamento* a ação ou o efeito de arquivar. Segundo esse dicionarista das coisas jurídicas, trata-se também de termo jurídico empregado para significar que um processo (*sic*)⁽¹⁴⁾ é guardado ou recolhido ao arquivo da repartição ou juízo em que se encontrar, por não ter preenchido certas formalidades de lei, por não ter cabimento, ou por já está concluído.

A Consolidação das Leis do Trabalho não é omissa acerca do arquivamento. Em sintonia com o princípio da oralidade que rege o processo do trabalho, o legislador consolidado exige que o Reclamante e o Reclamado estejam presentes na audiência de instrução e julgamento, independentemente do comparecimento de seus representantes, salvo nos casos de reclamações plúrimas ou ações de cumprimento, quando os empregados poderão fazer-se representar pelo sindicato de sua categoria. A observância dessa formalidade pelos litigantes é de tal envergadura que o não comparecimento do reclamante à audiência designada importará arquivamento da reclamação, exceto se ocorrer algum motivo relevante, quando então poderá o Juiz suspender o julgamento, sem resolução do mérito, designando nova audiência.

Ademais, o reclamante que, por duas vezes seguidas, der causa ao arquivamento, incorrerá na pena de perda ou suspensão, pelo prazo de seis meses, do direito de reclamar perante a Justiça do

(12) Ou seja, o de tornar presentes as coisas passadas: “[...] presentificar a través del recuerdo o de la expectativa [...]”; una presentificación ou apercepción, ou seja, “[...] hacer presente aquello que no lo es, ya sea porque fue percebido en el pasado — en cuyo caso, hablamos del recuerdo o rememoración — o porque aún no la ha sido, lo cual constituye una expectación.” Eis uma inferência que se toma de empréstimo de Carmen B. González, em seus estudos sobre a fenomenologia segundo a perspectiva de Edmund Husserl (GONZÁLEZ, 2007, p. 330).

(13) Eis a hipótese mais factível, haja vista o receio obreiro de ser despedido ao se valer desse direito no curso do contrato, especialmente aqueles trabalhadores desprovidos de garantia no emprego, como o dirigente sindical, por exemplo.

(14) Não é de boa técnica jurídica usar a expressão “arquivamento do processo”. O aceite tem lugar apenas do ponto de vista linguístico. Juridicamente é melhor dizer: arquivamento dos autos (conjunto de documentos) do processo ou “arquivamento dos autos processuais”. Se bem que, com o advento do PJe (Processo Judicial Eletrônico) na Justiça do Trabalho, essas expressões significarão apenas uma representação quântica, metafísica — no sentido vulgar mesmo: para além do físico.

Trabalho. Mas o rigor dessa medida vem sendo mitigado pelo entendimento pretoriano, sob o argumento de que o reclamante somente pode ter seu direito de demandar na Justiça do Trabalho após apuração de sua infração, mediante prévio procedimento administrativo no qual lhe seja assegurado o amplo direito de defesa.

Assim é que, em atenção aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, para que seja aplicada a pena prevista no art. 731, da CLT, deve ser instaurado auto infracional para apuração dos motivos que deram causa aos arquivamentos; não havendo nos autos prova da ocorrência de tal procedimento, inaplicável se tornará *in casu* o instituto da perempção prevista no diploma consolidado.

Este posicionamento jurisprudencial é importante porque vai ao encontro não só do que será dito no próximo subtítulo acerca da distinção entre interrupção e suspensão da prescrição, como também da exegese que se deseja fazer sobre a Súmula n. 268 do TST.

2.3.1. A interrupção da prescrição e a questão da subsidiariedade das fontes normativas no direito processual do trabalho

Para José Náufel⁽¹⁵⁾, a *interrupção* é o ato de interromper; de fazer cessar por algum tempo; de cortar ou impedir a continuação de um discurso, de um prazo. Nesse contexto, pode-se falar, por exemplo, em *interrupção da prescrição* ou, como preferem alguns, interrupção do lapso prescricional; ou ainda: interrupção do tempo que fluía.

A Consolidação das Leis do Trabalho e a Constituição Federal não cuidaram do instituto da *interrupção da prescrição*. Não obstante, reza o art. 769 da CLT que, 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. Segue-se, desse preceptivo consolidado, a abertura para a supletividade do Código de Processo Civil à Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive nas questões relacionadas à interrupção prescricional, como sói ocorrer com o art. 219 do CPC. Por ele, a citação válida, entre outros efeitos, além de tornar prevento o juízo, tem o condão de interromper a prescrição. Na esteira da supletividade, cumpre ainda pontuar o disposto no § 1º, do art. 219, do CPC, ao prescrever que a *interrupção da prescrição* retroagirá à data da propositura da ação.

Os estudiosos do processo do trabalho também admitem a possibilidade de o Código Civil constituir fonte subsidiária do Texto Consolidado. A propósito, diz o art. 8º deste Diploma que a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirá, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do 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.

Realmente, de modo mais preciso, preconiza o parágrafo único do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho que o Direito Comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. Aqueles que se filiam a essa corrente ratificam o argumento elegendo o art. 202 do Código Civil, que, taxativamente, enumera as causas que interrompem a prescrição, além de enfatizar a advertência no sentido de que a interrupção somente poderá ocorrer uma vez.

Prescrição. Interrupção. O artigo 202 do Código Civil só admite uma única interrupção da prescrição. A intenção do legislador ao criar a restrição é de clareza solar. As interrupções da prescrição não devem eternizar-se, posto que geram não só insegurança jurídica,

(15) 1984, vol. III, p. 639.

mas protelam a solução dos conflitos e premiam a parte que repetidamente colabora para que a ação abandone o procedimento prematuramente, como ocorre nos casos de arquivamento.⁽¹⁶⁾ (grifo nosso)

A temática da subsidiariedade das normas substantivas e adjetivas ao direito obreiro está diretamente implicada com a questão da pertinência, ou não, das respectivas aplicações quando a lacuna tem por objeto a interrupção da prescrição à luz da Súmula n. 268 do TST, principalmente quando sabido que basta a aplicação do critério da especialidade, em que a norma da CLT, de caráter especial, deverá prevalecer sobre a geral do Código Civil⁽¹⁷⁾. Uma dessas questões é saber se é possível a aplicação simultânea dessas fontes no direito processual do trabalho, mesmo quando compatíveis a ele? A outra, se o uso de uma dessas fontes constituiria a causa excludente da outra? Para se chegar às respostas adequadas, impõem-se alguns esclarecimentos prévios acerca da interrupção e da suspensão da prescrição trabalhista, analisando os distanciamentos e as aproximações segundo o olhar doutrinário e jurisprudencial.

2.4. Interrupção e suspensão da prescrição: aproximações e distanciamentos

É certo que a diferença entre a *interrupção da prescrição* e a *suspensão da prescrição* não vem expressa pelo legislador. Mas, de acordo com o princípio da não contradição, é possível inferi-la tacitamente quando da confrontação entre as seções I e II, do Capítulo I, do Título IV, do Código Civil, em que, na primeira (arts. 197/198 e 199), desfilam as causas que impedem ou suspendem a prescrição e, na segunda (art. 202), as que interrompem.

(16) Acórdão n. 20060104990; Decisão: 21.2.2006; Tipo: RO01; Num: 02190; Ano: 2004; Número Único Proc: Ro01 – 02190-2003-025-02-00 Ro; Órgão Julgador – Terceira Turma; Fonte DOE SP, PJ, Trt 2ª; Data: 14.3.2006; relatora Eliane Aparecida da Silva Pedroso.

(17) DAMASCENO; CALLADO, 1995, p. 9.

A palavra esclarecedora sobre esses assuntos parece ter lugar na doutrina. Com efeito, segundo os estudos de Carlos Roberto Gonçalves⁽¹⁸⁾, a *interrupção da prescrição* implica ato comissivo do autor, “[...] extinguindo o tempo já decorrido, que volta a correr por inteiro [...]”. O protesto cambial impulsionado por um cidadão é exemplo de causa que interrompe a prescrição, conforme a inteligência do inc. III, do art. 202, do CC. Já a *suspensão da prescrição* é caracterizada pela necessidade de previsão legal, cujo prazo volta a fluir somente pelo tempo restante. Cite-se como exemplo os incapazes de que trata o art. 3º, do CC⁽¹⁹⁾. Contra eles, a prescrição não ocorre, quedando suspensa até que uma das condições suspensivas previstas no parágrafo único ocorra.

Suspensão e interrupção de prazo: não há confundi-los ante a clareza com que os distingue o código de processo. No primeiro caso, contam-se os casos já transcorridos aos das férias, passando os desta, *in albis*, e adicionando-se os vencidos depois. Na interrupção, o tempo anterior é considerado inexistente e o prazo começa a correr de novo.⁽²⁰⁾

Em harmonia com Gonçalves, entende Maria Helena Diniz⁽²¹⁾ que, na interrupção, há inutilidade da prescrição iniciada, de modo que seu prazo recomeça a correr da data do ato que a interrompeu ou do último ato do processo que a interromper. Aduz, ainda, a civilista⁽²²⁾ que a interrupção “[...] produz efeito no passado, inutilizando o tempo transcorrido, e no futuro, determinando o reinício da prescrição, recontando-se o prazo prescricional, como se nunca houvesse fluído”. Quanto à *suspensão da prescrição*, seu ponto de vista não difere muito

(18) 2005, p. 480.

(19) Art. 3º do CC: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.”

(20) Processo: RE 32584. Relator (a): AFRANIO COSTA. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 12.12.1957 PP-16455 EMENT. VOL.-00326-02 PP-00453.

(21) 2003, p. 339.

(22) DINIZ, 2003, p.340.

do de Gonçalves. Para ela, a suspensão tem por efeito a paralisação temporária do curso da prescrição, que volta a correr quando superado o fato suspensivo, sendo, contudo, computado o tempo decorrido antes dele.

Tem-se, assim, que, na *interrupção da prescrição*, o fluxo inicial do prazo prescricional não é computado, ou seja, ele é tido como se jamais houvesse iniciado, já que a recontagem do prazo é devolvida por inteiro. Logo, a cada momento em que a prescrição é interrompida fica assegurada a devolução total do prazo. Já na *suspensão da prescrição*, a contagem do fluxo prazal recomeça do exato momento em que se deu o evento que paralisou sua fluidez. Nesse caso, computam-se sempre o tempo decorrido e o que ainda estava por fluir. Enquanto, na *interrupção da prescrição*, a devolução do prazo é total, na suspensão da prescrição, devolve-se apenas o tempo que sobeja, mas sempre com aproveitamento do já decorrido.

Há, contudo, um ponto que aproxima os institutos da interrupção e da suspensão da prescrição, a saber: em ambos, a contagem do tempo prescricional é paralisado. Nessa linha, pode-se dizer que a *interrupção paralisa a prescrição*, ou que a *suspensão paralisa a prescrição*.

Pontuadas as distinções e aproximações entre a interrupção e a suspensão da prescrição sob a perspectiva doutrinária, é hora de tentar compreendê-las, no tópico seguinte, sob a rubrica da Súmula n. 268 do TST.

2.5. A Súmula n. 268 do TST: a ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição

Diante da lacuna deixada pela norma consolidada acerca da interrupção da prescrição, além da subsidiariedade do CPC e do CC, a jurisprudência pretoriana, especialmente a do Tribunal Superior do Trabalho, tem se revelado outra fonte supletiva importante no preenchimento dos vazios legislativos para solução das controvérsias no processo trabalhista. A Súmula n. 268 do Tribunal Superior do Trabalho

é uma dessas fontes integrativas. De acordo com a nova redação que lhe foi dada, *a ação trabalhista, ainda que arquivada, tem o condão de interromper a prescrição, relativamente aos pedidos idênticos*.

Colocada em relevo a distinção entre a interrupção e a suspensão da prescrição no processo do trabalho, à primeira vista, não parece absurdez afirmar que as causas suspensivas estão para além do objeto tratado nessa Súmula, visto que seu núcleo central é a *interrupção da prescrição*.

A desconsideração da análise conceitual da locução *suspensão da prescrição* no seio da Súmula n. 268 do TST é de fato mais real do que aparente. Mas essa realidade é lamentável e deve ser corrigida porque incrementa um distanciamento analítico cujo véu constitucional parece não autorizá-la, enquanto paradigma que anima e que deve sempre animar a construção jurisprudencial trabalhista.

Tal desprezo ou desinteresse ou até mesmo a falta de percepção lógica — ainda que essa omissão não seja deliberadamente intencionada — tem levado os exegetas a incorrerem em equívocos no enfrentamento das questões relacionadas à contagem do biênio prescricional; e pior: com manifesto prejuízo a um dos jurisdicionados, sobretudo quando em tela o instituto do arquivamento de demandas trabalhistas.

O enfrentamento da temática da *suspensão da prescrição* à luz da Súmula n. 268 será decisivo para compreensão do objeto do presente artigo. Mas a didática aconselha que a coloque entre parênteses por algum tempo, até que as noções sobre a *interrupção da prescrição* sejam mais aclaradas.

Seguindo a redação da Súmula n. 268 do TST, parece, a princípio, não haver qualquer controvérsia quanto ao fato de o ajuizamento da reclamação trabalhista interromper o prazo prescricional, mesmo que ela venha a ser arquivada na forma preconizada pelo art. 844 da CLT. A considerar negativa essa proposição —

como se pretende demonstrar aqui — é preciso então voltar às inquietudes introdutórias e investigar qual o marco inicial a ser considerado para fins do recomeço da contagem do prazo prescricional com vistas ao ajuizamento de nova demanda trabalhista: a data da primeira reclamação, ou a do arquivamento? Sendo uma, ou outra a resposta, com quanto tempo ainda contará o autor para promoção de uma segunda queixa: dois anos, ou apenas o tempo remanescente para concretude da prescrição bienal? Qual a solução provinda do direito?

Por conta da *interrupção da prescrição* grafada, há aqueles que interpretam a Súmula n. 268 do TST advogando a tese de que o advento do arquivamento da reclamação não tem o condão de afastar do trabalhador o direito à propositura da segunda demanda. Até aí nenhum problema. Ele só começa a existir a partir do momento em que passa a admitir que o tempo transcorrido até o arquivamento seja completamente inutilizado, sendo garantido ao autor da reclamatória arquivada o direito à propositura de nova ação trabalhista, bem assim a nova recontagem do prazo prescricional, como se este nunca houvesse fluído, pelo que ainda disporia o autor de mais dois anos para exercitar a nova demanda. Essa corrente doutrinária e jurisprudencial parece apoiar-se no §1º, do art. 219 do CPC, que assim reza: “*A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.*”

2.5.1. Posicionamento dogmático

O argumento é juridicamente razoável, precisamente por contar não só com as noções doutrinárias de Maria Helena Diniz e de Carlos Roberto Gonçalves acerca da caracterização do instituto da interrupção da prescrição quanto ao direito do postulante à nova contagem de prazo como se o primeiro não houvesse transcorrido. Subleva-se a juridicidade na medida em que se alonga com a mão da supletividade do art. 769, da CLT. Aliás, de outra forma não vem se posicionando a jurisprudência:

A interrupção susta a contagem do prazo prescricional já iniciada, eliminando-se o prazo já transcorrido, quando observados os pressupostos legais. Assim, inicia-se novamente a contagem do prazo bienal quando respeitados os critérios referidos na Súmula n. 268 do TST, oposição da primeira reclamação dentro do prazo bienal, contra a mesma reclamada e elaboração de pedidos idênticos aos postos na ação anterior.⁽²³⁾ (grifo nosso)

A crença na oportunidade de um novo início da contagem do prazo para ajuizamento de nova demanda trabalhista, como se o primeiro nunca houvesse decorrido, tem sido fortalecida pela ciência jurídica trabalhista, máxime por se aproximar de um dos princípios norteadores do Direito do Trabalho, a saber: o da *norma mais favorável ao trabalhador*. Por esse princípio, “[...] havendo pluralidade de normas, com vigência simultânea, aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se optar pela mais favorável ao trabalhador⁽²⁴⁾”. Dito de outro modo, toda vez que ocorrer dúvida quanto à aplicação da norma supletiva — se a do CC, ou do CPC, por exemplo — deverá prevalecer a que melhor atenda ao objeto do Direito do Trabalho: a proteção do trabalhador. Aliás, esse é o norte que também tem tomado a jurisprudência pretoriana: “Diante do princípio da proteção, peculiar ao Direito do Trabalho, havendo conflito entre duas normas aplicáveis a uma mesma relação jurídica de emprego, há de prevalecer, sempre, a que mais favoreça ao empregado.”⁽²⁵⁾

Contudo, esse modo de significar a contagem do prazo prescricional não pode ser aceito pacificamente.

2.5.1.1. Posicionamento antidogmático

Com efeito, em que pese o brilhantismo da argumentação que defende a renovação da

(23) Processo n. 0000201-71.2013.5.05.0551 – RecOrd, Ac. n. 160883/2013, relatora Desembargadora Nélia Neves, 4ª Turma, DJ 27.8.2013.

(24) SILVA, 1999, p. 65.

(25) TRT de Santa Catarina, rel. Juiz Umberto Grillo (SILVA, 1999, p. 97).

contagem do prazo prescricional bienal, ainda que sob o manto de um dos pilares principiológicos do Direito do Trabalho, essa não é a exegese a ser abraçada pelo presente trabalho, exatamente por revelar antinomias irredutíveis. A primeira delas é valer-se do argumento da supletividade do CPC, sem observar que o § 1º do art. 219 tem por móvel apenas a ação, sendo silente quanto ao problema do arquivamento. Ora, para que a supletividade pudesse ser agitada sem o arranhão da incompatibilidade mencionada no art. 769 da CLT, imprescindível que o legislador adjetivo, na esteira da regra de exceção, pontuasse, por exemplo, que, com o arquivamento, a interrupção da prescrição retroagiria à data da propositura da ação.

Outra incongruência reside no fato de sustentar que o trabalhador que teve a reclamatória interrompida ainda continuará fazendo jus ao prazo de dois anos para o ajuizamento de nova demanda. Essa linha de raciocínio, além de não resolver o problema da contagem do prazo prescricional a partir do arquivamento, coloca em xeque a pedra de toque que radica o instituto da prescrição, a saber: a não perpetuação dos conflitos.

Não se pode olvidar que a prescrição bienal no processo do trabalho tem natureza constitucional — consoante se pode notar na harmonia do inc. II, do art. 11, da CLT com o inc. XXIX, do art. 7º, da CF/88 —, e, como tal, não pode aproveitar a um contendor (Reclamante) em detrimento de outro (Reclamado). Se a distinção em favor do trabalhador é da essência do Direito do Trabalho, esse tratamento assimétrico não pode ser acolhido pelo Direito Processual do Trabalho, tampouco e, sobretudo, pela Constituição Federal de 1988, já que ambos se movem por outros princípios, como o do tratamento isonômico dos protagonistas processuais. Conforme ensina Amauri Mascaro Nascimento⁽²⁶⁾, a “[...] prescrição é matéria de ordem pública constitucional [...]”

(26) 2012, p. 426.

visando à segurança jurídica, bem maior cuja consecução é assegurada pelos ordenamentos”.

A vingar a pretensa garantia do trabalhador à infinita prorrogabilidade do biênio, a cada interrupção da prescrição, instalada estará uma empreitada odiosamente ofensiva ao devedor, já que sempre se encontrará na iminência de ser surpreendido com mais uma reclamatória. A perpetuação do privilégio do credor implicaria perpetuação do sofrimento do devedor — hipótese que — se, absurdamente, aceita — colidiria frontalmente com o norte que orienta o homem em toda sua existência: a constante busca da paz no convívio social.

Secundado por Agnelo Amorim Filho⁽²⁷⁾, ensina Pontes de Miranda que o instituto da prescrição serve à segurança e à paz pública. E é este, precisamente, o ponto de vista que, de modo geral, prevalece a respeito do assunto, na doutrina e na jurisprudência — embora ainda haja quem procure apresentar, como fundamento do mesmo instituto, o castigo à negligência, a aplicação do princípio *dormientibus non succurrit ius*.

Olvidar que o *telos* da prescrição é a garantia da segurança jurídica e da paz pública seria o mesmo que admitir a hipótese de múltiplos arquivamentos e sucessivas aberturas de novos biênios para propositura de novas ações, como estranhamente parece ser possível para o festejado processualista Ísis de Almeida⁽²⁸⁾, ao assim doutrinar: “Arquivamento pedido – A pena em si não parece ser tão pesada, pois não impede que o reclamante volte com o mesmo pedido contra o mesmo reclamado; uma, duas, três e quantas vezes mais isto seja possível [...]”.

A considerar tal conjectura, impõe-se a seguinte lógica: para cada causa, um efeito. Seria mesmo possível na processualística trabalhista o concurso de causalidade e efeitos *ad infinitum*, sem observância das peias constitucionais?

(27) RT 744/755).

(28) ALMEIDA, 1991, p. 46.

2.6. A circularidade das causas e dos efeitos

Com a devida licença do posicionamento de David Hume⁽²⁹⁾, nada contra a lógica das causas e dos efeitos. O problema é que causas infinitas podem produzir efeitos infinitos. Para o processo do trabalho, por exemplo, a infinitude dessa circularidade é malfazeja e angustiante, na medida em que jamais será possível encontrar o termo final do direito à propositura de reclamações⁽³⁰⁾, já que, para cada arquivamento, a pretensão inicial dá azo à nova ação. Admitida tal possibilidade, a chicana processual já não seria uma ofensa à dignidade da Justiça, mas, por mais absurdo que pareça, um lícito exercício do autor a infinitas ações arquivadas contra o mesmo Reclamado.

Aceita ainda a circularidade consubstanciada no pretensão direito à contínua devolução do biênio a cada reclamação aforada a partir do arquivamento — como parece decorrer da exegese assecuratória da aplicação da “interrupção da prescrição” no processo do trabalho —, haveria aí uma supervalorização do interesse particular em detrimento do interesse público, o que se revela manifestamente vedado pela parte final do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

É bem certo que, como visto acima, a circularidade parece encontrar justificativa na inteligência dos arts. 731 e 732 da CLT, porquanto, segundo esses dispositivos, o arquivamento de duas reclamações seguidas importará perda do direito de renovar os pedidos da reclamatória

por seis meses, contados da data do segundo arquivamento.

No entanto, a mitigação, nos termos aí colocados, é mais aparente do que real. A garantia de mais dois arquivamentos não tem o condão de refrear a circularidade pautada na sempre devolução da recontagem do biênio legal, e sim de fomentá-la — conformemente se pode inferir da doutrina de Ísis de Almeida⁽³¹⁾, ao defender que a terceira e quarta vezes para propositura da reclamatória estão asseguradas ao autor, sem outra restrição. Isso porque, para esse processualista, não há a perempção de instância do processo civil, ou seja, a perda do direito da ação contra o mesmo réu.

Quanto a essa circularidade não se opõe, já que parece razoável a defesa no sentido de que os arquivamentos e sucessivas ações não constituem um mal à segurança e à paz jurídicas se sedimentados dentro das condições estabelecidas pelos arts. 731 e 732 da CLT e do disposto no inc. XXIX, do art. 7º, da CF, que prescreve a observância do lapso prescricional de dois anos. A insurgência que se impõe à circularidade infinita das causas e efeitos na processualística trabalhista não pode ser aceita quando agitada nos termos do parágrafo anterior. Todavia, se essa mesma circularidade implicar extrapolação do marco constitucional de dois anos, o rechaço será manifesto.

Portanto, com vistas ao cômputo real do prazo prescricional gizado pela legislação processual trabalhista — e indubitavelmente o texto constitucional é um deles —, há sempre que observar e computar: (1) a data da extinção do contrato de trabalho, (2) a do aforamento da primeira demanda e, conforme o caso, (3) a do respectivo arquivamento — mas sempre observando (4) o tempo que eventualmente remanesça para correta contagem da prescrição bienal.

Nesse contexto, a circularidade das causas e efeitos no processo do trabalho é possível

(29) Sobre a impropriedade apodítica das causas e efeitos, consultar: HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Ed. 70, 1989. É que, para Hume, a causa não produz um efeito necessário, mas arbitrário. Tome-se, como exemplo, a arte de beber água: normalmente, se bebe para matar a sede. Mas pode ocorrer de a água ser usada apenas para ajudar na ingestão de um comprimido. Para Hume, o efeito não passa de uma indução e como tal não pode ter o caráter assecuratório da certeza...

(30) Em que pese a sombra da prescrição quinquenal, cuja análise foge à temática aqui proposta.

(31) *Idem*.

nos termos dos arts. 731 e 732 da CLT, e desde que, com o advento dos arquivamentos, novas reclamações somente possam ser agitadas desde que observem o tempo que remanesce para configuração do biênio prescricional.

Se o empregado deu causa ao arquivamento de ação por duas vezes consecutivas, sendo-lhe por isso aplicada a penalidade de que cogita o art. 732 da CLT, o prazo de seis meses da perda do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho deve ser adicionado ao tempo decorrido entre a despedida e o ajuizamento da ação para efeitos de contagem de tempo prescricional.⁽³²⁾

Repita-se, portanto: extrapolado o biênio legal, abusiva e maculadora do texto constitucional será a decisão judicial que albergar a proposição que tenta eternizar o direito subjetivo de ação e o respectivo incômodo do direito de defesa, pois como já advertido por Ísis de Almeida, o arquivamento constitui uma pena que, em si, não parece ser tão pesada, pois não impede que o reclamante volte com o mesmo pedido contra o mesmo reclamado uma, duas, três e quantas vezes mais — eis o que importa constitucionalmente observar — “isto seja possível”.

2.7. O arquivamento e a contagem do prazo da prescrição bienal

Pois bem. A interpretação sistemática da Súmula n. 268 do TST, com os contornos das normas consolidadas, substantivas, adjetivas e constitucionais fomentam a razão no sentido de que, para fins de configuração definitiva do biênio prescricional, a contagem do prazo para propositura da reclamação de um autor que teve a primeira reclamação tocada pelo arquivamento recomeça a correr da data em que este fora decretado, e não da do ingresso da primeira reclamação. Nessa linha, veja-se a seguinte ementa jurisprudencial:

O Enunciado n. 268 desta Corte dispõe que a ação trabalhista arquivada interrompe a prescrição. Na espécie, não se discute se as ações

têm pedidos idênticos. A controvérsia cinge-se ao momento em que reinicia a contagem do prazo prescricional, se da propositura da primeira ação ou do seu arquivamento. Dispõe o art. 173 do Código Civil anterior que ‘a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper’ (grifo nosso). *Sendo assim, o início do biênio prescricional para propositura de nova ação reinicia da data do arquivamento (último ato praticado no processo), quando se deu a cessação da causa interruptiva e, não, do ajuizamento da primeira ação.* Recurso de Revista conhecido e provido. (grifo do articulista)⁽³³⁾

Apesar de o *caput* do art. 202 do Código Civil preconizar que a interrupção da prescrição só seja possível uma vez, não é desse dispositivo que se servirá a hipótese aqui sugerida, já que, como demonstrado alhures, a interrupção, na esteira do arquivamento, se opera múltiplas vezes no processo do trabalho. Decisões como a que segue, com o devido respeito, colidem com a inteligência da supletividade assegurada pelo art. 8º, da CLT:

Prescrição. Art. 11 da CLT. Vários arquivamentos sucessivos. Impossibilidade. A prescrição só pode ser interrompida uma vez, conforme art. 202 do CC, aplicável ao processo trabalhista por força do art. 8º da CLT. Arquivada a primeira reclamação, renova-se o prazo quinquenal e o bienal, que voltam à estaca zero. Se a reclamação for renovada e em seguida novamente arquivada, extingue-se instância, isto é, não pode mais o interessado ingressar com uma 3ª e uma 4ª reclamação sobre o mesmo objeto.⁽³⁴⁾

A restrição encetada (*a interrupção da prescrição somente poderá ocorrer uma vez*), não pode ser recepcionada para, com isso,

(32) TRT da 12ª Região, 2ª T., RO n. 1572/94. DJSC 30.9.94, p. 54, rel. Juiz Umberto Grillo.

(33) TST-RR- 48993/2002-900-09-00, 3ª Turma, relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 27.2.2004.

(34) Acórdão n. 20050704278; DECISÃO: 6.10.2005; TIPO: RS01; Núm: 01510; ANO: 2005; Número único proc.: RS01 – 01510-2004-027-02-00 ROS; Órgão Julgador – Nona Turma; Fonte DOE SP, PJ, TRT 2ª; Data: 4.11.2005; relator Luiz Edgar Ferraz de Oliveira.

chancelar a supletividade do CC, haja vista a incompatibilidade de sua aplicação ao Texto Consolidado, ante o direito de o trabalhador poder propor mais de uma reclamação à luz do parágrafo único do art. 8º c/c os arts. 731 e 732 da CLT. Como acentua o saudoso Arnaldo Süssekind⁽³⁵⁾, “[...] as leis do trabalho estão à margem do Direito Comum, se movem em outro plano, se inspiram em outros princípios, respondem a outras necessidades bem diversas e têm objetivos distintos”. Nesse sentido, a delimitação civilista da interrupção da prescrição a apenas uma vez revela, no particular, flagrante incompatibilidade com o processo do trabalho, ante a possibilidade factível de sucessivos arquivamentos enquanto respeitar o limite prescricional de dois anos.

No entanto, se fosse possível pular o muro da incompatibilidade supletiva do instituto da interrupção da prescrição gizada pelo art. 202 do CC ao Texto Consolidado, a análise do parágrafo único desse preceptivo substantivo — que preconiza que “a *prescrição interrompida* começa a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para interromper” — revela que o marco inicial da contagem do prazo prescricional deve sempre levar em conta o arquivamento. A propósito, é possível ver que, da analítica desse parágrafo, exsurtem três locuções lapidares para corroboração da exegese do instituto do arquivamento no processo do trabalho à luz da Súmula n. 268 do TST — mais acentuadamente no que se refere à contagem do prazo prescricional atingido pelo fenômeno jurídico da interrupção, a saber: (a) “A prescrição interrompida começa [...]”; (b) “[...] a correr [...]”; (c) “[...] da data do ato que a interrompeu [...]”.

Observa-se, no primeiro caso (a), uma alusão expressa ao verbo *começar*, que, tomado no infinitivo, quer ele significar a existência de dois começos: exercitado o primeiro começo, ainda é assegurado ao autor da demanda arquivada um de novo começo. No segundo

(b), patente a ideia de movimento a partir de um determinado ponto. E no último (c), a revelação do marco inicial do recomeço de um movimento que fora interrompido. Esse marco inicial é a “[...] a data do ato [...]” que interrompeu o movimento da prescrição⁽³⁶⁾.

Como sabido, no processo do trabalho, o ato que também interrompe a prescrição é o arquivamento. Inteligência da Súmula n. 268 do TST. Isso importa dizer que a interrupção da prescrição bienal deve, necessariamente, implicar um recomeço da contagem do prazo a partir (“a correr”) da data do arquivamento, e não da do ingresso da primeira demanda. Mudando-se o que deve ser mudado, parece ser esse o sentimento de Ísis de Almeida⁽³⁷⁾:

Ora, se *no curso dos vinte e quatro meses do prazo prescricional* — contado a partir da rescisão do contrato —, o reclamante desde logo já perde seis meses; e se há uma demora maior na propositura das duas reclamações e na realização da audiência inaugural de cada uma — à qual ele não compareceu — não será difícil chegar-se aos dois anos fatais, antes que lhe seja permitido propor a terceira reclamação, que estará total e irremediavelmente perdida se a dissolução de seu contrato de trabalho ocorreu há mais de dois anos dessa última data.⁽³⁸⁾

Não obstante o desabrochar processual com a propositura da reclamação, que tem o condão de interromper o curso prescricional relacionado aos pedidos que foram formulados na referida ação, nos termos do art. 219 do CPC e inciso I do art. 202 do Código Civil, impõe-se, nessa seara, que o início da contagem da prescrição bienal para propositura de nova ação, com as mesmas partes, pedido e causa

(35) 2002, p. 147.

(36) Efetivamente, a prescrição interrompida começa a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para interrompê-la (art. 202, parágrafo único do CC). Processo n. 0041100-59.2009.5.05.0161 – RecOrd, Ac. n. 069978/2011, relatora Desembargadora Marizete Menezes, 3ª Turma, DJ 22.7.2011.

(37) 1991, p. 46-47.

(38) Grifo nosso.

de pedir, somente ocorrerá a partir da data do arquivamento, que é o último ato praticado no processo para interrompê-la; jamais da data da propositura da ação anterior⁽³⁹⁾, exatamente por assegurar ao trabalhador o direito de continuar litigando dentro do prazo razoável remanescente com estrita observância do biênio legal.

Ultrapassar esse lapso temporal, garantindo a prorrogação sucessiva de mais dois anos a cada arquivamento da demanda, constituiria, minimamente, uma afronta à construção doutrinária e jurisprudencial, além de fomentar reprochável socorro aos que dormem e que imaginam que as normas constitucionais constituem *letra morta*. É bem verdade que, surpreendentemente, algumas decisões do TST, prorrogando o improrrogável, ainda insistem em acolher a tese da devolução de mais dois anos, a cada interrupção da ação, ainda que arquivada:

No caso de ‘arquivamento’ de reclamação, a contagem do biênio prescricional final para propositura de nova ação reinicia-se precisamente da data do ‘arquivamento’ (último ato praticado no processo) quando se deu a cessação da causa interruptiva. *Dispõe, assim, o empregado de mais dois anos para postular as prestações do quinquênio imediatamente anterior ao ajuizamento da nova ação*. Recurso conhecido e provido.⁽⁴⁰⁾ (grifo nosso)

Vê-se, pois, que, ao assegurar que a ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição, a Súmula n. 268 do TST não desejou recepcionar a supletividade do § 1º do art. 219 do CPC⁽⁴¹⁾ para considerar interrompida a prescrição a partir da data da primeira ação. Com a devida licença, a defesa dessa perspectiva destoa do arcabouço sumular, porque

despreza o que não pode ser desprezado: o arquivamento.

Todavia, dizer que a recontagem do prazo se dá a partir do arquivamento da demanda trabalhista ainda não resolve o problema entranhado na Súmula n. 268 do TST. Para além dessa questão aqui já vencida, a problemática ganha novos contornos quando se passa a olhar a redação ali proposta com mais cuidado. Com efeito, a leitura mais atenta sob a candeia dos textos Consolidado e Constitucional revelará que a alusão à locução “interrupção da prescrição” constitui um *nó górdio* para contagem do prazo bienal da prescrição na processualística trabalhista, principalmente quando levado em conta o arquivamento e consequente tempo de que ainda dispõe o autor da demanda arquivada para agitação de nova reclamatória.

2.8. Sobre uma perspectiva fenomenológica da Súmula n. 268 do TST

Para Edmund Husserl (1859-1938)⁽⁴²⁾, é preciso suspender o juízo e deixar entre parênteses os “pré-juízos” e/ou “pré-conceitos”, voltando, assim, “às coisas mesmas” para ressignificá-las à luz do modo como elas se apresentam ao mundo jurídico, já que essas coisas também são caracterizadas “[...] pelo perspectivismo, pelo seu inacabamento, pela possibilidade de sempre serem visadas por *noesis* novas que as enriquecem e as modificam”⁽⁴³⁾.

Aplicando a fenomenologia husserliana, *voltar às coisas mesmas* é o mesmo que desconsiderar, por algum tempo, a construção doutrinária e jurisprudencial em derredor da aplicação da Súmula n. 268 e apontar a reta razão para o fenômeno jurídico nela entranhado, deixando-o emergir, aflorar, aparecer,

(39) (TRT/SP – 00388200606302004 – RO – Ac. 12ª T. 20090694206 – rel. Marcelo Freire Gonçalves – DOE 11.9.2009.

(40) Ac. TST/RR n. 258823/96, 1ª Turma, relator Ministro João Oreste Dalazen, DJ de 7.8.98, p. 533.

(41) “A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.”

(42) Filósofo de origem theca. “[...] estudou matemática em Berlim, tornando-se professor da Universidade de Friburgo, até ser afastado pelo regime nazista, em razão de sua origem judaica. Autor de “Investigações Lógicas” (1901) e “Meditações Cartesianas” (1931), deixou 40.000 páginas de manuscritos inéditos ao morrer.” (FILHO, 2004, p. 307.)

(43) HUSSERL, 2005, p. 11.

mostrar-se ou se apresentar ao espírito do hermeneuta em sua inteireza, possibilitando-lhe uma nova significação mais consentânea com a verdade. Por assim dizer, seria considerar o texto sumular nos termos em que fora proposto aos aplicadores do Direito Processual do Trabalho e, ato contínuo, proceder à subsunção hermenêutica que seja capaz de evidenciar o significado dos seus institutos. Trata-se, em uma palavra, de não perder de vista a *alteridade do texto* (ementa sumular)⁽⁴⁴⁾.

No que tangencia à temática aqui tratada, para que a exegese se revele benfeza e capaz de evidenciar todas as facetas do fenômeno da prescrição, da interrupção e do arquivamento à luz da Súmula n. 268 do TST, faz-se necessário que o exegeta se divorcie do dogmatismo jurídico sedimentado e se permita à abertura para novas investigações sob a ótica constitucional. Nessa senda fenomenológica resignificante, retome-se então o que dispõe o inc. XXIX, do art. 7º, da CF/88:

Art. 7º *São direitos dos trabalhadores* urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: 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*. (grifo no articulista)

Ao repousar a vista sobre o dispositivo constitucional, verá o intérprete que o legislador cuidou de estabelecer os *limites temporais* do direito de o trabalhador propor reclamação

trabalhista: “[...] *dois anos após a extinção do contrato de trabalho*” — aliás, como também o fez o legislador consolidado no inciso II, do art. 11 da CLT: “*O direito de ação* quanto a créditos resultantes das relações de trabalho *prescreve: [...] em dois anos*, após a extinção do contrato de trabalho [...]”. Esses textos revelam um fenômeno comum a eles: a improrrogabilidade do biênio prescricional. A propósito, tratando dessa temática⁽⁴⁵⁾, os juízes do trabalho do TRT da Quinta Região, Dr. Aloísio Cristovam dos Santos Júnior e Dr. Rodolfo M. V. Pamplona Filho, pontificam uma interpretação gramatical que vale aqui ser transcrita:

O referido dispositivo assegura o direito de ação quanto a créditos trabalhistas, com prazo prescricional de “cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato”. Ora, é axioma da hermenêutica jurídica que a lei não contém palavras supérfluas ou, como diriam os romanos, “*verba cum effectu, sunt accipienda*”. A preposição “até”, por si só, já traz embutida a ideia de limite. Como sintetiza Antônio Houaiss, em verbete do Dicionário Melhoramentos da Língua Portuguesa, o vocábulo “até” “designa ou limita o fim ou termo de ação, distância, quantidade, tempo etc.” No mesmo sentido, Aurélio Buarque de Holanda ensina que o termo “até” “indica um limite de tempo, no espaço, ou nas ações”. Por que, então, o constituinte acrescentou à preposição “até” o substantivo “limite”? Não se trata de uma mera redundância, como poderia parecer à primeira vista, eis que, como dito, não se presumem, na lei, palavras inúteis. Em verdade, o constituinte utilizou-se conscientemente da figura de construção a que os gramáticos denominam de pleonismo — não o pleonismo vulgar que constitui vício de linguagem — para dar força à ideia de limite temporal, com o escancarado intuito

(44) Para Hans George Gadamer (1900-2002), o texto fala: eis a *alteridade do texto*, que, conforme os comentários de Ives Gandra Martins Filho (2004, p. 319), “[...] o intérprete deve deixar que o texto lhe diga algo: não querer que se adapte aos próprios interesses e preconceitos (o conteúdo da **verdade** do texto deve se sobrepor às nossas prevenções). Isso **não supõe neutralidade** ao interpretar, mas tomar consciência dos próprios preconceitos: “São os preconceitos de que não temos consciência os que nos tornam surdos para a voz do texto.” (Reconhece a necessidade de superar os preconceitos, mas sua postura cética quanto à possibilidade concreta de se chegar a verdades objetivas e definitivas dá o tom de relativismo à sua concepção exegética)

(45) Artigo publicado na Revista LTr, Vol. 60, edição de abril/96, págs. 477/480, Editora LTr, SP, 1996.

de deixar claro que o biênio prescricional configura prazo fatal e improrrogável, afastando de antemão qualquer interpretação em sentido contrário. Desta forma, também em decorrência da interpretação literal do dispositivo constitucional em exame, descabe a prorrogação do prazo prescricional, mormente o bienal.

Consabido que, na hermenêutica e na aplicação do direito pelos cientistas, a lei não pode presumir palavras inúteis⁽⁴⁶⁾ — porque sempre compreendidas como possuidoras de alguma eficácia —, segue-se que, tanto no Texto Constitucional, como no Consolidado, o prazo prescricional do direito de ação será sempre de dois anos; nem mais, nem menos, sendo vedado ao exegeta dizer mais do que quis⁽⁴⁷⁾ e disse o legislador. Dois anos... Eis o marco legal temporal a ser observado. Para além dele, é vedado ao intérprete da norma exasperá-lo. Eis o prazo constitucional com natureza eminentemente peremptória⁽⁴⁸⁾, que, como tal, não pode se sujeitar à dilação judicial ou convencional, porque, consoante à boa doutrina e à jurisprudência dominante, os prazos peremptórios são fatais ou improrrogáveis.

Em tema de prazo constitucional, a dilatação é vedada, visto decorrer de norma cogente, imperativa, de ordem pública⁽⁴⁹⁾, portanto. De acordo com a hermenêutica de Carlos Maximiliano⁽⁵⁰⁾, são de ordens públicas as disposições que se enquadram nos domínios do Direito Público, a exemplo das normas constitucionais. Sob essas normas, o interesse

da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, constituindo a tutela do mesmo o *fin principal* do preceito obrigatório. Para Maximiliano, apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo.

Ainda em conformidade com a doutrina de Maximiliano⁽⁵¹⁾, as leis fundamentais (como as constitucionais) devem ser mais rigorosamente obrigatórias, visto pertencerem, em geral, à classe das *imperativas* e de *ordem pública*. Sob esse véu, vê-se o hermeneuta sempre obrigado à estrita observância de precauções e reservas especiais à espécie jurídica. Isso porque, uma vez fixado o lapso temporal (dois anos) e os efeitos dele decorrentes (o fenômeno prescricional) insculpidos no inc. XXIX, do art. 7º, da Constituição Federal, não parece de boa técnica hermenêutica falar-se em prorrogação de prazo de norma de ordem pública para além dos limites por ela imposta, máxime em se tratando de prescrição, ante sua consubstanciação no direito material⁽⁵²⁾, malgrado a previsão adjetiva.

Nessa visada fenomenológica dos textos infra e constitucional assecuratórios do direito subjetivo de ação até dois anos a contar da extinção da relação de trabalho, reclama-se do exegeta uma interpretação mais restritiva, que, nas palavras de Maximiliano⁽⁵³⁾:

[...] não reduz o campo da norma; determina-lhe as fronteiras exatas; não conclui *de mais*, nem *de menos* do que o texto exprime, interpretado à luz das ideias modernas sobre Hermenêutica. [...] apenas declara o sentido *verdadeiro* e o alcance exato; evita a dilatação, porém não suprime coisa alguma.

Vê-se, assim, que a prorrogação do direito de ação para além das raias temporais do texto constitucional impõe uma interpretação extensiva não autorizada. O elastério desejado

(46) *Verba cum effectum, sunt accipienda* (MAXIMILIANO, 1984, p. 250).

(47) *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*: “Quando a lei quis determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio.” (MAXIMILIANO, 1984, p. 243.)

(48) Segundo Wagner D. Giglio (1993, p. 120): “Pontes de Miranda classifica os prazos em *peremptórios*, quando fixados sem possível alteração; *prorrogáveis*, quando podem ser aumentados [...]”.

(49) Processo n. 0000846-97.2012.5.05.0271 – RecOrd, Ac. n. 156740/2013, relator Desembargador Edilton Meireles, 1ª Turma, DJ 31.7.2013.

(50) 1984, p. 216.

(51) *Ibidem*, 1984, p. 305.

(52) TRT-7 – Recurso Ordinário RO n. 671006820095070023 CE 0067100-6820095070023 (TRT-7). (21.10.2010).

(53) 1984, p. 201.

poderia ser exitoso, não pela via exegética, mas, querendo, tão somente com a ab-rogação do inciso XXIX, do art. 7º, da Constituição Federal, mediante projeto de emenda constitucional⁽⁵⁴⁾.

Em conformidade com as balizas constitucionais sublimadas pela exegese até aqui expendida, parece que a uniformização jurisprudencial do TST, ao editar a Súmula n. 268 e dizer que “A ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição [...]”, teria andado bem se, no lugar da palavra “interrompe” houvesse grafado “suspende”, com o que a redação poderia ser assim desenhada: a ação trabalhista, ainda que arquivada, *suspende a prescrição* [...].

Acolhida a proposta, perguntar-se-ia então: de qual fundamento jurídico se valeria a uniformização jurisprudencial para defesa da permuta da locução “interrupção da prescrição” em lugar da “suspensão da prescrição”? A resposta parece encontrar sede na analogia.

2.9. Previsão de existência e aplicação analógica da “suspensão da prescrição” no processo do trabalho

Com efeito, no processo do trabalho, a analogia está prevista no *caput* do art. 8º, da CLT.

(54) Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Sua aplicação tem o condão não só de alijar a supletividade da *interrupção da prescrição* prevista no CC e no CPC, como também cancelar o uso da locução *suspensão da prescrição*. A propósito, valendo-se da autoridade dos estudos de Ferguson, Carlos Maximiliano⁽⁵⁵⁾ registra que, originariamente, a analogia significa semelhança de relações, geralmente aplicada a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante. Para o hermeneuta⁽⁵⁶⁾:

Os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico [...]; “onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida”: era o conceito básico da analogia em Roma. O uso da mesma justifica-se, ainda hoje, porque atribui à hipótese nova os mesmos motivos e o mesmo fim do caso contemplado pela norma existente.

Adverte Maximiliano que o processo analógico “[...] não cria direito novo; *descobre* o já *existente*; *integra* a norma estabelecida, o princípio fundamental, comum ao caso previsto pelo legislador e ao outro, patentado pela vida social”.

É verdade que a CLT não é omissa quanto ao instituto da *suspensão do prazo prescricional*⁽⁵⁷⁾. Ao contrário, revela não só a previsão como também sua aplicabilidade, uma vez que seu conceito se mostra consentâneo ao ostentado pela doutrina e consagrado pela jurisprudência. Por sinal, dispõe o art. 625-G que: “O prazo prescricional será suspenso a partir da provocação da Comissão de Conciliação Prévia, *recomeçando a fluir, pelo que lhe resta, a partir da tentativa frustrada de conciliação*”

(55) 1984, p. 206-207.

(56) *Ibidem*, p. 209.

(57) Não confundir “suspensão da prescrição” ou do “prazo prescricional” com a “suspensão do processo” prevista no art. 265 do CPC, cuja compatibilidade com o processo do trabalho autoriza sua aplicação subsidiária, na forma do art. 769, da CLT.

ou do esgotamento do prazo previsto no art. 625-F.”⁽⁵⁸⁾

Infere-se desse preceptivo que a provocação prévia à Comissão de Conciliação⁽⁵⁹⁾ tem a força de *suspender o prazo prescricional*, computando-se o tempo pretérito e futuro dentro do marco bienal. Mas se a provocação à Comissão de Conciliação Prévia tem o condão de suspender a contagem do lapso prescricional, computando-se o tempo consumido e o que lhe resta para concretude do biênio legal, por qual motivo então esse mesmo raciocínio não poderia ser aplicado analogicamente à reclamatória trabalhista, quando sabido que ela e a provocação à comissão de conciliação prévia visam ao mesmo fim: a paralisação da prescrição?

Fortalece-se a aplicação do instituto da *suspensão* tratada no art. 625-G da CLT pelo fato de sua previsão não ser taxativa (como sói ocorrer com aquelas enumeradas pelo Código Civil em sem arts. 197 *usque* 200), e, sim, meramente exemplificativa. Se taxativa fosse, não haveria lugar para o processo analógico, porquanto arrepiaria o princípio da reserva legal, visto que se aditaria o que não poderia ser aditado ou, pior, ampliado. Mas se a enumeração ou previsão for exemplificativa, como o é a do art. 625-G da CLT, “[...] dá-se o contrário [...]”, ou seja, “[...] não se presume restringida a faculdade do aplicador do Direito”⁽⁶⁰⁾, sendo-lhe assegurada a aplicação analógica.

Intuitivo, portanto, que a previsão da *suspensão* existente no art. 625-G autoriza o uso

da analogia no processo do trabalho para os casos semelhantes, especialmente no que diz respeito à contagem do prazo bienal quando em tela nova(s) demanda(s) ajuizada(s) após decretação de arquivamento(s); isso tudo sem ofensa reta ou oblíqua ao marco bienal. Poder-se-ia mesmo arriscar a dizer que, analogicamente, a *ação trabalhista suspende a prescrição, ainda que arquivada*.

Tem-se, pois que, pela analogia, essas possibilidades resolveriam o problema da antinomia entranhada na aplicação da *interrupção prescricional* no processo do trabalho, consubstanciada no pretensão direito à perpetuação da recontagem do biênio constitucional, cuja absurdidade já se viu em algum lugar, pois tenta prorrogar o improrrogável.

2.9.1. O uso da expressão “suspensão da prescrição” na casuística trabalhista

De fato, a locução *suspensão da prescrição* se revela mais adequada ao processo do trabalho, porque, conforme aprendido e apreendido nas lições de Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves, a suspensão é caracterizada pela ideia de paralisação da prescrição, com proveito da soma do tempo transcorrido antes da causa suspensiva (a propositura da reclamatória, seguida ou não de arquivamento) e daquele que se encontra por vencer (até o limite temporal estabelecido por lei).

À guisa de ilustração gráfica, é possível conjecturar várias casuísticas sobre a aplicabilidade do instituto da suspensão da prescrição na processualística trabalhista. Considere-se, a propósito, a hipótese de um trabalhador que fora despedido sem que tivesse proposto reclamação trabalhista em face do seu ex-empregador e, por isso, restasse caracterizada a prescrição bienal: I – (DEC = 1º.6.2013) ... DPB = 1º.6.2015).

Onde:

DEC – data da extinção do contrato

DPB – data da prescrição bienal

(---) – decurso do prazo prescricional

(58) Grifo nosso.

(59) Para o presente trabalho, revela-se despicinda a discussão quanto à constitucionalidade ou não da imprescindibilidade da submissão da pretensão obreira à Comissão de Conciliação Prévia. Lembre-se de que o Supremo Tribunal Federal (STF), concedendo liminar suspensiva nas ADINs ns. 2139 e 2160, já decidiu, por maioria de votos, que demandas trabalhistas podem ser submetidas à Justiça do Trabalho antes que tenham sido analisadas por uma Comissão de Conciliação Prévia (CCP), em respeito ao direito universal dos cidadãos de acesso à Justiça.

(60) *Idem*.

Subsumindo a situação gráfica aos textos consolidado e constitucional, a prescrição bienal aí é manifesta, já que o decurso do prazo prescricional (dois anos) chegou a seu termo final, sem que qualquer razão suspensiva ou interruptiva se verificasse. Em tais condições, a jurisprudência pretoriana tem se posicionado pacificamente no seguinte sentido:

Segundo estabelece o inciso XXIX do art. 7º da CF, o marco inicial para contagem do prazo da prescrição bienal é a extinção do contrato de trabalho. Proposta a ação trabalhista após o decurso de dois anos, é flagrante a prescrição suscitada.⁽⁶¹⁾

O termo inicial para contagem da prescrição bienal é o encerramento do vínculo empregatício, nos exatos termos do art. 7º, XXIX da Constituição Federal⁽⁶²⁾.

Uma vez ajuizada a ação após o decurso de dois anos, a contar da ruptura do liame empregatício, opera-se a prescrição bienal estatuída no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.⁽⁶³⁾

A prescrição na Justiça do Trabalho é contada a partir da rescisão contratual. Note-se inclusive, que a Carta Magna, em seu art. 7º, inciso XXIX, não fez a menor referência à data do ajuizamento da ação para a contagem do prazo prescricional, fazendo referência tão somente à data da extinção contratual. Assim, resta indene de dúvida que o marco prescricional é a data da rescisão contratual.⁽⁶⁴⁾

Imagine-se, agora, a situação de um trabalhador que, após a despedida, propusesse reclamação trabalhista e, em razão do não comparecimento à audiência designada, tivesse o consequente arquivamento decretado: II –

(DEC = 1º.6.2013)... (DRT = 1º.12.2013)...
(DA = 1º.6.2014)...

Onde:

DEC – data da extinção do contrato

DRT – data da reclamação trabalhista

DAR – data do arquivamento da reclamação

(...) – decurso do prazo prescricional

Por esse ideograma, o início da prescrição bienal começou a contar da data da despedida (1º.6.2013), sendo suspensa com o ingresso da reclamatória em 1º.12.2013. Mas como esta fora arquivada em 1º.6.2014, esta data passou a constituir o novo marco inicial da contagem do prazo que sobejava para a configuração da prescrição bienal⁽⁶⁵⁾.

Ora, considerando que, entre a data da despedida (1º.6.2013) e a da propositura da reclamatória (1º.12.2013), a contagem prescricional já computava seis meses; considerando, ainda, que, entre a data do aforamento da queixa (1º.12.2013) e a do arquivamento (1º.6.2014), o prazo prescricional se encontrava paralisado por seis meses; considerando, finalmente, que a prescrição recomeçara a correr da data do arquivamento, tem-se que o Reclamante ainda contava com mais um ano e seis meses para exercitar seu direito subjetivo de propor nova reclamatória — mais precisamente, até 1º.12.2016. E aqui é importante não perder de vista que, nos termos da casuística e da exegese até aqui esboçada, a prorrogação⁽⁶⁶⁾ do prazo fatal até 1º.12.2016 respeitou os dois anos limítrofes gizados pelos textos constitucional e consolidado.

Sucedendo, todavia, haver jurisprudência que, levada pela imprecisão da Súmula n. 268 do TST, continua em choque com o Texto Constitucional, ao se reportar à “interrupção” em

(61) Processo n. 0000027-12.2011.5.05.0461 – RecOrd, Ac. n. 146537/2013, relator Desembargador Renato Mário Borges Simões, 2ª Turma, DJ 14.5.2013.

(62) Processo n. 0000161-61.2012.5.05.0022 – RecOrd, Ac. n. 153614/2013, relatora Desembargadora Sônia França, 3ª Turma, DJ 9.7.2013.

(63) Processo n. 0000065-64.2012.5.05.0016 – RecOrd, Ac. n. 158380/2013, relator Desembargador Paulino Couto, 5ª Turma, DJ 12.8.2013.

(64) TRT-PR, RO n. 4.791/95, Ac. 1ª T. 12.997/96 – rel. Juiz Wilson Pereira, in DJPR 5.7.96.

(65) Inteligência do parágrafo único, do art. 202, do CC: “A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para interromper.”

(66) E aqui a palavra “prorrogação” é usada intencionalmente, porque alude a um tempo em que a ação pode ser ajuizada.

detrimento da “suspensão” — malgrado venha se posicionando acertadamente ao entender que a contagem prescricional *recomeça* a partir do arquivamento e não da data do ajuizamento da primeira reclamação:

(...) O início da contagem da prescrição biennial para propositura de nova ação com as mesmas partes, pedido e causa de pedir dá-se a partir da data do arquivamento que é o último ato praticado no processo para a interromper (*sic*) (parágrafo único do art. 202 do Código Civil), e não da propositura da ação anterior...” (TRT/SP – 00388200606302004 – RO – Ac. 12ª Turma 20090694206 – rel. Marcelo Freire Gonçalves – DOE 11.9.2009.)⁽⁶⁷⁾

Tome-se ainda em consideração a hipótese onde há o ajuizamento de duas reclamações trabalhistas arquivadas dentro do biênio constitucional: III – (DEC = 1º.6.2013)... (DPR = 1º.12.2013) ... (DPA = 1º.6.2014) ... (DSR = 1º.12.2014) ... (DSA = 1º.6.2015) ...

Onde:

DEC – data da extinção do contrato

DPR – data da primeira reclamação

DPA – data do primeiro arquivamento

DSR – data da segunda reclamação

DAS – data do segundo arquivamento

(...) – decurso do prazo prescricional

Nessa nova configuração gráfica, a contagem da prescrição biennial teve início, como de costume, da data da despedida (1º.6.2013), sendo *suspensa* na data do ingresso da primeira reclamação (1º.12.2013). Ora, como fora arquivada no dia 1º.6.2014, essa data passou a ser configurada como o novo marco inicial da recontagem do tempo que ainda remanesce (um ano e seis meses) para efeitos da contagem da prescrição biennial.

Sucedendo que, com a nova reclamação (1º.12.2014), nova suspensão do curso prescricional se realizou, mas que, com o advento do segundo arquivamento (1º.6.2015), passara

a constituir o último ato praticado, donde, a partir de então, a prescrição voltara a ter seu curso normal até o término do limite biennial.

Ora, considerando que, entre a data da despedida (1º.6.2013) e a da propositura da primeira reclamação (1º.12.2013), a contagem prescricional já computava seis meses; considerando, também, que, entre a data da primeira queixa (1º.12.2013) e a do primeiro arquivamento (1º.6.2014), o prazo prescricional se encontrava suspenso por seis meses; considerando, finalmente, a data da segunda reclamação (1º.12.2014) e a do segundo arquivamento (1º.6.2015), entremeio em que a contagem do prazo fora novamente suspenso, manifesta a consumação de mais seis meses do direito de ação.

Nessa casuística, pode-se concluir que o trabalhador, a partir da data do segundo arquivamento (1º.6.2015) ainda contava com mais um ano para exercer o direito subjetivo de propor nova reclamação até 1º.6.2016. Na esteira desse raciocínio — apesar de ainda privilegiar o uso do instituto da interrupção cristalizada na errônea da Súmula n. 268 do TST —, cumpre anotar o seguinte aresto:

O arquivamento de idêntica ação anteriormente ajuizada **interrompe** a prescrição em relação aos pedidos, nos termos da Súmula n. 268, do TST. **Ajuizada a nova ação dentro do prazo constitucional de dois anos (art. 7º, XXIX, CF/88), não há falar em prescrição biennial.**⁽⁶⁸⁾ (grifo nosso)

Ainda nesse exercício hermenêutico, tomando o gráfico desenhado no “III” e considerando que o segundo arquivamento tivesse ocorrido em 1º.6.2015 e uma terceira reclamação houvesse sido agitada em 1º.8.2016, flagrante seria a extrapolação do prazo biennial, com consequente e pertinente declaração judicial de extinção do processo, com resolução de mérito, nos termos do inc. IV, do art. 269 do

(67) Processo n. 0000152-78.2011.5.05.0008 – RecOrd, Ac. n. 086370/2011, relator Desembargador Jeferson Muricy, 5ª Turma, DJ 12.12.2011.

(68) Processo n. 0000853-07.2010.5.05.0030 – RecOrd, Ac. n. 121446/2012, relatora Desembargadora Luíza Lomba, 2ª Turma, DJ 5.11.2012.

CPC c/c o art. 769, da CLT, porque “Proposta a reclamação trabalhista no prazo superior a dois anos da data da extinção da relação de emprego, deve ser reconhecida a prescrição bienal de que trata o inciso XXIX, do art. 7º, da Constituição Federal em vigor”⁽⁶⁹⁾.

De acordo com as hipóteses ventiladas, é possível perceber que, admitido o uso da expressão “*suspensão da prescrição*”, a circularidade das causas (proposituras de reclamações) e efeitos (arquivamentos e abertura de novas ações) se realizou de tal forma que se fez assegurar sempre a soma dos tempos passados e futuros com fidelização ao biênio constitucional.

Se, todavia, as hipóteses acima desenhadas fossem tomadas à luz da *interrupção da prescrição* (a devolução de dois anos para o ajuizamento de nova demanda a cada arquivamento), a violação à regra constitucional seria manifesta e indesejada, exatamente por tentar engessar tonalidades existenciais que não cabem mais na Súmula n. 268 do TST.

2.9.1.1. O princípio da reserva legal: um aparente contraponto à aplicação analógica da “suspensão da prescrição”

Em contraponto à permuta proposta, podem argumentar que a “suspensão da prescrição” não resolve o *nó górdio* jurisprudencial, sob o fundamento de que as causas suspensivas da prescrição não podem ser dadas arbitrariamente, mas somente por força de lei, ou melhor, com estrita observância do *princípio da reserva legal* — que não pode ser quebrantado por iniciativa doutrinária e/ou jurisprudencial. Argumentariam, ainda, que, por mais que o instituto jurídico da *suspensão da prescrição* pudesse oferecer uma solução para o problema da contagem do prazo prescricional bienal diante dos pilares temporais

fixados pelo legislador constituinte, sua aplicação seria temerária, *contra legem*, pois que impulsionada ao arrepio da previsão legal, ou melhor, da imprevisão legal com vistas à sua aplicabilidade.

Em socorro dessa racionalidade, poderiam seus seguidores valer-se dos ensinamentos de Maximiliano⁽⁷⁰⁾, clamando pela observância e aplicação do velho brocardo latino: “*Altere-se menos possível o que sempre foi entendido do mesmo modo.*” Eis o que parece dever ser observado com vistas ao abandono da problemática e solução aqui engendradas em prol da “exegese pacífica”, principalmente quando levadas em conta as noções clássicas atribuídas pela doutrina acerca da *interrupção da prescrição* (desprezo ao tempo transcorrido com nova contagem do prazo, como se não houvesse existido) e da *suspensão da prescrição* (cômputo do tempo passado e futuro). Seguindo as palavras de Pacchioni e de Sutherland, justifica Maximiliano⁽⁷¹⁾ que:

Esta preciosa máxima impõe o respeito à exegese pacífica, faz observar as normas de acordo com o sentido e alcance uniformemente definidos durante dilatados anos pela doutrina e pela jurisprudência. Quanto mais antiga é uma interpretação, maior o seu valor. Se foi contemporânea da norma, avulta ainda mais a presunção de certeza: é de supor que os primeiros aplicadores conheciam melhor o espírito e o *fin* da regra positiva. Por outro lado, quanto mais tempo se mantém inalterada, pacífica uma exegese, tanto menor será a probabilidade de a substituir com acerto.

Entretanto, é o próprio Maximiliano quem adverte que a aplicação do adágio “*Altere-se menos possível o que sempre foi entendido do mesmo modo*”, embora venerável e seguro, e mantenedor da dogmática jurídica, não é absoluto. Daí seu tempestivo registro:

(69) Processo n. 0002162-11.2012.5.05.0251 – RecOrd, Ac. n. 160081/2013, relator Desembargador Edilton Meirels, 1ª Turma, DJ 22.8.2013.

(70) 1984, p. 249.

(71) *Idem*.

Tenha-se cautela em postergar o que adquiriu foros de verdade consolidada; porém, quando a ela se contrapuser a ciência nova, razões fortes e autoridades prestigiosas ampararem a conclusão diferente, abandone-se, por amor ao progresso, a exegese tradicional. [...].

O rigor do acatamento defendido pelo hermeneuta⁽⁷²⁾ pode ser percebido nas seguintes palavras de Juliano: “Prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade.” Decerto, no lugar de solucionar o problema da contagem do prazo prescricional, nos casos de arquivamento de reclamações, a Súmula n. 268 do TST, com a devida licença, criou um embaraço jurídico de tamanha ordem que a *aporia* perpetrada vem sendo driblada com soluções casuísticas que só fazem aumentar as confusões na aplicação supletiva das normas subjetivas e adjetivas ao texto consolidado, reclamando do hermeneuta uma ressignificação capaz de pôr fim à prestabilidade da referida Súmula.

Nessa margem lógica, não parece de boa técnica jurídico-hermenêutica reportar-se a uma causa para justificar efeitos não correlatos. Dito de outra maneira, a Súmula n. 268 do TST não poderia ter se valido do termo “interrupção” como *causa sui* para defender efeitos que somente a palavra “suspensão” poderia gerar, a saber: tonalizar a prescrição, somando-se o tempo pretérito e expectado, com estrita observância do biênio constitucional. Somente por essa racionalidade lógica, o Texto Maior não seria reduzido à inutilidade.

3. Considerações finais

Diante dos fundamentos legais, jurisprudenciais e doutrinários deduzidos no vertente artigo sob a rubrica dos textos consolidado e constitucional, parece que a Súmula n. 268 do TST deixa de ter aplicabilidade prática na

processualística trabalhista, encontrando-se mesmo fadada ao cancelamento, ou à reformulação de seu texto. Sendo esta a hipótese, a subsistência implicará, necessariamente, a permuta da palavra “interrompe” por “suspende”, proporcionando às cortes pretorianas a observância de nova redação, a saber: *a ação trabalhista, ainda que arquivada, suspende a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos*. Mantida, contudo, a redação da Súmula na forma configurada pela uniformização do TST, a afronta ao Texto Constitucional continuaria sendo abusiva e danosa, já que teria sempre por primazia a tentativa de eternizar um pretenso direito à devolução automática e sucessiva do biênio prescricional, arrefecendo com essa postura a luta pela paz social.

O cancelamento ou a reforma da Súmula pode até ser interpretado como um remédio amargo ministrado contra a saúde socioeconômica do trabalhador, já que parece ir de encontro à ciência jurídica trabalhista, que tem por escopo basilar e protetor mitigar a assimetria existente entre o capital e o trabalho — assimetria essa que, a passos largos, vem proporcionando o empoderamento dos detentores dos meios e produção, cujos palácios legislativos, sob os olhos extáticos da massa trabalhadora e das representações sindicais, não titubeiam em incrementar, por um lado, as balizas constitucionais com elástico perdão às dívidas construídas ao longo da relação empregatícia; e por outro, conceder tímida garantia à restituição dos haveres obreiros — e tudo isso, sob o famigerado véu da paz social.

No entanto, o argumento não é bom do ponto de vista processual. A simetria de oportunidades no tempo e no espaço deve ser sempre a tônica fundamental a ser observada em favor dos litigantes. Nesse sentido, uma vez aceita a proposição acerca do cancelamento e/ou reformulação sumular, todo elastério produzido para além dos limites temporais relacionados à prescrição bienal deve ser refutado até que a edição de outro texto, em

(72) (MAXIMILIANO, 1984, P. 249): Apud Digesto, liv. 34, tit. 5, frag. 12.

especial o Magno, normatize diferentemente do que se encontra em plena vigência: a ação trabalhista prescreve em dois anos, a contar da data da extinção do contrato de trabalho. Mas enquanto esse novo texto não for engendrado, a hermenêutica jurídico-filosófica ainda constitui o germe hábil para expurgar do processo do trabalho a exegese que sustenta a modulação sumular consubstanciada na interrupção do lapso prazal em desfavor do biênio consolidado sublimado pelo constitucional.

Diante do exposto, a desconstituição ou a reformulação da Súmula n. 268 do TST tem por fundamento as seguintes proposições: (1) a interrupção da prescrição não se aplica ao processo do trabalho porque da pertença do CC e CPC; (2) a omissão da CLT, no particular, não pode servir de argumento para a respectiva aplicação subsidiária dos textos substantivos e adjetivos, ante as incompatibilidades encetadas pelos arts. 8º e 679 da CLT; (3) as incompatibilidades são de duas ordens, a saber: (3.1) a primeira, por colidir com o inciso II, do art. 11, da CLT e inciso XXIX, do art. 7º, da CF/88, já que estabelecem com todas as letras que o direito de ação trabalhista quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em dois anos, após a extinção do contrato de trabalho; (3.2) a segunda incompatibilidade reside no fato de o art. 202 do CC declarar que a interrupção da prescrição somente poderá ocorrer uma vez, quando sabido que, na processualística trabalhista a prescrição pode ser “interrompida”⁽⁷³⁾ várias vezes pelas demandas e sucessivos arquivamentos permitidos; (4) em tema de paralisação da prescrição trabalhista, a analogia é fonte supletiva residente no art. 625-G da Consolidação das Leis do Trabalho, que autoriza a proposição da suspensão da prescrição, haja vista não obstar a circularidade das causas e efeitos relacionados às demandas

(73) “Interrompida”: palavra que aqui se usa apenas *ad argumentandum tantum* para tornar inteligível o ponto de vista esposado no presente do artigo, já que, como demonstrado, prefere a expressão “suspensão”.

e respectivos arquivamentos, além de primar pela observação da ideia central ou do núcleo duro impeditivo à prorrogabilidade do biênio legal: (4.1) a pertinência da aplicação analógica avulta na medida em que incide sobre lei especial — a Consolidação das Leis do Trabalho —, o que reforça a ideia de inaplicabilidade da interrupção prescricional prevista nos códigos civil e processual.

Com essa perspectiva contrapontística à aplicação da Súmula n. 268 do TST no processo laboral nos termos em que se encontra, não se deseja quebrantar a autoridade da dogmática jurídica que sustenta a uniformização jurisprudencial, mas, antes, colaborar para que a razoabilidade por ela vislumbrada não seja uma aparência, mas uma realidade; um norte hermenêutico com a qualidade daquelas leis que o tempo não consegue emplacar uma de suas facetas mais temíveis: a corrupção do que é: tudo que nasce, com o tempo, se desenvolve e perece.

Contudo, a pretensão à incorruptibilidade “do que é” deve ser recepcionada não como frenagem à hermenêutica significativa dos fenômenos, mas como um mote capaz de potencializar a busca pela perfectibilidade da ciência jurídica no seu modo de atribuir a cada um a proporção equivalente — que, no processo dialético trabalhista, significa efetivo direito simétrico ao exercício da postulação e da respectiva defesa dentro do biênio legal.

4. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1991.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 23 fev. 2013.

_____. *Código de Processo Civil*. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 23 fev. 2013.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 23 fev. 2013.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 23 fev. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 268. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 23 fev. 2013.

DAMASCENO, Fernando A.V.; CALLADO, Adriane. *Petição inicial – Requisitos*. São Paulo: Revista Síntese Trabalhista, n. 74, ago. 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva. Col. 1, 2. ed. revisada e aumentada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002), 2003.

FILHO, Agnelo Amorim. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Publicado na *RT* 744/755. Disponível em: <www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Criterios-cientifico-para-distinguir-prescricao/609076.html> Acesso em: 19 ago. 2013.

FILHO, Ives Gandra Martins. *Manual esquemático de história da filosofia*. São Paulo: LTr, 2004.

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 1993.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONZÁLEZ, Carmen B. La fenomenología. In: BALLESTEROS, Pablo Juan Carlos. (Director).

Introducción a la Filosofía. Santa Fe: Universidad Católica de Santa Fe, 2007.

HUME, David. *Investigação sobre o Entendimento Humano*. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Ed. 70, 1989.

HUSSERL, Edmund. *Investigações Lógicas; Sexta Investigação; Elementos de uma Elucidação Fenomenológica do Conhecimento*. Seleção e tradução de Zeljko Loparic e Andrea Maria Altino de Campos Loparic. São Paulo: Nova Cultural, 2005. (Os Pensadores).

JÚNIOR, Aloísio; FILHO, Rodolfo. A improrrogabilidade do biênio prescricional, previsto no art. 7º, XXIX da Constituição Federal de 1988. São Paulo: LTr, Vol. 60, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NÁUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Parma, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2002.

A função revisora dos tribunais — a questão da valorização das decisões de primeiro grau — uma proposta *de lege ferenda*: a sentença como primeiro voto no colegiado

Ben-Hur Silveira Claus⁽¹⁾, Ari Pedro Lorenzetti⁽²⁾, Ricardo Fioreze⁽³⁾, Francisco Rossal de Araújo⁽⁴⁾, Ricardo Martins Costa⁽⁵⁾ e Márcio Lima do Amaral⁽⁶⁾

Resumo:

- ▶ O presente artigo trata da função revisora dos tribunais nos recursos de natureza ordinária, abordando o tema na perspectiva da valorização das decisões de primeiro grau de jurisdição, perspectiva sob a qual formula uma proposta original para conferir tal valorização às sentenças. Trata-se da proposta de tornar a sentença de primeiro grau de jurisdição integrante da votação do recurso no órgão colegiado, na condição de primeiro voto no colegiado recursal. Uma proposta *de lege ferenda* capaz que induzir às reflexões, sob a inspiração das garantias constitucionais da jurisdição efetiva e da razoável duração do processo, o tema da recorribilidade excessiva reclama dos operadores jurídicos.

Palavras-chave:

- ▶ Administração da Justiça — Função revisora dos tribunais — Duplo grau de jurisdição — Legitimação da jurisdição de primeiro grau — Efetividade da jurisdição — Razoável duração do processo.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A eliminação de recurso da sentença na história
- ▶ 3. A eliminação de recurso da sentença no direito trabalhista brasileiro
- ▶ 4. A execução definitiva da sentença na pendência de recurso

(1) Juiz Titular da Vara do Trabalho de Carazinho – RS (4ª Região).

(2) Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Rio Verde – GO (18ª Região).

(3) Juiz Titular da Vara do Trabalho de Encantado – RS (4ª Região).

(4) Juiz Titular da 16ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS (4ª Região).

(5) Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Gramado – RS (4ª Região).

(6) Juiz do Trabalho Substituto – RS (4ª Região).

- 5. A execução provisória da sentença na pendência de recurso
- 6. A sentença como primeiro voto no colegiado
- 7. O fenômeno do prévio eclipse da sentença pelo acórdão
- 8. As virtudes da proposta da sentença como primeiro voto
- 9. Conclusão
- 10. Referências bibliográficas

“À medida que descemos na escala hierárquica, reduz-se a legitimidade dos magistrados e avolumam-se os recursos, até atingirmos a jurisdição de primeiro grau, que o sistema literalmente destruiu, sufocando-a com uma infernal cadeia recursal que lhe retira a própria ilusão, de que ela poderia alimentar-se, de dispor de algum poder decisório. A legitimidade da jurisdição de grau inferior diminui na medida em que aumentam os recursos.”

Ovídio A. Baptista da Silva

1. Introdução

Dando prosseguimento à discussão acerca da função revisora dos tribunais e das suas relações com a efetividade da justiça e com a legitimação institucional da jurisdição de primeiro grau, o presente capítulo tem por objetivo examinar as diversas formas de valorização das decisões de primeiro grau de jurisdição e apresentar para o debate uma proposta original para realizar essa valorização da sentença.

Tem progredido a formação de consenso entre os operadores jurídicos em torno do entendimento de que enquanto não houver uma clara política judiciária e legislativa de prestígio às decisões de primeiro grau de jurisdição, devemos renunciar à ilusão da efetividade da jurisdição. A necessidade da valorização das decisões de primeiro grau de jurisdição, uma vez assumida como um objetivo a ser criteriosamente perseguido, tem provocado ricas reflexões acerca do *modo* de se alcançar tal desiderato. Há vários modos de valorizar a jurisdição de primeiro grau. Em síntese, trata-se de conferir maior eficácia à decisão originária, o que constitui, talvez, a maneira mais produtiva

de efetivar a garantia constitucional da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII). Para MARCOS NEVES FAVA, a atual cultura da recorribilidade excessiva alimenta a utilização abusiva de recursos, isso porque “... o congelamento da sentença de primeiro grau, até julgamento definitivo pelo Tribunal Regional do Trabalho, traduz-se em *convite* ao recalci-trante, para que recorra, mesmo, obtendo, com isto, farto tempo de *não pagar*”⁽⁷⁾.

2. A eliminação de recurso da sentença na história

Por vezes, a valorização da sentença é pensada de forma mais aguda, como ocorre quando o modo de sua apresentação é a própria supressão do recurso, realidade histórica vivida, por exemplo, no direito romano clássico, de acordo com a pesquisa de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA⁽⁸⁾. Nessa época, não havia recurso da

(7) FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009. p. 167.

(8) SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia — o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 239-40: “O sentido burocrático, inerente à ideia de recurso, revela-se muito claro quando consideramos que, no direito romano clássico, não havia recursos. Embora este fenômeno tenha muito pouco a ver com a cultura moderna, a comparação é útil para dar-nos uma ideia do grau de legitimidade de que gozam os juízes dos escalões inferiores, medida pela extensão do sistema recursal. No ponto mais elevado da escala, encontra-se uma magistratura altamente legitimada, contra a qual o sistema político abre mão dos recursos. À medida que descemos na escala hierárquica, reduz-se a legitimidade dos magistrados e avolumam-se os recursos, até atingirmos a jurisdição de primeiro grau, que o sistema literalmente destruiu, sufocando-a com uma infernal cadeia recursal que lhe retira a própria ilusão, de que ela poderia alimentar-se, de dispor de algum poder decisório. A legitimidade da jurisdição de grau inferior diminui na medida em que aumentam os

sentença do juiz; o contraditório e o direito de defesa eram exercidos em única instância.

No âmbito do direito estrangeiro, essa foi a solução defendida por MAURO CAPPELLETTI por ocasião da reforma que o processo civil italiano estava por realizar na década de 1970, no que diz respeito à matéria de fato. Na ocasião, o ilustre jurista propunha que na reforma do CPC italiano de 1942 se eliminasse a possibilidade de recurso para a matéria de fato; o recurso da sentença limitar-se-ia a erros de direito — substancial e processual. O professor da Universidade de Florença estava a sustentar que se preservasse a possibilidade de recurso apenas para matéria jurídica em sentido estrito, não mais se facultando às partes recorrer da matéria de fato, cujo exame ficaria então restrito ao primeiro grau de jurisdição.

Nada obstante tenha assinalado a necessidade da realização de um criterioso julgamento pelo juízo de primeiro grau, MAURO CAPPELLETTI defendia a eliminação da apelação, que era a modalidade de recurso de natureza ordinária que possibilitava às partes recorrer da sentença quanto à matéria de fato. A possibilidade de recurso deveria, no seu entender, ficar circunscrita ao recurso de cassação civil⁽⁹⁾, que era a modalidade de recurso de natureza extraordinária do sistema italiano destinado ao reexame da matéria jurídica em sentido estrito (portanto, excluído o reexame da matéria de fato). Ao comentar a reforma processual em curso em seu país à época, CAPPELLETTI ponderava: “Bastante mejor es tratar de tener, como en los sistemas anglosajones y en tantos

otros, un cuidado juicio de primer grado, *final* en lo que concierne a las cuestiones de hecho, y abierto solamente a una impugnación por *errores de derecho*, substancial y procesal, antes que a un verdadero y propio re-examen del mérito de la causa.”⁽¹⁰⁾

A supressão de recurso em matéria de fato também foi defendida por magistrados do trabalho integrantes da 15ª Região. Ao formular proposta de reforma do direito processual do trabalho brasileiro no ano de 2010, os referidos magistrados postularam que “... o recurso ordinário seja cabível no que se refere a questões de direito, ou seja, não atingindo as matérias fáticas”⁽¹¹⁾.

Por sua vez, registra MOREIRA ALVES que, em alguns sistemas jurídicos ocidentais, existem “notáveis restrições de talhe diverso à atividade cognitiva do juízo recursal. Merece realce a propensão a limitar às questões de direito — ainda que não em termos absolutos — a cognição da segunda instância. Assim, por exemplo, em Portugal, só em casos raros pode o órgão julgador da apelação modificar o pronunciamento do tribunal inferior em matéria de fato (Código de Processo Civil, art. 712, n. 1). Os ordenamentos anglo-saxônicos são igualmente refratários, em larga medida, à possibilidade de uma revisão *ex novo* das *quaestiones facti* no julgamento do *appeal*, notadamente no que tange à prova testemunhal, e acima de tudo quando se trata de um veredicto de júri — hipótese ainda frequente nos Estados Unidos, se bem que cada vez menos na Inglaterra, onde o *trial by jury* tende a desaparecer no campo civil. Análoga orientação repercute alhures em importante setor da doutrina, que de algum tempo para cá vem preconizando o regime da instância única para as questões de fato; a tese insere-se no forte movimento de ideias

recursos.” Pesquisa sobre o tema no direito comparado é encontrada na obra de José Carlos Matos Peixoto, *Recurso extraordinário*, Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1937, conforme indica Antônio Álvares da Silva, na sua obra *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 24. José Carlos Matos Peixoto refuta a ideia de que o recurso seja um verdadeiro direito natural, demonstrando que há povos que admitiram e outros que não admitiram recursos.

(9) CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías e sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. p. 281-282.

(10) Obra citada, p. 279-280 (grifos no original).

(11) FELICIANO, Guilherme Guimarães (Coord.). *Fênix*: por um novo processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p. 88.

ordenado à maior valorização do procedimento e da decisão de primeiro grau...”⁽¹²⁾.

No México, não se admite recurso em matéria trabalhista, conforme pesquisa de ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA⁽¹³⁾.

3. A eliminação de recurso da sentença no direito trabalhista brasileiro

A eliminação de recurso é solução defendida entre nós pelo jurista LUIZ DE PINHO PEDREIRA DA SILVA.

Entrevistado pela Associação Nacional dos Magistrados dos Trabalho — Anamatra, o magistrado aposentado e professor sustenta que a eliminação de recursos é necessária para desafogar a Justiça do Trabalho, esclarecendo seu ponto de vista da seguinte forma: “Sou até partidário da instância única, porque um jurista argentino amigo meu, a meu convite, fez certa vez aqui, na Justiça do Trabalho, uma conferência sobre a instância única e dizia: ‘Ah, porque a primeira instância pode errar. Muitas vezes, a primeira instância acerta e quem erra é a segunda.’ Então, o que interessa é uma solução rápida e imediata, se possível, do processo.”⁽¹⁴⁾

No direito processual do trabalho brasileiro, essa forma aguda de valorização da sentença foi adotada pelo legislador no procedimento sumário instituído pela Lei n. 5.584/70, procedimento no qual se eliminou recurso da sentença

nas causas de até 2 (dois) salários mínimos, excepcionada apenas a rara hipótese de violação à Constituição (art. 2º, § 4º)⁽¹⁵⁾. A eliminação de recurso da sentença foi proposta também no projeto de lei que instituiu o procedimento sumariíssimo trabalhista, aplicável às causas no valor de até 40 (quarenta) salários mínimos. Não tivesse sido vetado o projeto de lei nesse aspecto, a sentença proferida no procedimento sumariíssimo não comportaria recurso, salvo nas estritas hipóteses de: a) violação literal da lei; b) contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do TST; c) ou violação direta da Constituição da República⁽¹⁶⁾. O que aumentaria ainda mais a efetividade do procedimento sumariíssimo. Uma das propostas formuladas por FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA, para conferir maior efetividade à jurisdição, é a de elevar-se para 60 salários mínimos o limite do valor da causa para o procedimento sumaríssimo e de aumentar-se a alçada especial de 2 para 40 salários mínimos⁽¹⁷⁾.

(15) Lei n. 5.584/70: “Art. 2º Nos dissídios individuais, proposta a conciliação, e não havendo acordo, o Presidente da Junta, ou o Juiz, antes de passar à instrução da causa, fixar-lhe-á o valor para a determinação da alçada se este for indeterminado no pedido.

(...)

§ 3º Quando o valor fixado para a causa, na forma deste artigo, não exceder de 2 (duas) vezes o salário mínimo vigente na sede do Juízo, será dispensável o resumo dos depoimentos, devendo constar da Ata a conclusão da Junta quanto à matéria de fato.

§ 4º Salvo se versarem sobre matéria constitucional, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios da alçada a que se refere o parágrafo anterior, considerado, para esse fim, o valor do salário mínimo à data do ajuizamento da ação (redação da Lei n. 7.402/85).”

(16) O inciso I do § 1º do art. 895 da CLT previa a eliminação de recurso ordinário da sentença proferida no procedimento sumariíssimo, salvo nas estritas hipóteses de violação literal da lei, contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do TST ou violação direta da Constituição da República. O referido preceito foi objeto de veto do Chefe do Poder Executivo, veto não derrubado pelo Congresso Nacional.

(17) OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 108: “Para que se dê verdadeira eficácia à sentença proferida no rito sumaríssimo celetista, é necessário que se eleve para sessenta salários mínimos o valor paramétrico e

(12) ALVES, José Carlos Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 404-5.

(13) SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 36: “A legislação de outros países vai mais adiante ainda. Em vez de prever, em proveito do empregado efetivo devolutivo, não admitem nenhum recurso, como é o caso da Lei Federal del Trabajo mexicana, art. 848: ‘Las resoluciones de las Juntas no admitten ningún recurso. Las Juntas no pueden revocar sus resoluciones. Las partes pueden exigir la responsabilidad en que incurran los miembros de la Junta’.”

(14) *Revista da Anamatra*, Ano XVII, n. 55, 2º sem. 2008, p. 57 — excerto da entrevista — Luiz de Pinho Pedreira da Silva é juiz do trabalho aposentado e professor da pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Após mencionar os fundamentos adotados pelos autores contrários ao duplo grau de jurisdição, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO argumentam que, não obstante as inconveniências apontadas pelos opositores, “é sempre mais conveniente dar ao vencido uma oportunidade para o reexame da sentença com a qual não se conformou. Os tribunais de segundo grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados, oferecem maior segurança; e está psicologicamente demonstrado que o juiz de primeiro grau se cerca de maiores cuidados no julgamento quando sabe que sua decisão poderá ser revista pelos tribunais da jurisdição superior”⁽¹⁸⁾. Ainda podem ser encontrados na doutrina outras justificativas para a existência do duplo grau de jurisdição, como a purificação da sentença, escoimando-a de erros⁽¹⁹⁾.

Tais argumentos, no entanto, conforme demonstra MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO, não resistem a uma análise mais atenta, principalmente em matéria trabalhista. Segundo esse autor, se fosse levada em conta a insatisfação do vencido, dever-se-ia oferecer ao recorrido, em caso de inversão da sucumbência, novo recurso ordinário, a fim de aliviar seu inconformismo psicológico. No que tange ao propalado aperfeiçoamento das decisões de primeiro grau, lembra o jurista paranaense que há casos em que “um mau acórdão substitui uma boa sentença”, conforme já observara Ulpiano: “ninguém ignora o quão necessário e frequente é o uso da apelação, porque, sem dúvida, corrige a iniquidade ou a injustiça dos julgadores, embora, às vezes, reforme para pior sentenças que foram bem proferidas, porquanto

o julgar por último não é razão para julgar melhor.”⁽²⁰⁾

Relativamente à composição dos juízos revisores, convém não olvidar que os órgãos de primeiro grau da Justiça do Trabalho já foram colegiados. E não se pode afirmar que tenha havido perda de qualidade das sentenças em consequência da extinção da representação classista. No que respeita “à alegação (ou suposição) de possuírem os juízes dos graus superiores maior conhecimento jurídico das questões suscitadas na ação e apreciadas na sentença, não se há, *venia permissa*, como reconhecer-lhe eficácia plena, vez que pressupõe serem o saber e a cultura jurídicos produtos do tempo, da prática reiterada, da vivência”, o que não é exato. Além disso, lembra o mesmo autor que há magistrados nos tribunais com menos experiência do que os juízes de primeiro grau, por serem escolhidos entre Advogados e membros do Ministério Público. Acrescenta o jurista paranaense que supor maior conhecimento nos membros dos tribunais importaria transformar os juízes de primeiro grau em *aprendices para resolver mal los assuntos*, de modo a ser imprescindível a existência de órgãos superiores, incumbidos de *corregir los errores de aquellos*, na precisa observação de *Tomas Jofré*. De outra parte, sustentar que “sabendo que a sua sentença poderá ser apreciada pelo órgão da jurisdição superior, via interposição do recurso”, o juiz “tratará de elaborá-la com maior atenção e zelo, é insinuar, *data venia*, que os magistrados de primeiro grau são pessoas irresponsáveis e que requerem, por este motivo, uma vigilância por parte dos órgãos da jurisdição superior”. Assim, embora o jurista citado não se poste ao lado dos que defendem a completa eliminação

que se dê uma alçada especial de quarenta salários mínimos, valorizando a decisão primária e evitando que as jurisdições *ad quem* se asoberbem de recursos, em sua grande maioria protelatórios.”

(18) CINTA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 75.

(19) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 62.

(20) “Appellandi usus quam sit frequens quanque necessarius, nemo est qui nesciat; quippe cum iniquitatem judicantium, vel imperitiam corrigat, licet nonnumquam bene latas sententias in pejus reformat; neque enim utique melius pronuntiat, qui novissimus sententiam latatus est.” (Digesto, Livro XLIX, Fragmento 1º, “De appellationibus et relationibus”).

dos recursos, discorda da amplitude com que são franqueadas as vias recursais em matéria trabalhista⁽²¹⁾.

Convém lembrar, ademais, que hoje não há dúvidas quanto ao cabimento da ação rescisória no âmbito trabalhista, havendo, inclusive, previsão expressa na CLT a respeito (art. 836)⁽²²⁾. E as hipóteses em que se admite a rescisão da sentença são suficientemente amplas para corrigir eventuais vícios que maculam de forma grave a decisão transitada em julgado. Diante disso, dada a abrangência da ação rescisória, na legislação atual, a parte prejudicada sempre terá um meio de evitar prejuízos mais graves decorrentes de eventuais equívocos verificados nas sentenças, sem que a supressão do recurso ordinário represente um risco irreversível de se acobertar uma injustiça. Afora isso, existem decisões cujos vícios podem ser invocados a qualquer tempo, independentemente do manejo da ação rescisória, como é o caso da falta ou nulidade da citação para o processo no qual aquelas foram proferidas (CPC, art. 475-L, I).

4. A execução definitiva da sentença na pendência de recurso

Autorizar a execução definitiva da sentença na pendência de recurso é outra forma de valorizar

a decisão de primeiro grau de jurisdição. Um exemplo é encontrado na ação de cumprimento da sentença normativa (CLT, art. 872, parágrafo único). A Lei n. 4.725/65 permite a execução definitiva das vantagens reconhecidas independentemente do trânsito em julgado da sentença normativa. Tal conclusão decorre da previsão legal que declara irrepetíveis as vantagens recebidas pelo empregado por força da execução da sentença proferida na ação de cumprimento da sentença normativa (art. 6º, § 3º)⁽²³⁾, conforme o magistério de VALENTIN CARRION: “O recurso tem efeito só devolutivo e a execução é definitiva, posto que o provimento do recurso não importa na restituição das vantagens (Lei n. 4.725, art. 6º, § 3º).”⁽²⁴⁾ E a Súmula n. 246 do TST, embora não o diga de forma explícita, sugere o caráter definitivo da execução da sentença proferida na ação de cumprimento, ao assentar que “É dispensável o trânsito em julgado da sentença normativa para propositura da ação de cumprimento”, harmonizando-se com a mencionada previsão legislativa (Lei n. 4.725/65, art. 6º, § 3º) e com a doutrina citada.

5. A execução provisória da sentença na pendência de recurso

Permitir a execução provisória da sentença na pendência de recurso é uma forma mais tênue de valorizar a decisão de primeiro grau, porém, importante. Essa é a regra no processo do trabalho (CLT, art. 899, *caput*)⁽²⁵⁾, diversamente do que ocorre no processo civil, em

(21) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 63. No sentido de determinada restrição à recorribilidade no processo do trabalho, observa o autor que “é de sugerir-se que, de *lege ferenda*, procure-se restringir a possibilidade de interposição de recursos das decisões proferidas pelos órgãos da Justiça do Trabalho, tendo em vista que a atual amplitude, com que isso ocorre, se manifesta atentatória à necessidade indeclinável de rápida formação da coisa julgada; a existência de um terceiro grau de jurisdição, mesmo com as apontadas dificuldades de acesso ao TST, pela revista, contribui, longe de dúvida, para a frustração desse anseio de celeridade na constituição da *res judicata* material” (p. 59).

(22) Embora, atualmente, isso nos pareça natural, não podemos ignorar que o ingresso da ação rescisória no âmbito da Justiça do Trabalho foi precedido de intensos debates até se firmar como corrente vitoriosa na jurisprudência (Súmula n. 144 do TST) e doutrina.

(23) Lei n. 4.725/65, “Art. 6º Os recursos das decisões proferidas nos dissídios coletivos terão efeito meramente devolutivo.

(...)

§ 3º O provimento do recurso não importará na restituição dos salários e vantagens pagos, em execução do julgado.”

(24) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 717.

(25) CLT, “Art. 899. Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a sentença.”

que o duplo efeito é a regra (CPC, art. 520, primeira parte)⁽²⁶⁾.

A execução provisória vai até a penhora⁽²⁷⁾. Contudo, pode haver o pagamento do exequente nas hipóteses previstas no art. 475-O, III, § 2º, I e II, do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho (CLT, art. 769), independentemente de prestação de caução, conforme preconiza ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA⁽²⁸⁾.

Previstas em lei, essas formas de valorização de sentença foram todas objeto de estudo da doutrina. Seu inventário é útil quando se apresenta uma nova forma de pensar a valorização da sentença, pois permite o cotejo e o exame crítico da novidade proposta.

6. A sentença como primeiro voto no colegiado

Uma forma original de valorização da sentença foi concebida pelo desembargador do trabalho JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE MIRANDA, do TRT da 4ª Região – Rio Grande do Sul. O magistrado propõe que a sentença constitua o primeiro voto no colegiado. A Turma Julgadora do recurso atuaria com apenas 2 (dois) magistrados do 2º grau de

jurisdição — um relator e um revisor. Considerando que a sentença constituiria o primeiro voto, o relator proferiria o segundo voto. O revisor proferiria o terceiro voto. O primeiro voto já estaria pré-constituído; seria a sentença, que então passaria a compor formalmente a votação relativa ao julgamento do recurso no órgão colegiado recursal.

Explicando melhor: além de ser a solução adotada em primeiro grau, a sentença figuraria como o primeiro voto no âmbito do órgão colegiado recursal — mas não haveria a sustentação da sentença pelo juiz prolator na sessão de julgamento do recurso. Do ponto de vista funcional, não haveria qualquer alteração: o juiz de primeiro grau permaneceria atuando na Vara do Trabalho. Portanto, o juiz não integraria a Turma Julgadora. Contudo, a sentença integraria a votação pela qual seria deliberado o resultado adotado pela Turma no julgamento do recurso no segundo grau de jurisdição. Como a sentença constituiria o primeiro voto no órgão colegiado, o julgamento do recurso interposto começaria com o escore de um a zero em favor da solução adotada pela decisão de primeiro grau.

Sendo o primeiro voto representado pela sentença, a Turma Julgadora funcionaria com apenas 2 (dois) magistrados — o relator e o revisor⁽²⁹⁾.

Caso o relator acompanhasse a sentença (o primeiro voto), a solução adotada em primeiro grau prevaleceria. Nessa hipótese, o revisor poderia acompanhar o relator ou votar

(26) CPC: “Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I – homologar a divisão ou demarcação; II – ...”

(27) Penhora *aperfeiçoada* pelo julgamento dos embargos que visem à declaração de sua insubsistência, na consagrada dicção de Wagner D. Giglio, *Direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 539. O que inclui também a apreciação do respectivo agravo de petição (CLT, art. 897, a) e, se for o caso, também a apreciação do respectivo recurso de revista eventualmente cabível diante de ofensa direta e literal da Constituição Federal (CLT, art. 896, § 2º).

(28) SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 63. Para o autor, a aplicação subsidiária do art. 475-O, III, § 2º, I e II, do CPC ao processo do trabalho permite ao juiz realizar “a execução provisória, com prestação jurisdicional definitiva” (p. 106), ou seja, permite realizar o pagamento do credor, independentemente de prestação de caução, nas hipóteses previstas no incisos I e II do § 2º do inciso III do art. 475-O do CPC.

(29) A maior virtude da proposta radica na entronização formal da sentença na própria votação a ser realizada por ocasião do julgamento dos recursos de natureza ordinária. A entronização proposta é feita pela atribuição à sentença da condição de primeiro voto na Turma Julgadora. Essa virtude maior da proposta não deve ser desmerecida sob a simplista alegação de que a proposta foi inspirada pela busca de um objetivo menor de mero aumento da produtividade nos tribunais, ainda que esse efeito secundário possa se produzir eventualmente com a adoção da proposta, na medida em que a Turma Julgadora deixaria de atuar com 3 magistrados, passando a funcionar com 2 julgadores.

vencido. Na primeira hipótese, seria negado provimento ao recurso por unanimidade. Na segunda hipótese, seria negado provimento ao recurso por maioria de votos, vencido o revisor.

Se o relator divergisse da sentença (o primeiro voto), o revisor desempataria o julgamento, adotando a solução da sentença ou, então, acompanharia a divergência do relator, ficando vencido o voto representado pela sentença.

Trata-se de uma original proposta *de lege ferenda*. Como tal, enfrentará natural resistência no primeiro momento, porquanto propõe uma alteração do paradigma adotado atualmente no exercício da função revisora, modelo que hoje se caracteriza pela *não participação direta* da sentença na composição dos votos no órgão colegiado do tribunal. Contudo, a proposta hospeda uma virtude notável em termos de valorização da decisão de primeiro grau: o criativo mecanismo concebido pela original proposta impede que a sentença seja desconhecida pelo tribunal. A virtude da proposição radica no fato de que, na fórmula sugerida, a sentença já não pode mais ser simplesmente olvidada pelo segundo grau de jurisdição, pois que lhe é reconhecida a condição jurídica de primeiro voto no julgamento do recurso no âmbito do órgão colegiado, ou seja, a fórmula proposta implica a participação *direta* da sentença na composição da votação pela qual se julga o recurso interposto, o que assegura uma produtiva integração dialética da sentença na construção dialógica da decisão de segundo grau de jurisdição.

Embora a sentença deva ser sempre o ponto de partida no julgamento de qualquer recurso de natureza ordinária, o que deve implicar a correspondente *participação indireta* da sentença no julgamento do recurso, é sabido que, no atual formato de votação adotado no órgão colegiado por ocasião do julgamento do recurso, na prática, algumas vezes a sentença é simplesmente ignorada pelo tribunal. Esse fenômeno ocorre quando o relator, ao invés de *apenas revisar* a decisão de primeiro grau,

pelo acórdão, profere uma *nova sentença*, como se o tribunal fosse o primeiro destinatário da litiscontestação e da instrução processual⁽³⁰⁾. Ainda que tal método de julgamento do recurso não seja tecnicamente adequado, porquanto a função de julgar a causa compete ao juiz, enquanto a função do tribunal consiste em realizar *apenas a revisão* do julgado nos limites da matéria devolvida pelo recurso interposto, não é incomum a prática de, nos tribunais, *per saltum*, proferir-se uma *nova sentença*, ao invés de proceder-se apenas à revisão do julgado de primeiro grau — desconhecendo-se, na prática, a sentença. Quando isso ocorre, não se tem sequer a *participação indireta* da sentença no julgamento do recurso; tem-se uma nova sentença — um julgamento da causa *ex novo*.

Parafraseando CALAMANDREI⁽³¹⁾, na sua célebre síntese acerca da estrutura e do conteúdo da sentença normativa, ter-se-ia aqui uma decisão com corpo de acórdão, mas com alma de sentença.

7. O fenômeno do prévio eclipse da sentença pelo acórdão

Em casos extremos, a utilização desse método de julgamento no exercício da função

(30) Não se pode olvidar a tradicional observação doutrinária de que o juiz encontra-se em posição mais privilegiada para fazer a cognição dos fatos do que os membros do colegiado recursal. Conforme observam Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustároz, “Se, por um lado, acredita-se que a decisão judicial possa apresentar um erro, por outro, não se pode concluir que as decisões colegiadas ou proferidas em grau de revisão estão isentas das mesmas críticas. Ao contrário, todas as decisões contam com a possibilidade de vício na apreciação dos fatos e do direito do caso. E mais, na grande maioria dos casos, é o juiz da primeira instância que está mais próximo das partes e dos demais sujeitos do processo, o que lhe permite melhor percepção da realidade judicial (o contato direto com os litigantes, as testemunhas, a confiança no perito, o debate judicial etc.). Com os sucessivos rejuvimentos, vão se diluindo – quando não aniquilando – as vantagens dessa imediação, da oralidade, etc.”. (*Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35.)

(31) Calamandrei afirmava que a sentença normativa tem corpo de sentença e alma de lei.

revisora dos tribunais produz um efeito tão aniquilador da decisão de primeiro grau que permitiria a sugestão de que pareceria tratar-se de hipótese de processo da competência originária dos tribunais — a sentença desaparece do horizonte do relator sem deixar rastro, de modo que então o relator estaria autorizado a realizar o “primeiro” o exame da causa desde o início. Examinaria a litiscontestação, a prova produzida, o direito aplicável e concluiria por determinada solução — tal qual age o juiz de primeiro grau no exercício de seu ofício jurisdicional⁽³²⁾.

Ao assim proceder, o relator substitui-se ao juiz natural, geralmente sem aperceber-se desta *fungibilidade inconsciente*. Desloca-se no tempo e no espaço, para assumir a condição do juiz originário⁽³³⁾. Esse deslocamento é dúplice: a) o relator desloca-se no tempo — tenta transportar-se ao momento em que se formou a litiscontestação e ao momento em que se realizou a instrução da causa; b) o relator desloca-se no espaço — tenta transportar-se do 2º grau de jurisdição, para imaginar-se no 1º grau de jurisdição; em ambos os casos, para cogitar como comportar-se-ia se estivesse naquele outro momento e naquele outro lugar. É o que temos chamado de o método da transmigração do relator, sob inspiração do ensaio precursor escrito sobre a matéria por LUIZ ALBERTO DE VARGAS e RICARDO CARVALHO FRAGA⁽³⁴⁾. A utilização desse método de julgamento no exercício da função revisora dos tribunais tende a produzir o fenômeno do *prévio* eclipse da sentença pelo acórdão.

Para falar sobre esse fenômeno, é útil recorrer à previsão do art. 512 do CPC. O referido

preceito estabelece que “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”. Trata-se de previsão legal clássica. Seu conteúdo é autoevidente, porquanto a substituição da sentença pelo acórdão constitui o resultado cronológico da superveniência do acórdão à sentença. A substituição da sentença pelo acórdão é um dado posterior ao julgamento do recurso e não um antecedente metodológico prévio para o julgamento do recurso.

Quando, porém, o relator utiliza-se do método da transmigração, na prática, está subvertendo, de certa forma, a clássica previsão do art. 512 do CPC, já que a substituição da sentença pelo acórdão deixaria de ser o natural resultado cronológico da superveniência do acórdão à sentença, no âmbito de um julgamento dialético no qual os fundamentos da sentença são cotejados com os fundamentos do recurso, para converter-se no antecedente metodológico da *prévia* substituição da sentença pelo acórdão, de modo a autoliberar-se o relator para proferir uma nova sentença, a sentença ideal do relator do método da transmigração — o que constitui o fenômeno do *prévio* eclipse da sentença pelo acórdão. Em suma, pois, a substituição de que trata o art. 512 do CPC diz respeito aos efeitos do acórdão, e não ao método para sua elaboração. Diante disso, a norma em questão não autoriza a conclusão de que o órgão revisor deva repetir o mesmo *iter* percorrido pelo julgador originário, visto que o acórdão só tomará o lugar da sentença assim que for proferido, se for o caso⁽³⁵⁾.

Diante disso, a atividade cognitiva realizada pelo órgão *revisor* coincide com o objeto da

(32) Isso o relator pode e terá que fazer quando estiver a *julgar ações* da competência originária do tribunal; mas não deve fazer quando estiver a *julgar recursos*. São duas tarefas distintas — ainda que possa não parecer. O juiz com competência originária julga a ação. O juiz com competência recursal julga o recurso.

(33) Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga. *Fatos e jurisprudência – reflexões iniciais*, publicado no sítio <www.uol.com.br/lavargas.>

(34) *Idem*.

(35) Embora o art. 512 do CPC não distinga, é evidente que, nos casos em que o tribunal acolhe a alegação recursal de que houve *error in procedendo* e anula a sentença, não se pode dizer que o acórdão em questão substitua a decisão cassada (ALVES, José Carlos Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 266). E o mesmo ocorre quando o tribunal não conhece do recurso (*Ibidem*, p. 391) ou dá provimento a recurso contra sentença meramente terminativa.

cognição exercida pelo órgão *a quo* apenas do ponto de vista qualitativo, uma vez que, sob o aspecto procedimental, os métodos não se confundem. Conforme já ressaltado anteriormente, no exercício da função revisora, a sentença é o ponto de partida, não podendo ser simplesmente ignorada pelo órgão *ad quem*.

O relator do método da transmigração, no entanto, tende a substituir a sentença já existente nos autos, ainda que razoável, por outra, que ele considera ser a “ideal”. Em outras palavras, tende a elaborar uma sentença diversa da anterior, pois que não se encontra na mesma situação hermenêutica do juiz — e é natural que assim seja: um outro sujeito estará numa outra situação hermenêutica. Essa é uma contingência da natureza hermenêutica da aplicação do direito — a aplicação do direito implica sempre discricionariedade, conforme insistentemente tem observado OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA⁽³⁶⁾. É que para decidir o magistrado terá que, antes, decidir-se, o que implica fazer escolhas — valorar, sopesar e optar criteriosamente em face das peculiaridades do caso concreto e do sistema normativo. E a situação hermenêutica em que está situado o intérprete terá sempre determinada influência na escolha de uma das soluções legítimas autorizadas diante da situação concreta em face da plasticidade da moldura da norma jurídica aplicável.

(36) SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia — o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 114: “Somente poderá *decidir* quem puder *optar* entre duas ou mais alternativas igualmente válidas e legítimas. Como dissera Carnelutti, para que o juiz decida é necessário, antes, *decidir-se*. Isto, dizia ele, faz com que a decisão seja posta além do juízo, enquanto ‘eleição de quem antes julgara’. Como a exclusiva missão de nossos juízes é descobrir a ‘vontade da lei’, fica subentendido que eles não têm a mais mínima possibilidade *discricionária* de opção entre duas ou mais alternativas que o sistema reconheça como legítimas. Logo, nossos juízes apenas julgam, sem poder decisório. O ponto culminante da crise paradigmática encontra-se aqui. Sem compreensão hermenêutica que supere o *dogmatismo*, não haverá solução. E isto supõe *discricionariedade*.”

O resultado da aplicação do método da transmigração do relator no julgamento dos recursos de natureza ordinária é preocupante, pois implica o virtual incremento no número de reforma das sentenças, com manifesto prejuízo à efetividade da jurisdição e ao processo institucional de legitimação da magistratura de 1º grau.

8. As virtudes da proposta da sentença como primeiro voto

A original proposta do magistrado João Alfredo Borges Antunes de Miranda de atribuir-se à sentença a condição de primeiro voto no colegiado tem como primeira virtude neutralizar os efeitos negativos decorrentes do fenômeno do *prévio* eclipse da sentença pelo acórdão.

As virtudes da proposta ganham maior densidade quando o operador jurídico atenta para o fundamento exposto pelo referido magistrado, para justificar a ideia de que a sentença deveria ser o primeiro voto no colegiado. O desembargador JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE MIRANDA argumenta que não é razoável que todo o laborioso trabalho realizado pelo Estado para solucionar a lide no primeiro grau de jurisdição, sintetizado na sentença proferida pelo magistrado que teve a imediação da audiência, possa ser eventualmente desconhecido por ocasião do julgamento do recurso interposto contra aquela sentença, resultado prático que a atual forma de funcionamento do colegiado pode acarretar. Para ele, a decisão do tribunal deve ser integrativa, no sentido de ser o fruto de uma composição entre a decisão de primeiro grau e o trabalho de revisão realizado pelo colegiado, composição representada pela expressão dos três votos respectivos: a sentença enquanto primeiro voto; o voto do relator e o voto do revisor. Ao invés de um acórdão desconstrutivo da sentença como pode ocorrer no formato atual da votação no colegiado, a proposta da sentença como primeiro voto no colegiado

deve assegurar um acórdão construtivo da jurisdição compartilhada entre 1º e 2º graus.

Merece detida reflexão o argumento de que o juízo de primeiro grau é o órgão estatal de base ao qual a sociedade delegou a incumbência de resolver pacificamente os conflitos de interesses, aportando-lhe legitimidade constitucional para fazê-lo, além de fornecer recursos humanos e materiais consideráveis para tal incumbência, de modo que não é aceitável uma concepção que conduza à própria desconsideração, ainda que de forma indireta, de todo o oneroso arcabouço institucional de base estruturado pela ordem jurídica para produzir a solução pacífica dos conflitos de interesse na sociedade. Essa desconsideração faz-se presente quando a sentença não é valorizada. É certo que o Estado é um ente permeado por diversas contradições. Mas isso não deve impedir uma racionalidade mínima: quando o tribunal desconsidera a sentença, o Estado está a desconsiderar-se a si próprio.

É bem verdade que não se espera que a sentença seja desconhecida pelo relator, e essa expectativa é de ser alimentada com ânimo positivo, em face do criterioso julgamento que incumbe ao tribunal no legítimo exercício de sua função revisora, de modo que, na atual modalidade de composição da votação no órgão colegiado, sempre se espera que a sentença de fato integre o julgamento do recurso *de forma indireta*.

Contudo, a proposta de ter-se a sentença como o primeiro voto no colegiado neutralizaria a eventual influência da utilização daquele criticado método de julgamento no exercício da função revisora do tribunal, pois que então a sentença participaria organicamente da própria concepção da decisão de 2º grau *de forma direta*.

Todavia, o conteúdo mais importante dessa proposta está na valorização da própria jurisdição, na medida em que a atividade judicante de primeiro grau, realizada junto à comunidade jurisdicionada, é elevada a um patamar de reconhecimento capaz de reforçar a autoridade

judicial mais próxima ao conflito de interesses, o que facilita a percepção da cidadania acerca da concreta operatividade do Estado Democrático de Direito no cotidiano dos cidadãos; estimula o respeito à ordem constitucional e pode inibir a violência. Numa sociedade marcada por severa desigualdade social, sociedade em que são consideráveis os recursos públicos destinados à estrutura judiciária, as decisões de primeiro grau de jurisdição estão a merecer um patamar superior de reconhecimento das partes, do Estado e da Sociedade, de modo a inverter-se uma determinada lógica segundo a qual o primeiro grau de jurisdição constituiria mera etapa de passagem do processo.

9. Conclusão

O exame crítico da função revisora dos tribunais e de suas relações com a efetividade da justiça e com a legitimação institucional da jurisdição de primeiro grau atrai o tema correlato da necessidade de valorização das sentenças.

Enquanto não houver uma clara política judiciária e legislativa de valorização das decisões de primeiro grau, podemos renunciar à ilusão da efetividade da jurisdição, nada obstante a promessa constitucional da duração razoável do processo.

A necessidade de valorização das sentenças, uma vez assumida enquanto objetivo a ser criteriosamente perseguido, tem provocado ricas reflexões acerca do modo de se alcançar tal desiderato.

Por vezes, a valorização das decisões de primeiro grau apresenta-se sob a forma da própria eliminação de recurso. Às vezes, assume a forma da execução definitiva da sentença na pendência de recurso. Noutras oportunidades, tal valorização vem sob a forma de autorização legislativa para realizar-se a execução provisória da sentença pendente de recurso.

A inovadora proposta do desembargador do trabalho JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE MIRANDA, de atribuir-se à sentença

a condição de primeiro voto no julgamento do órgão colegiado recursal, tem a virtude de valorizar a decisão de primeiro grau de forma efetiva, porquanto a reforma da sentença dependeria da unanimidade dos julgadores de 2º grau no sentido da reforma. Ao mesmo tempo, a proposta tem a virtude de estimular a Turma Julgadora a proceder à *simples revisão do julgado*, contribuindo para abandonar-se a prática de se proferir uma *nova sentença* por ocasião do julgamento do recurso de natureza ordinária, de modo a sublinhar a distinção de método que há de ser resgatada entre a função do juiz de primeiro grau e a função da Turma Revisora: o juiz julga a ação; o tribunal julga o recurso.

Trata-se de uma original proposta *de lege ferenda*. Como tal, enfrentará natural resistência no primeiro momento, porquanto propõe uma alteração do paradigma adotado atualmente no exercício da função revisora, modelo que hoje se caracteriza pela *não participação direta* da sentença na composição dos votos no órgão colegiado do tribunal. Contudo, a proposta hospeda uma virtude notável em termos de valorização da decisão de primeiro grau: o criativo mecanismo concebido pela original proposta impede que a sentença seja desconhecida pelo tribunal. A virtude da proposição radica no fato de que, na fórmula sugerida, a sentença já não pode mais ser simplesmente olvidada pelo segundo grau de jurisdição, pois que lhe é reconhecida a condição jurídica de primeiro voto no julgamento do recurso no âmbito do órgão colegiado, ou seja, a fórmula proposta implica a participação *direta* da sentença na composição da votação pela qual se julga o recurso interposto, o que assegura uma produtiva integração dialética da sentença na construção dialógica da decisão de segundo grau de jurisdição.

A original ideia do desembargador do trabalho JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE MIRANDA constitui uma proposta de valorização da sentença ao mesmo tempo simples e inovadora, que merece reflexão criteriosa de todos aqueles que se empenham pela valorização da jurisdição e pela efetividade das decisões judiciais — uma criteriosa reflexão capaz de suspender preconceitos, como idealizara DESCARTES.

10. Referências bibliográficas

- ALVES, José Carlos Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia — o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías e sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Fênix: por um novo processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- Revista da Anamatra*, ano XVII, n. 55, 2º sem. 2008.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- VARGAS, Luiz Alberto de; FRAGA, Ricardo Carvalho. *Fatos e jurisprudência — reflexões iniciais*. Publicado em: <www.uol.br/lavargas>.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Tribunal Superior do Trabalho

Processo: TST-RR-976-11.2011.5.20.0011

ACÓRDÃO

6ª Turma

Recorrentes: Sandro Souza Rodrigues e outros

Recorrida: Vale S.A.

Acórdão:

► **RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTES. EXPLORAÇÃO DE MINA EM SUBSOLO. JORNADA NORMAL DE SEIS HORAS PRORROGADA ANTE O CÔMPUTO DO TEMPO DE PERCURSO INTERNO ENTRE A FRENTE DE TRABALHO E A BOCA DA MINA.**

1 – No caso dos autos, além da jornada normal de seis horas, os reclamantes gastavam uma hora e cinco minutos entre a frente de trabalho no subsolo e a boca da mina, tempo que era remunerado pela empregadora segundo os critérios previstos na norma coletiva, mas não era considerado para o fim de concessão do intervalo intrajornada mínimo de uma hora.

2 – Nos termos da Súmula n. 437 do TST: “IV – *Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT.*”

3 – Entendendo esta Corte Superior que integra a jornada o tempo gasto pelos trabalhadores entre a portaria da empresa e o posto de trabalho em situações comuns (Súmula n. 429 do TST, que interpreta o art. 4º da CLT), com mais razão ainda deve ser reconhecida a integração na jornada do tempo gasto entre a boca da mina e a frente de trabalho no subsolo, em situação especial na qual os empregados exercem atividade suscetível às adversidades causadas pela insalubridade e periculosidade. Tanto é assim que: a jornada normal é a especial de seis horas (art. 293); o trabalho no subsolo somente é permitido a homens com idade entre 21 e 50 anos (art. 301); cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares à CLT especialmente quanto à prevenção de explosões, incêndios, desmoronamentos e soterramentos, eliminação de poeiras, gases, etc. e facilidades de rápida saída dos empregados (art. 200 e NR-22); há ordem pública a ser preservada, na medida em que os serviços prestados em minas se equiparam aos serviços públicos (art. 910).

4 – O cômputo no salário do tempo de percurso entre a frente de trabalho no subsolo e a boca da mina é obrigação legal da empregadora nos termos do art. 294 da CLT, enquanto as vantagens remuneratórias adicionais previstas na norma coletiva no caso concreto se

justificam pelo interesse econômico da empresa de que a troca de turnos nas 24 h do dia ocorra na própria frente de trabalho dentro das minas em subsolo.

5 – O art. 298 da CLT, que prevê o intervalo intrajornada de 15 minutos a cada três horas consecutivas de trabalho, é norma de segurança e medicina do trabalho que visa a proteger os empregados que exercem atividades em minas de subsolo ante a pouca ventilação do ambiente, a qual influencia diretamente os níveis de oxigenação, temperatura, umidade, gases e poeira; daí serem computados na jornada normal de trabalho, ao contrário da regra geral inerente aos intervalos intrajornadas.

6 – Não havendo norma específica quanto ao intervalo intrajornada mínimo de uma hora na jornada contínua superior a seis horas nos arts. 293 a 301 da CLT, os quais disciplinam o trabalho em minas em subsolo, deve ser aplicada a norma geral do art. 71 da CLT, cogente, de ordem pública, uma vez que não seria crível que o trabalhador em minas em subsolo, que sempre mereceu proteção especial no aspecto da saúde e da segurança, não tivesse, caso ultrapassada a jornada de seis horas, direito ao intervalo intrajornada. Prevalência do princípio da proteção que informa a interpretação das normas do Direito do Trabalho. Mandado de otimização que emana da Constituição Federal, segundo a qual: é fundamento da República o valor social do trabalho (art. 1º, IV); é objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I); é direito individual fundamental a isonomia (art. 5º, *caput*); são direitos sociais dos trabalhadores a melhoria da sua condição social e a observância das normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, *caput*, XXII); a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano com o fim de assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social (art. 170); a ordem social tem por base o primado do trabalho (art. 193).

7 – Recurso de revista a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-976-11.2011.5.20.0011, em que são Recorrentes SANDRO SOUZA RODRIGUES E OUTROS e é Recorrida VALE S.A.

O TRT, a fls. 423/427 e 443/448, negou provimento ao recurso ordinário e aos embargos de declaração dos reclamantes.

Os trabalhadores interpõem recurso de revista, a fls. 451/466, sustentando que deve ser reformada a decisão recorrida.

Despacho de admissibilidade a fls. 469/472.

Contrarrazões a fls. 475/479.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho (art. 83, II, do Regimento Interno do TST).

É o relatório.

VOTO

1. MÉRITO

1.1. EXPLORAÇÃO DE MINAS EM SUBSOLO. JORNADA NORMAL DE SEIS HORAS PRORROGADA ANTE O CÔMPUTO DO TEMPO DE PERCURSO INTERNO ENTRE A FRENTE DE TRABALHO E A BOCA DA MINA

O TRT, a fls. 424/427, proferiu a seguinte decisão quanto ao tema:

“Insurgem-se os reclamantes contra o indeferimento do intervalo intrajornada.

Narram que laboravam na mina subterrânea, em turno ininterrupto de revezamento, e que as trocas de turnos eram feitas nas próprias frentes da lavra, com o cumprimento integral das seis horas de trabalho.

Explicam que dadas as grandes dimensões da mina, o deslocamento entre a saída do poço e a frente de lavra consome relevante período de tempo.

Dizem que, por tal razão, a ré, objetivando que as trocas de turnos sejam feitas nas próprias frentes de trabalho, paga aos mineiros uma hora e cinco minutos por dia, com o propósito de remunerar o deslocamento até o subsolo.

Desta forma, argumentando que a jornada, por conta de tal deslocamento, era elastecida em uma hora e cinco minutos diários, e que o horário de labor efetivo era de sete horas e cinco minutos diários, requerem o pagamento de uma hora extra pelo intervalo de repouso não gozado, com fundamento no art. 71 da CLT e na Orientação Jurisprudencial n. 380 do TST.

Eis o teor da sentença quanto ao tema, *in verbis*:

O entendimento deste juízo anda no sentido de que o art. 71, caput, da CLT, confere ao trabalhador um intervalo para repouso ou alimentação de, no mínimo, uma hora, em qualquer trabalho contínuo, efetivo, cuja duração exceda de seis horas, não sendo esta a hipótese dos autos, já que constitui fato público jurídico apurado em diversos outros processos em trâmite nesta Vara, a exemplo do de número 00869-2008-011-20-00-4, que durante a 01h05min (uma hora e cinco minutos) referida, os reclamantes não se encontravam efetivamente trabalhando, mas sim, se deslocando do poço de acesso da mina até o local de trabalho na frente de lavra, ida e volta.

À vista do exposto, indefiro todos os pedidos formulados na inicial.”

Acolho o entendimento da ilustre magistrada de primeiro grau.

Conforme alegado pelos autores, a mina Taquari-Vassouras funciona de forma ininterrupta durante as vinte e quatro horas diárias, mediante turno ininterrupto de revezamento de seis horas.

É cediço que, para manter a continuidade dos serviços, os autores só deixam seu serviço com a chegada de outro funcionário que irá lhes suceder no turno.

De outro lado, é incontroverso que, diante da longa distância entre a saída da mina e as frentes de trabalho (5 a 6 km), a ré remunera os ‘mineiros’ com o pagamento de uma hora e cinco minutos pelo deslocamento até o subsolo, nos seguintes termos da norma coletiva:

‘Acordo 2007/2009

1.1 – Para todos os empregados lotados na mina de subsolo, onde a jornada de trabalho efetiva é de seis horas diárias, a CVRD em razão do tempo despendido para permitir que as trocas de turno sejam realizadas nas frentes de trabalho, pagará a título de ‘troca de turno subsolo’, 1h00 (uma hora) acrescido do percentual temporal de mais 8% (oito por cento) desta, como base de cálculo para apuração da troca de turno.

1.2 – Esta hora e cinco minutos adicionais será acrescida do percentual de 70% (setenta por cento), para o período de vigência deste instrumento.

1.3 – A hora de troca de turno citada no item 1.1 acima, quando coincidir com dias destinados a feriados e folgas previstas na escala de revezamento de turno, serão remuneradas a base de 120% (cento e vinte por cento) incidente sobre a hora simples do empregado.”

Nos termos do art. 71 da CLT, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora, não podendo exceder de 2 (duas) horas.

In casu, indevido o intervalo intrajornada, haja vista que, conforme confessado pelos autores, só havia trabalho efetivo, ou seja, o labor de forma contínua (nos termos do artigo citado), durante as seis horas do turno.

Outrossim, é incontroverso que o período de uma hora e cinco minutos era o tempo necessário para o deslocamento dos ‘mineiros’ da entrada da mina até o seu posto de trabalho, trajeto este necessário, dada à natureza do serviço e o local de sua prestação.

Desse modo, entendo que estando remunerados os obreiros por tal tempo à disposição (conforme previsão nos acordos coletivos

2005/2007 e 2007/2009), tal pagamento não teria o condão de gerar o pagamento da hora extra por intervalo intrajornada, na medida em que geraria um *bis in idem*.

Nada a reformar.”

No recurso de revista, a fls. 451/466, os reclamantes sustentam que é devido o intervalo intrajornada mínimo de uma hora, nos termos do art. 71, *caput*, da CLT, remunerado na forma do § 4º do mesmo dispositivo de lei federal, pois a jornada normal de seis horas era acrescida do tempo de percurso entre a frente de trabalho e a boca da mina em subsolo, conforme a previsão do art. 294 da CLT. Argumentam que também o art. 4º da CLT manda considerar como de serviço efetivo o tempo à disposição do empregador. Assinalam que, nesse contexto, o caso não é de *bis in idem*. Afirma que o TRT criou distinção onde a lei não o faz. Dizem que foi contrariada a Súmula n. 437, IV, do TST.

É viável o conhecimento.

No caso dos autos, além da jornada normal de seis horas, os reclamantes gastavam uma hora e cinco minutos entre a frente de trabalho e a boca da mina, tempo que era remunerado pela empregadora segundo os critérios previstos na norma coletiva, mas não era considerado para o fim de concessão do intervalo intrajornada mínimo de uma hora.

Nos termos da Súmula n. 437 do TST:

“IV – Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, *caput* e § 4º da CLT.”

De acordo com a CLT:

“Art. 4º Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

Art. 294 – O tempo despendido pelo empregado da boca da mina ao local do trabalho e vice-versa será computado para o efeito de pagamento do salário.

Art. 298 – Em cada período de 3 (três) horas consecutivas de trabalho, será obrigatória uma pausa de 15 (quinze) minutos para repouso, a qual será computada na duração normal de trabalho efetivo.”

Entendendo esta Corte Superior que integra a jornada o tempo gasto pelos trabalhadores entre a portaria da empresa e o posto de trabalho em situações comuns (Súmula n. 429 do TST, que interpreta o art. 4º da CLT), com mais razão ainda deve ser reconhecida a integração na jornada do tempo gasto entre a boca da mina e a frente de trabalho em situação especial na qual os empregados exercem atividade suscetível às adversidades causadas pela insalubridade e periculosidade, uma vez que, ao ingressar na mina em seu percurso até o subsolo, o trabalhador já está sujeito a todos os riscos e eventuais danos. Observe-se que o único modo de o trabalhador efetuar seu trabalho é descendo ao subsolo, motivo pelo qual a empresa, por ordem legal, paga o percurso como salário.

Tanto é assim que: a jornada normal é a especial de seis horas (art. 293); o trabalho no subsolo somente é permitido a homens com idade entre 21 e 50 anos (art. 301); cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares à CLT especialmente quanto à prevenção de explosões, incêndios, desmoronamentos e soterramentos, eliminação de poeiras, gases, etc. e facilidades de rápida saída dos empregados (art. 200 e NR-22); há ordem pública a ser preservada, na medida em que os serviços prestados em minas se equiparam aos serviços públicos (art. 910).

O cômputo no salário do tempo de percurso entre a frente de trabalho e a boca da mina é obrigação legal da empregadora nos termos do art. 294 da CLT, enquanto as vantagens

remuneratórias adicionais previstas na norma coletiva no caso concreto se justificam pelo interesse econômico da empresa de que a troca de turnos nas 24 h do dia ocorra na própria frente de trabalho dentro das minas em subsolo.

O art. 298 da CLT, que prevê o intervalo intrajornada de 15 minutos a cada três horas consecutivas de trabalho, é norma de segurança e medicina do trabalho que visa a proteger os empregados que exercem atividades em minas em subsolo ante a pouca ventilação do ambiente, a qual influencia diretamente os níveis de oxigenação, temperatura, umidade, gases e poeira; daí serem computados na jornada normal de trabalho, ao contrário da regra geral inerente aos intervalos intrajornadas.

Nesse particular, cita-se a doutrina especializada de Paul Cézanne Pinto⁽¹⁾:

“A avaliação das condições ambientais, na mineração, é um fator de extrema importância para a higiene e segurança dos trabalhadores. Dentro desse contexto, a disponibilidade de ar fresco em subsolo se destaca como o principal parâmetro de controle, tendo influência direta nos demais parâmetros ambientais. (...) os principais parâmetros de controle no ambiente de mina: vazão volumétrica, temperatura, umidade, gases e poeira. (...) a vazão volumétrica tem influência direta nos demais parâmetros de controle. As galerias com ventilação insuficiente apresentaram altos índices de temperatura e contaminantes. (...)

(...) Os altos valores de temperatura, concentração de gases e particulados são reflexo do dimensionamento inadequado da ventilação, tanto auxiliar, como principal. Os aspectos ambientais devem ser tratados e analisados sempre de forma conjunta, pois um parâmetro influencia os demais.”

(1) Avaliação das condições ambientais na mineração em subsolo. *Revista Escola de Minas*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-44672006000300010> Acesso em: 30 ago. 2013.

Dada a relevância da matéria, cita-se também o estudo de Hermano Gomes Machado⁽²⁾:

“Do ponto de vista de ventilação, os efeitos principais da profundidade são o aumento do calor e a umidade, que levam as pessoas a concentrar sua atenção e a se tornar menos conscientes dos sinais visuais ao seu redor. Essas reduções levam eventualmente a um ponto em que o déficit de atenção é tal que compromete a segurança e a saúde dos trabalhadores com o aumento do potencial para acidentes graves.

Os primeiros relatos de consequências graves do calor excessivo foram relatados nas minas da África do Sul em 1924 (STEWART, 1980). Esses fatores se mostram em variados graus dependendo da profundidade da mina explorada e do grau de sua mecanização. Minas pouco mecanizadas demandam maior esforço físico e apresentam maior exposição aos fatores de riscos; consequentemente, são mais propensas a acidentes.

O ar que circula nas galerias das minas subterrâneas sofre modificações relativas na sua composição química e física. Quando flui descendentemente em uma escavação de mina, o ar gera um aumento de pressão devido a seu próprio peso, e isso causa um aumento de temperatura correspondente a aproximadamente 1°C para cada cem metros na vertical.

Esse efeito termodinâmico provoca a diminuição da capacidade do ar em seu efeito de resfriamento (MVS1, 1982). Além disso, o ar de ventilação incorpora gases, vapores, poeira e umidade resultantes das diversas atividades executadas. E, por ser um fluido

(2) *Gestão de riscos em minas subterrâneas: avaliação da ventilação de minas profundas*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Ouro Preto. Escola de Minas. Núcleo de Geotecnia (NUGEO). Disponível em: <http://www.nugeo.ufop.br/joomla/attachments/article/11/DISSERTA%C3%87%C3%83O_UFOP_SISBIN1.pdf> Acesso em: 30 ago. 2013.

compressível, sofre modificações significativas em sua densidade. Essa variação na sua composição química, na sua densidade e na sua temperatura demanda metodologias e ferramentas adequadas de controle das condições reinantes e são essenciais para se calcular as demandas futuras, à medida que a mina se aprofunda.”

Dada a relevância da matéria, cita-se ainda a NR-22 do Ministério do Trabalho:

“22.1.8. Na mina de subsolo, será instalado sistema de ventilação eficaz e permanente, que garanta a renovação contínua do ar, sua pureza e condições satisfatórias de temperatura e umidade.

22.1.8.1. A quantidade de ar puro posta em circulação será proporcional ao número de trabalhadores e ao de lâmpadas, motores, animais e outros agentes que consumam oxigênio.

22.1.8.2. No subsolo haverá suficiente circulação de ar, não devendo sua velocidade ser inferior a 2 (dois) decímetros por segundo, nem superior a 5 (cinco) metros por segundo.”

Vê-se, portanto, que o trabalho em minas de subsolo, pelo prejuízo que traz à saúde e o perigo à vida sempre iminente, tem regramento próprio, mais benéfico do que a regra geral nos demais dispositivos da CLT. Essa é a melhor interpretação ao texto do art. 294 da CLT, que, desde a origem daquele ordenamento jurídico (em 1943), antes mesmo do avanço doutrinário e jurisprudencial sobre as horas *in itinere*, já disciplinava a matéria, ao considerar como integrante da jornada de trabalho o tempo de percurso. A conclusão jurídica é óbvia: se o art. 294 da CLT afirma que o tempo despendido pelo empregado da boca da mina até o local de prospecção no subsolo será considerado para o pagamento do salário, e se o salário é o valor pago pelo empregador pela contraprestação de serviços (art. 457 da CLT), logicamente concluímos que o texto legal compreende tal período de deslocamento, merecedor de pagamento de salário, como inserido na jornada de trabalho.

Entender que, por trabalhar em minas de subsolo, o tempo do trabalhador dentro da mina não é considerado na jornada, leva a uma interpretação restritiva e retira do trabalhador um direito que vem sendo reconhecido a todos os demais. Então, restaria ao trabalhador em minas de subsolo, quando ultrapassada a jornada normal de seis horas, somente o intervalo de 15 minutos previsto no art. 298 da CLT?

Se o legislador quis dar ao trabalhador em minas de subsolo um referencial jurídico diferente, e assim o fez, foi para protegê-lo, e não para expor seu ofício a situações fáticas de maior adversidade.

Não havendo norma específica quanto ao intervalo intrajornada mínimo de uma hora na jornada contínua superior a seis horas nos arts. 293 a 301 da CLT, os quais disciplinam o trabalho em minas em subsolo, deve ser aplicada a norma geral do art. 71 da CLT, cogente, de ordem pública.

Cumprir registrar que a jornada normal de seis horas do trabalhador em minas de subsolo deve ser compreendida não apenas como aquela verificada na frente de trabalho no subsolo, mas, também, o tempo gasto daí até a boca da mina, e vice-versa, o qual deve ser computado para pagamento do salário. Assim, a consequência não é que o empregador mantenha o empregado no subsolo por até oito horas (seis trabalhadas, uma de intervalo e outra de percurso interno), mas, sim, que respeite o cumprimento da jornada normal de seis horas, nela já incluído o tempo de percurso interno, caso em que será devido apenas o intervalo de 15 minutos nos termos do art. 298 da CLT.

Prevalência do princípio da proteção que informa a interpretação das normas do Direito do Trabalho.

Mandado de otimização que emana da Constituição Federal, segundo a qual: é fundamento da República o valor social do

trabalho (art. 1º, IV); é objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I); é direito individual fundamental a isonomia (art. 5º, *caput*); são direitos sociais dos trabalhadores a melhoria da sua condição social e a observância das normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, *caput*, XXII); a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano com o fim de assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social (art. 170); a ordem social tem por base o primado do trabalho (art. 193).

Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes do TST:

“RECURSO DE REVISTA. TRABALHO EM MINAS DE SUBSOLO. PRORROGAÇÃO DA JORNADA DE SEIS HORAS. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT. CUMULAÇÃO COM O INTERVALO PREVISTO NO ART. 298 DA CLT. POSSIBILIDADE. Conquanto a CLT estabeleça intervalo especial de quinze minutos para os empregados em minas de subsolo (art. 298 da CLT), não especifica, para esses trabalhadores, o intervalo intrajornada devido nos casos em que a jornada ultrapassa seis horas diárias. Não havendo, pois, regramento específico para a matéria, nada obsta a aplicação da regra geral prevista no art. 71 da CLT e, por conseguinte, do entendimento consolidado nos itens I e IV da Súmula n. 437 desta Corte. Nada impede, outrossim, que, cumulativamente com o aludido intervalo, se estabeleça a condenação ao pagamento do intervalo de quinze minutos previsto no art. 298 da CLT, visto que, além de se tratar ambos os intervalos de normas de ordem pública, afetas à medicina do trabalho, de caráter indisponível, detêm naturezas jurídicas distintas: o do art. 71 da CLT, decorrente do elástico da jornada; o do art. 298 da CLT, resultante da pouca ventilação em que o trabalho em minas subterrâneas é realizado. Recurso de revista conhecido e desprovido.” (Processo: RR – 96-06.2011.5.12.0055 – Data de Julgamento: 14.11.2012, relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23.11.2012.)

“RECURSO DE REVISTA. TRABALHADOR DE MINA DE SUBSOLO. JORNADA SUPERIOR A SEIS HORAS DIÁRIAS. INTERVALO INTRAJORNADA. (...) No caso, ficou incontroverso que a jornada do trabalhador ultrapassou as seis horas diárias, e que era concedido apenas o intervalo intrajornada de 15 (quinze) minutos, apenas uma vez por turno, mediante negociações coletivas. Vale dizer que, embora a CLT estabeleça intervalo especial de quinze minutos para os empregados em minas de subsolo (art. 298 da CLT), não especifica, para esses trabalhadores, o intervalo intrajornada devido nos casos em que a jornada ultrapassa seis horas diárias. Não havendo, pois, regramento específico para a matéria, nada obsta a aplicação do art. 71 da CLT e, por conseguinte, o entendimento dos itens II e IV da Súmula n. 437 desta Corte (...). Recurso de revista a que se dá provimento.” (Processo: RR – 2218-76.2011.5.12.0027 – Data de Julgamento: 21.8.2013, relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23.8.2013.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRAJORNADA. MINAS DE SUBSOLO. O Tribunal Regional registrou que a jornada de trabalho do reclamante era de 8 horas, que eram concedidos ao trabalhador apenas 15 minutos de intervalo e que a reclamada não logrou êxito em comprovar sua alegação de que o efetivo labor no interior da mina subterrânea não ultrapassava as seis horas previstas no art. 293 da CLT. Diante de tal quadro fático, insuscetível de revisão nesta instância, nos termos da Súmula n. 126 do TST, o Regional aplicou a regra contida no *caput* do art. 71 da CLT, que prevê a concessão de no mínimo 1 hora de intervalo intrajornada quando a duração do trabalho contínuo exceder de 6 horas. Registre-se que esse entendimento não contraria a regulamentação prevista para os trabalhadores de minas de subsolo (arts. 293 a 301 da CLT), uma vez que a referida seção do diploma celetista não faz menção específica ao tempo

de intervalo quando a jornada é superior a 6 horas. Ademais, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que o intervalo intrajornada guarda pertinência com a jornada laboral efetivamente realizada, e não com aquela estabelecida por lei ou contrato, devendo ser fixada em uma hora sempre que houver prestação de serviço por tempo superior a seis horas. Nesses termos, não há falar em violação literal dos arts. 57, 71 e 298 da CLT. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” (Processo: AIRR – 166300-97.2009.5.05.0251 Data de Julgamento: 13.6.2012, relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15.6.2012.)

“RECURSO DE REVISTA. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. INTERVALO INTRAJORNADA. JORNADA LABORAL DE 6 HORAS PRORROGADA. DESLOCAMENTO DO LOCAL DE TRABALHO ATÉ A SAÍDA DA MINA. Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, *caput* e § 4º, da CLT. Recurso de Revista conhecido e provido.” (Processo: RR – 1070-90.2010.5.20.0011 – Data de Julgamento: 8.5.2013, relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10.5.2013.)

Acrescente-se que, de acordo com a fundamentação exposta, são distintos os fundamentos jurídicos: da remuneração do tempo gasto entre a frente de trabalho e a boca da mina; da concessão do intervalo intrajornada de 15 minutos a cada três horas consecutivas trabalhadas; e, ainda, do direito ao intervalo intrajornada mínimo de uma hora no caso da prorrogação da jornada normal de seis horas. Isso afasta de plano a hipótese de *bis in idem*.

Pelo exposto, conheço do recurso de revista por contrariedade à Súmula n. 437 do TST.

2. MÉRITO

2.1. EXPLORAÇÃO DE MINAS EM SUBSOLO. JORNADA NORMAL DE SEIS HORAS PRORROGADA ANTE O CÔMPUTO DO TEMPO DE PERCURSO INTERNO ENTRE A FRENTE DE TRABALHO E A BOCA DA MINA

O pedido havia sido rejeitado nas instâncias percorridas, com a extinção do processo com resolução de mérito.

Cumpra registrar que, embora os reclamantes tivessem o direito ao pagamento da hora integral a título de intervalo intrajornada previsto no art. 71 da CLT, nos termos da fundamentação assentada no conhecimento do recurso de revista, subsiste que postularam somente a quitação de 45 minutos (fl. 11), o que deve ser observado, sob pena de julgamento *extra petita*.

Em observância à Súmula n. 437 do TST, dou provimento ao recurso de revista dos reclamantes para determinar o pagamento de 45 minutos a título de intervalo intrajornada (na forma do pedido), com adicional (legal ou normativo, o mais benéfico, conforme apurado no procedimento de liquidação) e com reflexos; invertido o ônus da sucumbência quanto às custas processuais, cujo recolhimento fica a cargo da reclamada; não houve pedido de pagamento de honorários advocatícios, ressaltando-se, ainda, que os reclamantes não estão assistidos por sindicato; fixa-se o montante provisório da condenação em R\$ 60.000,00 (valor dado à causa) e das custas em R\$ 1.200,00.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista dos reclamantes por contrariedade à Súmula n. 437 do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar o pagamento de 45 minutos a título de intervalo intrajornada (na forma do pedido),

com adicional (legal ou normativo, o mais benéfico, conforme apurado no procedimento de liquidação) e com reflexos; invertido o ônus da sucumbência quanto às custas processuais, cujo recolhimento fica a cargo da reclamada; não houve pedido de pagamento de honorários advocatícios, ressaltando-se, ainda, que os

reclamantes não estão assistidos por sindicato; fixa-se o montante provisório da condenação em R\$ 60.000,00 (valor dado a causa) e das custas em R\$ 1.200,00.

Brasília, 11 de Setembro de 2013.

KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA

Ministra Relatora

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

RECURSO ORDINÁRIO

TRT 15ª REGIÃO – 6ª TURMA – 11ª CÂMARA

Processo: 0001117-52.2011.5.15.0081

Recorrente: Usina Santa Fé S.A.

Recorridos: Ministério Público do Trabalho – PRT/15ª Região

Origem: Vara do Trabalho de Matão

Juiz Sentenciante: Renato da Fonseca Janon

Ementa:

- “AÇÃO COLETIVA. INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CORTADOR DE CANA. PAGAMENTO POR PRODUÇÃO. PROIBIÇÃO. SINGULARIDADE DA ATIVIDADE. POSSIBILIDADE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AO VALOR SOCIAL DO TRABALHO. 1. O Ministério Público do Trabalho, como é cediço, possui legitimidade para tutelar interesses individuais homogêneos, além, obviamente, dos difusos e dos coletivos. 2. *In casu*, não há de se falar em interesse individual heterogêneo, tal como pretende a reclamada. O fato de todos os trabalhadores serem cortadores de cana e receberem por produção configura, indubitavelmente, a origem comum apta a ensejar a aplicação do art. 81, parágrafo único, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor. O que se pretende, na verdade, é conferir nova nomenclatura a instituto já definido pelo referido dispositivo legal. 3. A proibição do pagamento por produção, no caso específico dos cortadores de cana, é medida impeditiva de retrocesso social. Como é sabido, nesse caso existe um estímulo financeiro capaz de levar o trabalhador aos seus limites físicos e mentais para que, mesmo assim, aufera salário mensal aviltante e incapaz de suprir as necessidades básicas próprias e as de sua família. 4. Não se deve concluir pela proibição do pagamento por produção para todas as profissões, mas tão somente para aquelas cujas peculiaridades as tornem penosas, degradantes e degenerativas do ser humano. É o caso dos cortadores de cana, embora não exclusivamente. 5. Deve-se entender, de uma vez por todas, que o cortador de cana remunerado por produção não trabalha a mais porque assim deseja. Muito pelo contrário: ele trabalha a mais, chegando a morrer nos canaviais, unicamente porque precisa. Sua liberdade de escolha, aqui, é flagrantemente tolhida pela sua necessidade de sobreviver e prover sua família. 6. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, fundamentos da República Federativa do Brasil, devem impedir a manutenção de uma situação que remonta aos abusos cometidos durante a 1ª Revolução Industrial, de modo que a coisificação do ser humano que trabalha nos canaviais é realidade que não se admite há muito tempo.”

Inconformada com a r. sentença de fls. 1418/1529, recorre a reclamada (fls. 1538/1551).

Em suas razões de recurso ordinário, alega, preliminarmente, que o feito deve ser extinto sem resolução de mérito, haja vista eventual ilegitimidade ativa do órgão ministerial para tutelar suposto direito individual heterogêneo. No mérito, sustenta que o pagamento por produção é autorizado pela lei, de modo que o Poder Judiciário equivocou-se ao proferir sentença proibindo a reclamada de remunerar seus empregados por unidade produzida. Por derradeiro, alega que a imposição de multa em caso de desobedecimento da obrigação de não fazer imposta judicialmente não encontra amparo legal e, se mantida, acarretará enriquecimento ilícito do recorrido.

O Ministério Público do Trabalho, por intermédio de seu digno representante, Dr. Rafael de Araújo Gomes, contrapôs-se aos argumentos apresentados, concluindo pela necessidade de manutenção da r. sentença proferida (fls. 1559/1564).

É o relatório.

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso interposto porque presentes os requisitos de admissibilidade.

DAS PRELIMINARES ARGUIDAS PELA RECLAMADA

Em suas razões de recurso ordinário, a reclamada esforçou-se por demonstrar, por intermédio de preliminares e prejudiciais, que o mérito da questão não deve ser julgado. Basta, para tanto, notar o quão extensa foi sua argumentação no que toca à tentativa de convencer este E. TRT a acatar alguma das inúmeras preliminares arguidas.

De maneira geral, alegou que o tema envolvendo o pagamento por unidade de produção, especificamente no caso dos cortadores de cana-de-açúcar, diz respeito a típico interesse individual heterogêneo, o que afasta a legitimidade de atuação do órgão ministerial.

Aliado a isso, sustentou que a Ação Civil Pública julgada procedente pelo magistrado de 1ª Instância carece de objeto, haja vista a tomada de compromisso de ajustamento de conduta às previsões legais perante o Ministério Público do Trabalho. Por fim, construiu fundamentação no sentido de demonstrar que o pagamento por produção é permitido pela legislação em vigor, de modo que a r. sentença feriu o princípio da legalidade.

Em síntese, esses foram os argumentos apresentados pela reclamada, muito embora estejam eles apresentados em diversos tópicos que, de uma maneira ou de outra, repetem-se sucessivamente.

A despeito de a r. sentença proferida ter enfrentado todos os óbices de mérito apresentados, utilizando-se de persuasão racional refinada e precisa — com a qual concordo plenamente, a importância jurídica e social da causa, e também o dever, impulsiona a análise, ainda que breve, dos pontos obstativos apresentados pela reclamada.

Eis, então, os fundamentos.

DA PERDA DE OBJETO DA AÇÃO

Como primeiro ponto, a reclamada alega que a ação que ensejou a presente discussão perdeu o objeto, sendo inaplicáveis os fundamentos da sentença. Afirma, a fim de justificar sua defesa, que os trabalhadores possuem condições dignas de trabalho, mormente com a assinatura, sem resistência, do TAC proposto pelo Ministério Público do Trabalho.

Prima facie, afasto a preliminar apresentada, de modo que não assiste razão à reclamada.

Da ata de audiência realizada na sede da PTM Araraquara, f. 720, constou expressamente, item 3, que a ação prosseguiria com relação ao pedido referido no item 8, letra “e”, para julgamento de mérito, não sendo abrangido por conciliação ou desistência. Portanto, beira à má-fé a alegação da ré.

Ora, se a Ação Civil Pública que originou a presente discussão tivesse perdido seu objeto,

a reclamada não se esforçaria para demonstrar que o pagamento por unidade de produção é legal. Isso porque o único e exclusivo objeto da ação ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho foi impedir o pagamento por produção dos cortadores de cana que laboram para a reclamada.

Os fundamentos apresentados pela reclamada, nesse tópico especificamente considerado, apresentam inegável deficiência técnico-processual, pois afirmar que a Ação Civil Pública perdeu o objeto seria exatamente o mesmo que reconhecer a procedência do pedido formulado pelo órgão ministerial. Isso tudo em termos práticos, obviamente.

Nessa cadência, a perda do objeto ocorreria se a reclamada afirmasse não mais remunerar seus empregados em razão da quantidade produzida. Evidentemente que a pretensão resistida, apta a justificar a atuação ministerial, ainda perdura.

Não fosse assim e a reclamada teria aderido, de maneira integral, ao termo de compromisso de ajustamento de conduta proposto pelo Ministério Público do Trabalho, o qual combatia a famigerada prática de pagamento por produção aos cortadores de cana.

Já que não aquiesceu, em âmbito extrajudicial, em se abster de remunerar seus empregados em razão da produção aferida, a ação coletiva foi ajuizada como única maneira de pacificar o ponto conflitivo restante.

Sendo assim, por óbvio, não há que se falar em perda do objeto da ação civil pública que ensejou o atingimento do presente momento processual, de modo que **afasto** a primeira preliminar.

DA ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em segundo lugar, a reclamada afirma que o interesse envolvido no presente caso é evidentemente heterogêneo, cuja consequência processual é o afastamento da legitimidade de atuação do Ministério Público do Trabalho.

Argui, assim, que não existe origem comum que una os trabalhadores, pois a situação de cada um deles deve ser analisada individualmente.

Primeiramente, consigne-se que, na hipótese vertente, o Ministério Público do Trabalho pediu e obteve, em face da recorrente, a condenação para se abster de remunerar seus empregados, envolvidos na atividade de corte manual de cana-de-açúcar, por unidade de produção, sob pena de multa de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) por trabalhador atingido, a cada mês em que se verificar o descumprimento.

Assim, luzidio que se trata de tutela de interesses difusos, não havendo a determinação dos sujeitos atingidos, pois os atuais e futuros empregados serão beneficiados com a proteção do bem maior que é a saúde e a vida.

Efetivamente, não se pretendeu e não se obteve, em face da recorrente, nesta Ação Civil Pública o pagamento de reparações pecuniárias individuais, para satisfazer determinados empregados, mas o cumprimento da obrigação de não fazer, a fim de sanar de forma coletiva e indivisível, a prática funesta do pagamento por produção.

Tratando-se da defesa de interesses coletivos e difusos, adequado se mostra o uso da AÇÃO CIVIL PÚBLICA, nos termos da Lei n. 7.347/85, art. 1º, IV, c.c. com art. 129, III, da Constituição Federal e art. 83, III, da Lei Complementar 75/93.

Ainda que não se tratasse de direitos difusos, mas sim de individuais homogêneos, é patente a legitimidade do Ministério Público do Trabalho.

A tutela coletiva dos direitos na Justiça representa, conforme afirma Ada Pellegrini Grinover, uma verdadeira revolução, cujo escopo maior é a garantia da universalidade da jurisdição⁽¹⁾:

A maior revolução talvez se tenha dado exatamente no campo do processo: de um

(1) GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo*. Estudos e Pareceres. São Paulo: DPJ, 2009. p. 249.

processo individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se no sistema das class actions da common Law, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente. Tudo isso alterou o quadro do acesso à Justiça, facilitado por intermédio dos portadores, em juízo, dos interesses transindividuais, que se substituem aos litigantes a título individual, fracos do ponto de vista econômico e organizacional, e que simplesmente não levavam suas pretensões ao Poder Judiciário. E com isso também se desenhava uma nova realidade para o princípio da universalidade da jurisdição, a qual se abriu a novas causas e a novos titulares de conflitos.

Sob tal prisma, busca-se atualmente a permissão para que o maior número de lesões, ainda que individualmente de pequena repercussão, seja coletivamente sanado pela Justiça ou no âmbito extrajudicial, de forma a se obter a necessária pacificação social. Nesse sentido, a pretensão da recorrente de obrigar, com o provimento de seu apelo, cada trabalhador individualmente lesado a buscar o seu direito fora da tutela coletiva é, antes de mais nada, um enorme retrocesso, sob o aspecto processual, social e doutrinário. É a efetiva negação do direito.

Efetivamente, é difícil acreditar que a reclamada defenda uma tese tão reacionária em matéria de tutela coletiva dos direitos fundamentais, que já foi ultrapassada pelos avanços da ciência processual contemporânea.

É bem verdade que até pouco tempo ainda se viam decisões que pretendiam restringir a legitimidade do Ministério Público do Trabalho, retirando-lhe a possibilidade de tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos.

Todavia, essas decisões, invariavelmente, foram reformadas pelas Cortes superiores, pois esse entendimento ofendia a Constituição Federal e a Lei Complementar n. 75/93, art. 6º,

inciso VII, alínea “d”, desconsiderava uma das razões de ser das ações coletivas: eliminar as lesões de massa, julgando-as em uma só ação (tutela coletiva de direitos).

Bem por isso, a restrição que se encontrava à defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público do Trabalho, foi reformada pelo e. Supremo Tribunal Federal, que assim decidiu no caso:

O Ministério Público do Trabalho interpôs RE (fls. 471/494) para que fosse reconhecida sua legitimidade processual para defesa de interesses individuais homogêneos, com fundamento em precedentes do STF. O RE foi admitido (fls. 533/534). A PGR opinou favoravelmente à pretensão do Recorrente (fls. 541/545). Destaco do parecer: “... O E. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 213.015-0, relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 24.5.2002, fixou o entendimento de que, independentemente da própria lei fixar o conceito interesse coletivo, ele é conceito de direito constitucional, “na medida em que a Carta Política dele faz uso para especificar as espécies de interesses que compete ao Ministério Público defender (CF, art. 129, III).” Reportando-se ao RE n. 163.231-3/SP, o E. Ministro NÉRI DA SILVEIRA recordou que, naquele julgado, a Corte havia fixado o entendimento de que são direitos “... coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” e que os “Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) constituindo-se uma subespécie de direitos coletivos” (fls. 543). O acórdão recorrido está em confronto. Dou provimento ao RE. Publique-se. Brasília, 17 de dezembro de 2003. Ministro NELSON JOBIM relator (RE n. 393229, publicado em 2.2.2004.)

Percebe-se, assim, que a Suprema Corte já firmou jurisprudência no sentido de que os interesses individuais homogêneos, para os fins da tutela coletiva, são subespécie de direitos coletivos. Então, a disposição no art. 83, inciso III, que afirma que cabe ao Ministério

Público do Trabalho o ajuizamento de ações civis públicas para a tutela de direitos coletivos dos trabalhadores abrange tanto os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Assim, analisando-se o recurso da ré, percebe-se que estamos diante de um **pleonismo**, ou seja, inventou-se um novo nome para a mesma a tese, antiga, já rejeitada pela Corte Suprema. Requentou-se a tese, agora sob o pomposo nome de tutela dos “interesses heterogêneos”, contudo, trata-se da mesma tese retrógrada, processual e social, que pretende que cada trabalhador prejudicado procure a tutela judicial de forma individual. É um grande retrocesso na ciência do direito e um flagrante desprestígio aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal!

Como se sabe, a tendência moderna é a “molecularização” das demandas, e não sua “atomização”, segundo ensina Kazuo Watanabe, para quem todo o sistema de tutela coletiva foi construído com o escopo de “*tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, atulhado de demandas fragmentárias*” (“Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do projeto”. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 631).

Nesse sentido, confira-se o seguinte acórdão:

1. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO — LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA: O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para promover, no âmbito da Justiça do Trabalho, ação civil pública para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Inteligência dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal e art. 83 da Lei Complementar n. 75/93. 2. MINISTÉRIO

PÚBLICO DO TRABALHO — DEFESA DE INTERESSES RELEVANTES E INDISPONÍVEIS: A tendência mundial do Direito moderno, inaugurada no Encontro de Florença, presidido por Mauro Cappelletti, em 1975, é a de coletivizar as soluções decorrentes dos conflitos entre pessoas. A ação civil pública é um remédio eficaz e abrangente para a solução de tais conflitos, nada impedindo que seja proposta para pretensões condenatórias e de obrigações de fazer e não fazer. Há longa data que se pacificou o entendimento de que a ação civil pública é cabível na Justiça do Trabalho, com certas adaptações procedimentais, eis que compatível com princípios informadores do processo obreiro. É veículo rápido de solução dos conflitos e, por ser abrangente, deve ser prestigiado. Segurança que se denega. (TRT 2ª Região – Processo: SDI – 00741/2000-2. Espécie: MANDADO DE SEGURANÇA – Acórdão: 2000017094.) (negrejamos)

É sempre bom deixar claro que a defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores por meio da ação coletiva traz inúmeras vantagens, dentre as quais se destacam: 1) evita a proliferação de demandas repetitivas sobre os mesmos fatos; 2) a despersonalização do polo ativo da demanda, impedindo que os lesados sofram as agruras de uma demanda judicial. Isso é salutar na Justiça do Trabalho – leia-se Justiça de desempregados –, haja vista que, na inexistência de estabilidade no emprego, raramente os trabalhadores se sentem em condições de demandar em face do seu empregador, mesmo porque apresentam significativo temor em relação ao desemprego, ainda mais quando estão em situação de vínculo empregatício com a sociedade empresária; 3) a democratização do acesso ao Judiciário; 4) a ocupação do polo ativo por uma pessoa com melhores condições de litigar em face dos grandes conglomerados, causadores de lesões de massa, já que o cidadão sozinho não teria condições de fazê-lo, o que asseguraria a igualdade processual no polo da demanda e daria maior paridade de armas aos lesados, pois o homem comum não tem condições financeiras para custear uma demanda e tampouco possui condições

psicológicas para aguardar por longo tempo; 5) evita a proliferação de decisões contraditórias sobre a mesma questão fática que tanto desprestígio traz ao Poder Judiciário. O cidadão comum não consegue entender porque a sua demanda não foi acolhida, ao contrário do que ocorreu com seu colega de trabalho; 6) dá concretude aos princípios da celeridade e economia processuais art. 5º — incisos XXXV e LXXVIII — CF/88.

A tese reacionária de se criar os interesses ou direitos “individuais heterogêneos”, a par das três categorias previstas na Lei n. 8.078/90, é nítida tentativa de escapar da jurisprudência uniforme da Corte Constitucional acerca da ampla legitimidade do Ministério Público do Trabalho na defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Já passou a fase da ilegitimidade do MPT para a tutela dos interesses difusos, a respeito dos quais se dizia, no início da década de 1990, que nem sequer existiam na seara laboral! Já passou a fase da negatividade da legitimidade para a tutela dos interesses coletivos. Já passou a fase da ilegitimidade do MPT para os individuais homogêneos, expressamente afastada pela mais alta corte judiciária do Brasil. Diante disso, é de pensar-se: até onde vai a sanha dos que não querem a coletivização do processo do trabalho? A universalidade da Justiça para a pacificação social? A reparação das lesões de maneira rápida e eficaz? Francamente, a quem serve a restrição da atuação do Ministério Público na tutela coletiva dos direitos indisponíveis, sociais, dos trabalhadores? A quem serve a fragmentação das ações? Certamente não serve para a efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores e para a construção de uma sociedade mais igualitária.

De outra ponta, alguém duvida de que os trabalhadores devem ter direito a um ambiente de trabalho seguro e sadio, a uma forma de remuneração que não leve o trabalhador ao seu esgotamento físico e mental? É patente, com certeza, a legitimidade do Ministério Público do Trabalho nesta ação civil pública.

Ao afirmar que a ação civil pública descreve situação de “direitos heterogêneos”, a recorrente pretende, efetivamente, a não existência de direitos difusos e coletivos, bem como de individuais homogêneos. Isto porque **todo ato que resulta em direitos coletivos em sentido amplo pode também gerar lesão a direitos individuais**. Sob esse argumento não existiriam direitos coletivos ou difusos no âmbito trabalhista, pois todas as lesões acabam sendo “experimentadas” individualmente por cada um dos trabalhadores da ré.

Vê-se, logo, o equívoco do apelo apresentado. Toda experiência coletiva trabalhista é composta também de experiências individuais. Toda lesão, seja ao meio ambiente do trabalho, seja de fraude trabalhista, ou mesmo de discriminação ou ataque a direito fundamental, atinge individualmente algum ou alguns trabalhadores. Ao contrário, grande parte das lesões individuais trabalhistas tende a atingir também uma dimensão coletiva, pela própria natureza de massa das relações de trabalho. Essa a opinião de Barbagelata⁽²⁾, quando fala justamente do particularismo do Direito do Trabalho:

“A dimensão coletiva se projeta no conflito individual e nas relações dessa natureza, não só pela eventualidade de que todo conflito individual se transforme em coletivo, mas também pela própria integração do problema do trabalhador, individualmente considerado, no mundo do trabalho. Em princípio, a dita integração tem como consequência que todo ato com relação a um conflito individual adquira projeção coletiva.”

Demais disso, ainda que não se considere a existência de interesses difusos, salta aos olhos a origem comum apta a unir os interesses individuais dos cortadores de cana expostos ao pagamento por produção, o que evidencia sua homogeneidade⁽³⁾.

(2) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O Particularismo do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 24.

(3) Cf. Melo, Guilherme Bassi de. *Interesses transindividuais na esfera trabalhista* (no prelo). LTr (aguardando publicação).

Ora, são todos cortadores de cana remunerados por produção. Não considerar esse contexto fático como origem comum suficiente para configurar o interesse individual homogêneo previsto pelo art. 81, parágrafo único, inc. III do CDC, seria o mesmo que negar vigência a dispositivo de lei plenamente em consonância com o art. 127 da Constituição Federal.

Peço vênia, assim, para transcrever trecho da r. sentença. *In verbis*:

“Em casos similares, o Eg. Regional da 15ª Região assim se pronunciou: PROC. TRT/15ª REGIÃO N. 00860-2001-079-15-00-9 RO (21.718/2003- RO-2) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS OU INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE. Ao Ministério Público compete, nos termos da Constituição Federal vigente, promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). Nesse sentido, assegura-lhe a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, como instrumento de atuação, a capacidade de promover o inquérito civil e a ação civil pública para (...) interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (art. 6º, VII, “d”), especialmente quando decorrentes dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 84, II). No mesmo trilhar, aliás, está o art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Assim, detém legitimidade o Ministério Público do Trabalho para, mediante ação civil pública, pleitear a tutela não só de interesses difusos ou coletivos como também individuais homogêneos, entendidos como decorrentes de uma origem comum, fixa no tempo, correspondente a ato concreto lesivo ao ordenamento jurídico, que permite a determinação imediata de quais membros da coletividade foram atingidos. RELATOR LUÍS CARLOS CÂNDIDO MARTINS SOTERO DA SILVA PROCESSO TRT/15ª REGIÃO N. 01322-2005-091-15-00-9 INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS — LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Quando o objeto da lide se refere a interesses

que advêm de origem comum, e ostentam natureza homogênea, está justificada a legitimidade do Ministério Público para figurar no polo ativo da ação civil pública, o que vem conferir celeridade na solução dos casos de macro-lesão e garantir maior segurança jurídica, evitando decisões conflitantes.

RELATORA TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI PROCESSO TRT/15ª REGIÃO N. 2028/2000-MS-9 “Os interesses individuais homogêneos, segundo o Código de Defesa do Consumidor, são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, ou seja, oriundos das mesmas circunstâncias de fato, embora em sentido lato os interesses individuais homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos. Ora, a ação civil pública presta-se basicamente à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo inquestionável que o Ministério Público detém legitimidade, decorrente de legitimação extraordinária. Isto porque a Lei Complementar n. 75/93, que regulamentou as atribuições do Ministério Público da União, no capítulo que trata das atribuições do Ministério Público do Trabalho, estabelece, expressamente, no art. 83, inciso III, a legitimidade do Órgão Ministerial para propor ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. E, embora tal preceito seja omissivo quanto aos interesses individuais homogêneos, haja vista que refere-se apenas a interesses coletivos, os quais, em princípio, abrangeriam somente os difusos e coletivos “stricto sensu”, esta omissão é sanada pelo art. 84, da mesma Lei Complementar n. 75/93, o qual afirma expressamente que ao Ministério Público do Trabalho incumbe exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III, IV, do Título I, sendo certo que no Capítulo II, do Título I, no seu art. 6º, inciso VII, alínea “d”, é expressamente outorgado ao Ministério Público da União legitimidade para promover a ação civil pública para a defesa de “outros interesses individuais indisponíveis homogêneos, sociais, difusos e coletivos”, atraindo a conclusão lógica de que o

Ministério Público do Trabalho detém igual legitimidade no âmbito das suas atribuições. E essa legitimidade é ressaltada, de forma inequívoca, quando, como no caso, os interesses individuais homogêneos, espécie da qual é gênero o interesse coletivo, adquirem tal volume e importância que acarretam transtornos sociais em desobediência à ordem jurídica. De resto, é do órgão judicial de primeira instância a competência para a prestação de tutela em matéria de interesses metaindividuais no campo das relações de trabalho, nos termos do art. 651 do diploma consolidado...”
RELATOR SAMUEL CORREA LEITE

Em decisão oriunda do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do eminente Ministro Maurício Corrêa, assim se decidiu sobre os interesses coletivos:

“4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum, constituindo-se subespécies de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme na espécie interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categoria ou classe de pessoas.” (RE n. 163.231-3/ SP, in DJU 29.6.2001.)

O C.Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do processo TST-RR-738.714/2001.0, mediante acórdão da lavra do Ministro Barros Levenhagen, também decidiu:

“os interesses coletivos podem ser tanto os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, como os interesses individuais homogêneos, subespécie daquele, decorrentes de origem comum no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica

essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo. Assim, a indeterminação é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinação é a daqueles interesses que envolvem os coletivos.”

Na realidade, frise-se, o que se evidencia é uma tentativa de criar nomenclatura diferenciada para instituto jurídico já existente. O Código de Defesa do Consumidor é extremamente claro ao dispor sobre os interesses individuais homogêneos, de modo que a transmutação dessa categoria de interesses para os supostamente “interesses individuais heterogêneos” beira a má-fé.

Se não bastasse esse argumento, é imperioso lembrar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 127, *caput*, determina a legitimidade do Ministério Público para tutelar interesses individuais indisponíveis, ainda que puramente individuais.

Desnecessário ressaltar que estamos diante de situação que envolve tutela da vida e da saúde dos trabalhadores, de modo que a questão do pagamento por produção é apenas a causa que desencadeia o contexto trágico que a realidade nos tem demonstrado.

Por todo o exposto, demonstrado que se trata de interesse difuso, o Ministério Público do Trabalho possui legitimidade para tutelá-lo, e mesmo que se tratasse de interesses individuais homogêneos, a solução seria a mesma, assim, **afasto** a segunda preliminar trazida pela reclamada.

DA FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL — POSTULAÇÃO CONTRÁRIA À LEI

Nesse ponto particular, a reclamada afirma que o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação com objeto contrário à lei, de modo que o feito deve ser extinto sem resolução de mérito, nos moldes do preconizado pelo art. 267, inc. VI, do CPC. Salienta, ademais, que a litigância de má-fé deve ser reconhecida, haja vista a postulação afrontosa a texto expresso de lei.

Há, aqui e mais uma vez, espantosa confusão entre a preliminar arguida e o próprio

mérito a ser oportunamente apreciado. Desse modo, não assiste razão à reclamada.

O interesse processual, como é cediço, resume-se no binômio necessidade e adequação, cuja verificação deve ser concomitante. Uma análise bastante perfunctória dos autos demonstra que o interesse processual é evidente e decorre do fato de que a reclamada não aquiesceu com todas as cláusulas do termo de compromisso de ajustamento de conduta proposto pelo órgão ministerial. De fato, necessária a provocação do Judiciário para ver sua pretensão apreciada. Por fim, indubitável a adequação do meio eleito pelo Ministério Público do Trabalho.

O fato de a reclamada defender que o pagamento por produção decorre diretamente da legislação infraconstitucional em vigor resume, na realidade, verdadeira análise de mérito.

Justamente porque sua análise de mérito baseia-se em premissa juridicamente distinta da apresentada na inicial é que o interesse processual se sobreleva e se torna irrefragável. Entendesse o órgão ministerial da mesma forma que a reclamada e, aí sim, não haveria pretensão resistida justificadora da necessidade e da adequação, respectivamente, da provocação judicial e do meio eleito. Felizmente, essa coincidência de entendimentos não se verifica na prática.

Por todo o exposto, afasto a terceira preliminar apresentada pela reclamada.

DA CARÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL – CONDIÇÃO OBJETO DE NEGOCIAÇÃO SINDICAL

Como quarta preliminar de mérito, a reclamada afirma que as condições de trabalho referentes ao pagamento por produção foram negociadas, de forma coletiva, entre os legítimos representantes das partes envolvidas. Assim, mais uma vez pugna pela não existência de interesse processual apto a ensejar a atuação do Ministério Público do Trabalho.

Pois bem. Não assiste, novamente, razão à reclamada.

Cristalino o fato de que a atuação do órgão ministerial tem como finalidade precípua a tutela da vida e da saúde dos cortadores de cana que laboram para a reclamada. Sendo assim, a pretensão ministerial tem fundamento constitucional direto e irretorquível. Portanto, seria antijurídico negar interesse processual ao órgão ministerial porque existentes cláusulas negociadas que versam sobre o esquema de pagamento ora esgrimado.

Ademais, não pode o negociado prevalecer sobre normas constitucionais que visam proteger a vida e a saúde dos trabalhadores.

Nesse sentido, transcrevo, mais uma vez, a correta argumentação apresentada pelo magistrado de 1ª Instância, *in verbis*:

“Da mesma forma, não há que se falar em carência de interesse processual por versar o pedido sobre “condição objeto de negociação sindical”, pois o disposto no art. 7º, inciso XXVI, da Carta Magna reconhece o direito à celebração das normas coletivas como um “direito social do trabalhador”, de modo que estas normas podem ampliar os direitos trabalhistas, mas não reduzi-los ou erradicá-los, sendo que, nos termos do art. 620 da CLT, havendo conflito, prevalecem somente as condições que forem mais benéficas aos empregados. Além disso, a mesma Constituição que reconhece o direito à negociação coletiva também prevê, de forma expressa e antecedente, que todo o ordenamento jurídico deverá ser interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, III, da Carta Magna. Significa dizer: não se admite norma coletiva que coloque em risco à saúde e a vida dos trabalhadores. Também não havia necessidade alguma de o autor mencionar as normas coletivas ou de fazer qualquer pedido a esse respeito, uma vez que não se trata de ação anulatória de cláusula convencional ou de acordo coletivo, não sendo a pretensão dirigida a toda categoria nem, tampouco, à entidade sindical, mas sim à empregadora.”

Interessante, aqui, transcrever a argumentação apresentada pela reclamada a fim de justificar a imperatividade e prevalência daquilo que foi negociado, *in verbis*:

“25. Note-se que o estabelecimento de salário por produção, ao contrário do disposto na r. sentença, não tem o condão de erradicar ou reduzir qualquer direito trabalhista; ao reverso, se trata apenas e tão somente da aplicação de um direito regularmente previsto na CLT e que, obviamente, está em plena consonância com a Constituição vigente, pois visa a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, como prescreve o art. 7º, caput, da CF.” (grifo nosso) (fl. 1543 – verso)

Causa espécie a afirmação de que o pagamento por produção, para aqueles que devem sustentar suas famílias com a garantia de um salário mínimo, é medida que visa a melhoria das condições sociais dos trabalhadores. Contudo, porque aqui haverá apreciação do mérito, reservo-me a afirmar, somente, que nessa conclusão da reclamada há necessária inversão dos valores consagrados, com muito sangue e suor, pela Constituição Federal

Por conseguinte, **afasto** a quarta preliminar de mérito apresentada pela reclamada.

DO LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Como quinta preliminar de mérito, a reclamada afirma que os sindicatos profissionais rurais, a Federação da Agricultura do Estado de São Paulo e os sindicatos profissionais de Nova Europa, Ibitinga e Tabatinga deveriam ter figurado como litisconsortes necessários desde o início do processo.

Alega, portanto, que a pretensão de ver afastada cláusula de negociação coletiva que prevê o pagamento por produção deveria ser acompanhada da participação processual obrigatória daqueles que a entabularam. Assim, como a pretendida integração aos polos ativo e passivo não ocorreu, a reclamada pugna, mais uma vez, pela extinção do processo sem resolução do mérito.

Não há que se falar, *in casu*, em litisconsórcio necessário, de modo que não merecem guarida as razões de inconformismo apresentadas pela reclamada.

Trata-se, como bem delimitada pela r. sentença, de ação ajuizada pelo Ministério

Público do Trabalho com o objetivo único de coibir a reclamada de estabelecer remuneração por produção aos seus empregados cortadores de cana.

Evidente, assim, que a decisão proferida, delimitada pelo pedido elaborado na inicial, volta-se somente contra a reclamada, motivo pelo qual seria desnecessário e processualmente impossível chamar ao processo os referidos litisconsortes, mormente na condição de necessários.

O art. 47 do CPC, cuja aplicação é bastante duvidosa no processo do trabalho (seja ele individual ou coletivo), assim dispõe:

“Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.”

Não existe, nos autos, o contexto que justifica a aplicação do referido dispositivo legal. Isso porque, em primeiro lugar, não existem partes, mas tão somente uma parte no polo passivo, que é a reclamada. Em segundo lugar, não existe imposição legal ou natureza da relação jurídica que imponha a integração necessária dos referidos sindicatos aos polos da presente demanda.

É sempre bom lembrar que não é conveniente o livre acesso de litisconsortes e de assistentes na ação civil pública, pois a experiência demonstra que isso leva a situações de difícil solução, atrasando a entrega da tutela jurisdicional.

Não obstante, o cidadão não pode ingressar espontaneamente como litisconsorte em ações coletivas e nem obrigatoriamente pode ser chamado a atuar no feito, pois haveria o indesejado litisconsórcio *multitudinário*, com

número excessivo de pessoas no polo passivo, o que certamente acarreta tumulto processual e processual, impedindo o regular desenvolvimento da função jurisdicional.

O TST já decidiu que nos casos de direitos difusos, transindividuais e de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas, não existe campo propício à aplicação de normas processuais eminentemente concebidas para a citação em demandas de natureza individual, sob pena mesmo de se inviabilizarem as ações coletivas. As regras desenvolvidas para a disciplina das lides individuais são insuficientes para atender às peculiaridades das lides coletivas⁽⁴⁾.

De fato, tomemos como exemplo as ações que combatem as contratações sem concurso público – ofensa ao disposto no art. 37, CF/88.

Na Justiça Comum, especificamente nas ações civis públicas para combater irregularidades nas contratações sem concurso público, é comum a determinação de citação de todos os empregados contratados irregularmente, bem como de todos os inscritos no certame público, já que estes eventualmente teriam interesse no feito. As demandas tramitam por anos e sem previsão de julgamento do mérito. Caso fosse adotado o posicionamento da Justiça do Trabalho⁽⁵⁾, os feitos seriam resolvidos

de forma célere e menos onerosa aos cofres públicos⁽⁶⁾.

A obrigatoriedade de se incluir no polo passivo da ação coletiva todos os indivíduos que foram contratados sem concurso público poderia inviabilizar a entrega da tutela jurisdicional, atrapalhar o andamento do Poder Judiciário e causar o seu descrédito perante a sociedade⁽⁷⁾. Some-se a isso que a citação de todos os trabalhadores contratados irregularmente — ou dos milhares de inscritos ao certame público — causaria enorme tumulto processual e inviabilizaria a ação coletiva. A medida é equivocada, haja vista que, quando se trata de interesses difusos e coletivos, os titulares são indeterminados e o objeto é indivisível.

Além disso, o fato de terceiros estranhos à relação processual virem a ser atingidos pelos efeitos da decisão proferida na ação coletiva não é o suficiente para a formação do litisconsórcio, pois essa é a característica marcante da tutela coletiva, ou seja, oponível contra todos, inclusive em face daqueles que não integraram a relação processual, conforme determinam a LACP e o CDC⁽⁸⁾.

Nos casos de interesses metaindividuais, o dogma processual dos limites objetivos da coisa julgada deve ceder à realidade diante da impossibilidade de tais interesses serem cindidos e, portanto, desdobrados em dois ou mais direitos subjetivos. Disso advém a necessidade de se ampliar os limites subjetivos da coisa

(4) ROAR n. 814964, 2001, DJ de 20.8.2004. Proc. n. TST-ROAR-814.964/2001.2. SBDI-2. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva. No caso, discutia-se a necessidade de citação de todos os empregados contratados sem concurso público. A citação de todos os trabalhadores inviabilizaria o prosseguimento da ação coletiva, perpetuando a irregularidade combatida pelo MP.

(5) “Ação civil pública. Litisconsórcio necessário. Não cabimento. Devido às peculiaridades dos interesses tutelados pela ação civil pública, nela descabe a aplicação pura e simples do princípio dos limites subjetivos da coisa julgada. Ao contrário do processo civil tradicional onde a coisa julgada limita-se às partes do processo, na ação civil pública a sentença, salvo se a ação for julgada improcedente por deficiência de prova, fará coisa julgada *erga omnes*, ou seja, tanto a ação julgada procedente como a improcedente adquirem autoridade de coisa julgada perante todos os membros da coletividade.” (TRT da 10ª Região. RO-983/2000. Relator: Juiz Mário Macedo Fernandes Caron.)

(6) Cf. Procedimento n. 000004.2005.15.008/3 (número antigo 02 2153-5) PRT15.

(7) SIMON, Sandra Lia. Devido processo legal e a tutela dos interesses metaindividuais. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 36.

(8) Cf. Acórdão do TJSP. 9ª Câmara. Agravo n. 3312-5-SP. Relator: Des. Sidnei Beneti. Julgado em: 10.4.1996. Ementa: Ação civil pública endereçada contra realizadores de loteamento irregular. Desnecessidade de citação dos ocupantes do loteamento e de adquirentes de lotes. “A citação numerosa e volátil, dada a mutação notória de pessoas interessadas em questões como a presente, apenas viria perenizar o litígio, levando, também, à perenização do loteamento apontado como irregular. Agravo provido para anular a determinação de citação dos ocupantes.”

ulgada, que passam a atingir até mesmo quem não foi parte na relação jurídica material⁽⁹⁾.

Assim, nesse ponto, a Justiça do Trabalho ocupa uma significativa posição de vanguarda⁽¹⁰⁾.

Além dos argumentos já expendidos com relação ao litisconsórcio, acresça-se que, como será asseverado adiante sobre o princípio da vedação ao retrocesso social, é nessa condição que se rechaça a alegação da ré, pois, conforme asseverado pelo MPT (fl. 103 e fls. 1.563/1.564), há uma política institucional desse órgão para combater a remuneração por produção, que causa adoecimento, mutilação e mortes, não só no Estado de São Paulo, mas em todo o país.

Aliás, essa mesma política foi adotada quando do combate à terceirização no campo, às falsas cooperativas de mão de obra rurais, às falsas parcerias agrícolas no tomate, aos falsos estagiários, aos antigos “guardinhas”, para a observância da NR31, das normas de meio ambiente pela indústria cerâmica; em todas essas demandas sempre se ouvia a mesma alegação empresarial da quebra do princípio de livre concorrência, que sempre foi rechaçada pelo Judiciário porque a livre concorrência deve ser analisada na plenitude da disposição contida no art. 170, CF/88, especialmente a valorização do trabalho humano e de que a livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da função social da propriedade, da defesa do

meio ambiente, aí incluído o do trabalho, e a redução das desigualdades regionais e sociais.

Ademais, a livre-concorrência não se sobrepõe aos direitos fundamentais dos trabalhadores e à dignidade da pessoa humana. Diante desse caso concreto, o sopesamento necessário de princípios constitucionais faz com que a dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho se sobreponham — não excluam, obviamente — à livre-iniciativa.

Destarte, afasto a quinta preliminar de mérito aduzida pela reclamada, de modo que não se deve falar, aqui, em litisconsórcio necessário.

DA CARÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL — EXISTÊNCIA DE TAC

Por derradeiro, a reclamada insiste em defender suposta ausência de interesse processual por parte do Ministério Público do Trabalho. Desta vez, por outro lado, argumenta que existe termo de compromisso de ajustamento de conduta tomado pelo órgão ministerial e em cumprimento pela reclamada.

Também nesse ponto não assiste razão à reclamada.

Volto a repetir, da ata de audiência realizada na sede da PTM Araraquara, fl. 720, constou expressamente, item 3, que a ação prosseguiria com relação ao pedido referido no item 8, letra “e”, para julgamento de mérito, não sendo abrangido por conciliação ou desistência. Portanto, beira a ma-fé a alegação da ré.

Assim, esse ponto comporta refutação bastante simples e direta, qual seja: a reclamada não aquiesceu com a cláusula do mencionado TAC no que toca à proibição de pagamento por produção. Ora, evidente, então, que o objeto da Ação Civil Pública ajuizada e julgada procedente em 1ª Instância é remanescente, ou seja, não foi contemplado no acordo assinado pela reclamada perante o Ministério Público do Trabalho.

Ainda que assim não fosse, o MPT ou outro legitimado poderia, a qualquer tempo, convencendo-se da ilegalidade do pagamento

(9) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 95-96.

(10) Ação rescisória. Terceiro interessado em ação civil pública. Citação. “A ação civil pública visa à salvaguarda dos interesses que envolvam tutela de direitos difusos, onde temos uma pulverização dos interesses dos lesados, por isso que a Lei n. 7.347, de 1985, estabelece regime litisconsorcial meramente facultativo, não exigindo, sob pena de nulidade do processo — aliás, não expressamente cominada —, a citação do terceiro interessado, cujo interesse é sempre individual.” (TRT. AR 00256/2000. Relator: Juiz Bertholdo Satyro. Acórdão publicado no DJ de 13.7.2001. No mesmo sentido, *vide* processos n. 0176440-13.1999.5.15.0010; TST-ROAR-005/2004-000-11-00.4 – SBDI 2; e ROAR – 5/2004-000-11-00.)

por produção, poderia propor a ação civil pública.

Sendo assim, **afasto** a sexta e última preliminar arguida pela reclamada, deixando bastante claro que o objeto da Ação Civil Pública julgada procedente pelo magistrado *a quo* não foi contemplado pelo TAC assinado perante o Ministério Público do Trabalho.

Por todo o exposto, **decido afastar** todas as preliminares de mérito suscitadas pela reclamada, haja vista os argumentos apresentados nos itens acima detalhados.

MÉRITO

ALEGAÇÃO DA LEGALIDADE DO SALÁRIO POR PRODUÇÃO

“No que diz respeito aos bens naturais e exteriores, primeiro que tudo é um dever da autoridade pública subtrair o pobre operário à desumanidade de ávidos especuladores, que abusam, sem nenhuma descrição, tanto das pessoas como das coisas. Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo.” (Item 25 da Carta Encíclica Rerum Novarum.)

DO CONTEXTO FÁTICO NO QUAL SE INSERE O CORTADOR DE CANA

A reclamada aduz, como razão principal de seu inconformismo, que o pagamento de salário por produção, garantido o mínimo, é condizente com a legislação vigente. Especificamente, salienta que a r. sentença contraria o disposto nos arts. 78 e 457, § 1º da CLT, além do teor da OJ n. 235 da SDI-I e Súmula n. 340, ambos do C. TST.

Inicialmente, consigne-se a complexidade dos cálculos para a aferição da remuneração do trabalhador, conforme relatado na petição inicial, f. 58/62, especialmente f. 61, já seria suficiente para uma reprimenda por parte do Poder Judiciário. Esclareça-se que não houve impugnação na contestação, f. 681 e seguintes, portanto, trata-se de fato incontroverso.

Percebe-se que o empregado faz o seu trabalho, corta a cana, após isso, todo o cálculo

da remuneração fica a cargo da ré, apesar de estarmos em pleno século XXI, na sociedade da informação, da internet, da comunicação instantânea, ainda assim, o sistema e os meios de realização dos cálculos remontam ao século XVIII.

O trabalhador não tem a menor condição de efetivamente aferir quantas toneladas de cana foram cortadas, pois o cálculo é feito por uma média da cana cortada, porém conjuga-se metros cortados x toneladas. Transparência, definitivamente, não há.

O sistema é digno de uma tese de doutorado em matemática, todavia, para os cortadores, representa miséria, adoecimento e morte. Os números apresentados à fl. 75 bem o demonstram.

Assim, não assiste razão à reclamada, de modo que adoto as razões de decidir apresentadas pelo magistrado de 1ª Instância e acrescento os argumentos a seguir desenvolvidos.

“Por que morrem os cortadores de cana?”

Difícil de acreditar que essa pergunta tenha cabimento quase dois séculos e meio depois da 1ª Revolução Industrial, quase cento e cinquenta anos após a abolição da escravatura no Brasil, vinte e cinco anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, entre tantos outros parâmetros temporais que poderiam ser citados.

Contudo, ela não apenas tem cabimento como apresenta resposta certa: morrem porque não suportam o esquema adotado pelas empresas para, entre outros pontos, remunerar seu trabalho. Trata-se de trabalhadores forçados e conduzidos à exaustão.

Aviltados em sua dignidade desde a contratação, pois trabalham numa das profissões mais penosas do mundo contemporâneo com garantia, apenas, do salário mínimo, são forçados a chegar a completa exaustão para que consigam, no final do mês, obter uma remuneração que varia entre 600 (seiscentos) e 900 (novecentos) reais.

É muito provável que alguns empresários gastem esse valor a cada jantar, a cada almoço, a cada camisa comprada, a cada viagem de helicóptero (só com o combustível, obviamente) etc. Ora, esse é o valor aproximado que os componentes da classe média alta gastam para comprar um terno de qualidade moderada. Esse é o valor, por exemplo, correspondente à metade daquele cobrado pelo próximo console de *videogame* que compram para os seus filhos no natal. Esse é o valor, ainda, que gastam na revisão mecânica de seus carros. Esse é o valor da compra que fazem no supermercado e que, certamente, suprirá as necessidades de suas famílias por 3 ou 4 dias. Esse é o valor da mensalidade escolar de seus filhos. Esse é o valor da prestação que se paga, a curto e médio prazo, pela vida de um ser humano.

Trata-se de um valor que muitos gastam com compromissos rotineiros. Compromissos que, sem sombra de dúvidas, estão muito distantes da realidade dos cortadores de cana. A verdade é que essa média salarial mensal é conquistada com um esforço muito além daquele que podemos imaginar, mesmo que tenhamos a sensibilidade de nos colocar em seus lugares — o que é raro.

Fala-se, hoje em dia, na crescente porcentagem de afastamento dos membros da magistratura e do Ministério Público por questões relacionadas à depressão ou estresse decorrente da grande quantidade de trabalho. Imagina, então, qual a situação daquele trabalhador que se insere no seguinte contexto:

“A partir da década de 90 houve um grande aumento da produtividade do trabalho. Os trabalhadores para manterem seus empregos na cana necessitam hoje cortar no mínimo 10 toneladas de cana por dia, para se manterem empregados; a média cortada expandiu-se para 12 toneladas de cana por dia. Portanto a produtividade média cresceu em 100%, saiu de 6 toneladas/homem/dia, na década de 80, e chegou a 12 toneladas de cana por dia, na presente década. O fato dos trabalhadores hoje terem uma produtividade

duas vezes superior a da década de 80 se deve a um conjunto de fatores:

— O aumento da quantidade de trabalhadores disponíveis para o corte de cana e esta maior disponibilidade se devem a três fatores:

1. aumento da mecanização do corte de cana;
2. o aumento do desemprego geral da economia, provocada por duas décadas de baixo crescimento econômico e
3. expansão da fronteira agrícola para as regiões do cerrado, atingindo o sul do Piauí e a região da pré-amazônia maranhense, destruindo as formas de reprodução da pequena propriedade agrícola familiar, predominante nestes estados.

— Possibilidade de seleção mais apurada pelos departamentos de recursos humanos das usinas. Esta seleção mais apurada de trabalhadores leva a: seleção de trabalhadores mais jovens, redução da contratação de mulheres e a possibilidade de contratação de trabalhadores oriundos de regiões mais distantes de São Paulo (Norte de Minas, Sul da Bahia, Maranhão e Piauí).

— A seleção mais apurada permite que as usinas implementem a contratação por período de experiência, onde os trabalhadores que não conseguem atingir a nova média de produção, 10 toneladas de cana por dia, são demitidos antes de completarem três meses de contrato.

— Um trabalhador que corta hoje 12 toneladas de cana em média por dia de trabalho realiza as seguintes atividades no dia:

— Caminha 8.800 metros;

— Despende 366.300 golpes de podão;

— Carrega 12 toneladas de cana em montes de 15 k em média cada um, portanto, ele faz 800 trajetos levando 15 K nos braços por uma distância de 1,5 a 3 metros;

— Faz aproximadamente 36.630 flexões de perna para golpear a cana;

— Perde, em média 8 litros de água por dia, por realizar toda esta atividade sob sol forte do interior de São Paulo, sob os efeitos da poeira, da fuligem expelida pela cana queimada, trajando uma indumentária que o protege, da cana, mas aumenta a temperatura corporal.

Com todo este detalhamento pormenorizado da atividade do corte de cana, fica fácil entendermos porque morrem os trabalhadores rurais cortadores de cana em São Paulo. A solução para este problema, ao meu ver, não se dará através mudanças que não vão ao cerne da questão. O que vai ao centro da questão, que são as mortes dos trabalhadores cortadores de cana pelo excesso de trabalho é o pagamento por produção. Enquanto o setor sucro-alcooleiro permanecer com esta dicotomia interna: de um lado, utiliza o que há de mais moderno em termos tecnológicos e organizacionais; uma tecnologia típica do século XXI (tratores e máquinas agrícolas de última geração, agricultura de precisão, controlada por geo-processamento via satélite etc.); mas manterem, de outro lado, relações de trabalho, já combatidas e banidas do mundo desde o século XVIII, trabalhadores continuarão morrendo. Isto porque os 10 que morreram nas duas últimas décadas são uma amostra insignificante do total que deve morrer todas as safras clandestinamente. Ao longo dos últimos 20 anos que me dedico à análise das condições de vida e trabalho dos trabalhadores rurais, colhi vários depoimentos de trabalhadores que relatavam mortes como as agora tornadas públicas através do excelente trabalho da Pastoral do Migrante de Guariba.”⁽¹¹⁾ (grifo nosso)

Não existe atleta profissional que tenha um desgaste físico e mental diário tal como o apresentado nas linhas transcritas acima. Não se

deve olvidar, por oportuno, que a alimentação desses trabalhadores não se compara a de um atleta profissional.

Conforme demonstrar-se-á adiante, o esforço físico diário dos cortadores de cana equivale ao desgaste de um corredor que disputa uma maratona, contudo, enquanto este é um atleta de alto nível, com roupa e alimentação adequada, o trabalhador não tem a alimentação adequada e deve usar os EPIs que aumentam em muito o esforço realizado.

A ciência já comprovou que o excesso de trabalho leva à fadiga do trabalhador.

Não é por outra razão que a legislação obreira vem sendo aperfeiçoada ao longo de sua história, sempre no sentido de reduzir a jornada de trabalho, garantir um tempo mínimo de descanso intra e entre jornadas e na semana, além do direito de férias. Todo esse aparato legislativo tem por escopo possibilitar ao obreiro a recuperação do desgaste sofrido no trabalho, preservando sua saúde⁽¹²⁾, segurança e capacidade produtiva. Quando isso não é respeitado, surgem os problemas, dentre eles, o principal é a fadiga.

Fadiga, para Itiro Iida⁽¹³⁾: “é o efeito de um trabalho continuado, que provoca uma redução reversível da capacidade do organismo e uma *degradação qualitativa desse trabalho*.” (negrejamos)

O autor explica que, dentre os vários fatores — todos de efeitos cumulativos — causadores da fadiga encontram-se, em primeiro lugar, os fisiológicos, relacionados com a intensidade e duração do trabalho físico e intelectual.

Prossegue o escritor:

“uma pessoa fatigada tende a aceitar menores padrões de precisão e segurança. Ela começa a fazer uma simplificação de sua tarefa,

(11) Trecho retirado do artigo intitulado “Por que morrem os cortadores de cana?”, da autoria de Francisco Alves, Professor Adjunto da Universidade Federal de São Carlos. Disponível do sítio da Pastoral do Migrante de Guariba.

(12) A Organização Mundial de Saúde define saúde como sendo um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência da doença ou da enfermidade.

(13) *Ergonomia, Projeto e Produção*. Ed. Edgard Blücher Ltda., 1990. p. 284.

eliminando tudo o que não for essencial. Os índices de erro começam a crescer. Um motorista fatigado, por exemplo, olha menos para os instrumentos de controle e reduz a frequência das mudanças de marcha. Observa-se que os pilotos de avião fatigados apresentam uma tendência irresistível de relaxar quando se aproximam do aeroporto, e isso produz um repentino aumento de erros, que podem resultar em acidentes. Mesmo que a pessoa pense que esteja fazendo o melhor possível, o seu padrão de desempenho vai piorando”.⁽¹⁴⁾

Estudando os efeitos da duração de trabalho sobre o organismo humano, Ingborg Sell leciona que: “*é necessário um equilíbrio entre fadiga acumulada e repouso, num ciclo de 24 horas, para garantir a saúde e a capacidade de rendimento da pessoa. Se não houver a recuperação, o repouso na medida certa, ocorrerá um acúmulo de fadiga e esta pode tornar-se crônica.*”

Em seguida, a autora lista os seguintes sintomas advindos da fadiga:

“sensação subjetiva de cansaço, sonolência, falta de vontade para trabalhar; perturbações no raciocínio, dificuldades; redução do nível de atenção; redução da velocidade de captação de estímulos; diminuição da capacidade física e motora.”⁽¹⁵⁾

E conclui:

“Com a fadiga aumenta a tendência a atos inseguros, erros; aumenta o tempo de reação de uma pessoa, o que aumenta o risco de acidentes.”⁽¹⁶⁾ (grifamos)

Itiro Lida acrescenta que: “*a fadiga fisiológica, desde que não ultrapasse certos limites, é reversível e o corpo se recupera com pausas concedidas durante o trabalho ou com o repouso diário.*” E acrescenta:

“Entretanto, existe um outro tipo de fadiga, chamada de crônica que não é aliviada por

pausas ou sonos e tem efeito cumulativo. (...) Com o tempo, pode causar doenças como úlceras, doenças mentais e cardíacas. Nessa situação, o descanso já não é suficiente para se recuperar, devendo se recorrer ao tratamento médico.” (*op. cit.*, p. 285)

Destarte, é inegável que não se pode admitir uma forma de remuneração que possibilita o trabalho até a exaustão, até a fadiga, que causa acidentes, adoecimentos e mortes.

O que se pretende demonstrar, com efeito, é que não estamos diante de possibilidades ou eventualidades. Não se trata de eventos incertos. Muito pelo contrário. A nefasta condição de exposição da saúde dos cortadores de cana é triste realidade cientificamente comprovada! Não há presunção, indução ou dedução de raciocínio: há constatação objetiva.

Nesse contexto, exsurge relevante e imprescindível o cruzamento técnico e matemático de dados realizado pela Administração Pública Federal para constatar o nexos técnico epidemiológico (NTEP) que incide nas atividades realizadas pelos cortadores de cana.

Imperioso salientar, e isso demonstra que a gravidade do caso faz com que empregadores e empregados se unam pela mesma causa, que o próprio portal eletrônico do Sesi (Serviço Social da Indústria), por iniciativa da Confederação Nacional da Indústria (CNI), disponibiliza ferramenta de busca correlacionada a cada setor de atividade econômica que tem por objetivo apresentar os estudos relativos à situação dos trabalhadores envolvidos.

No caso dos cortadores de cana, mencionado portal apresenta cinco estudos científicos cujo único escopo é demonstrar a penosidade da atividade relacionado ao corte de cana⁽¹⁷⁾.

Apenas para ilustrar, o artigo intitulado “Desgaste fisiológico dos cortadores de cana de açúcar e a contribuição da ergonomia na

(14) IIDA, Itiro, *op. cit.*, p. 284.

(15) *Medicina Básica do Trabalho*. Vol. II, Coord. Sebastião Ivone Vieira. 1. ed. Genesis, 1994. p. 283.

(16) SELL, Ingborg, *op. cit.*, pág. 284.

(17) Disponível em: <http://prosst1.sesi.org.br/portal/main.jsp?lumPagelId=4028E4810FF37F2A010FF3B1FDAB07AD&lumI=publicacao.listPublicacoesCNAE&COD_CLASSIFICACAO_CNAE=281>.

saúde do trabalhador”, da autoria de Erivelto Fontana de Laat e Rodolfo Andrade de Gouveia Vilela⁽¹⁸⁾, traz a seguinte informação:

“O sistema de pagamento por produção, associado à precarização dos alojamentos, meios de transporte, alimentação insuficiente e condições trabalho nocivas, sem pausas para descanso, podem agravar os riscos de acidentes e o desgaste prematuro destes trabalhadores. Desde o período de 2004-2005, o Ministério Público do Trabalho de Campinas vem suspeitando da relação das ocorrências de 13 mortes às condições de trabalho que teriam levado os trabalhadores à exaustão (BOLETIM INFORMATIVO DA PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO, 2005).

Cabe ressaltar que a Norma Brasileira de Ergonomia (NR-17 da Portaria n. 3214/78 – Ministério do Trabalho e Emprego) não admite o pagamento por produção quando existem riscos à saúde dos trabalhadores, uma vez que este tipo de pagamento induz o trabalhador a ultrapassar os limites fisiológicos em busca de um rendimento financeiro extra.” (grifo nosso)

Em outro estudo, agora de autoria solitária, o prof. Erivelton Fontana de Laat⁽¹⁹⁾ afirma que o ciclo médio do corte de cana é de 5,677 segundos. Com efeito, nesse curtíssimo período de tempo, o trabalhador abraça, carrega, corta, joga, reposiciona e segura a cana cortada. Ora, partindo-se do pressuposto, em nenhum momento contrariado pela reclamada, de que qualquer ciclo de atividade menor que 30 segundos é extremamente repetitivo⁽²⁰⁾, não

há dúvida de que a atividade realizada pelo cortador de cana é muito mais extenuante do que aquelas tratadas pela NR-36.

No mesmo sentido, para que não se levante qualquer suspeita sobre as referências utilizadas até o momento, são as conclusões de Sonia Cortina Hess no bojo do Parecer Técnico n. 01/2008⁽²¹⁾, cujo trecho a seguir transcrito resume bem a questão:

“Estudo conclusivo do Pesquisador Britânico, Dr. Phoolchund (1991) dá conta de que “os trabalhadores das plantações de cana-de-açúcar apresentam elevados níveis de acidentes ocupacionais e estão expostos à alta toxicidade dos pesticidas. Eles também podem apresentar um risco elevado de adoecerem por câncer de pulmão (mesotelioma), e isto pode estar relacionado à prática da queima da palha, na época da colheita da cana”. Estudos recentes têm referendado as suspeitas daquele pesquisador (ZAMPERLINI *et al.*, 1997; GODOI *et al.*, 2004).”

E continua:

Estudo conclusivo do Pesquisador Britânico, Dr. Phoolchund (1991) dá conta de que “os trabalhadores das plantações de cana-de-açúcar apresentam elevados níveis de acidentes ocupacionais e estão expostos à alta toxicidade dos pesticidas. Eles também podem apresentar um risco elevado de adoecerem por câncer de pulmão (mesotelioma), e isto pode estar relacionado à prática da queima da palha, na época da colheita da cana”. Estudos recentes têm referendado as suspeitas daquele pesquisador (ZAMPERLINI *et al.*, 1997; GODOI *et al.*, 2004).”

Ora, pois. As conclusões, embora óbvias e já expostas anteriormente, devem, sobretudo, ser exaltadas diante da circunstância de apresentarem credibilidade científica indubitável. São estudos internacionais publicados em periódicos de circulação mundial.

(18) Disponível em: <<http://www.efdeportes.com/efd111/desgaste-fisiologico-dos-cortadores-de-cana-de-acucar.htm#traz>>.

(19) Disponível em: <http://www.cerest.piracicaba.sp.gov.br/site/images/maratona_perigosa_nos_canaviais_-_erivelton.pdf>.

(20) Disponível em: <http://www.portal.ufra.edu.br/attachments/1026_ERGONOMIA%20E%20SEGURAN%C3%87A%20DO%20TRABALHO.pdf>.

(21) Parecer Técnico n. 01/2008. Campo Grande. 6.5.2008. Disponível em: <[HTTP://pesquisa.fundacentro.gov.br/linkpdf/40399.pdf](http://pesquisa.fundacentro.gov.br/linkpdf/40399.pdf)> Acesso em: 3 out. 2013.

O contexto é exatamente o de seres humanos que vivem para trabalhar. Remunerados por produção, como é o caso retratado nos autos, jamais trabalharão para viver. A bem da verdade, pode-se afirmar que o sistema remuneratório por produção é o mais cruel, nefasto e luctífero existente. Seu efeito, principalmente no caso dos cortadores de cana, é absolutamente contrário ao pretendido. Nessa hipótese, o trabalhador não se submete à exaustão para ser dignamente recompensado. Submete-se à exaustão porque somente assim atingirá remuneração capaz de suprir suas necessidades animais.

Repita-se: capaz de suprir suas necessidades animais, não de ser humano amparado pela dignidade e pela valorização social de seu trabalho. Os cortadores de cana, como é público e notório, têm rotina diária muito parecida com a de um animal selvagem: trabalham (caçam) para poder comer, dormem (para recuperar as energias), acordam, trabalham (caçam) para poder comer etc. E esse quadro funesto apenas existe por conta da maneira como são remunerados.

Interessante notar, por oportuno, que a reclamada apresentou argumentação no sentido de que o pagamento por produção tem o efeito de evitar “corpo mole” por parte dos trabalhadores.

Causa espécie e indignação esse tipo de defesa. Ora, a CLT prevê expressamente a possibilidade de dispensa por justa causa em caso de desídia ou “corpo mole” (art. 482, alínea ‘e’). Ademais, mesmo se não houvesse essa previsão legal, coisificar um ser humano não é a melhor forma de incentivar sua produção e, sobre esse ponto, mentes prudentes devem concordar.

Sua atividade é tão penosa, desgastante e exaustiva que o C. TST, em diversas oportunidades, a reconheceu como sendo de risco. Como exemplo, pode-se citar as duas ementas seguintes:

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DO TRABALHO DURANTE LABOR EM CORTE DE CANA-

-DE-AÇÚCAR. ATIVIDADE DE RISCO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. No caso dos autos, o Regional constatou que a reclamante exercia atividade de corte de cana-de-açúcar e consignou a existência do dano sofrido pela trabalhadora em razão de acidente no ambiente de trabalho — conquanto utilizasse luvas de proteção para as mãos, considerado inadequado pelo laudo pericial, posto que — apresentava deficiências na sua proteção —, que lhe ocasionou um corte no punho esquerdo, deixando sequelas, dentre elas, atrofia muscular acentuada do polegar esquerdo e outros problemas neurológicos e funcionais, bem como, por óbvio, o nexo causal com as atividades por ela desempenhadas, não havendo como afastar a responsabilidade da reclamada pelo evento danoso. O art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, c/c o parágrafo único do art. 8º da CLT, autoriza a aplicação, no âmbito do Direito do Trabalho, da teoria da responsabilidade objetiva do empregador, nos casos de acidente de trabalho, quando as atividades exercidas pelo empregado são de risco, conforme comprovadamente é o caso em análise. E, especificamente, no tocante ao risco da atividade desenvolvida no corte de cana-de-açúcar, esta Corte tem entendido que a responsabilidade do empregador, nesses casos, é objetiva. Recurso de revista não conhecido. (...)” (RR-2501-54.2007.5.09.0567 Data de Julgamento: 18.12.2012, relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15.2.2013.)

“INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO DURANTE LABOR EM CORTE DE CANA DE AÇÚCAR. ATIVIDADE DE RISCO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. No caso dos autos, incontroverso que o reclamante exercia atividade de corte de cana-de-açúcar, tendo sofrido acidente no ambiente de trabalho, não obstante utilizasse equipamento de proteção. O acidente de trabalho lhe ocasionou deformidade anatômica e funcional das extremidades do 2º e 3º dedos da mão esquerda, deixando sequelas irreversíveis, dentre elas, “uma atrofia músculo ligamentar, principalmente no 3º dedo da mão esquerda,

que pelo tempo e evolução e ao exame clínico se mostra irreversível. Por óbvio, inarredável o nexos causal com as atividades por ele desempenhadas, não havendo como afastar a responsabilidade da reclamada pelo evento danoso. O art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, c/c o parágrafo único do art. 8º da CLT, autoriza a aplicação, no âmbito do Direito do Trabalho, da teoria da responsabilidade objetiva do empregador, nos casos de acidente de trabalho, quando as atividades exercidas pelo empregado são de risco, conforme comprovadamente é o caso em análise. E, especificamente, no tocante ao risco da atividade desenvolvida no corte de cana-de-açúcar, esta Corte tem entendido que a responsabilidade do empregador, nesses casos, é objetiva, prescindindo da comprovação de dolo ou culpa do empregador.” (Processo RR 28540-90.2006.5.15.0071. Data do julgamento: 13.3.2013. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma. Data da publicação: DEJT 26.3.2013.)

Sobre as atividades exercidas pelos cortadores de cana, assim se manifestou o Ilustre Desembargador João Batista Martins Cesar, relator nos autos do processo n. 0223700-21.2008.5.15.0156, *in verbis*:

“Infelizmente, os cortadores de cana têm sido ‘coisificados’, de modo que, caso adoeçam ou morram, são tratados como simples ferramentas de trabalho e, por isso, podem ser prontamente substituídos por ‘modelos’ mais jovens e fortes, invariavelmente advindos de longínquas regiões do sertão brasileiro e, por conta disso, mais resistentes e facilmente explorados.

A esse respeito, interessa transcrever os seguintes dados sobre as condições de trabalho da categoria, citados por Francisco José Alves, professor do departamento de engenharia de produção da Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR), Estado de São Paulo:

“A expectativa de vida de um trabalhador cortando 12 toneladas por dia é de 10 a 12 anos, menor que a expectativa de um trabalhador escravo do fim do século XIX, que era de 12 a 15 anos. Mais do que dez safras cortando cana, o trabalhador está incapacitado para o trabalho: está com lordose e uma série

de doenças decorrentes do trabalho. A única expectativa que ele tem é pedir aposentadoria.” (Pesquisador prega extinção do trabalho por produção, Repórter Brasil, 2007. Disponível em: <http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1139>.) (negrejou-se)

Destarte, é inconteste, público e notório que as atividades nas lavouras de cana-de-açúcar são extremamente repetitivas, tornando-se estafante e degradante da saúde do obreiro.

Por derradeiro, sobre a atividade dos cortadores de cana, peço vênia para transcrever trecho do voto de relatoria do Excelentíssimo Desembargador deste E. TRT, Dr. Flávio Nunes Campos, nos autos do processo n. 0001473-23.2012.5.15.0110, *ipsis litteris*:

“Tenho ciência, como dito anteriormente e até pela minha atuação como Membro do Ministério Público e Magistrado desta E. Corte, que a função de cortador de cana é uma das mais desumanas existentes — se não a mais — onde o trabalhador é exposto a vários agentes de risco e assombrados, diariamente, pelos empregadores na busca de uma produtividade e lucratividade cada vez maior, ainda mais atualmente, onde o etanol virou figura de destaque no campo internacional. Nesse sentido, chama a atenção vários editoriais lançados na mídia, mas, especialmente, aquele da lavra de Luiz Paulo Juttel, intitulado **“Desgaste físico diário do cortador de cana é igual ao de maratonista”**, onde afirma: “Pesquisadores da Unimep divulgaram dados prévios de um estudo sobre o corte manual da cana no interior paulista. Pela primeira vez se conduziu um estudo empírico sobre a ergonomia no trabalho do cortador. **Em apenas 10 minutos esse trabalhador corta 400 Kg de cana, realiza 131 golpes de facão e flexiona o tronco 138 vezes.** A extenuante jornada não conta com repouso e tenta garantir a sobrevivência das famílias dos cortadores. **“A conclusão que chegamos é que a condição física de um cortador de cana se assemelha a de um maratonista.** Seus músculos são franzinos, mas sua resistência é elevada”, afirma Erivelton Fontana de Laat, coordenador da pesquisa. O estudo também aponta que muitos dos problemas de saúde

que acometem esses trabalhadores são os mesmos a que estão sujeitos atletas de alto desempenho. Mas sob quais condições? O principal fator de risco no corte da cana, de acordo com dados do estudo piloto realizado em maio, é a sobrecarga na atividade cardiorrespiratória do trabalhador. Através do uso de uma metodologia que levou em consideração aspectos como a frequência cardíaca (em repouso, média e máxima), idade e produção diária em toneladas, Laat descobriu que seis dos dez trabalhadores analisados ultrapassaram o limite cardiorrespiratório tolerável à saúde. Alguns chegaram a picos de mais de 180 batimentos cardíacos por minuto. “O que acontece nos canaviais é semelhante a um atleta que ultrapassa o seu limite de treino. Ao invés de correr cinco quilômetros, ele tenta percorrer a distância de uma maratona todos os dias”, diz Laat. Os resultados foram apresentados a procuradores do Ministério Público e do Ministério do Trabalho no seminário “Condições de trabalho no plantio e corte de cana”, que ocorreu no final de abril, em Campinas. Temperatura e risco de lesões por repetição. Com o auxílio de um *software* francês, os pesquisadores analisaram a rotina de trabalho de um cortador que ao fim do dia havia cortado 11,54 toneladas de cana. Quando se amplia os dados obtidos em 10 minutos para um dia inteiro de trabalho chega-se a 3792 golpes de facão e 3994 flexões de coluna, o que representa um sério risco à coluna e articulações, segundo informa Laat (JPG). Cortador amola o facão utilizado 3792 vezes por dia. Fonte: Grupo Móvel 15a PRT. O estudo da Unimep também tratou sobre o ciclo de atividades repetitivas do cortador. Em média ele precisa de 5,6 segundos para abraçar um feixe com cinco a dez varas de cana, puxar ou balançar, flexionar a coluna, cortar o feixe rente ao solo, jogar a cana em montes e progredir. “Estudos ergonômicos mostram que qualquer atividade laboral com ciclo de repetição inferior a 30 segundos possui grande risco de surgimento lesões”, afirma o pesquisador. O sol é outro fator preocupante. Na medição feita em maio — que é um mês de temperatura agradável — o termômetro marcou a temperatura máxima de 27,40 graus Celsius

no canavial. A média ficou em 26 graus. De acordo com a Norma Regulamentadora (NR) 15 do Ministério do Trabalho e Emprego, toda atividade laboral pesada realizada em lugares com temperatura ambiente entre 26 e 28 graus Celsius precisam de pausas de 30 minutos para cada 30 minutos de trabalho. Essa NR não é cumprida nos canaviais paulistas. Laat comenta que, em sua pesquisa de campo, percebeu que a empresa contratante até indicava alguns momentos de pausa no trabalho através do som da buzina de um ônibus. No entanto, como não havia fiscalização sobre o cumprimento desta pausa, praticamente nenhum cortador largava seu facão para descansar, já que a pausa pode significar perda de produção e, portanto, de dinheiro. Para a maioria dos procuradores presentes ao seminário de Campinas esse é o motivo dos trabalhadores suportarem tão duras condições de trabalho. O piso salarial da categoria é de aproximadamente 500 reais. Entretanto, como o pagamento varia de acordo com a produção individual, um bom cortador — um campeão como é chamado na lavoura — pode chegar a rendimentos mensais de 1200 a 1500 reais. Para a grande maioria da massa trabalhadora do setor, formada principalmente por migrantes do Nordeste e Norte, tal valor é muito mais do que ganhariam em suas regiões natais. A extenuante jornada de trabalho é tolerada por homens que querem, a todo custo, garantir a sobrevivência de suas famílias. “Tem a questão emblemática também. Por exemplo, um cortador migrante que compra uma moto ao fim da safra de cana é visto como herói pelos mais jovens da sua região”, completa Laat. Morte no trabalho. Entretanto, a luta frenética pela subsistência faz com que os cortadores não levem em consideração fatos como a morte de companheiros. Segundo a Pastoral do Migrante de Guariba, 20 trabalhadores rurais do setor sucroalcooleiro morreram de 2004 até agora. Os poucos que possuem o motivo da morte registrado no atestado de óbito apontam, principalmente, morte por parada cardiorrespiratória. Vários estudiosos e sindicalistas do setor dizem não haver dúvidas que essas mortes sofrem forte influência da rotina de trabalho mensurada

agora pela equipe da Unimep. O resultado final deste trabalho final será apresentado em 2009 e abordará outras questões como a poeira da queima da cana inalada pelos cortadores, a massa corpórea ganha ou perdida no decorrer da safra e a comida ingerida por esses trabalhadores. Os pesquisadores querem traçar um paralelo entre os dados quantitativos coletados e a qualidade de vida dos trabalhadores. Atualmente, um cortador de cana consegue trabalhar, em média, até os 35 anos, afirma Laat. Um dos objetivos dessa pesquisa, de acordo com os seus idealizadores, é fornecer ao judiciário material científico crível que contribua com o julgamento de ações trabalhistas ou civis públicas referentes ao tema. Dessa maneira, eles acreditam que se pode caminhar na direção de um futuro laboral mais humano para aqueles que ajudam a garantir a energia do país” (Com Ciência Notícias] 3.6.2008. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=3&id=459>>) (negritamos). Daí chegarmos à mesma conclusão do advogado português José Augusto Ferreira da Silva, que salienta que “quando Bill Clinton proferiu a frase muito celebrada pelos cultores do neoliberalismo: “Qualquer trabalho é melhor do que nenhum” estava longe do ideário das nossas Constituições democráticas e progressivas” (in TRABALHO DIGNO — Um direito fundamental dos povos livres. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/241006m.pdf>>).”

DA CERTEZA CIENTÍFICA ACERCA DOS RISCOS À VIDA E À SAÚDE DO CORTADOR DE CANA E DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Pois bem. A intenção, até esse ponto da argumentação, foi a de demonstrar o triste contexto fático no qual o cortador de cana está inserido.

Nem se argumente que o trabalho degradante dos cortadores de cana seja apenas conjectura, não é. Do simples confronto do CNAE da empresa (0113 — cultivo de cana-de-açúcar) com Decreto n. 6.042/2007, constata-se que

esses trabalhadores estão sujeitos às seguintes moléstias:

- * F10 – F19 – transtornos mentais e comportamentos devidos ao uso de substâncias psicoativas
- * F20 – F29 – esquizofrenia, transtornos esquizotípicos e transtornos delirantes
- * G40 – G47 – transtornos episódicos e paroxísticos
- * H53 – H54 – transtornos visuais e cegueira
- * I10 – I15 – doenças hipertensivas
- * I30 – I52 – outras formas de doença do coração
- * J40 – J47 – doenças crônicas das vias aéreas inferiores
- * K20 – K31 – doenças do esôfago, do estômago e do duodeno
- * K35 – K38 – doenças do apêndice
- * K40 – K46 – hérnias
- * M00 – M25 – artropatias
- * M40 – M54 – dorsopatias
- * S00 – S09 – traumatismos da cabeça
- * S20 – S29 – traumatismos do tórax
- * S30 – S39 – traumatismos do abdome, do dorso, da coluna lombar e da pelve
- * S40 – S49 – traumatismos do ombro e do braço
- * S60 – S69 – traumatismos do punho e da mão
- * T90 – T98 – sequelas de traumatismos, de intoxicações e de outras consequências

Assim, não é conjectura, mas fato reconhecido pelo ordenamento jurídico.

A partir desse momento, a argumentação desenvolvida será eminentemente jurídica, tal como pretende a reclamada.

No art. 1º – incisos III e IV – da Constituição Federal brasileira de 1988 estão consagrados como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa.

Nos incisos I, III e IV do art. 3º estão colocados entre os objetivos fundamentais da República Brasileira uma sociedade livre, justa e solidária, sem pobreza, marginalização e desigualdades, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O art. 4º preceitua que o Brasil deverá nortear as suas relações internacionais com base no princípio da prevalência dos direitos humanos (inciso II).

Dessa forma, o constituinte deixou claro que esses valores configuram a base do Estado Democrático de Direito e devem servir de referência para qualquer interpretação do texto constitucional.

A ampla previsão dos direitos laborais — art. 7º e seguintes — representa a consagração de lutas históricas dos trabalhadores, galgando o Brasil ao patamar dos Estados ditos de “Primeiro Mundo”⁽²²⁾.

Ainda em relação à Norma em comento, seu art. 170 ressalta que: “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, observada a função social da propriedade.” (III)

Por seu turno, o art. 193 prevê que a ordem social terá como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Dessa forma, embora o mesmo texto constitucional garanta o valor da livre-iniciativa, ela está adstrita à valorização do trabalho humano e à função social da propriedade, conforme se apreende de seu art. 5º (XXIII) e dos art. 170, 173, 184, 186⁽²³⁾, sempre visando o bem-estar e a justiça sociais.

(22) É com um grande atraso que os direitos dos trabalhadores foram positivados no texto constitucional brasileiro, já que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), prevê em seu art. XXIII – 1 que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

(23) Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo

Mencione-se que a saúde é um direito fundamental de todos os cidadãos (art. 6º, CR/88), por isso é uma obrigação primária do Estado. A saúde é básica, porque é, no fundo, tudo, condição primeira para a existência de qualquer outro direito. Daí o fato de a Constituição Brasileira estabelecer que **SAÚDE É DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO**.

Nesse sentido, vejamos as disposições constantes dos arts. 196 e 197, CR/88, *in verbis*:

“Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

“Art. 197 – São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Assim, a saúde é direito de todos, garantido por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença.

Pois bem. Beatriz Montanhana afirma que:

“a partir da inserção dos direitos sociais no bojo do texto constitucional, sob o título ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’, passam esses direitos a merecer do Estado total garantia de sua eficácia, na mesma intensidade que estão garantidos os direitos civis e políticos.”⁽²⁴⁾

critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

(24) MONTANHANA, Beatriz. A constitucionalização dos direitos sociais e a afirmação da dignidade do trabalhador. In: FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues (Coord.). *Direito do trabalho – direitos humanos*. São Paulo: BH, 2006. p. 92.

Portanto, no confronto entre a livre-iniciativa e os direitos fundamentais dos trabalhadores, deve o Estado tomar partido e garantir estes últimos, pois os mesmos propiciam o equilíbrio social indispensável para a existência do Estado Democrático de Direito.

A implementação e a manutenção dos direitos fundamentais dos trabalhadores não podem ser obstadas pelo exercício irresponsável do poder econômico. É fato que a globalização não tem limitações territoriais, ultrapassando fronteiras e provocando feridas sociais por todo o globo terrestre. Além disso, os Estados são manipulados ao sabor dos capitais especulativos, o que precariza direitos em nome da competitividade global e vai ao encontro de um círculo vicioso que só poderá ser rompido com o esforço de todos os atores sociais.

É preciso ter em mente que todos devem envidar esforços para a implementação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, de modo a que estes tenham condições de vida dignas. Este deve ser o fundamento de todas as ações humanas, inclusive para a aplicação e hermenêutica das normas constitucionais.

Não se pode duvidar do magistério de Mieczysław Manole quando o autor explica que as normas, em sua totalidade, devem ser interpretadas de modo a que “os direitos humanos e democráticos não sejam violados, mas, pelo contrário, preservados e expandidos. A velha máxima romana *in dubio pro reo* deveria ser modificada: *in dubio pro iuribus hominis* (em caso de dúvida, decida em favor dos direitos humanos)”⁽²⁵⁾.

E assim deve ser porque é a partir do trabalho que o homem consegue interagir socialmente, bem como manter a si próprio e sua família. É através do processo laboral que a maioria esmagadora dos cidadãos alcança uma vida digna e exerce plenamente a cidadania.

(25) *Apud* MONTANHANA, Beatriz. A constitucionalização dos direitos sociais e a afirmação da dignidade do trabalhador. In: FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues (Coord.), *op. cit.*, p. 102.

Portanto, não só o trabalho deve ser garantido, mas também sua realização em condições dignas. É isso que manterá a estrutura social e a paz, bem maior de toda a humanidade.⁽²⁶⁾

Não foi por outra razão a preocupação do constituinte com a dignidade do trabalhador, garantindo-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; e a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo-se as desigualdades sociais e regionais, provendo-se o bem de todos sem qualquer distinção, conforme se apreende no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

É revelador o constante no art. 193 da Norma ora em comento, quando apregoa que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

Some-se a isso que os direitos humanos estão alicerçados em toda a história da humanidade e em constante ascensão. Portanto, cabe a todos os atores sociais lutar por seu desenvolvimento e efetiva implementação.

Sobre o assunto, Hannah Arendt ensina com maestria que “o debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente”⁽²⁷⁾. Acrescente-se que esse debate definirá o futuro no que tange à construção de uma sociedade pluralista que ofereça um patamar civilizatório a todos — ou de uma sociedade excludente —, onde poucos terão acesso ao mínimo necessário para sobreviver com dignidade e à beira do caos social.

(26) COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 50: para este autor, “a cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.”

(27) *Apud* PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o trabalho. In: FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues (Coord.), *op. cit.*, p. 289.

Na visão de Ignacy Sachs:

“Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta ante de serem reconhecidos como direitos.”⁽²⁸⁾

Destaque-se, ainda, a necessidade de se passar às futuras gerações um mundo melhor, liberto do egoísmo e da apatia humana, já que tais déficits sociais conduziram a várias guerras e pode levar a novos conflitos armados, dos quais as baixas humanas podem ser exorbitantes no sentido demográfico⁽²⁹⁾.

Cabe a todo e qualquer agente social persistir na evolução da sociedade de forma a que uma maioria não seja lesada frente à ambição desenfreada de uma minoria privilegiada. A igualdade social não está restrita na paridade dos direitos e dos deveres de seus membros; ela vai além, pois implica na ajuda aos mais fracos, visando que estes também logrem melhoria em suas condições sociais.

É fato que o trabalho humano constitui a base de toda a sociedade, assim como é fato que sem ele haveria uma legião de famintos e a atual sociedade de consumo — ou consumista — não existiria. Assim, os direitos fundamentais devem chegar a todos os trabalhadores na condição de medida de direito e de justiça social.

O direito do trabalho contemporâneo foi conquistado à custa de lutas e mortes, conforme se apreende historicamente com a data

comemorativa do “Dia do Trabalho”. A sociedade deve ser suficientemente evoluída para que não sejam necessárias novas barricadas para se fazer valer os direitos fundamentais.

É preciso reafirmar que em todo o mundo já se difunde a consciência de uma sociedade pós-industrial harmônica, na qual a cultura, a indústria e as atividades terciárias operam conjuntamente, reduzindo o trabalho e preparando um novo sistema social baseado no tempo livre e no ócio criativo⁽³⁰⁾.

Assim, os seres humanos são responsáveis pela preparação desse novo sistema social que venha a valorizar o processo laboral e garantir ao trabalhador a retribuição justa, propiciando-se, dessa forma, a sobrevivência em condições justas e adequadas.

Apesar de estarmos diante de uma questão jurídica, ela é indissociável do questionamento sob o ponto de vista humano. Os cortadores não são máquinas, são pessoas, e esta dimensão não se pode perder de vista.

Lamentavelmente, a birola (câimbra seguida de tontura, dor de cabeça e vômitos — termo utilizado pelos cortadores) é frequente no campo, assim como é frequente a morte por excesso de trabalho. Atualmente, não se vê os chicotes e as correntes, contudo, quem tem os olhos da justiça social os vêem. Continuam lá, embora invisíveis — mas sensíveis, pois essa nova escravidão leva à morte pelo esforço do trabalho estafante⁽³¹⁾.

Não há dúvidas de que se está diante de trabalho degradante. Sobre essa questão, Denise Lapolla de Paula Aguiar Andrade, Procuradora do Trabalho, assevera:

“como definir trabalho em condições degradantes? Degradante, adjetivo do verbo

(28) *Idem, op. cit.*, 2011, p. 167.

(29) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 382. Ainda sobre o tema confira ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Escala Educacional, 2006. p. 9, obra na qual o autor entende que abandonar os homens à própria sorte é esquecer a razão de ser do Estado, bem como do contrato social, que dá título ao livro.

(30) MASI, Domenico de. *O futuro do trabalho*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000. p. 289-290.

(31) Cf. Maria Aparecida Moraes Silva, pesquisadora da UNESP, para quem o excesso de trabalho pode caracterizar a escravidão. “Eles estão morrendo de overdose de trabalho”. *Jornal Brasil de Fato*, de 24 a 30 jun. 2004.

degradar, no dizer de Aurélio Buarque de Holanda, significa privar de dignidades ou encargos, estragar, deteriorar; rebaixar. Trabalho degradante é, pois, aquele que priva o trabalhador de dignidade, que o rebaixa e o prejudica, a ponto, inclusive, de estragar, deteriorar sua saúde. Observe-se que mais uma vez o princípio da dignidade serve como marco diferencial de situações fáticas. Um trabalho penoso que implique certo sacrifício, por exemplo, não será considerado degradante se os direitos trabalhistas de quem o prestar estiverem preservados e as condições adversas, devidamente mitigadas/compensadas com equipamentos de proteção/pagamento de adicionais devidos. Por outro lado, será degradante aquele que tiver péssimas condições de trabalho e remuneração incompatível, falta de garantias mínimas de saúde e segurança; limitação na alimentação e moradia. Enfim, aquele que explora a necessidade e a miséria do trabalhador. Aquele que o faz submeter-se a condições indignas. É o respeito à pessoa humana e à sua dignidade que, se não observados, caracterizam trabalho em condições degradantes. Daqui já se pode tecer uma comparação entre o trabalho forçado, conforme previsto na Convenção 29 da OIT e o trabalho degradante. O primeiro é aquele obrigatório e sujeito à pena, mas que até sua supressão total terá de respeitar a dignidade daquele de quem é exigido. O segundo pode ter causa justificadora e não ser forçado, mas sua ilegitimidade advém das condições de prestação em desrespeito à dignidade de quem o executa. Trabalho forçado é, pois, uma categoria ampla, que envolve diversas modalidades de trabalho involuntário, inclusive o escravo.” (A LEI N. 10.803/2003 E A NOVA DEFINIÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO - DIFERENÇAS ENTRE TRABALHO ESCRAVO, FORÇADO E DEGRADANTE — *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 29, mar. 2005. São Paulo: LTr, 2005, p. 81-82.)

Luzidia, destarte, a violação ao disposto no inciso III, art. 5º, da Lei Maior, que, depois de afirmar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, veda o tratamento desumano ou degradante.

Se o Direito é fato, valor e norma, certo é que a admissão da remuneração do cortador de cana pelo esquema da produção encontra óbice na Lei Maior, haja vista a violação dos arts. 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 170, 173, 184, 186 e 193, da Constituição Federal.

O pagamento por produção também implica desrespeito aos arts. 196 e 197, que impõem políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença. E doença e morte é o que se vê com essa forma de remuneração.

Não há dúvida de que as normas constitucionais aqui mencionadas têm como ponto em comum o impedimento de retrocessos sociais.

Realmente, diante do caráter indissolúvel dos direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, ganha relevo a cláusula de proibição do retrocesso social, decorrente da aplicação progressiva dos direitos humanos.

Os direitos fundamentais representam, na história da humanidade, um caminhar à frente, ou seja, uma construção social em permanente evolução e progressiva ampliação, vedando-se o retrocesso social⁽³²⁾.

Apesar de as atividades dos cortadores serem desempenhadas sob calor excessivo, (veja-se quadro de fl. 32 da inicial) o PCMSO da ré faz o reconhecimento da necessidade de conforto térmico, como medida de prevenção à fadiga, apenas em favor dos trabalhadores que realizam atividades intelectuais (fl. 4 da inicial), fato não contestado, portanto, incontroverso. Constata-se, assim, a ausência de cuidados mínimos com a saúde dos cortadores.

(32) Cf. ADI n. 1.946/DF; ADI n. 2.065-0/DF; ADI n. 3.104/DF; ADI n. 3.105-8/DF; ADI n. 3.128-7/DF; o Mandado de Segurança n. 24.875-1/DF.

O princípio da proibição do retrocesso social — ou aplicação progressiva dos direitos sociais — consiste na proibição da redução desses direitos, garantindo-se ao cidadão o acúmulo do patrimônio jurídico adquirido no decorrer do processo histórico. Está alicerçado constitucionalmente no princípio da dignidade da pessoa humana — art. 1º; no princípio da segurança jurídica — art. 5º, inciso XXXVI — art. 7º, *caput* (além de outros que visem a melhoria de sua condição social), CF/88; e no princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais — art. 5º, § 1º⁽³³⁾.

Dessa forma, os direitos sociais⁽³⁴⁾ já realizados estão constitucionalmente assegurados, passando a configurar uma garantia institucional e um direito subjetivo, sendo inconstitucionais quaisquer medidas legislativas que impliquem em sua anulação, revogação ou aniquilação⁽³⁵⁾.

Esse princípio — da proibição do retrocesso social — possui conteúdo positivo, ou seja, de dever do Poder Legislativo na manutenção e ampliação progressiva dos direitos fundamentais, assegurando-se, dessa forma, o avanço social. O conteúdo negativo diz respeito à proibição de elaboração de normas que não respeitem os direitos já conquistados; é a vedação do retrocesso social⁽³⁶⁾.

Pelo princípio da vedação ao retrocesso, o Estado não pode invocar norma interna para

deixar de cumprir um pacto internacional, **devendo assumir uma posição pró-ativa na defesa dos direitos humanos**.

O princípio de vedação ou proibição do retrocesso social, da progressividade dos direitos humanos, está em consonância com os arts. 2º, 11, 16, 18, 21 e 22 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — PIDESC (NY), aprovado em 16.12.1966 — XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas — Resolução n. 2.200-A —, integrado ao ordenamento jurídico brasileiro em 24 de abril de 1992 por meio do Decreto-lei n. 226, de 12 de dezembro de 1991 (aprovação), e do Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992 (promulgação)⁽³⁷⁾. Os Estados assumiram a obrigação de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais.

Igualmente converge com o Protocolo Adicional — Pacto de San Salvador — 17.11.1988 — arts. 1º, 17 e 19, bem como com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.11.1969, art. 26.

Nesse sentido, oportuno observar o estudo realizado por Guilherme Bassi de Melo no que toca à natureza das disposições contidas no art. 1º da Constituição Federal. *In verbis*:

“Nesse passo, é possível conceber a democracia, que caracteriza o Estado de Direito brasileiro, como a possibilidade de participação popular, diretamente ou por representação, na tomada de rumos e definição de finalidades da nação. Essa participação, salienta-se, ocorre de modo que cada indivíduo será considerado de maneira igual, sem que um cidadão, por sua condição social ou econômica, seja privilegiado em detrimento de outro.

Evidente, no que toca à democracia, a existência da primeira cláusula de repúdio às barbáries ocorridas nos últimos dois séculos, em que o povo se submetia aos desígnios de uma diminuta parcela da população, haja vista a consideração diferenciada e detriminosa de sua consideração como agrupamento

(33) SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 449.

(34) Direitos dos trabalhadores; direito à saúde; direito à educação; entre outros.

(35) CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 340: assevera este autor que “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado”.

(36) SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 205. Cf. também COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 79.

(37) Cf. <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm> Acesso em: 1º out. 2013.

social em que todos os indivíduos devem ser tratados de maneira igual.

(...)

A dignidade da pessoa humana, como quarta cláusula de repúdio, possui papel diferenciado na ordem jurídica brasileira, embora sua análise seja objeto de item específico, pode-se afirmar que seu conceito diz respeito à garantia de o indivíduo ser aquilo que é e aquilo que ele deve ser. Isso significa que o indivíduo, sendo aquilo que ele é, deve ser tratado e considerado como um ser humano único e singular, com peculiaridades que devem ser respeitadas e reconhecidas pelos seus semelhantes. Por outro lado, e de maneira integrativa, ser aquilo que ele deve ser diz respeito ao fato de que o indivíduo deve se autodeterminar da maneira que melhor lhe aprouver, desde que respeitada a dignidade de seus pares. É evidente que essa cláusula de repúdio dirige-se, indubitavelmente — e exemplificativamente —, ao confronto da situação de extermínio verificada contra os judeus e os homossexuais durante a Segunda Guerra Mundial. Por conta de orientações religiosas e sexuais diferenciadas, um número muito além daquele previsto em estatísticas oficiais da época foi eliminado, da forma mais repulsiva, do âmbito de existência humana. Seguindo essa linha de raciocínio, o art. 1º, inc. IV, da Constituição Federal, afirma a valorização social do trabalho e da livre-iniciativa. Não existe dúvida de que, se realizado de maneira digna, o trabalho possui irrefragável valor social, sendo um dos mais importantes direitos decorrentes da cidadania. Desta forma, atribuindo conteúdo ao valor social do trabalho, a Constituição Federal, em seu art. 7º, atribui aos trabalhadores um extenso rol de direitos fundamentais. Reconhece-se, com isso, que ao trabalho se atribui importância ímpar na sociedade, de modo que, por intermédio dele, pode-se alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, entre outros objetivos. Mas não é só. O legislador constituinte entendeu por bem atribuir valor social também à livre-iniciativa, colocando-se no mesmo dispositivo constitucional que o trabalho. Isso não ocorreu de forma despropositada. Existe, aqui, uma necessidade de se

harmonizar os eternos interesses conflitantes existentes entre capital e trabalho. Isso para que a supervalorização do trabalho não inviabilização a exploração de atividades econômicas e, concomitantemente, a selvageria do capital não suprima a dignidade do trabalho. Essa quinta cláusula de repúdio, por assim dizer, volta-se contra a exploração descomedida do ser humano durante as duas primeiras revoluções industriais e, por que não, dos judeus expurgados para os campos de concentração. (...)”⁽³⁸⁾

Dar provimento total ao recurso da empresa significaria cancelar o retrocesso social, admitir-se o trabalho degradante.

Esclareça-se, por oportuno, que acolher a pretensão do MPT, pondo fim ao pagamento por produção no caso dos cortadores de cana, não representa um “ativismo” judicial desenfreado. Pelo contrário, põe-se freio no capitalismo selvagem, que causa sofrimento, adoecimento e mortes.

O E. STF reconhece que o Poder Judiciário pode intervir em políticas públicas para assegurar direitos fundamentais.

O Poder Judiciário pode e deve perscrutar a legalidade do ato administrativo quando o ente político descumpre os encargos político-jurídicos que sobre ele incidem, comprometendo a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela Lei Maior.

Dessa forma, ainda que a competência primária para formular e executar políticas públicas caiba aos Poderes Legislativo e Executivo, é possível, de forma excepcional, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, que o Poder Judiciário determine a sua implementação, quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a

(38) Dissertação de Mestrado apresentada à PUC/SP, no ano de 2013, sob o título: “Configuração do dano à moral difusa a partir da delimitação jurídica do patrimônio imaterial coletivo”, p. 52-56.

integridade de direitos fundamentais previstos na Constituição.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do E. STF: AI n. 646.079/SP, relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 28.11.08, AI n. 725.891/SC, relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 10.10.08, AI 474.444-AgR/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 410.715-AgR/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 436.996-AgR/SP, rel. CELSO DE MELLO, AI n. 455.802/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO – AI n. 475.571/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE n. 401.673/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE n. 411.518-AgR/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO, RE n. 431.773/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO, AI n. 813590/MG – rel. Min. DIAS TOFFOLI, AI n. 598212/PR, rel. Min. Celso de Mello; ADPF n. 45/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF n. 345/2004)⁽³⁹⁾.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, na obra “Políticas Públicas — A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, São Paulo, Max Limonad, 2000, sobre a limitação da discricionariedade do administrador público na concretização das políticas constitucionais, assevera que:

(39) ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF n. 345/2004): ‘ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRÍO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).’

“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

(...)

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

(...)

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

(...)

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.”

Assevere-se que a “teoria do financeiramente possível” tem sido constantemente afastada pelo Poder Judiciário, que obriga o Poder Público a desempenhar o papel que lhe conferiu a Constituição Federal. A atual jurisprudência do STF, acima mencionada, tem exigido, além da alegação de inexistência de recursos, a efetiva comprovação dessa inexistência, o que o Ministro Eros Grau chamou de exaustão orçamentária.

Assim, se o Poder Judiciário pode intervir e determinar a execução de políticas públicas voltadas a concretizar os princípios de bem-estar e justiça social, por muito mais razão pode limitar a vontade dos particulares, de forma a restringir o pagamento por produção, que provoca sofrimentos, adoecimentos e mortes em flagrante desrespeito aos preceitos constitucionais garantidores da vida, saúde, dignidade do ser humano e da função social da propriedade.

Assim, consideradas como cláusulas impeditivas de retrocessos sociais, as previsões do art. 1º, especialmente os incisos III e IV, da Constituição Federal, devem servir de respaldo à pretensão aduzida pelo órgão ministerial em sua inicial.

DO PAGAMENTO POR PRODUÇÃO NO CASO DAS ATIVIDADES PENOSAS E INSALUBRES. DA INTERPRETAÇÃO DA CLT CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Por conseguinte, pode-se dizer que a manutenção do esquema de remuneração por produção, para o cortador de cana, é situação odiosa que revela retrocesso social inquestionável, haja vista a indução camuflada no sentido de valorizar o trabalhador que produz mais. E, aqui, fala-se em toneladas a mais para que, no final do mês, todos estejam estafados e, mesmo assim, mal remunerados.

Deve-se entender, de uma vez por todas, que o cortador de cana submetido à modalidade de pagamento por produção não trabalha mais porque quer. Muito pelo contrário: ele trabalha mais porque precisa, porque é sub-remunerado e, para que não se sinta ainda mais aviltado em sua dignidade, possa prover as necessidades básicas e vitais de sua família. Sua liberdade de escolha, aqui, é flagrantemente tolhida pela sua necessidade de sobreviver e prover sua família.

Nesse sentido, ademais, há muito tempo decide o este E.TRT, como a ementa a seguir transcrita revela, *in verbis*:

“Não há dúvida de que remuneração por unidade de produção estimule o trabalhador a produzir, mas é interpretação avessa à lógica econômica e ao direito que o excesso de jornada só atende aos interesses do empregado. Não se pode esquecer que quanto mais elevada a média de produção diária, haverá uma tendência de menor preço por unidade de produção. Com isto, frustra a expectativa de se obter maior ganho diário. Este sistema de remuneração acaba por pressionar o trabalhador a obter maior produção diária, sem considerar o esforço exigido, muitas vezes além dos limites de sua capacidade física, que fica exaurida no final da jornada. O trabalho em excesso de jornada diária ou semanal será sempre desrespeito aos limites constitucionais (art. 7º, XIII, CF/88) e legais (art. 58 da CLT), seja para o trabalhador remunerado por unidade de tempo (hora, dia ou mês) seja para aquele remunerado por unidade de produção ou tarefa. Estabelecendo a Constituição um adicional mínimo de 50% por hora de trabalho extraordinário, sem fazer distinção. Não pode o intérprete fazer distinguir a pretexto de forma de remuneração.” (TRT/SP, 15ª Região, Ac. 47.568/98. Proc.11.372/97. DOE 26.1.99, p. 27, rel. José Antônio Pancotti, 2ª T.)

A conclusão a que se chega, então, é a de que o pagamento por produção não deve ser proibido de forma genérica e abstrata, de modo a abranger todos os tipos de trabalhadores. **A proibição, por óbvio, deve ser específica e correlacionada às peculiaridades concernentes aos cortadores de cana, não excluídos outros profissionais que apresentem um quadro inerte de degradação de sua saúde** (tal como os responsáveis pela desossa de coxas de frango nos frigoríficos).

Isso, como é cediço, em razão da situação ofensiva à dignidade humana e ao valor social do trabalho que é criada quando o cortador de cana é estimulado a produzir mais e mais para que consiga garantir o mínimo imprescindível à sua sobrevivência.

Imperioso observar, nessa cadência, que mesmo antes de a OJ n. 173 da SDI – I ser alterada em

14.9.2012, o próprio TST vinha reconhecendo a incidência do adicional de insalubridade por conta da exposição a calor excessivo a que se submetem os cortadores de cana.

Assim, interessante citar as seguintes ementas, salientando que todas foram utilizadas como precedente para impulsionar a adição do item II à OJ n. 173 da SDI-I do C.TST, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA (...) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CORTADOR DE CANA-DE-ACÚCAR. EXPOSIÇÃO AO CALOR. Na hipótese, a condição insalubre a que estava submetido o empregado — excesso de calor — encontra-se devidamente prevista nas normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho (NR-15 Anexo 3). Assim, não procede a alegação de contrariedade ao entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n. 173 da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho, visto que o adicional de insalubridade foi deferido com base no excessivo calor, e não em face da exposição a raios solares. Frise-se que a conclusão do laudo pericial, no sentido de que — o IBUTG medido no local de trabalho chegou a 31,2 °C, sendo que o máximo permitido é 25 °C —, respalda o entendimento sufragado pela Corte de origem. Incólumes, portanto, os dispositivos invocados. De outro lado, não se prestam à demonstração de dissenso jurisprudencial, nos termos do art. 896, *a*, da Consolidação das Leis do Trabalho, arestos provenientes de Turmas deste Tribunal Superior. De igual modo, resultam inservíveis arestos inespecíficos, consoante disposto na Súmula n. 296, I, do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-123300-59.2008.5.09.0093, 1ª Turma, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ de 2.9.2011.)

(...) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TRABALHO EM LAVOURA DE CANA-DE-AÇÚCAR. EXPOSIÇÃO AO CALOR E À UMIDADE. PREVISÃO NOS ANEXOS NS. 3 E 10 DA NR-15 DA PORTARIA N. 3.214/78 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. O Regional destacou o laudo pericial, segundo o qual a reclamante

prestava serviços no corte de cana-de-açúcar, exposta ao calor e à umidade, que se encontram previstas como insalubres nos Anexos 3 e 10 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho, conforme consignado no laudo pericial. O Tribunal *a quo* também transcreveu trecho do laudo pericial, em que consta que o uso de EPIs não reduzem a incidência dos agentes agressivos no organismo do trabalhador, em relação às condições de insalubridade de grau médio no ambiente com a presença de Calor — Anexo n. 3, e com a presença de Umidade — Anexo n. 10, todos da NR-15, a níveis dentro dos limites de tolerância. Não se trata, portanto, de simples exposição do trabalhador a raios solares ou a variações climáticas, havendo previsão na Norma Regulamentadora n. 15, Anexo n. 3, da Portaria n. 3.214/78, quanto à insalubridade pelo trabalho exposto ao calor, quando ultrapassado o limite de tolerância, como ocorreu na hipótese dos autos. Isso sem falar na exposição à umidade prevista no Anexo 10 da citada portaria. Assim, havendo previsão legal para o deferimento do adicional de insalubridade, não há falar em contrariedade à Orientação Jurisprudencial n. 173 da SBDI-1 do TST. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-151800-91.2005.5.09.0562, 2ª Turma, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DJ de 7.10.2011.)

RECURSO DE REVISTA — ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TRABALHADOR RURAL EM LAVOURA DE CANA-DE-AÇÚCAR. EXPOSIÇÃO A CALOR EXCESSIVO. O empregado que se expõe ao calor excessivo em razão da atividade desempenhada a céu aberto na lavoura de cana-de-açúcar faz jus ao adicional de insalubridade em grau médio, sendo inaplicável, no caso, o disposto na Orientação Jurisprudencial n. 173 da SBDI-1 do TST, porque não se trata de simples exposição a raios solares, mas sim de exposição a agente mais penoso, qual seja, o calor excessivo. Recurso de Revista não conhecido. (RR-93400-66.2005.5.15.0029, 8ª Turma, rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DJ de 30.9.2011.)

RECURSO DE REVISTA. (...) 3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EXPOSIÇÃO A

CALOR EXCESSIVO. LAVOURA DE CANA-DE-AÇÚCAR. ANEXO 3 DA NR-15 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Dos fundamentos expostos pela Corte *a quo*, não há como entender violados os arts. 5º, II, da CF e 190 e 195 da CLT, tendo em vista que o perito constatou que a atividade desenvolvida pelo reclamante se enquadrava em hipótese de insalubridade prevista em norma regulamentadora do Ministério do Trabalho e Emprego. Ademais, não se trata de aplicação da OJ n. 173 da SBDI-1 do TST, conforme precedentes desta Corte. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-175200-22.2008.5.09.0242, 8ª Turma, relª. Minª. Dora Maria da Costa, DJ. de 2.9.2011.)

Evidentemente, a situação dos cortadores de cana é especial, diferenciada. E isso é demonstrado pelo próprio teor da OJ n. 173 da SDI-I. Assim, como regra, o adicional de insalubridade não será devido aos trabalhadores pelo simples fato de realizarem suas atividades a céu aberto. Contudo, caso haja exposição a calor que ultrapasse os limites de tolerância, nesse caso o adicional será devido.

Oportuno lembrar, por oportuno, que a referida orientação jurisprudencial foi modificada justamente para atender aos reclamos dos cortadores de cana, como se infere das ementas transcritas acima e de seu próprio texto, abaixo colacionado:

173. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ATIVIDADE A CÉU ABERTO. EXPOSIÇÃO AO SOL E AO CALOR. (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.9.2012) – Res. n. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012 I – Ausente previsão legal, indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto, por sujeição à radiação solar (art. 195 da CLT e Anexo 7 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do MTE). II – Tem direito ao adicional de insalubridade o trabalhador que exerce atividade exposto ao calor acima dos limites de tolerância, inclusive em ambiente externo com carga solar, nas condições previstas no Anexo 3 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do MTE.

O mesmo raciocínio deve ser utilizado no presente caso. Com efeito, justamente porque a atividade realizada pelo cortador de cana é diferenciada (haja vista sua insalubridade inerente; e, obviamente, sua penosidade incontestável), a remuneração desses trabalhadores por critério de produção deve ser proibida.

Por conta disso, e considerando a especificidade do contexto fático no qual os cortadores de cana estão inseridos, importa transcrever o posicionamento do C. TST no que toca à OJ n. 235 da SDI-I e sua aplicação aos cortadores de cana, cujo texto foi utilizado de maneira falaciosa pela reclamada a fim de respaldar sua pretensão de ver permitida a remuneração de seus empregados por produção. *In verbis*:

RECURSO DE REVISTA. RURÍCOLA. HORAS — *IN ITINERE* —. SUPRESSÃO PREVISTA EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. INVALIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 58, § 2º, DA CLT. NORMA DE CARÁTER COGENTE QUE INTEGRA O ROL DE DIREITOS MÍNIMOS DOS TRABALHADORES. REMUNERAÇÃO POR PRODUÇÃO. A Lei n. 10.243/2001, ao acrescentar o § 2º ao art. 58 da CLT, erigiu as horas *in itinere* à categoria de direito indisponível dos trabalhadores, garantido por norma de ordem pública, não se admitindo, portanto, a supressão da parcela mediante negociação coletiva. Precedentes da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte Superior. HORA EXTRA. SALÁRIO POR PRODUÇÃO. DIREITO À REMUNERAÇÃO DA HORA EXTRA INTEGRALMENTE (HORA MAIS ADICIONAL). Por ocasião da vista regimental proferida no julgamento dos recursos de revista -TST-RR-59000-34.2008.5.15.0057 e TST-RR-28700-35.2007.5.15.0151, no qual fui integralmente acompanhado pelos ilustres pares integrante desta Turma, tive a oportunidade de proferir entendimento no sentido de que a Orientação Jurisprudencial n. 235 da SBDI-1 desta Corte — embora, não se desconheça que tenha sido firmada a partir de julgados proferidos em processos oriundos da indústria sucroalcooleira, como no caso — não deve ser aplicada aos trabalhadores braçais, como são os cortadores de

cana. Isso porque o trabalho remunerado por tarefa é um misto do trabalho por unidade de obra e por unidade de tempo, de forma que não se identifica com o trabalho remunerado por comissão, de que trata a Súmula n. 340 do TST, que constitui a fonte de inspiração da mencionada orientação jurisprudencial. A limitação da jornada de trabalho a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, prevista no inciso XIII deste dispositivo, objetiva a preservação da higidez física e mental do trabalhador, que, por isso mesmo, mais do que direito social, erige-se como direito individual indisponível por sua própria vontade. Obviamente, se o trabalhador está submetido a estímulo financeiro para trabalhar mais e mais, sem a perspectiva de compensação de jornada, com preservação do mesmo ganho salarial mensal, o maior e único beneficiário é o setor produtivo, que se favorece deste trabalho. Por essa razão a aplicação da Orientação Jurisprudencial n. 235 da SBDI-1 do TST ao trabalho rural somente contribui para a precarização das relações de trabalho no campo, ao desrespeitar a dignidade do trabalhador que tem a valorização do seu trabalho condicionada a maior produtividade, ao limite da exaustão física e psicológica, e, consequentemente à redução de sua qualidade de vida. Nesse contexto, não se pode conceber que o trabalho por produção esteja excepcionado da limitação da jornada diária e semanal, tutelada pela Constituição Federal e, consequentemente, da remuneração da hora extra integralmente (hora acrescida do respectivo adicional), devendo-se observar o adicional normativo, sempre que mais benéfico ao trabalhador. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR – 69600-82.2006.5.05.0342, Data de Julgamento: 14.9.2011, relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23.9.2011.) (grifo nosso)

Nesse acórdão, como se nota, o C. TST mitiou a aplicação da OJ n. 235 da SDI-I quando diante de situações envolvendo cortadores de cana que são remunerados, exclusivamente ou não, por produção. Trata-se de importante decisão que reconhece a situação luctífera na qual está inserido o cortador de cana.

Interessante ressaltar, mais uma vez, o seguinte trecho constante da ementa transcrita, *in verbis*:

“Por essa razão a aplicação da Orientação Jurisprudencial n. 235 da SBDI-1 do TST ao trabalho rural somente contribui para a precarização das relações de trabalho no campo, ao desrespeitar a dignidade do trabalhador que tem a valorização do seu trabalho condicionada a maior produtividade, ao limite da exaustão física e psicológica, e, consequentemente à redução de sua qualidade de vida.” (grifo nosso)

No âmbito do TRT da 15ª Região são inúmeras as decisões que reconhecem as condições degradantes e extenuantes dos cortadores de cana, nesse sentido, podemos citar:

1) Processo n. 0000518-16.2011.5.15.0081, de minha relatoria, tendo como Recorrente: Cambuhy Agrícola Ltda. Recorrido: Juvenal Alves da Silva. 6ª TURMA – 11ª CÂMARA, constando da fundamentação:

“Além disso, notórios os malefícios que podem causar à saúde humana a exposição excessiva ao sol, como: a desidratação, a insolação, danos na retina e na córnea e estresse térmico; e, da radiação ultravioleta (UV-B e UVA) as queimaduras na pele, bronzeamento pigmentar tardio, envelhecimento precoce e o aparecimento do melanoma e o mais terrível dos males, o câncer de pele.

(...)

Literaturas e artigos técnicos afirmam que quando há aumento da temperatura corporal ante o exercício (maratona, por exemplo) sob calor, o sistema cardiovascular torna-se sobrecarregado já que deve transferir alta taxa de fluxo sanguíneo para a área entre a pele e os músculos, deixando as demais órgãos com pouca oxigenação. Negrejou-se.

2) PROCESSO 000456-67.2012.5.15.0104. Recorrente: AGROINDUSTRIAL OESTE PAULISTA LTDA. Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO — PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. 4ª Câmara – Segunda Turma. Rel. Des. Dagoberto Nishina, do qual constou: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA — SUPRESSÃO DOS REPOUSOS — DANO MORAL SOCIAL

IN RE IPSA — INDUSTRIALIZAÇÃO DO AÇÚCAR E ÁLCOOL

A espécie é exemplo da industrialização do açúcar e álcool, na qual o lucro ascende e suplanta o valor humano.

Os métodos de trabalho continuam irracionais, desiguais, injustos, e os trabalhadores permanecem sem a proteção mínima da gênese da legislação trabalhista (1943), do estatuto do trabalhador rural (1973) e desrespeita-se até a Constituição.

Das Capitanias Hereditárias às Usinas atuais, apenas o arado e o transporte por tração animal foram substituídos pelo trator, moendas circulares deram lugar a máquinas, esteiras, caldeiras, os produtos se diversificaram, os lucros ascenderam, a denominação foi modernizada e alardeada pelo mundo por um arauto falastrão: biocombustível.”

No corpo do v. acórdão foi mencionado:

As práticas da recorrente em relação aos seus empregados são medievais, remontam às dos engenhos do Século XVI – colheita pé a pé por facão, transporte, esmagação, transformação do caldo nas caldeiras e lucro.

(...)

Entretanto, os métodos de trabalho continuam irracionais, desiguais, injustos, e os trabalhadores permanecem sem a proteção mínima da gênese da legislação trabalhista (1943), do estatuto do trabalhador rural (1973) e desrespeita-se até a Constituição.

A espécie é exemplo da industrialização do açúcar e álcool, na qual o lucro ascende e suplanta o valor humano.

3) Nos autos do processo n. 01182-2007-134-15-00-4 (numeração atual 0118200-66.2007.5.15.0134), acórdão publicado em 22.08.2008, Rel. Des. JOSÉ PEDRO DE CAMARGO RODRIGUES DE SOUZA, 3ª Câmara – Segunda Turma, consta a seguinte ementa:

“(…) A cada ano que passa a “produtividade/ produção” aumenta e o respectivo preço diminui, dele se exigindo cada vez mais trabalho nessa atividade notoriamente penosa e prejudicial à saúde, o que conspira contra o art. 7º, XIII e XVI da Constituição Federal

(horas extras somente em serviços extraordinários) e, também, contra os fundamentos do Estado Democrático de direito (dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa), os princípios gerais da Atividade Econômica (art. 170) e da Ordem Social (art.193). (...)”

Na fundamentação do v. acórdão constou:

“Hão de se ter em conta os princípios de proteção à saúde e higidez física do trabalhador, sem se desprezar o fato — público e notório — de que alguns empregados rurais têm trabalhado até a morte, literalmente.

A este respeito, interessa transcrever os seguintes dados sobre as condições de trabalho da categoria, citados por Francisco José Alves, professor do departamento de engenharia de produção da Universidade Federal de São Carlos, Estado de São Paulo:

A expectativa de vida de um trabalhador cortando 12 toneladas por dia é de 10 a 12 anos, menor que a expectativa de um trabalhador escravo do fim do século XIX, que era de 12 a 15 anos. Mais do que dez safras cortando cana, o trabalhador está incapacitado para o trabalho: está com lordose e uma série de doenças decorrentes do trabalho. A única expectativa que ele tem é pedir aposentadoria. (Pesquisador prega extinção do trabalho por produção, *Repórter Brasil*, 2007. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1139>>).

É incontestável, é público e notório, que a atividade nas lavouras de cana-de-açúcar é extremamente repetitiva, tornando-se estafante e degradante da saúde do obreiro. (...)

Cabe relatar, ainda, que o Ministério do Trabalho, em situação análoga, cuidando de profissão que envolve atividades repetitivas, editou a NR-17, que se refere aos digitadores.

A norma proíbe “qualquer sistema de avaliação dos trabalhadores envolvidos nas atividades de digitação, baseado no número individual de toques sobre o teclado, inclusive o automatizado, para efeito de remuneração e vantagens de qualquer espécie” (item 17.6.4, “a”).

Ora, se a Norma Regulamentadora busca amparar a integridade física dos digitadores, com muito mais razão deve-se resguardar a saúde dos cortadores de cana, que, além de se submeterem às adversidades do meio ambiente de trabalho, realizam, todos os dias, milhares de movimentos com os braços, pernas e coluna, gerando doenças crônicas e reduzindo sua expectativa de vida.

Sobre a penosidade incontestada do trabalho no corte da cana, tenha-se em conta o que preleciona o Ilustre Procurador Regional do Trabalho, Prof. Dr. Raimundo Simão de Melo, em sua festejada e respeitada obra *“Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador”*, São Paulo: LTr, 2008, p. 163, o qual sustenta, inclusive, a possibilidade de aplicação de adicional de penosidade, apesar da inércia do Poder Legislativo na regulamentação do inciso XXIII do art. 7º da CF.”

O mesmo Relator, nos autos do processo n. 1070-2008-154-15-00-9, assevera que a observância da NR-17 — item 17.6.3 (atividades que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica do pescoço, ombros, dorso e membros superiores e inferiores) — implica a proibição do pagamento por produção nas lavours de cana-de-açúcar, uma vez que a remuneração realizada desta forma impossibilita condições sadias de trabalho. E o art. 13, da Lei n. 5.889/73, determina que os estabelecimentos rurais observem as normas de segurança e higiene estabelecidas em Portaria do MTe.

4) PROCESSO TRT/15ª REGIÃO — N. 01339-2008-036-15-00-7. RECURSO ORDINÁRIO DA 1ª VARA DO TRABALHO DE ASSIS. RECORRENTE: APARECIDO RIBEIRO DA CRUZ. RECORRIDA: NOVA AMÉRICA S/A – AGRÍCOLA. Relª. Desª. MARIANE KHAYAT. 1ª TURMA – 2ª CÂMARA.

(...) escolha dos empregadores rurais de utilizar o empregado rural como mero instrumento para obtenção de lucro, mera mercadoria — dissociando a pessoa do trabalhador de sua dignidade — posição esta inaceitável desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1948.

A questão é que se tornou necessário lançar um novo olhar sobre essa “cultura rústica”

(fruto da exploração escravagista também aceita como natural durante séculos, reprise-se). Não se autoriza mais a continuidade de práticas incompatíveis com a dignidade humana do trabalhador do campo ou da cidade. E o Judiciário tem um papel fundamental na fixação desses novos rumos, concretizando os princípios entronizados na Carta Constitucional.

Na atual quadra da História, em que se vive em um Estado Democrático de Direito — que numa virada copernicana, tem o ser humano e seus valores como referência de todo sistema jurídico — a dignidade da pessoa humana é uma cláusula supraconstitucional e deve orientar todas as relações humanas (vertical e horizontalmente), inclusive no plano internacional, como preconiza Peter Häberle ao anunciar a necessidade de um Estado Democrático Cooperativo como referência aos demais Estados no plano dos direitos humanos.

O pós-positivismo, que trouxe os valores da ética e da dignidade humana para dentro da disciplina do Direito, como marcas indelévels do sistema jurídico, não absorve mais a justificativa da legalidade estrita.”

Percebe-se, assim, que já passamos da fase do positivismo estrito, caminhamos para o pós-positivismo. Neste, os valores da ética, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade devem nortear a busca da justiça social. A liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, conforme determina o art. 421 do Código Civil⁽⁴⁰⁾.

Diante de todas essas constatações fáticas e construções jurídicas é que se deve analisar o art. 78, *caput*, da CLT, fazendo-se a interpretação conforme a Constituição:

“Art. 78 – Quando o salário for ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça, será garantida ao trabalhador uma remuneração diária nunca inferior à do salário mínimo por dia normal da região, zona ou subzona.”

(40) Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Referido dispositivo legal não deve ser aplicado de maneira irrestrita e, o que é mais pernicioso, desatrelado dos Fundamentos da República Federativa do Brasil, especialmente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (respectivamente, art. 1º, incs. III e IV, da CF).

Da forma como estabelecido originariamente, o art. 78, *caput*, da CLT visava situação de proporcionalidade entre as partes, qual seja: se o interesse da empresa é lucrar, nada mais razoável que pagar mais para o trabalhador que produz mais. Dessa forma todos ganham e a relação capital-trabalho mantém-se em equilíbrio. De fato, essa é uma ideia bastante interessante e que, ao lado da participação nos lucros e resultados, faz com que o trabalhador se insira de maneira mais efetiva na atividade empresária. De maneira mais clara: o trabalhador se sente fundamental na estrutura da empresa, passando a acreditar que o sucesso do empreendimento está diretamente relacionado à sua produtividade. Por conta disso, obviamente, será mais bem remunerado.

Entrementes, esse raciocínio é demasiado genérico, não contemplando situações específicas que fazem com que a equação capital-trabalho se desequilibre de maneira grosseira e injustificável.

Desse modo, o art. 78 da CLT encontra limites bem delimitados e que, certamente, fundamentam-se na sua própria finalidade. Assim, pode-se dizer que a remuneração por produção não é permitida para as atividades realizadas em situações de penosidade, degradantes, exaustivas etc. Isso porque, nesses casos, somente uma das partes se beneficia do labor excessivo: a empresa.

Isso é o que ocorre, principalmente e nesse caso, com as indústrias sucroalcooleiras (ou sucroenergéticas), haja vista o aumento público e notório de suas margens de lucro e, conseqüentemente e como condição, a diametralmente oposta situação do cortador de cana, que jamais será remunerado proporcionalmente ao

lucro que ele gera, pois a média da cana cortada saltou de 2 toneladas dia para 12. Contudo, a remuneração desses trabalhadores continua praticamente a mesma das duas toneladas. Esse sistema perverso e nefasto não foi desejado pelo legislador ordinário quando da elaboração do art. 78 da CLT. Despiciendo falar do legislador constituinte.

Por conta disso, pode-se afirmar que o art. 78 da CLT, ao permitir a remuneração por produção, disse mais do que queria, devendo ser interpretado de maneira restritiva. Saliente-se, antevendo argumentos contrários, que essa restrição é permitida constitucionalmente, haja vista tudo o quanto foi expendido sobre os Fundamentos da República Federativa do Brasil.

Com efeito, o art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, ao prever e dar guarida ao princípio da norma mais favorável, permite a criação de situações negativas, isto é, situações que revelam direitos dos trabalhadores por intermédio da abstenção de algumas práticas por parte dos empregadores.

É o que ocorre com a proibição da remuneração por produção no caso dos cortadores de cana. Esse trabalhador, consideradas as peculiaridades de seu labor, tem o direito de não ser remunerado por produção, pois que essa prática acarreta situação contrária à melhoria de sua condição social.

Ora, não se pode admitir, portanto, que a exaustão a que chegam os cortadores de cana, quando não a morte, revela melhoria de sua condição social unicamente porque passa ganhar poucos reais a mais no final do mês, quantia incomensuravelmente desproporcional ao lucro que ele gera.

Nesse contexto, oportuno transcrever, mais uma vez, a argumentação apresentada pela reclamada, *in verbis*:

“25. Note-se que o estabelecimento de salário por produção, ao contrário do disposto na r. sentença, não tem o condão de erradicar ou reduzir qualquer direito trabalhista; ao

reverso, se trata apenas e tão somente da aplicação de um direito regularmente previsto na CLT e que, obviamente, está em plena consonância com a Constituição vigente, pois visa a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, como prescreve o art. 7º, *caput*, da CF.” (grifo nosso) (fl. 1543 – verso)

De fato, soa estranha a afirmação de que o estabelecimento de salário por produção, no caso dos cortadores de cana, visa a melhoria de sua condição social. Pergunto-me, toda vez que leio esse trecho, qual seria a melhoria advinda desse contexto. (?). Nenhuma, claro.

Como uma atividade reiteradamente reconhecida como de risco pelo C. TST, cuja remuneração geralmente não ultrapassa mil reais, cujo índice de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais é assustador, cujas notícias de mortes causam náusea, cujas frequentes constatações de paradas cardiorrespiratórias são inaceitáveis, cuja funesta desproporção entre lucro gerado e salário auferido causa asco, como essa atividade, admitida sua remuneração por produção, pode revelar melhoria de condições sociais? Não há dúvida de que a condição socioeconômica dos empregadores melhora a cada cana que é cortada. Quanto aos trabalhadores, por outro lado, não se pode fazer essa afirmação, nem sob o mais remoto e ingênuo fundamento.

O Poder Judiciário não pode respaldar esse tipo de prática. A sociedade espera respostas efetivas e justas, mormente da Justiça do Trabalho. O momento pelo qual a sociedade brasileira passa, em que as manifestações populares têm ocupado importante espaço dos noticiários nacionais e internacionais, deve servir de norte para que o Judiciário profira suas decisões, especialmente quando reveladores da valorização do ser humano por intermédio da realização de um trabalho digno.

Não deve o Brasil, vinte e cinco anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permitir tremendo retrocesso social. Não deve, sob pena de endossar e fazer crescer a triste estatística mundial, incentivar a

karoshi, termo japonês criado na década de 1980 e que significa, literalmente, morte por excesso de trabalho.

Ressalte-se que a NR-17 — ERGONOMIA — Portaria GM n. 3.214, de 8.6.1978, em seu item 17.6.4, “a”, prevê:

“Nas atividades de processamento eletrônico de dados, deve-se, salvo o disposto em convenções e acordos coletivos de trabalho, observar o seguinte: a) o empregador não deve promover qualquer sistema de avaliação dos trabalhadores envolvidos nas atividades de digitação, baseado no número individual de toques sobre o teclado, inclusive o automatizado, para efeito de remuneração e vantagens de qualquer espécie;”

Percebe-se, portanto, que o salário por produção encontra limitações no próprio ordenamento positivado, como demonstrou a referido Portaria do MTE.

A referida Portaria tem por escopo a integridade física dos digitadores, portanto, por muito mais razão a saúde dos cortadores de cana deve ser resguardada, vez que desempenham atividades penosas e degradantes, em ambiente de trabalho hostil, como o rural, realizando, todos os dias, milhares de movimentos repetitivos com as mãos, braços, pernas e coluna (risco de lesões osteomusculares), levando a doenças crônicas e reduzindo sensivelmente a sua expectativa de vida. Acresça-se a isso a atividade pesada em ambiente insalubre — calor excessivo — quadros 1 a 3 do Anexo 3 da NR-15)⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾.

Aliás, entendimento contrário implicaria flagrante ofensa ao princípio da igualdade previsto no art. 5º, *caput*, CF/88.

Diga-se, por outro lado, que se uma Portaria do MTE pode modificar a forma de remuneração dos digitadores, por muito mais razão isso pode ser feito por meio de uma decisão judicial em tutela coletiva — com *status* constitucional

(41) Veja quadro constante da f. 32 dos autos.

(42) De acordo com a NR-15, o índice IBTUG máximo deve ser de até 25 °C.

— e proferida com a observância das regras processuais e da dialética.

Apesar de as atividades dos cortadores serem desempenhadas sob calor excessivo, (veja-se quadro de fl. 32 da inicial) o PCMSO da ré faz o reconhecimento da necessidade de conforto térmico, como medida de prevenção à fadiga, apenas em favor dos trabalhadores que realizam atividades intelectuais (fl. 4 da inicial), fato não contestado, portanto, incontroverso. Constata-se, assim, a ausência de cuidados mínimos com a saúde dos cortadores.

Ora, não existem questionamentos dignos de nota cujo objetivo seja atacar a Portaria GM n. 3.214/78. E qual o motivo da inexistência? Ele é muito claro: embora os digitadores também se enquadrem num contexto em que o pagamento por produção tem a potência de levá-lo ao adoecimento, seus empregadores ou tomadores de serviço não possuem — nem de muito longe — a capacidade econômica daqueles que empregam os cortadores de cana. Aqui, nova e infelizmente, vem o capital suprimindo o valor social do trabalho.

O art. 78 deve ser interpretado em consonância com o art. 444, que preceitua que as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho.

Assim, o artigo em questão sofre restrição das disposições de proteção ao trabalho, especialmente quando se fala em um sistema de remuneração que leva à exaustão, adoecimento e mortes.

Ao contrário do afirmado no recurso (fl. 1.550 – verso), o art. 5º, da LIDB, não agasalha a sua pretensão, pois, se na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, certamente isso não será alcançado com a manutenção de uma forma de remuneração que coisifica o homem.

Dar razão à recorrente, nesse particular, com efeito, será o mesmo que tornar letra

morta alguns dos documentos internacionais — ratificados pelo Brasil — mais importantes da história mundial, dentre os quais é possível mencionar, in verbis:

- “Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão de obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio “para igual trabalho, mesmo salário”, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios.” — Preâmbulo da Constituição da OIT

- “Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade

humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses. Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.” (Arts. XXVIII e XXIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos)

- “Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos.” (Art. 8 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado por intermédio do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992)

- “Os Estados Partes do presente pacto o reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: a) uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e receber a mesma remuneração que ele por trabalho igual; ii) uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto. b) a segurança e a higiene no trabalho; c) igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade; d) o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, bem como remuneração nos dias de feriados públicos.” (Art. 7 do Pacto Internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais)

Ressalte-se que a manutenção da r. sentença encontra razões até de ordem política econômica, pois a manutenção da remuneração por

produção, que coisifica o trabalhador, conforme se vê da inicial às f. 60/62, pode acarretar severas sanções internacionais ao país pela prática de *dumping social*⁽⁴³⁾. É óbvio que ninguém deseja esse tipo de sanção, até porque o Brasil prega que a indústria sucro-energética produz um combustível limpo (etanol), portanto, esse combustível “limpo” não pode ser manchado com o sangue dos cortadores.

Na hipótese concreta (proibição do trabalho por produção), não se está negando vigência ao princípio da livre-iniciativa ou da legalidade (art. 5º, II). É que na colisão entre princípios constitucionais, diante da necessidade de ponderação (ou sopesamento), os princípios do direito à vida, à saúde, da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana devem prevalecer, em detrimento daqueles e diante das circunstâncias e condições inerentes ao caso concreto. Há uma relação de precedência condicionada, ou seja, o princípio da livre-iniciativa continua válido, muito embora com sua incidência restringida.

Sobre o assunto, sempre interessante trazer à tona as lições de Robert Alexy, *in verbis*:

“Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma

(43) O *dumping social* é caracterizado pela violação, de forma consciente e reiterada, dos direitos fundamentais dos trabalhadores, com o objetivo de conseguir vantagens comerciais e financeiras, aumentando a competitividade, provocando uma concorrência desleal no mercado, em razão do baixo custo da produção de bens ou serviços. Várias são as práticas que podem configurar o *dumping social*, como o pagamento inferior ao legal, o descumprimento da jornada de trabalho, a terceirização ilícita, a inobservância das normas de medicina e segurança do trabalho, entre outras.

decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos — caso sejam aplicáveis — é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos.”⁽⁴⁴⁾

Todos os dias, sem exceção, a Justiça do Trabalho se depara com situações da mais alta importância social. Contudo — e essa afirmação pode ser endossada por aqueles que militam de verdade na área —, faz tempo que uma questão de tamanho impacto social, que definitivamente oferece a oportunidade de fazer valer a força normativa da Constituição Federal de 1998, não bate a essas ilustres portas. Muito se fala, principalmente em âmbito teórico, sobre a necessidade de aplicação direta da Constituição Federal, da necessidade de interpretação da lei conforme o Texto Maior. Entrementes, pouco se faz de efetivo nesse sentido. É chegada a hora de abandonar velhas práticas estritamente legalistas e formais. A Justiça do Trabalho tem, nesse caso, oportunidade de fazer real diferença na vida de muitos trabalhadores. E na própria economia, pois o passivo dessa chaga social é para ela canalizada.

Por conta de todo o exposto, acolhidas as razões de decidir apresentadas pelo magistrado de 1ª Instância, acrescidos os fundamentos apresentados anteriormente, com base na interpretação sistemática e conforme a Constituição do nosso ordenamento jurídico, impõe-se a manutenção da brilhante sentença de origem na parte em que determinou à reclamada que se abstenha de remunerar os cortadores de cana por produção.

DA MULTA IMPOSTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Por derradeiro, a reclamada alega que não existe amparo legal para a imposição judicial

da multa em caso de descumprimento do quanto decidido. Ademais, alega que a imposição da referida multa acarretará enriquecimento sem causa do recorrido.

Evidentemente, não assiste razão à reclamada.

Primeiramente, no que toca ao argumento de que não existe amparo legal para a aplicação de multa em caso de descumprimento da decisão proferida pelo magistrado de 1ª Instância, parece que a reclamada desconhece o sistema processual vigente. Sua afirmação, nesse particular, causa estranheza.

Com efeito, a Lei da Ação Civil Pública prevê, em seu art. 3º, que a ação poderá ter por objeto o cumprimento de obrigação de não fazer. A seguir, demonstrando verdadeira interação criadora do chamado microssistema de tutela coletiva, seu art. 21 determinada a aplicação do Título III do Código de Defesa do Consumidor às ações civis públicas.

Por conseguinte, o art. 84, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, prevê a possibilidade de o juiz impor, na sentença, multa diária, independentemente de pedido do autor, caso essa medida seja suficiente ou compatível com a obrigação.

Eis, na ordem em que foram citados, os referidos dispositivos legais:

“Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Art. 21 – Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

“Art. 84 – Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for

(44) *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.117-118.

suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.” (grifo nosso)

Já o art. 11 da LACP prevê: “Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de **cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.**” (negrejou-se)

Nesse mesmo sentido, aliás, é a lição de Luiz Guilherme Marinoni, *in verbis*:

“Ora, como há um sistema de tutela coletiva dos direitos, integrado, fundamentalmente, pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor — em razão do art. 90 do CDC, que manda aplicar às ações ajuizadas com base nesse Código as normas da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil, e do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, que afirma que são aplicáveis às ações nela fundadas as disposições processuais que estão no Código de Defesa do Consumidor —, não há dúvida de que o art. 84 do CDC sustenta a possibilidade da tutela inibitória pura para *qualquer direito difuso ou coletivo*.”⁽⁴⁵⁾

Portanto, absolutamente impossível sustentar a ausência de amparo legal para a imposição, na sentença, de multa cujo objetivo é ver obrigação de não fazer cumprida. Trata-se de medida que torna mais efetiva a imposição judicial.

É evidente que a multa aplicada tem o escopo de fazer prevalecer o aspecto inibitório do mandamento judicial. Não existe processo efetivo — considerado como técnica de solução de conflitos adotada pelo Estado — sem que haja a contrapartida coercitiva em caso de descumprimento da decisão proferida. Na verdade, a irresignação da reclamada perde

razão de existir se considerarmos que haverá cumprimento da obrigação imposta.

Tanta insatisfação, traduzida pela estranha argumentação no sentido de que não existe previsão legal para o pagamento de multa diária nas ações coletivas, faz presumir que a reclamada pretende não cumprir a imposição que lhe seja desfavorável. Repito: quando se cumpre a lei e as determinações exaradas pelo Poder Judiciário, não existe porque temer a incidência da combatida (e muito útil) multa diária.

Nesse sentido, inclusive, foi o acórdão relatado pelo Desembargador João Batista Martins Cesar nos autos do processo n. 0000984-16.2012.5.150003, cuja ementa segue transcrita, *in verbis*:

EMENTA. “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA INIBITÓRIA. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE E DA SEGURANÇA DO TRABALHADOR. NÃO CONSTATAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA LEI À ÉPOCA DA SENTENÇA. PEDIDOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO JULGADOS IMPROCEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. 1. A ação civil pública tem por finalidade, entre outros, inibir a continuidade ou a repetição de dano comprovado anteriormente. 2. É dever do Ministério Público do Trabalho levar a cabo todas as medidas previstas ou não proibidas pelo ordenamento jurídico a fim de evitar a ocorrência de novos danos. 3. O que se pretende, obviamente, é evitar o dano, haja vista que nenhuma indenização é bastante o suficiente para ‘compensar’ uma vida perdida, mormente quando essa vida se prestava ao trabalho e enriquecimento alheio. 4. Assim, nada impede que comportamentos ilegais aconteçam ou voltem a acontecer. A regra é clara: se a prevenção é possível, não se deve correr o risco. 5. Sentença que deve ser reformada para acolher os pedidos de tutela inibitória realizados em sede de Ação Civil Pública.”

Outro não é o entendimento do C. TST, como demonstra a ementa a seguir transcrita:

RECURSO DE REVISTA — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — CONDENAÇÃO DA RÉ EM

(45) *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 80.

OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER — CONDUTA REGULARIZADA NO CURSO DO PROCESSO — MULTA COMINATÓRIA — CABIMENTO. A priorização da tutela específica na ação civil pública, que é consectário das previsões contidas nos arts. 3º e 11 da Lei n. 7.437/85, mais do que assegurar às partes o acesso ao bem da vida efetivamente perseguido através do processo, traz consigo valiosa possibilidade por buscar-se tanto a tutela reparatória — aquela que se volta à remoção do ilícito já efetivado — quanto à tutela inibitória, consistente na qualidade da prestação jurisdicional que busca evitar a consumação do ilícito e que, portanto, prescinde do dano. Independentemente da modalidade de tutela específica perseguida, tem-se que a efetividade, e mesmo a autoridade da decisão jurisdicional que a determina, fica condicionada à utilização de meios de coerção que efetivamente constriam o demandado a cumprir a prestação específica que lhe foi imposta. A multa cominatória já prevista no art. 11 da Lei n. 7.437/85, e que também encontrava respaldo no § 4º do art. 84 do CDC, foi generalizada no processo civil pelo § 4º do art. 461 do CPC e revela-se como instrumento pilar da ação civil pública, que hoje se constitui num dos mais efetivos meios de judicialização dos valores consagrados pela ordem constitucional. No caso, a pretensão deduzida pelo Ministério Público do Trabalho compõe-se de pedidos com naturezas jurídicas distintas: foi postulada condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, como forma de reparar a coletividade pela violação da ordem jurídica já consumada, como também foi postulada a imposição, à ré, de obrigação de não fazer consistente na abstenção da exigência de horas extraordinárias de seus empregados fora dos limites legais, mediante tutela específica. Como forma de assegurar a efetividade do comando jurisdicional, constou do pedido da presente ação civil pública a imposição de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 por trabalhador envolvido. Nesse contexto, a constatação de que a reclamada efetivamente violava as regras atinentes à jornada dos trabalhadores foi suficiente à imposição da obrigação, condenação esta

que o juízo de primeiro grau acertadamente subsidiou com a imposição de multa pelo eventual descumprimento. Assim é que a superveniente adequação da ré à conduta imposta na sentença, a uma, não a isenta de responder pelo descumprimento de decisão judicial já verificado, porque aqui já se perfez a inadequação processual da conduta da empresa, que em nada se confunde com o acerto ou desacerto de suas práticas econômicas; a duas, não afasta a penalidade abstratamente imposta, uma vez que a adequação atual da conduta da empresa ao comando legal — que, aliás, não foi espontânea, mas resultado da coerção promovida pelo Poder Judiciário, após atuação incisiva do Estado por meio do Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério Público do Trabalho — não pode representar a isenção dos mecanismos de coação estatal a que esta situação regular perdure. Em última análise, a tutela que, num primeiro momento, caracterizava-se como reparatória, a partir da adequação da conduta empresarial converte-se em inibitória, ou seja, preventiva da lesão, que, por isso mesmo, prescinde da demonstração do dano. Impor à ré obrigação de não fazer sem imputar-lhe a multa cabível por eventual descumprimento desse mandamento significa subtrair força à autoridade das decisões dessa Justiça Especializada e, por consequência, também à atuação do Ministério Público do Trabalho no cumprimento de seu mister constitucional. (Processo: RR – 107500-26.2007.5.09.0513 Data de Julgamento: 14.9.2011, relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23.9.2011.) (grifo nosso)

Como é cediço, a imposição de multa diária para o caso de descumprimento da decisão judicial é a maneira mais fidedigna de sobrelevar, no processo, os princípios da prevenção e o da precaução.

Num primeiro momento, a prevenção deve ser parâmetro para os casos em que existe certeza científica a respeito do evento danoso. Infelizmente, como demonstrado por intermédio da citação de diversos estudos e informações oficiais (principalmente o NTEP), existe respaldo técnico-científico objetivo no sentido

de que a atividade realizada pelos cortadores de cana — mormente porque pago por produção — é causa de acometimento das mais diversas moléstias, sendo que a grande maioria é crônica e acompanhará os trabalhadores pelo resto de suas curtas vidas.

Depois de constatada a existência de certeza científica sobre a ocorrência do dano, imperioso fazer incidir, de maneira conjunta, o princípio da precaução. Isso porque, na eventual e remota hipótese de não existir certeza científica para todas as moléstias, o simples indício ou suspeita fundada faz com que as atitudes potencialmente lesivas sejam evitadas e punidas.

Ora, trata-se da tutela do direito à vida e à saúde, de modo que não existe indenização posterior capaz de, integralmente, reparar a perda de uma vida ou o acometimento por uma das doenças trazidas pelo NTEP. As indenizações são formas jurídicas de criar ‘compensações fictícias’, haja vista que, nesses casos, não se pode retornar ao *status quo ante*. Por isso que a indenização é sempre a última medida jurídica que se pretende. Por isso, ademais, que a multa diária em caso de descumprimento da r. sentença prolatada pelo magistrado de origem deve ser mantida.

Em segundo lugar, a reclamada apresenta irresignação no sentido de que, caso a multa seja aplicada, haverá enriquecimento sem causa do recorrido. Trata-se, logicamente, de argumento falacioso cujo objetivo é apenas causar impacto. Ao menos é assim que deve entender, haja vista que é de conhecimento bastante mediano o fato de que as multas aplicadas em sede de ação civil pública não serão, jamais, revertidas ao Ministério Público do Trabalho, recorrido nesses autos.

É esse o teor do art. 13, *caput*, da Lei de Ação Civil Pública, *in verbis*:

“Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público

e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

Embora desnecessário adentrar a questão da destinação da multa, caso seja ela imposta, adoto posicionamento no sentido de que a destinação para o Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT fere a finalidade prevista pelo aludido dispositivo legal. O FAT, a despeito de ser o único fundo existente na Justiça do Trabalho, em nada se relaciona com a reconstituição dos bens lesados e eventualmente tutelados em sede de ações coletivas.

Mais interessante, e condizente com a finalidade da lei, é a conversão do valor arrecadado em obrigação de fazer, por exemplo, consubstanciada na compra de ambulâncias para os postos de saúde que atendem os trabalhadores da região abrangida pelos efeitos da coisa julgada. Nessa hipótese, porque diante de obrigação que se exaure no momento exato de seu cumprimento, não há de se falar em falta de condições materiais do Judiciário para acompanhar o cumprimento efetivo das destinações direcionadas para, por exemplo, entidades beneficentes (que ainda se revela mais consentâneo com a finalidade legal, se comparado com a destinação pura e simples para o FAT).

Portanto, porque existe amparo legal, de um lado, e porque jamais haverá destinação da multa para o recorrido (o Ministério Público do Trabalho), de outro, **nego provimento** ao pleito formulado pela reclamada, **mantendo** a r. sentença nesse ponto específico.

Em que pese todos esses argumentos, o apelo merece acolhimento apenas em um tópico: o prazo para implementação da medida. De fato, o prazo de dez dias revela-se por demais exíguo. Diante disso, a obrigação de se abster de remunerar por produção os trabalhadores envolvidos no corte manual de cana-de-açúcar deve ser implementada no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da intimação do trânsito em julgado.

PREQUESTIONAMENTO

Diante da fundamentação *supra*, tem-se por prequestionados todos os dispositivos legais e matérias pertinentes, restando observadas as diretrizes traçadas pela jurisprudência do STF (Súmula n. 365) e do TST (Súmulas ns. 284 e 297, bem como as Ojs SDI-1 ns. 118 e 119).

Ressalto, por fim, que não se exige o pronunciamento do Julgador sobre todos os argumentos expendidos pelas partes, bastando os fundamentos que formaram sua convicção, conforme já decidido pelo STF (RE n. 184.347).

DISPOSITIVO

Por todo exposto, resolvo **conhecer** o recurso ordinário interposto pela **Usina Santa Fé S.A.**, para, no mérito, **dar-lhe parcial provimento** apenas para ampliar o prazo de início do cumprimento da obrigação de não fazer para 180 (cento e oitenta) dias a contar da intimação do trânsito em julgado, mantida, no mais, a r. sentença atacada, inclusive o valor arbitrado à condenação, por seus próprios e jurídicos fundamentos e por aqueles acrescentados acima.

HÉLIO GRASSELLI

Relator Designado

Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região

Processo: 0126100-76.2011.5.17.0014

Recorrentes: Estado do Espírito Santo

Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda.

Edmir Ferreira Verdes e outro

Recorridos: Edmir Ferreira Verdes e outro

Estado do Espírito Santo

Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda.

Origem: 14ª Vara do Trabalho de Vitória – ES

Relator: Desembargador José Carlos Rizk

Competência: 1ª Turma

Ementa:

- **RECURSO ORDINÁRIO DO SEGUNDO RECLAMADO (ESTADO DO ESPÍRITO SANTO). JUROS DE MORA. CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE ENTE PÚBLICO.** A Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela empregadora principal, não se beneficia da limitação dos juros prevista no art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97.

RECURSO ORDINÁRIO DOS RECLAMANTES. HORA NOTURNA. ADICIONAL. PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO. Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT.

RECURSO ORDINÁRIO DO PRIMEIRO RECLAMADO (INAP – INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL LTDA). PARCELAS PAGAS A IDÊNTICO TÍTULO. DEDUÇÃO. As parcelas pagas a idêntico título daquelas deferidas em sentença deve ser objeto de dedução, sob pena de enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, sendo partes as acima citadas.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recursos ordinários interpostos pelo segundo reclamado (Estado do Espírito Santo), pelos reclamantes e pelo primeiro reclamado (INAP — Instituto Nacional de

Administração Prisional Ltda.), em face da *r.* sentença de fls. 845/852, complementada pela decisão proferida em embargos de declaração (fls. 885/886), a qual julgou procedentes, em parte, os pedidos articulados na inicial.

Razões recursais do segundo reclamado, Estado do Espírito Santo, às fls. 869/883, pugnando pela reforma da *r.* sentença no tocante à responsabilidade subsidiária, à limitação da

responsabilidade subsidiária, à reversão da justa causa, à multa do art. 475-J do CPC, aos juros legais e às custas.

Razões recursais dos autores, às fls. 891/904, pugnando pela reforma da *r. sentença* no tocante às horas extras acima da oitava diária, às horas extras relativas aos minutos que antecedem e sucedem a jornada, às horas extras decorrentes da supressão do intervalo intrajornada, às diferenças de adicional noturno, à forma de dissolução do pacto laboral, à multa do art. 477 da CLT, à multa do art. 467 da CLT, à indenização por danos morais e aos honorários advocatícios.

Razões recursais do primeiro reclamado, INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda., às fls. 906/914, pugnando pela reforma da *r. sentença* no tocante à hora noturna ficta, à forma de dissolução do pacto laboral e à assistência judiciária gratuita.

Comprovante de recolhimento das custas processuais e do depósito prévio, às fls. 916 e 917, respectivamente.

Contrarrrazões dos reclamantes ao recurso ordinário do primeiro reclamado, INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda., às fls. 919/923, pela manutenção da decisão de origem.

Contrarrrazões dos reclamantes ao recurso ordinário do segundo reclamado, Estado do Espírito Santo, às fls. 925/928, pela manutenção da decisão de origem.

Contrarrrazões do primeiro reclamado, INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda, ao recurso ordinário dos reclamantes, às fls. 930/954, pela manutenção da decisão de origem.

Contrarrrazões do segundo reclamado, Estado do Espírito Santo, ao recurso ordinário dos reclamantes, às fls. 965/981, pela manutenção da decisão de origem.

Parecer do *d. MPT*, às fls. 989/996, oficiando “*pelo conhecimento do recurso interposto, e pelo imediato prosseguimento do feito, sem a manifestação deste Órgão, eis que inexistente*

o interesse público justificador, ressaltando-se, entretanto, oportunidade de intervenção ulterior, se necessário, em sessão de julgamento ou em qualquer outra fase do processo”.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO DO SEGUNDO RECLAMADO (ESTADO DO ESPÍRITO SANTO)

Conhece-se do recurso ordinário interposto pelo segundo reclamado, Estado do Espírito Santo, porquanto atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

Registra-se que não houve remessa necessária. E, de fato, não é o caso de remessa oficial, tendo em vista que o valor da condenação é inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, conforme demonstram as planilhas de fls. 853/859.

2.2. CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO DOS RECLAMANTES

Conhece-se do recurso ordinário interposto pelos reclamantes, porquanto atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

2.3. CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO DO PRIMEIRO RECLAMADO (INAP – INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL LTDA.)

Conhece-se do recurso ordinário interposto pelo primeiro reclamado, INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda., porquanto atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

2.4. MÉRITO DO RECURSO ORDINÁRIO DO SEGUNDO RECLAMADO (ESTADO DO ESPÍRITO SANTO)

2.4.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Pretende o segundo reclamado, Estado do Espírito Santo, seja afastada a sua responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas deferidas em sentença.

Sem razão.

O caso dos autos trata de um contrato de terceirização de mão de obra, precedida de regular procedimento licitatório, o que leva o ente estatal à condição de tomador de serviços, ensejando a aplicação do inciso IV do verbete sumular 331, que não limita a responsabilidade do recorrente a nenhuma das parcelas devidas ao obreiro.

Registre-se que o simples fato de haver contrato precedido de regular procedimento licitatório, não afasta a responsabilidade do tomador dos serviços em face do inadimplemento da contratada, pois, embora o débito decorrente das relações trabalhistas seja assumido pela prestadora, é a tomadora que se utiliza da força humana para a consecução dos seus fins.

Nessa senda, colacionam-se os dispositivos IV e V, da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

“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.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

Muito embora se saiba dos compromissos sociais dos entes públicos com a sociedade, tais compromissos não impedem que respondam

por compromissos individuais, como é o caso das verbas trabalhistas. A Súmula n. 331 do e. TST, de clareza solar, impõe essa interpretação, devendo mesmo o Estado, partícipe da relação processual, arcar com tais deveres.

Portanto, o dispositivo da Súmula n. 331, como regra geral do caso concreto, é válido, não configurando afronta ao princípio da Legalidade.

Noutro passo, sabe-se que, em linhas gerais, a Administração Pública está submetida ao regime de Indisponibilidade do Interesse Público, que ganha reforço quando se trata de Contratações Públicas e Licitações, seara na qual o cuidado com a coisa pública deve ser redobrado.

Não é sem motivos suficientes que a própria Lei n. 8.666/1993 estabelece requisitos que devem ser seriamente observados pelo Poder Público para assegurar-se acerca da idoneidade do contratado. Dentre os quais, destaca-se a qualificação econômico-financeira do contratado (art. 27 e art. 31 da Lei n. 8.666/1993).

A verificação da qualificação econômico-financeira do contratado deve ser cuidadosamente monitorada para se evitar, de um lado, a frustração do objeto do contrato, mas, de outro lado, evitar danos a terceiros. E isso porque a Administração Pública está submetida à Teoria do Risco Administrativo, de respaldo constitucional (art. 37, § 6º), que obriga a reparação em caso de danos a terceiros. Nesta medida, se a própria lei de Licitações e Contratos Públicos exige da contratada a comprovação de saúde econômico-financeira para se consagrar vencedora do certame, é porque a Lei impõe o dever de fiscalização constante a quem o promove.

Com propriedade, nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Deveras, a partir do instante em que se reconheceu que todas as pessoas, sejam elas de Direito Privado, sejam elas de Direito Público, encontram-se, por igual, sujeitas à ordenação jurídica, ter-se-ia que aceitar, a bem da coerência lógica, o dever de umas

e outras — sem distinção — responderem pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorressem. Ademais, como o Estado Moderno acolhe, outrossim, o princípio da igualdade de todos perante a lei, forçosamente haver-se-á de aceitar que é injurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a alguém, ao exercer atividades de interesse de todos, sem ressarcir o lesado.” — grifo extra — (*Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, ano 2003, 15ª edição, p. 858.)

Nessa medida, o Estado tem o dever de fiscalização e vigilância do contratado desde a fase de qualificação até a execução final dos trabalhos, sob pena de assumir a responsabilidade por sua culpa *in eligendo* e *in vigilando*, ao exercer as atividades em benefício de todos, às custas da força de trabalho de terceiros.

É neste sentido, inclusive, o entendimento atual da corte superior trabalhista:

“TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93 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. 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. 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei n. 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações 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. 8.666/93 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, 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. 03/2009. 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 adimplemento dos direitos

trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. 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 27/05/2011, fls. 14 e 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 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. Na hipótese dos autos, além de não constar, do acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados (o que é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua *culpa in vigilando*), verifica-se que o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório, consignou ter havido culpa do ente público, o que igualmente seria suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR – 139600-14.2009.5.07.0030, 2ª Turma, Relator: Ministro José Roberto Freire

Pimenta, Julgamento: 8.8.2012, Publicação: 17.8.2012.)

Aliás, os riscos do empreendimento e da lisura da contratação jamais devem ser atribuídos ao trabalhador, que despendeu sua força de trabalho em benefício alheio. No presente caso, portanto, a inteligência do art. 71 da Lei n. 8.666/93, ante os fundamentos expostos, não desobriga o ente público da responsabilidade pelo pagamento das verbas deferidas na sentença, mas simplesmente atribui responsabilidade primária ao contratado.

Logo, muito embora o STF, em julgamento ocorrido em 24.11.2010, tenha declarado a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93 na ADC 16, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, esta circunstância não significa um salvo-conduto para os entes da Administração Pública Direta se eximirem da responsabilidade subsidiária quando atuarem na qualidade de tomador de serviços.

Por fim, deve ser reconhecida a *culpa in vigilando* do ente estatal.

A *culpa in vigilando* é comprovada quando há negligência por parte do ente público, de cumprir as determinações contidas na Lei n. 8.666/93, que lhe obrigam a fiscalizar de forma efetiva a execução dos contratos por ela celebrados, destacando, inclusive, representante para tanto. Este representante designado, nos termos do art. 67, §1º, da Lei n. 8.666/93, deverá anotar em “registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados”.

E se a fiscalização das atividades da empresa contratada tivesse sido efetivamente realizada pelo Estado, certamente não teria ocorrido burla às normas trabalhistas, como, de fato, ocorreu, pois o ente público poderia, a qualquer momento, exercer o direito de retenção do pagamento e promover a rescisão do contrato firmado com a primeira reclamada, caso verificado o descumprimento das obrigações trabalhistas por parte desta última.

Nota-se, portanto, que o segundo réu não comprova nos autos que cumpriu com a sua obrigação de fiscalizar da execução do contrato, prevista pela própria Lei n. 8.666/1993.

Assim, a responsabilidade subsidiária deve ser reconhecida, pois quem deve assumir os riscos da atividade são os contratantes e não o próprio empregado, que despendeu sua força de trabalho em favor de terceiros e merece obter efetivamente os seus haveres trabalhistas.

Por fim, incontroversa a violação dos direitos trabalhistas da reclamante, na esteira do enunciado sumular 331 do TST, reconhece-se a responsabilidade subsidiária do Estado do Espírito Santo pelo pagamento das verbas trabalhistas deferidas.

Nega-se provimento.

2.4.2. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PARCELAS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIAS. ABRANGÊNCIA

Pretende o segundo reclamado, Estado do Espírito Santo, que a responsabilidade subsidiária não abranja o pagamento de parcelas previdenciárias e fiscais.

Não lhe assiste razão.

A Súmula n. 331, IV, do *eg.* TST, estabelece que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, sem prever qualquer restrição, o que equivale a dizer que todas as obrigações de caráter pecuniário podem e devem ser suportadas pelo beneficiário dos serviços prestados, até porque sua responsabilização tem amparo na teoria da *culpa in eligendo* e *in vigilando*, não podendo o trabalhador ser prejudicado por prejuízos decorrentes do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços, cuja contratação e fiscalização não lhe competiam.

Nesse sentido, o item VI da Súmula n. 331 do *eg.* TST, a saber:

“A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes

da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

Logo, a condenação subsidiária do segundo reclamado, Estado do Espírito Santo, também contempla os recolhimentos fiscais e previdenciários.

Nega-se provimento.

2.4.3. FORMA DE DISSOLUÇÃO DO PACTO LABORAL. DISPENSA POR JUSTA CAUSA

O primeiro e o segundo reclamantes foram admitidos pela primeira ré, INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional, em 11.12.2010 e 1º.9.2010, respectivamente, para exercerem a função de Agente de Controle (agente penitenciário), com salário-base de R\$ 706,31 (setecentos e seis reais e trinta e um centavos), sendo ambos despedidos por justa causa em 29.8.2011, em razão de terem agredido um detento.

Aduziram que não praticaram “agressão a detento” e que, em momento algum, houve uso de força contra qualquer dos detentos, tendo eles agido em conformidade com as orientações passadas pelos reclamados.

Sustentaram não terem sido treinados para o exercício da função, havendo ainda um número insuficiente de agentes penitenciários em relação à quantidade de presos — 15 agentes para 519 detentos.

Afirmaram, ainda, que sofriam diariamente ameaças dos presos, sendo que foram os detentos que agrediram e ameaçaram de morte os autores, de modo que, no dia da tentativa de fuga, agiram sempre no sentido de conter os fugitivos, sempre primando pela segurança dos detentos e pela segurança própria.

Pleitearam a reversão da pena de dispensa por justa causa que lhes foi aplicada, bem como a condenação dos reclamados ao pagamento de diferenças de verbas rescisórias e indenização do seguro-desemprego.

Em contestação, os reclamados se opuseram aos pedidos, afirmando que a pena de dispensa

por justa causa foi legitimamente aplicada, já que as câmeras de monitoramento do CFTV mostram claramente a agressão dos autores a um dos detentos.

Alegaram que foi realizada exaustiva sindicância, na qual se apurou que os reclamantes agrediram um dos presos “*pela simples vontade de agredir*”, já que o detento estava algemado e, portanto, vulnerável, sem ensejar qualquer perigo, não tendo os autores agido em legítima defesa.

Aduziram que a agressão se deu no acesso ao posto 3, quando o primeiro reclamante deu um golpe no detento, jogando-o no chão e, em seguida, o segundo reclamante bateu-lhe com a tonfa e deu-lhe um chute.

Por intermédio do *r. decisum* de fls. 845/852, o MM. Juízo de Origem entendeu que: *i*) o primeiro reclamante, Sr. Edimir Ferreira Verdes, não agiu de forma desproporcional, tendo feito o que era necessário e adequado para conter o detento naquela situação que se lhe apresentava. Por conseguinte, a justa causa foi revertida em relação ao primeiro autor; *ii*) o segundo reclamante, Sr. Ivan Malaquias dos Santos, agiu com culpa, de forma desproporcional, haja vista que, após o detento estar ao chão, agrediu-o com a tonfa e também com um chute. Da mesma forma, os reclamados também agiram com culpa, já que não treinaram os autores para o exercício da difícil função de agente de controle de presos. Via de consequência, reconheceu que a dissolução do pacto laboral se deu por culpa recíproca em relação ao segundo autor.

Inconformado, o segundo reclamado, Estado do Espírito Santo, pretende a reforma do julgado, a fim de que seja reconhecido o justo motivo da dispensa de ambos os autores.

À análise.

Nos termos do item “j”, do art. 482, da CLT, constitui justa causa para a rescisão do contrato de trabalho a prática, pelo empregado em serviço, de ofensas físicas contra qualquer

pessoa, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem.

A prova dos autos revela que: *i*) na madrugada do dia 31.7.2011, 04 (quatro) presos da penitenciária de segurança máxima de Viana tentaram fugir da ala “C”, cela 11; *ii*) o primeiro e o segundo autores, Srs. Edimir Ferreira Verdes e Ivan Malaquias dos Santos, respectivamente, agrediram um dos detentos fisicamente (Sr. Alexandre Barcelos da Silva), de forma imoderada/desproporcional — o Sr. Edimir Ferreira Verdes deu-lhe uma rasteira, enquanto o Sr. Ivan Malaquias dos Santos bateu-lhe com o instrumento chamado tonfa (espécie de cassetete, com ponta do lado) e o chutou, quando o preso se encontrava imobilizado, com as mãos algemadas para trás; *iv*) o detento Alexandre Barcelos da Silva teve escoriações nos braços, tórax e pernas, conforme demonstra a foto anexada à fl. 267.

Outrossim, as imagens do DVD acautelado aos autos demonstram que os autores não agiram em legítima defesa. A uma, porque o detento não oferecia resistência — repita-se: estava imobilizado, com as duas mãos algemadas para trás; a duas, porque no mesmo espaço físico em que ocorreu a agressão, havia vários outros agentes penitenciários armados, o que autoriza dizer que a segurança dos autores encontrava-se preservada.

O MM. Juízo de Origem, após analisar o DVD, reconheceu que as imagens de agressão ao detento são impactantes. É o que se extrai do seguinte excerto da sentença (fl. 847 verso):

“(…);

Analisando as imagens trazidas aos autos pelo primeiro réu (DVD anexado aos autos, pasta Acesso ao Posto 3/9_09_M_082011033428, entre 12” e 20”) observa-se que os Reclamantes estavam conduzindo o preso algemado quando o primeiro Autor deu-lhe uma rasteira, fazendo-o cair ao chão, e logo após o segundo Autor bate-lhe com a tonfa e o chuta.

A imagem é realmente triste e nos faz pensar a que condição pode chegar o ser humano — tanto enquanto detento quanto como detentor (...).”

Oportuno ressaltar que foi instaurada sindicância administrativa, a fim de que fosse apurada a conduta dos agentes envolvidos no incidente, sendo que os reclamantes e o detento Alexandre Barcelos da Silva prestaram declarações nos seguintes termos:

Primeiro reclamante (Sr. Edimir Ferreira Verdes): “Que por volta das 03h30min, o agente Adilson acionou via rádio HT que havia uma fuga de presos da ala “C”; Que os agentes da movimentação saíram correndo para fora da unidade; Que o declarante também desceu para dar apoio; Que o declarante foi em direção à lavanderia; Que ao chegar à lavanderia já havia um preso rendido; Que os demais presos estavam no muro e que o declarante acompanhado do agente Malaquias foram para o alambrado para dar apoio; Que ao chegar ao muro haviam 03 presos já algemados; Que não viu nenhum preso com objeto na mão; Que não houve resistência dos presos em serem algemados; Que o declarante juntamente com Malaquias conduziram o preso Alexandre até a triagem; Que ao chegar entre o posto 02 e 03, o preso Alexandre agrediu verbalmente o declarante; Que o declarante colocou o preso deitado no chão e um agente (não se lembrando quem foi o agente) abaixou a cabeça do preso Alexandre; (...).”

Segundo reclamante (Sr. Ivan Malaquias dos Santos): “Que por volta das 03h40min, algum agente via rádio HT informou que estava tendo fuga de presos; Que o declarante saiu correndo para o posto 02, quando ouviu outra informação via rádio HT, que os presos haviam descido pela lavanderia; Que foi para lavanderia; Que ao chegar à lavanderia percebeu que havia um preso agachado atrás da caixa d’água da lavanderia; Que o declarante deu voz de comando ao preso

para que o referido se deitasse no chão; Que o preso não quis acatar a determinação e teve que ser imobilizado; Que o agente Ricardo foi quem imobilizou o preso; Que havia mais 03 presos entre o alambrado e o muro; Que o declarante foi até os presos; Que ao chegar próximo aos presos, percebeu que um dos presos (Alexandre) estava com um objeto na mão; Que o preso Alexandre não quis soltar e nem entregar o objeto; Que o declarante usou da força e proferiu golpes de chute na região lombar do preso Alexandre; Que o preso Alexandre jogou o objeto no meio da grama; Que o agente Edimir Ferreira ajudou o declarante na condução do preso para triagem; Que ao chegar entre o posto 2 e 3 o preso Alexandre começou a se debater muito, o declarante solicitou ao agente Edimir que colocasse o preso no chão; Que o preso Alexandre não quis ir para o chão, sendo necessário o declarante usar de força, dando um chute no referido preso; Que após a contenção o preso foi para o chão e parou de se debater; (...).”

Preso Alexandre Barcelos da Silva: “Que o declarante estava na cela 11 da ala “C” há mais ou menos dois meses; Que no plantão anterior os agentes bateram as grades da cela e pátio, porém uma das barras (pirulito) estava parcialmente serrada; Que a barra foi serrada no domingo durante o dia; Que a serrinha já estava na cela há algum tempo; Que no momento da fuga, somente terminaram de serrar e a puxaram para quebrá-la; Que por volta das 02h do dia 1º.8 o declarante e os presos Givanildo, Elias e Wanderley saíram para a parte superior da ala; Que a fuga já estava planejada; Que não houve convivência ou participação dos agentes; Que durante o plantão noturno o agente não ficou no quadrante; Que os agentes somente adentraram na ala para fornecimento de medicamento e lanche; Que o supervisor Dione esteve na ala; Que após subirem para parte de cima da ala, o declarante e os demais ficaram por mais ou menos 20 min; Que na parte superior da ala,

andaram agachados para tentar visualizar o melhor local para descer; Que não havia agente na muralha; Que após descerem ficou escondido na lavanderia, fazendo a vara com os cabos de vassouras, para ser usada como suporte para colocar a “teresa” no muro; Que o tempo que ficaram na lavanderia também foi para esperar a ronda da muralha; Que o agente da muralha não fez ronda; Que o preso Elias e Wanderley foram os primeiros a subir o muro e foram rendidos por agentes da muralha; Que os presos ficaram deitados no chão entre o muro e o alambrado; Que logo em seguida chegaram os agentes INAP; Que o declarante e os demais presos foram agredidos fisicamente; Que o declarante foi agredido pelo agente Malaquias; Que o declarante não estava com nenhuma arma ou objeto perfuro cortante; (...);

Registre-se, ainda, que os 04 (quatro) presos que tentaram fugir foram submetidos a exame de lesões corporais junto ao Departamento Médico Legal da Polícia Civil, na data do incidente, sendo constatadas as seguintes lesões à integridade física de cada um deles (fls. 192/195):

- Sr. Alexandre Barcelos da Silva sofreu escoriações nos braços, tórax e pernas, produzidas por instrumento contundente;
- Sr. Elias de Oliveira Freitas sofreu múltiplas escoriações no ombro esquerdo, hemicrânio esquerdo, dorso, tórax e joelhos, produzidas por instrumento contundente;
- Sr. Givanildo Ferreira da Silva sofreu escoriações nos braços, tórax e pernas, produzidas por instrumento contundente;
- Sr. Vanderley Ribeiro Silva sofreu discretas escoriações no cotovelo esquerdo, também produzidas por instrumento contundente.

As fotos juntadas às fls. 266/271 confirmam as lesões à integridade física dos quatro detentos.

A ausência de treinamento não pode respaldar a conduta dos autores. No momento da agressão, o detento não colocava em risco a vida ou a integridade física de ninguém. Além disso, os autores, na qualidade de agentes penitenciários, tinham a obrigação de manter a custódia daqueles entregues à sua guarda.

Some-se a isso o fato de que os réus devem prestar contas a organismos internacionais de defesa dos direitos humanos. Recentemente, inclusive, a Organização dos Estados Americanos, após reconhecer que a situação prisional no Estado do Espírito Santo é caótica, recomendou ao Governo que *“fossem adotadas todas as medidas necessárias para proteger a vida, a integridade pessoal e a saúde das pessoas privadas de sua liberdade”*.

Diante do exposto, reputa-se válida a forma de dissolução do pacto laboral levada a efeito pelo primeiro reclamado, Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda. — dispensa por justa causa prevista no art. 482, “j”, da CLT.

Dá-se provimento ao apelo para, reformando a sentença, manter a justa causa aplicada pela primeira reclamada aos autores, bem assim para afastar a condenação dos reclamados ao pagamento de 50% do aviso prévio indenizado, das férias proporcionais acrescidas de 1/3, de gratificação natalina proporcional, de FGTS sobre as parcelas anteriores e de indenização rescisória de 20% sobre o FGTS de todo o período, de entrega das guias TRCT e CD/SD ao primeiro reclamante (Edimir Ferreira Verdes) e de metade do aviso prévio indenizado, metade das férias proporcionais acrescidas de 1/3, metade da gratificação natalina proporcional, FGTS sobre as parcelas anteriores e indenização rescisória de 20% sobre o FGTS de todo o período e de entrega das guias TRCT e CD/SD ao segundo reclamante (Ivan Malaquias dos Santos).

2.4.4. MULTA DO ART. 475-J DO CPC

Pretende o segundo reclamado, Estado do Espírito Santo, seja afastada a aplicação do art. 475-J, do CPC ao caso *sub judice*.

Examina-se.

A Colenda 1ª Turma, vencido este relator, deu provimento ao apelo, no particular, adotando, para decidir, os fundamentos apresentados pelo Exmo. Desembargador José Luiz Serafini, no seguinte sentido:

“A aplicação do art. 475-J do CPC no processo do trabalho somente estaria autorizada no caso de omissão da CLT quanto ao prazo de cumprimento da sentença, o que não ocorre em vista do que dispõe o art. 880. E mais, porque a CLT possui capítulo próprio sobre a liquidação e execução, conforme arts. 876 a 892, razão pela qual lançar mão do art. 475-J do CPC é violar o disposto no art. 769 da CLT, uma vez que não houve derrogação das regras celetistas.

Nesse sentido, o jurista Manoel Antonio Teixeira Filho leciona em seu artigo “Processo do Trabalho — Embargos à execução ou impugnação à sentença? (A propósito do art. 475-J, do CPC)”, publicado na *Revista LTr* 70-10/1180. *In verbis*:

‘Todos sabemos que o art. 769, da CLT, permite a adoção supletiva de normas do processo civil desde que: a) a CLT seja omissa quanto à matéria; c) a norma do CPC não apresente incompatibilidade com a letra ou com o espírito do processo do trabalho. Não foi por obra do acaso que o legislador trabalhista inseriu o ‘requisito da omissão antes da compatibilidade: foi, isto sim, em decorrência de um proposital critério lógico-axiológico. Desta forma, para que se possa cogitar da compatibilidade, ou não, de norma do processo civil com a do trabalho, é absolutamente necessário, *ex vi legis*, que antes disso, se verifique se a CLT se revela omissa a respeito da material. Inexistindo omissão, nenhum intérprete estará autorizado a perquirir sobre a mencionada compatibilidade. Aquela constitui, portanto, pressuposto fundamental desta.’

Nesses termos, inexistente omissão na CLT acerca do processamento da execução trabalhista e ademais, necessário se faz ressaltar o processo não se encontra na fase de

execução, não sendo necessária a aplicação do art. 475-J.

Dou provimento para excluir.”

2.4.5. JUROS DE MORA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO

Com suporte no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, acrescentado pelo art. 4º da Medida Provisória n. 2.180/35, o segundo reclamado, Estado do Espírito Santo, pugna para que seja aplicado à espécie juros à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês.

Sem razão.

O art. 1º-F, da Lei n. 9.494/1997, não é aplicável nesta Especializada, pois, em relação a débitos trabalhistas, há regra específica prevista no art. 39, § 1º, da Lei n. 8.177, o qual dispõe sobre a atualização dos débitos trabalhistas em geral e determina a aplicação de juros de mora de um por cento (1%) ao mês, contados a partir da data do ajuizamento da reclamatória e aplicado *pro rata die*, na atualização dos débitos trabalhistas.

Tal dispositivo legal é específico para os juros aplicáveis aos débitos trabalhistas, o que afasta a alegação do segundo réu de que os juros correm apenas a partir do momento em que ele incidir em mora.

Segundo as disposições constantes do § 6º do art. 27 da Lei n. 9.069, de 29 de junho de 1995, continua aplicável aos débitos trabalhistas o disposto no art. 39 da Lei n. 8.177/91, por tratar-se de disciplina específica para atualização dos débitos trabalhistas, não se aplicando, pois, na hipótese vertente, a Lei n. 9.494/97, com a alteração apresentada pelo art. 4º, da MP n. 2.180-35, de 2001, que é norma dirigida aos débitos da Fazenda Pública de um modo geral, não sendo norma específica aos débitos trabalhistas, como o é o art. 39 da Lei n. 8.177/91.

Dessa forma, mesmo após a alteração do art. 1º-F, na Lei n. 9.494/97 pela Lei n. 11.960/09, não foi revogada a norma especial constante do art. 39, da Lei n. 8.177/91, sendo, portanto,

inaplicável aos juros de mora, inclusive, em face das disposições existentes na Lei de Introdução ao Código Civil, insertas no art. 2º, § 2º, que assim prescreve: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

Assim, por ser o art. 39 da Lei n. 8.177/91, que regula a matéria referente aos juros incidentes sobre débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho, não há falar em aplicação do 1º-F da Lei n. 9.494/97, mesmo com a alteração legislativa imposta pela Lei n. 11.960/09.

A respeito desse tema, a Comissão Permanente de Jurisprudência e Precedentes Normativos do Tribunal Superior do Trabalho publicou a OJ n. 382 (DEJT divulgado em 19, 20 e 22.4.10), *in verbis*:

“OJ N. 382. JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494, DE 10.9.1997. INAPLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA QUANDO CONDENADA SUBSIDIARIAMENTE. A Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela empregadora principal, não se beneficia da limitação dos juros, prevista no art. 1º-F da Lei n. 9.494, de 10.09.1997.”

Por fim, verifica-se que o vínculo empregatício decorreu de contrato com a primeira reclamada, pessoa jurídica de direito privado. A responsabilidade do ente público é apenas subsidiária, limitada aos efeitos decorrentes do inadimplemento da primeira ré, não sendo válido, no momento de quitação dos créditos, em desfavor do obreiro, aplicar a Lei n. 9.494/97.

Nega-se provimento.

2.5. MÉRITO DO RECURSO ORDINÁRIO DOS RECLAMANTES

2.5.1. HORAS EXTRAS ACIMA DA OITAVA DIÁRIA. TRABALHO EM REGIME DE ESCALA 12 X 36. AGENTE DE CONTROLE/AGENTE PENITENCIÁRIO

O primeiro e o segundo reclamantes foram admitidos pela primeira ré, INAP — Instituto

Nacional de Administração Prisional, em 11.12.2010 e 1º.9.2010, respectivamente, para exercerem a função de Agente de Controle (agente penitenciário), com salário-base de R\$ 706,31 (setecentos e seis reais e trinta e um centavos), sendo ambos dispensados por justa causa em 29.8.2011.

Trabalhavam em regime de escala 12 x 36, das 19h00min às 07h00min/ 07h00min às 19h00min.

Pleiteiaram a condenação dos reclamados, o segundo de forma subsidiária, ao pagamento de horas extras, assim consideradas as laboradas acima da oitava hora diária, o que foi indeferido pelo MM. Juízo de Origem.

Inconformados, os autores pretendem a reforma do julgado.

Não lhes assiste razão.

A Constituição da República estabelece, em seu art. 7º, inciso XIII, a jornada normal de trabalho de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultando a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Portanto, é permitida a jornada de trabalho 12 x 36, desde que amparada por norma coletiva.

O acordo coletivo de trabalho de fls. 286/291, aplicável à categoria dos autores, em sua cláusula quinta, autoriza o trabalho em regime de escala 12 x 36. Senão, vejamos:

“CLÁUSULA QUINTA — JORNADA DE TRABALHO 12 X 36

As partes pactuam a possibilidade de adoção do regime de trabalho na escala 12 x 36 horas, obedecendo às seguintes condições: a) na jornada de trabalho no regime de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, fica expressamente admitido o regime de compensação de horas; b) o implemento da referida jornada de trabalho fica legitimado pelo presente instrumento, cabendo ao empregador e empregado, de forma direta, ajustar sua adoção; c) quando houver labor noturno no regime de 12 x 36 horas, será assegurado o pagamento do adicional legal.”

Diante da autorização em norma coletiva, não há falar em horas extras acima da 8ª (oitava) diária, até porque a escala 12 x 36 é benéfica ao trabalhador, que dispõe de mais tempo livre para lazer e descanso, na companhia de sua família.

Nega-se provimento.

2.5.2. HORAS EXTRAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA CONTRATUAL

O primeiro e o segundo reclamantes foram admitidos pela primeira ré, INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional, em 11.12.2010 e 1º.9.2010, respectivamente, para exercerem a função de Agente de Controle (agente penitenciário), com salário-base de R\$ 706,31 (setecentos e seis reais e trinta e um centavos), sendo ambos dispensados por justa causa em 29.8.2011.

Alegaram que, apesar de terem sido contratados para trabalhar em regime de escala 12 x 36, das 19h00min às 07h00min, iniciavam as suas atividades 20min/30min antes do horário contratado e encerravam o expediente depois das 07h00min.

Pleiteiaram a condenação dos reclamados, o segundo de forma subsidiária, ao pagamento de horas extras, o que foi indeferido pelo MM. Juízo de Origem.

Inconformados, os autores pretendem a reforma do julgado.

Não lhes assiste razão.

A prova oral revelou que: *i)* os agentes poderiam chegar 10 (dez) minutos antes/depois do horário de trabalho (1ª testemunha do reclamante — fl. 838/839); *ii)* não havia orientação da primeira ré para que os agentes chegassem ao local de trabalho antes das 19 h (2ª testemunha do reclamante — fls. 839/840); *iii)* em algumas oportunidades, os autores chegaram atrasados ao trabalho (1ª testemunha dos reclamados — fls. 840/841).

Registre-se que as duas testemunhas dos autores precisaram os horários que elas iniciavam/

encerravam as suas respectivas jornadas de trabalho. No particular, nada disseram acerca dos horários de trabalho dos autores.

Diante desse contexto, entende-se que os autores não fazem *jus* a horas extras relativas aos minutos que antecedem/sucedem a jornada diária contratada.

Nega-se provimento.

2.5.3. HORAS EXTRAS DECORRENTES DA SUPRESSÃO DO INTERVALO INTRA-JORNADA

O primeiro e o segundo reclamantes foram admitidos pela primeira ré, INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional, em 11.12.2010 e 1º.9.2010, respectivamente, para exercerem a função de Agente de Controle (agente penitenciário), com salário-base de R\$ 706,31 (setecentos e seis reais e trinta e um centavos), sendo ambos dispensados por justa causa em 29.8.2011.

Trabalhavam em regime de escala 12 x 36, das 19h00min às 07h00min/07h00min às 19h00min.

Pleiteiaram a condenação dos reclamados, o segundo de forma subsidiária, ao pagamento de horas extras decorrentes da supressão do intervalo intrajornada, o que foi indeferido pelo MM. Juízo de Origem.

Inconformados, os autores pretendem a reforma do julgado.

Examina-se.

Os recibos de pagamento de salário de fls. 110/121 e 177/185 demonstram que o primeiro reclamado efetuava o pagamento do período correspondente ao intervalo intrajornada não concedido.

A primeira testemunha dos reclamantes, ouvida à fl. 838, confirmou o pagamento do mencionado intervalo. Senão, vejamos (fl. 838):

“(...); o depoente não fruía intervalo para refeição, porém o referido intervalo era pago no contracheque; (...)”

Diante desse contexto, não há falar em condenação dos reclamados, o segundo de forma subsidiária, ao pagamento do intervalo intrajornada. Entendimento em contrário, caracterizaria o *bis in idem*.

Por outro lado, verifica-se que o intervalo para descanso e alimentação não usufruído era quitado de forma simples, e não como hora extra.

Assim, fazem *jus* os obreiros ao recebimento do adicional correspondente ao intervalo intrajornada suprimido, na forma do art. 71, § 4º, da CLT.

Dá-se parcial provimento ao apelo para condenar os reclamados, o segundo de forma subsidiária, ao pagamento do adicional de 50% (cinquenta) sobre as verbas quitadas sob os códigos 623 (Descanso Intrajornada) e 664 (Reflexo DSR Intrajornada), constantes dos recibos de pagamento de salário de fls. 110/121 e 177/185.

2.5.4. HORA NOTURNA. PRORROGAÇÃO

O primeiro e o segundo reclamantes foram admitidos pela primeira ré, INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional, em 11.12.2010 e 1º.9.2010, respectivamente, para exercerem a função de Agente de Controle (agente penitenciário), com salário-base de R\$ 706,31 (setecentos e seis reais e trinta e um centavos), sendo ambos dispensados por justa causa em 29.8.2011.

Trabalhavam em regime de escala 12 x 36, das 19h00min às 07h00min/07h00min às 19h00min.

Requereram a condenação dos reclamados ao pagamento de diferenças a título de adicional noturno sobre as horas prorrogadas, assim consideradas aquelas prestadas das 05h00min às 07h00min, o que foi indeferido pelo MM. Juízo de Origem.

Inconformados, os reclamantes pretendem a reforma do julgado.

Assiste-lhes razão.

A Seção de Dissídios Individuais do TST, ao julgar caso idêntico ao dos presentes autos, decidiu que o adicional noturno deve incidir sobre as horas prorrogadas, uma vez demonstrado que o empregado trabalhou em todo o período noturno e, que houve a prorrogação de sua jornada além das 5 horas da manhã. Senão, vejamos:

“JORNADA MISTA. REGIME DE COMPENSAÇÃO. ADICIONAL NOTURNO DEVIDO. Sendo incontroverso que a embargante laborou no período noturno (das 22 às 5 horas), visto que sua jornada de trabalho se iniciava antes das 22 horas e terminava às 7 horas, o fato de trabalhar em regime de compensação de 12 x 36 horas não pode ser erigido como óbice ao não conhecimento dos embargos. A Súmula n. 60, II, desta Corte, não deixa a mínima dúvida de que o direito ao adicional noturno deve incidir sobre as horas prorrogadas, uma vez demonstrado que o empregado trabalhou em todo o período noturno e, igualmente, que houve a prorrogação de sua jornada além das 5 horas da manhã. Cumprida, pois, integralmente a jornada noturna e prorrogada a prestação de serviços além desse período de trabalho, a hipótese atrai a aplicação da súmula supra referida. Recurso de embargos conhecido e provido (E-ED-RR- 70403-2002-900-04-00-8, rel. Ministro Milton de Moura França, DJ 22.8.2008, SDI-I).”

É que, por lei, considera-se a jornada noturna urbana das 22:00h às 5:00h. Entretanto, a exegese do art. 73, § 5º da CLT autoriza o entendimento de prorrogação do regime de jornada noturna, mesmo após as 5:00 h, uma vez que tal extensão se faz em prejuízo da saúde do obreiro.

O fato de a jornada laboral ter seu início antes das 22 h (horário diurno), passando por toda jornada noturna, e se estender até após a 05 h (horário diurno) justifica a percepção da prorrogação da hora noturna, pois há um maior desgaste psicofísico do trabalhador submetido a este tipo de jornada.

Outrossim, este entendimento está pacificado na Súmula n. 60 do TST, que assim dispõe:

“60 ADICIONAL NOTURNO — INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO (Incorporada Orientação Jurisprudencial n. 6 da SBDI-1 – Res. n. 129/2005, DJ 20.4.2005)

I – O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos.

II – Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT (ex-OJ n. 6 da SBDI-1 – inserida em 25.11.1996)”.

Diante desse contexto, fazem *jus* os autores ao recebimento de diferenças de adicional noturno no horário laborado entre 05h00min e 07h00min.

Oportuno registrar que o adicional noturno constante dos recibos de pagamento de salário de fls. 110/121 e de fls. 177/185 se referem tão somente ao período laborado de 22h00min às 05h00min, e não das 22h00min às 07h00min. Logo, não há falar em dedução dos valores pagos.

Dá-se provimento ao apelo para condenar os reclamados, o segundo de forma subsidiária, ao pagamento de adicional noturno no horário laborado entre 05h00min e 07h00min.

2.5.5. FORMA DE DISSOLUÇÃO DO PACTO LABORAL. SEGUNDO RECLAMANTE (IVAN MALAQUIAS DOS SANTOS)

O primeiro e o segundo reclamantes, Srs. Edimir Ferreira Verdes e Ivan Malaquias dos Santos, foram admitidos pela primeira ré, INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional, em 11.12.2010 e 1º.9.2010, respectivamente, para exercerem a função de Agente de Controle (agente penitenciário), com salário-base de R\$ 706,31 (setecentos e seis reais e trinta e um centavos), sendo ambos despedidos por justa causa em 29.8.2011, em razão de terem agredido um detento.

Aduziram que não praticaram “agressão a detento” e que, em momento algum, houve uso de força contra qualquer dos detentos, tendo

eles agido em conformidade com as orientações passadas pelos reclamados.

Sustentaram não terem sido treinados para o exercício da função, havendo ainda um número insuficiente de agentes em relação à quantidade de presos — 15 agentes para 519 detentos.

Afirmaram, ainda, que sofriam diariamente ameaças dos presos, sendo que foram os detentos que agrediram e ameaçaram de morte os autores, de modo que no dia da tentativa de fuga agiram sempre no sentido de conter os fugitivos, sempre primando pela segurança dos detentos e pela segurança própria.

Pleitearam a reversão da pena de dispensa por justa causa que lhes foi aplicada, bem como a condenação dos reclamados ao pagamento de diferenças de verbas rescisórias e indenização do seguro-desemprego.

Em contestação, os reclamados se opuseram aos pedidos, afirmando que a pena de dispensa por justa causa foi legitimamente aplicada, já que as câmeras de monitoramento do CFTV mostram claramente a agressão dos autores a um dos detentos.

Alegaram que foi realizada exaustiva sindicância, na qual apurou-se que os reclamantes agrediram um dos presos pela simples vontade de agredir, já que o detento estava algemado e, portanto, vulnerável, sem ensejar qualquer perigo, não tendo os autores agido em legítima defesa.

Aduziram que a agressão se deu no acesso ao posto 3, quando o primeiro reclamante deu um golpe no detento, jogando-o no chão e, em seguida, o segundo reclamante bateu-lhe com a tonfa na cabeça.

Por intermédio do *r. decisum* de fls. 845/852, o MM. Juízo de Origem entendeu que: *i*) o primeiro reclamante, Sr. Edimir Ferreira Verdes, não agiu de forma desproporcional, tendo feito o que era necessário e adequado para conter o detento naquela situação que se lhe apresentava. Por conseguinte, a justa causa foi revertida; *ii*) o segundo reclamante, Sr. Ivan

Malaquias dos Santos, agiu com culpa, de forma desproporcional, haja vista que, após o detento estar ao chão, agrediu-o com a tonfa — espécie de cassetete, com ponta do lado — e também com um chute. Da mesma forma, os reclamados também agiram com culpa, já que não treinaram os autores para o exercício da difícil função de agente de controle de presos. Via de consequência, reconheceu que a dissolução do pacto laboral se deu por culpa recíproca.

Inconformado, o segundo autor, Sr. Ivan Malaquias dos Santos, pretende a reforma do julgado, a fim de que seja reconhecido que o término do contrato de trabalho adveio de dispensa sem justa causa, e não de culpa recíproca.

À análise.

Pelos mesmos fundamentos constantes do tópico 2.4.3, entende-se que a dispensa por justa causa levada a efeito pelo primeiro reclamado, Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda., revestiu-se de legalidade.

Logo, não há falar em reversão da justa causa aplicada aos reclamantes, bem assim em pagamento de verbas resilitórias.

Certo é que a dispensa por justa causa não exclui o direito ao recebimento das férias vencidas, acrescidas do terço constitucional. Ocorre que o TRCT de fl. 165 e 169 demonstram que o primeiro reclamado efetuou o pagamento da referida verba. Logo, fica afastada a condenação dos reclamados ao pagamento da “metade das férias vencidas acrescidas de 1/3” (fl. 849).

Nega-se provimento.

2.5.6. PRIMEIRO RECLAMANTE (EDIMIR FERREIRA VERDES). FORMA DE DISSOLUÇÃO DO PACTO LABORAL. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA

O primeiro e o segundo reclamantes, Srs. Edimir Ferreira Verdes e Ivan Malaquias dos Santos, respectivamente, foram admitidos pela primeira ré, INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional, em 11.12.2010 e 1º.9.2010, respectivamente, para exercerem a função de Agente de Controle (agente

penitenciário), com salário-base de R\$ 706,31 (setecentos e seis reais e trinta e um centavos), sendo ambos despedidos por justa causa em 29.8.2011, em razão de terem agredido um detento.

Aduziram que não praticaram “agressão a detento” e que, em momento algum, houve uso de força contra qualquer dos detentos, tendo eles agido em conformidade com as orientações passadas pelos reclamados.

Sustentaram não terem sido treinados para o exercício da função, havendo ainda um número insuficiente de agentes em relação à quantidade de presos — 15 agentes para 519 detentos.

Afirmaram, ainda, que sofriam diariamente ameaças dos presos, sendo que foram os detentos que agrediram e ameaçaram de morte os autores, de modo que no dia da tentativa de fuga agiram sempre no sentido de conter os fúgitivos, sempre primando pela segurança dos detentos e pela segurança própria.

Pleitearam a reversão da pena de dispensa por justa causa que lhes foi aplicada, bem como a condenação dos reclamados ao pagamento de diferenças de verbas rescisórias e indenização do seguro-desemprego.

Em contestação, os reclamados se opuseram aos pedidos, afirmando que a pena de dispensa por justa causa foi legitimamente aplicada, já que as câmeras de monitoramento do CFTV mostram claramente a agressão dos autores a um dos detentos.

Alegaram que foi realizada exaustiva sindicância, na qual apurou-se que os reclamantes agrediram um dos presos pela simples vontade de agredir, já que o detento estava algemado e, portanto, vulnerável, sem ensejar qualquer perigo, não tendo os autores agido em legítima defesa.

Aduziram que a agressão se deu no acesso ao posto 3, quando o primeiro reclamante deu um golpe no detento, jogando-o no chão e, em seguida, o segundo reclamante bateu-lhe com a tonfa na cabeça.

Por intermédio do *r. decisum* de fls. 845/852, o MM. Juízo de Origem entendeu que o primeiro reclamante, Sr. Edimir Ferreira Verdes, não agiu de forma desproporcional, tendo feito o que era necessário e adequado para conter o detento naquela situação que se lhe apresentava. Por conseguinte, reverteu a justa causa e condenou os reclamados, o segundo de forma subsidiária, ao pagamento das seguintes verbas: 50% do aviso prévio indenizado; férias proporcionais acrescidas de 1/3 (10/12); gratificação natalina proporcional (9/12); FGTS sobre as parcelas acima e indenização rescisória de 20% sobre o FGTS de todo o período.

Ao argumento de que a dispensa sem justa causa enseja o pagamento do aviso prévio integral e da multa fundiária à razão de 40%, o primeiro reclamante, Sr. Edimir Ferreira Verdes, pretende a reforma do julgado.

Não lhe assiste razão.

Pelos mesmos fundamentos constantes do tópico 2.4.3, entende-se que a dispensa por justa causa levada a efeito pelo primeiro reclamado, Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda., revestiu-se de legalidade.

Logo, não há falar em reversão da justa causa aplicada aos reclamantes, bem assim em pagamento de verbas resilitórias por parte dos reclamados.

Nega-se provimento.

2.5.7. DANOS MORAIS

O primeiro e o segundo reclamantes foram admitidos pela primeira ré, INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional, em 11.12.2010 e 1º.9.2010, respectivamente, para exercerem a função de Agente de Controle (agente penitenciário), com salário-base de R\$ 706,31 (setecentos e seis reais e trinta e um centavos), sendo ambos despedidos por justa causa em 29.8.2011, em razão de terem agredido um detento.

Aduziram que não praticaram “agressão a detento” e que, em momento algum, houve uso de força contra qualquer dos detentos, tendo

eles agido em conformidade com as orientações passadas pelos reclamados.

Sustentaram não terem sido treinados para o exercício da função, havendo ainda um número insuficiente de agentes em relação à quantidade de presos — 15 agentes para 519 detentos.

Afirmaram, ainda, que sofriam diariamente ameaças dos presos, sendo que foram os detentos que agrediram e ameaçaram de morte os autores, de modo que no dia da tentativa de fuga agiram sempre no sentido de conter os fugitivos, sempre primando pela segurança dos detentos e pela segurança própria.

Pleiteiaram a condenação dos reclamados ao pagamento de indenização por danos morais, aos argumentos de que: *i*) a demissão por justa causa lhes trouxe constrangimentos de ordem moral, bem como lhes causou danos à intimidade, à honra e à boa fama, tendo sido manchadas suas imagens perante colegas de trabalho, parentes e amigos; *ii*) sofriam diariamente ameaças dos presos.

Por intermédio do *r. decisum* de fls. 845/852, o MM. Juízo de Origem julgou improcedente o pedido de condenação dos reclamados ao pagamento de indenização por danos morais.

Inconformados, os autores pretendem a reforma do julgado.

Não lhes assiste razão.

A demissão, por si só, não acarreta lesão à honra ou à imagem do trabalhador, ainda que esta ocorra de forma motivada e judicialmente se converta em rescisão sem justa causa.

Registre-se que não há, nos autos, qualquer prova no sentido de que os reclamados, ao procederem à dispensa motivada, tenham criado situações embaraçosas aos autores, a exemplo da divulgação de fatos que desabonem a conduta destes.

Por outro lado, a prova testemunhal revelou que os reclamados investigavam e puniam os detentos, caso estes ameaçassem os agentes de controle. Senão, vejamos (fls. 842/843):

“(…); a primeira ré orienta os agentes a lavrarem BO em casos de agressões verbais de presos e adota as providências cabíveis ouvindo as partes envolvidas; é aberta um sindicância; os presos sofrem punições nesses casos tais como diminuição das visitas; (…)” (segunda testemunha dos reclamados)

Diante desse contexto, entende-se que não há falar em condenação dos reclamados ao pagamento de indenização por danos morais.

Nega-se provimento.

2.5.8. MULTA DO ART. 467 DA CLT

Os autores requerem a reforma da *r. sentença*, a qual julgou improcedente o pedido de condenação dos reclamados ao pagamento da multa do art. 467, da CLT.

Sem razão.

Tendo em vista a controvérsia ocorrida nesta relação processual, com resistência expressa em contestação quanto às verbas postuladas pelos autores, não há que se falar na aplicação da penalidade do art. 467, da CLT.

Nega-se provimento.

2.5.9. MULTA DO ART. 477 DA CLT

Postulam os reclamantes a condenação dos reclamados ao pagamento da multa prevista no art. 477, da CLT.

Com razão.

Este Relator posiciona-se no sentido de que a multa do art. 477 da CLT é devida não somente nos casos em que as verbas rescisórias não são pagas no prazo legal, mas também quando alguma verba trabalhista não é paga corretamente, como sói ocorrer no caso em apreço.

Dá-se provimento ao apelo para condenar os reclamados, o segundo de forma subsidiária, ao pagamento da multa prevista no art. 477, da CLT.

2.5.10. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Pretendem os autores a condenação dos reclamados ao pagamento da verba honorária, à razão de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Sem razão.

A Colenda 1ª Turma, vencido este relator, negou provimento ao apelo, no particular, adotando, para decidir, os fundamentos apresentados pelo Exmo. Desembargador José Luiz Serafini, no seguinte sentido:

“No processo trabalhista, os honorários advocatícios não decorrem da mera sucumbência, de maneira que somente são devidos quando o empregado litiga assistido por seu Sindicato de Classe, ou seja, na hipótese contemplada no art. 14 da Lei n. 5.584/70.

No caso vertente, verifica-se que os obreiros não se encontram assistidos por seu Sindicato de Classe, embora tenha apresentado declaração de miserabilidade jurídica.

Assim sendo, não faz jus aos honorários de advogado. Ora, esse é o entendimento que se extrai dos Enunciados ns. 219 e 329, bem como da Orientação Jurisprudencial 304 da SDI-I do C. TST. Outrossim, segundo a Orientação Jurisprudencial n. 305 da SDI-I do C. TST, “na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato”.

Tal raciocínio não viola o disposto nos arts. 133 da CF/88 e 20 do CPC, visto que, embora o advogado seja imprescindível na administração da Justiça, devem ser observadas as peculiaridades inerentes a esta Especializada anteriormente explicitadas. Por certo, não há que se falar em inobservância à ampla defesa (CF, art. 5º, LV), vez que, a todo o momento restou garantido ao autor manifestar-se nos autos, não havendo qualquer prejuízo em suas manifestações.

Nego provimento.”

2.6. MÉRITO DO RECURSO ORDINÁRIO DO PRIMEIRO RECLAMADO (INAP – INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL LTDA.)

2.6.1. HORA NOTURNA. REDUÇÃO FICTA

O primeiro e o segundo reclamantes foram admitidos pela primeira ré, INAP — Instituto

Nacional de Administração Prisional, em 11.12.2010 e 1º.9.2010, respectivamente, para exercerem a função de Agente de Controle (agente penitenciário), com salário-base de R\$ 706,31 (setecentos e seis reais e trinta e um centavos), sendo ambos dispensados por justa causa em 29.8.2011.

Trabalhavam em regime de escala 12 x 36, das 19h00min às 07h00min/07h00min às 19h00min.

Requereram a condenação dos reclamados ao pagamento de horas extras decorrentes da redução ficta da hora noturna.

Por intermédio do *r. decisum* de fls. 845/851, o MM. Juízo de Origem condenou os reclamados, o segundo de forma subsidiária, ao pagamento de diferenças a título de adicional noturno — “*uma hora noturna por escala noturna trabalhada, com reflexos no RSR, gratificações natalinas, férias acrescidas de 1/3, FGTS, indenização rescisória e aviso prévio*”.

Inconformado, o primeiro reclamado, INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda., pretende a reforma do julgado.

Examina-se.

O acordo coletivo de trabalho aplicável à categoria dos autores estabelece, em sua cláusula sétima, parágrafo primeiro, que a duração da hora noturna será de 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos (fl. 289).

Ademais, este Relator entende que o favorecimento compensatório no cálculo da jornada noturna, mediante a redução ficta da hora noturna, deve, sim, incidir em benefício do trabalhador que labora em regime de escala 12 x 36.

Nos moldes do art. 73, § 2º, da CLT, o trabalho noturno na área urbana é aquele desenvolvido entre 22 horas de um dia e 05 horas do dia seguinte, configurando, portanto, uma forma de trabalho que contraria as normas de proteção à saúde do obreiro em face da inversão do horário de sono, motivo pelo qual é devido um acréscimo salarial oriundo de seu exercício.

A redução da jornada noturna, embora fictícia, tem por escopo reduzir o tempo de labor do empregado no período em que, segundo seu relógio biológico, deveria estar em repouso e corresponde a vantagem suplementar, que não dispensa o pagamento do adicional.

Levando-se em consideração a jornada de trabalho dos autores no período noturno (19h00 às 07h00min), a hora noturna ficta (52’30”) e a prorrogação do horário noturno durante o período compreendido entre 05h00 e 0700min (Súmula n. 60, II, do TST), os autores fazem *jus* ao recebimento de 09 (nove) horas noturnas por dia trabalhado, o que dá ensejo ao tempo ficto de 01h15min.

Não se pode olvidar, entretanto, que os recibos de pagamento de salário de fls. 110/121 e de fls. 177/185 demonstram que o reclamado efetuava o pagamento do tempo ficto sobre 07 (sete) horas noturnas trabalhadas. E mais, o MM. Juízo de Origem, no particular, condenou os reclamados, o segundo de forma subsidiária, ao pagamento de “*uma hora noturna por escala noturna trabalhada, com reflexos no RSR, gratificações natalinas, férias acrescidas de 1/3, FGTS, indenização rescisória e aviso prévio*”. Dessa forma, a fim de evitar a *reformatio in pejus* e o enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra, a condenação deve se limitar a uma hora noturna por escala trabalhada à noite, ficando autorizada a dedução das parcelas constantes dos recibos de pagamento de salário pagas sob o código 003 (Adicional Noturno Reduzido).

Por último, cabe pontuar que os registros de jornada de fls. 98/109 e de fls. 150/158 demonstram, respectivamente, que: *i*) o segundo reclamante laborou das 19h00min às 07h00min, de 1º.1.2011 até 31.7.2011; *ii*) o primeiro autor trabalhou das 19h00min às 07h00min somente nos dias 29.7.2011 e 31.7.2011. Logo, a condenação ao pagamento de horas decorrentes da redução ficta da hora noturna deve se limitar ao referido período.

Dá-se parcial provimento ao apelo para restringir a condenação ao pagamento de

01h00min a título de hora noturna ficta aos dias em que os autores laboraram de 19h00min às 07h00min – primeiro reclamante (dias 29.7.2011 e 31.7.2011) e segundo reclamante (dias trabalhados no período compreendido entre 1º.1.2011 e 31.7.2011), ficando mantidos os reflexos deferidos pela origem e autorizada a dedução das parcelas constantes dos recibos de pagamento de salário pagas sob o código 003 (Adicional Noturno Reduzido).

2.6.2. FORMA DE DISSOLUÇÃO DO PACTO LABORAL. DISPENSA POR JUSTA CAUSA

O primeiro e o segundo reclamantes foram admitidos pela primeira ré, INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional, em 11.12.2010 e 1º.9.2010, respectivamente, para exercerem a função de Agente de Controle (agente penitenciário), com salário-base de R\$ 706,31 (setecentos e seis reais e trinta e um centavos), sendo ambos despedidos por justa causa em 29.8.2011, em razão de terem agredido um detento.

Aduziram que não praticaram “agressão a detento” e que, em momento algum, houve uso de força contra qualquer dos detentos, tendo eles agido em conformidade com as orientações passadas pelos reclamados.

Sustentaram não terem sido treinados para o exercício da função, havendo ainda um número insuficiente de agentes em relação à quantidade de presos — 15 agentes para 519 detentos.

Afirmaram, ainda, que sofriam diariamente ameaças dos presos, sendo que foram os detentos que agrediram e ameaçaram de morte os autores, de modo que no dia da tentativa de fuga agiram sempre no sentido de conter os fugitivos, sempre primando pela segurança dos detentos e pela segurança própria.

Pleitearam a reversão da pena de dispensa por justa causa que lhes foi aplicada, bem como a condenação dos reclamados ao pagamento de diferenças de verbas rescisórias e indenização do seguro-desemprego.

Em contestação, os reclamados se opuseram aos pedidos, afirmando que a pena de dispensa por justa causa foi legitimamente aplicada, já que as câmeras de monitoramento do CFTV mostram claramente a agressão dos autores a um dos detentos.

Alegaram que foi realizada exaustiva sindicância, na qual apurou-se que os reclamantes agrediram um dos presos pela simples vontade de agredir, já que o detento estava algemado e, portanto, vulnerável, sem ensejar qualquer perigo, não tendo os autores agido em legítima defesa.

Aduziram que a agressão se deu no acesso ao posto 3, quando o primeiro reclamante deu um golpe no detento, jogando-o no chão e, em seguida, o segundo reclamante bateu-lhe com a tonfa na cabeça.

Por intermédio do *r. decisum* de fls. 845/852, o MM. Juízo de Origem entendeu que: *i)* o primeiro reclamante não agiu de forma desproporcional, tendo feito o que era necessário e adequado para conter o detento naquela situação que se lhe apresentava. Por conseguinte, a justa causa foi revertida; *ii)* o segundo reclamante agiu com culpa, de forma desproporcional, haja vista que, após o detento estar ao chão, agrediu-o com a tonfa e também com um chute. Da mesma forma, os reclamados também agiram com culpa, já que não treinaram os autores para o exercício da difícil função de agente de controle de presos. Via de consequência, reconheceu que a dissolução do pacto laboral se deu por culpa recíproca.

Inconformado, o primeiro reclamado, INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda., pretende a reforma do julgado, a fim de que seja reconhecido que ambos os autores foram dispensados por justa causa.

À análise.

No tópico 2.4.3, reputou-se válida a dispensa por justa causa levada a efeito pelo empregador.

Pelos mesmos fundamentos constantes do tópico 2.4.3, dá-se provimento ao apelo para,

reformando a sentença, afastar a condenação dos reclamados ao pagamento de 50% do aviso prévio indenizado, das férias proporcionais acrescidas de 1/3, de gratificação natalina proporcional, de FGTS sobre as parcelas anteriores e de indenização rescisória de 20% sobre o FGTS de todo o período, de entrega das guias TRCT e CD/SD ao primeiro reclamante (Edimir Ferreira Verdes) e de metade do aviso prévio indenizado, metade das férias proporcionais acrescidas de 1/3, metade das férias vencidas acrescidas de 1/3, metade da gratificação natalina proporcional, FGTS sobre as parcelas anteriores e indenização rescisória de 20% sobre o FGTS de todo o período e de entrega das guias TRCT e CD/SD ao segundo reclamante (Ivan Malaquias dos Santos).

2.6.3. JUSTIÇA GRATUITA

O MM. Juízo de Origem concedeu aos autores os benefícios da justiça gratuita.

Inconformada, a primeira ré, INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda., pretende a reforma do julgado.

Examina-se.

Os autores, apesar de não estarem assistidos por seu sindicato de classe, juntaram declaração de miserabilidade jurídica, às fls. 21 e 23.

O benefício da gratuidade da justiça independe da assistência sindical e constitui direito fundamental, de aplicação imediata, previsto no art. 5º, inciso LXXIV, da Carta Magna a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil que comprovarem a miserabilidade de recursos.

Destarte, a partir dos arts. 1º, da Lei n. 7.115/83, e 4º, *caput* e §1º, da Lei n. 1.060/50, referentes à declaração destinada a fazer prova de pobreza, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, conclui-se pela existência de presunção de veracidade das alegações de miserabilidade, razão pela qual devem ser concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita aos autores.

Além do mais, o § 3º, do art. 790, da CLT prevê que é facultado aos juízes conceder, até mesmo de ofício, em qualquer instância, o benefício da justiça gratuita para aqueles que se declararem pobre no sentido legal.

Nega-se provimento.

3. CONCLUSÃO

ACORDAM os magistrados da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Sétima Região, por unanimidade, conhecer dos recursos ordinários interpostos pelos reclamados e pelos reclamantes; no mérito, por maioria, dar parcial provimento ao recurso ordinário dos reclamados para, reformando a sentença, manter a justa causa aplicada pela primeira reclamada aos autores, bem assim afastar a condenação dos réus ao pagamento de 50% do aviso prévio indenizado, das férias proporcionais acrescidas de 1/3, de gratificação natalina proporcional, de FGTS sobre as parcelas anteriores e de indenização rescisória de 20% sobre o FGTS de todo o período, de entrega das guias TRCT e CD/SD ao primeiro reclamante (Edimir Ferreira Verdes) e de metade do aviso prévio indenizado, metade das férias proporcionais acrescidas de 1/3, metade das férias vencidas acrescidas de 1/3, metade da gratificação natalina proporcional, FGTS sobre as parcelas anteriores e indenização rescisória de 20% sobre o FGTS de todo o período e de entrega das guias TRCT e CD/SD ao segundo reclamante (Ivan Malaquias dos Santos), e excluir da condenação a multa do art. 475-J do CPC; dar parcial provimento ao apelo dos reclamantes para condenar os reclamados, o segundo de forma subsidiária, ao pagamento de adicional noturno no horário laborado entre 05h00min e 07h00min; ao pagamento do adicional de horas extras de 50% (cinquenta) sobre as verbas quitadas sob os códigos 623 (Descanso Intrajornada) e 664 (Reflexo DSR Intrajornada), constantes dos recibos de pagamento de salário de fls. 110/121 e 177/185; ao pagamento da multa prevista no art. 477, da CLT; dar parcial provimento ao apelo do primeiro

reclamado (INAP — Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda.) para restringir a condenação ao pagamento de 01h00min a título de hora noturna ficta aos dias em que os autores laboraram de 19h00min às 07h00min — primeiro reclamante (dias 29.7.2011 e 31.7.2011) e segundo reclamante (dias trabalhados no período compreendido entre 1º.1.2011 e 31.7.2011 —, ficando mantidos os reflexos deferidos pela origem e autorizada a dedução das parcelas constantes dos recibos de pagamento de salário pagas sob o código 003 (Adicional Not. Reduzido). Reduz-se o valor da condenação para R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), com custas correspondentes de R\$ 80,00 (oitenta reais), pelos reclamados, ficando o devedor subsidiário, Estado do Espírito do Santo, isento do pagamento (CLT, art. 789-A, I).

Vencidos, no recurso das reclamadas, quanto à forma de dissolução do pacto laboral e à justiça gratuita, o Desembargador José Luiz Serafini, quanto à multa do art. 475-J, do CPC, o Desembargador José Carlos Rizk; no apelo do reclamante, quanto à multa do art. 477 da CLT, o Desembargador José Luiz Serafini, e relativamente aos honorários advocatícios, o Desembargador José Carlos Rizk.

Participaram da Sessão de Julgamento em 4 de dezembro de 2012: Desembargador José Luiz Serafini (Presidente), Desembargador José Carlos Rizk e o juiz Luís Cláudio dos Santos Branco. Procuradora do Trabalho: Dra. Keley Kristiane Vago Cristo.

DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS RIZK
Relator

Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Processo: 0007023-78.2011.5.04.0000 AR

Ementa:

- ▶ **AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC.** Incidência, na espécie, da Súmula n. 412 do TST, segundo a qual pode uma questão processual ser objeto de rescisão desde que consista em pressuposto de validade de uma sentença de mérito. Caso em que evidenciado que a autora da ação rescisória, arrematante de bem levado à praça naquele feito, não foi intimada para apresentar contraminuta ao agravo de petição interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul objetivando a extinção da execução ao argumento de se tratar de lide simulada. Infringência do disposto no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Configurada hipótese de rescisão da coisa julgada, forte no disposto no art. 485, inc. V, do CPC.

Acórdão:

- ▶ Preliminarmente, por unanimidade, rejeitar a arguição de ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo suscitada em contestação. Preliminarmente, ainda, por unanimidade, rejeitar a arguição de impossibilidade jurídica do pedido suscitada em contestação. Também preliminarmente, por unanimidade, rejeitar a arguição de carência de ação por ilegitimidade ativa *ad causam* suscitada na contestação. No mérito, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória para, em juízo rescindente, desconstituir o acórdão proferido pela 10ª Turma deste Tribunal Regional, nos autos da reclamatória trabalhista n. 0091200-83.1998.5.04.0661 AP, e, em juízo rescisório, dar parcial provimento ao agravo de petição interposto pelo Estado para, reconhecendo a existência de lide simulada, extinguir a execução, mantendo, todavia, íntegra, válida e eficaz a arrematação procedida nos autos da ação matriz e determinando que do valor resultante da arrematação seja colocado à disposição do juízo da 5ª Vara Cível de Passo Fundo o correspondente ao crédito atualizado em favor do credor Estado do Rio Grande do Sul, nos autos do processo n. 2100580001, remetendo-se o remanescente ao juízo universal da Massa Falida da segunda ré; confirmar a liminar concedida à fl. 460; e condenar os réus no pagamento de honorários assistenciais à autora à razão de 15% do valor atribuído à causa, devidamente atualizado. Custas de R\$ 2.055,40, pelo réus, sendo o primeiro isento do pagamento na forma do art. 790-A da CLT.

RELATÓRIO

Ruth Bonatto ajuíza a presente Ação Rescisória em 26-09-2011 em face de Estado do Rio Grande do Sul, Marschan Comércio de Distribuição de Móveis Ltda. e Cleomar Antônio Tauffer objetivando desconstituir acórdão da

10ª Turma deste Tribunal Regional do Trabalho (proc. AP 0091200-83.1998.5.04.0661), com fundamento no inc. V do art. 485 do CPC.

Esclarece a autora que arrematou o imóvel objeto da Matrícula n. 53.358, pelo preço de R\$ 110.000,00, em 30.11.2000, em leilão judicial

realizado nos autos do processo supra identificado. Em decorrência, efetuou recolhimento de impostos atrasados, impostos de transferência, taxas de registro, comissão de leiloeiro, reparos e benfeitorias no imóvel. No ano de 2003 alienou parte do imóvel ao seu genro, Luiz Pedro Covatti. Entretanto, em agosto próximo passado tomou conhecimento de que o registro de sua aquisição fora cancelado junto ao Registro de Imóveis, em decorrência de decisão judicial proferida pela 10ª Turma deste Tribunal Regional, nos mesmos autos em que leiloado o bem, e que, acolhendo Agravo de Petição interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, reconheceu a existência de colusão entre o exequente (Cleomar Antônio Taufer) e a executada (Marschan Comércio e Distribuição de Móveis Ltda. – Massa Falida), extinguindo a execução sem resolução do mérito, com amparo no art. 129 do CPC c/c o art. 267, VI, do mesmo Código Adjetivo Civil, decisão que transitou em julgado em 13.12.2010. Afirmo a autora que não foi intimada para se manifestar sobre o agravo de petição interposto, e tampouco o foi da decisão em apelo, perdendo sua propriedade sem qualquer intimação, notificação ou citação, e sem observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Aduzo que a decisão rescindenda sequer resguardou os direitos do arrematante, que não era parte no feito porém tinha interesse jurídico. Ressalta que a simples devolução do valor pago na arrematação, como determinou o juízo da execução, não ressarcir seu prejuízo, posto que com o valor empregado na arrematação do imóvel em apelo a autora não adquire outro de igual valia, além do que procedeu a benfeitorias no imóvel, que se agregaram ao patrimônio, e que não podem lhe ser tomadas sem o devido processo legal. Sustenta a autora que, não tendo sido cientificada do processamento do agravo de petição, seus direitos como arrematante deveriam ter sido preservados pela decisão de forma que, mesmo extinguindo-se a execução, a arrematação fosse

mantida e o valor dela decorrente destinado à massa falida. Requer a desconstituição do acórdão proferido pela 10ª Turma deste Tribunal Regional, nos autos do agravo de petição n. 0091200-83.1998.5.04.0661, face a nulidade de todos os atos praticados sem a ausência da ora autora ou, mantida a extinção da execução, seja assegurado à autora o direito de propriedade, determinando-se o cancelamento da averbação 11-53.358 Prenotação n. 271.920 de 8.6.2011, restituindo-se a propriedade à autora com a determinação de liberação do valor da arrematação à massa falida ou a quem entender de direito. Requer, em antecipação de tutela, expedição de ofício ao Registro de Imóveis de Passo Fundo determinando o registro de indisponibilidade do imóvel matriculado sob n. 53.358 até decisão final do presente feito. Declara condição de hipossuficiência econômica (fl. 08) requerendo a assistência judiciária gratuita e a dispensa de realização do depósito de que trata o art. 836 da CLT. Dá à causa o valor de R\$ 102.770,14. Junta documentos, dentre os quais destaco: (a) matrícula do imóvel, fls. 10-11; (b) ata de praxeamento do imóvel, fl. 13; (c) carta de arrematação, fl. 15; (d) acórdão rescindendo, fls. 403-5; (e) decisão que determina cancelamento do registro de arrematação, fl. 413.

Os autos são originalmente distribuídos à Desembargadora Carmen Gonzalez, que, na fl. 447, determina a retificação da autuação; concede o benefício da Justiça gratuita à autora, dispensando-a do depósito prévio; e determina que a autora emende a petição inicial apontando quais os dispositivos legais que entende violados pela decisão rescindenda e comprovando o trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Na manifestação da fl. 451, a autora indica como violados os incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. Junta, ademais, cópia integral do acórdão rescindendo (fls. 452-5) e da certidão de trânsito em julgado em 13.12.2010 (fl. 457v.).

Em razão de afastamento autorizado da Desembargadora Relatora, os autos são redistribuídos para o juiz Fernando Luiz de Moura Cassal, convocado para atuar na cadeira (fl. 459) o qual, à fl. 460, concede liminar determinando a expedição de ofício ao Registro de Imóveis da Comarca de Passo Fundo determinando que registre sob a matrícula n. 53.358 a indisponibilidade do referido imóvel, até decisão final a ser proferida nos autos da presente ação rescisória.

Citado em 4.11.2011, o Estado do Rio Grande do Sul apresenta contestação (fls. 469-78). Argúi falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, porquanto não efetuado o depósito prévio, questionando a alegação de carência econômica da autora. Também suscita a impossibilidade jurídica do pedido porque a decisão apontada como rescindenda extinguiu a execução sem resolução de mérito, enquanto que a ação rescisória só é cabível contra sentença ou acórdão que enfrentam o mérito da causa. Argúi, ademais, carência de ação da autora por ilegitimidade ativa *ad causam*; afirma que a autora não detém interesse jurídico de ver rescindida a decisão proferida pela 10ª Turma deste Tribunal Regional, sendo detentora de mero interesse econômico. No mérito, propugna pela improcedência da ação salientando ter sido comprovada no feito matriz a colusão entre o reclamante e a demandada (ora segundo e terceiro réus), e insiste que sejam procedidas pesquisas quanto à real condição econômica da autora que, afirma, não reúne as condições que ensejam a concessão da gratuidade da Justiça. Diz indevidos honorários assistenciais, na espécie, afirmando inaplicáveis as Súmulas ns. 219 e 329 do TST, bem assim a Orientação Jurisprudencial n. 305 da SDI-I do TST. Requer, de qualquer sorte, isenção do pagamento de custas processuais. Prequestiona ao final “onde estão os valores da matrícula n. 53.358 do Ofício do Registro de Imóveis da Cidade de Passo Fundo, pagos como alegado pela parte autora desta ação rescisória”. Junta documentos e

requer expedição de ofício ao Fisco Federal e ao Bacen para fins de verificação da situação financeira da autora, bem como intimação da Beine Alimentos Indústrias para que exhiba ao juízo os comprovantes de aluguéis do imóvel em discussão, demonstrando a quem pagou e a que título.

Ante a citação expedida à ré Marschan Comércio e Distribuição de Móveis Ltda. (Massa Falida), o síndico a quem direcionada se manifesta nos autos informando ter renunciado ao encargo. Depois de algumas diligências, a segunda ré é intimada na pessoa de sua nova síndica (fl.510v), que apresenta defesa aderindo aos termos da petição inicial, requerendo a procedência da ação rescisória, bem como a reversão em favor da Massa Falida dos valores resultantes da arrematação do imóvel (fls. 512-3).

O terceiro réu não se manifesta nos autos.

A autora apresenta réplica à defesa do Estado nas fls. 520-2. Afirma que o imóvel *sub judice* jamais esteve locado para Beine Alimentos Indústrias, sendo utilizado pelo genro da ré que ali tem pequeno comércio e não lhe paga locativos. Defende sua legitimidade ativa, seu direito à assistência judiciária gratuita, e afirma que o “efeito ricochete” não pode afetar terceiros de boa-fé.

A instrução é declarada encerrada à fl. 528, considerando que, tendo por fundamento legal a hipótese de corte rescisório prevista no inc. V do art. 485, dispensa a produção de outras provas.

A autora apresenta razões finais nas fls. 532-4; a segunda ré nas fls. 536; e o Estado do Rio Grande do Sul o faz nas fls. 538.

O Ministério Público do Trabalho exara parecer nas fls. 542-4, da lavra do procurador Luiz Fernando Mathias Vilar, opinando pela rejeição das prefaciais suscitadas pelo primeiro réu e pela procedência da ação rescisória.

Posteriormente, a autora peticiona informando ter sido notificada pelos titulares da segunda ré de que lhes teria de pagar alugueres

desde junho de 2011, quando averbado o cancelamento da arrematação no Registro de Imóveis, sob pena de cobrança judicial.

Considerando a convocação do juiz Fernando Luiz de Moura Cassal para atuar na 1ª Seção de Dissídios Individuais, deixando de compor a 2ª SDI, os autos são redistribuídos a este Relator, convocado para atuar na cadeira da Desembargadora Carmen Gonzalez.

VOTO RELATOR

JUIZ CONVOCADO MANUEL CID JARDON:

PRELIMINARMENTE

1. Falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo — Depósito prévio — Justiça gratuita

O primeiro réu argúi, na contestação, ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, caracterizado pela inexistência do depósito de que trata o art. 836 da CLT. Afirma que a declaração de carência econômica da autora não deve ser aceita, posto que, segundo pesquisas realizadas junto ao DETRAN, a mesma é proprietária de um veículo WW – Polo Sedan 1.6, ano 2007, modelo 2007; além disso, questiona como a autora poderia ter adquirido no ano de 2000 um bem pelo valor de R\$ 110.000,00 no centro da Cidade de Passo Fundo, se, como alega, recebe do INSS benefício em valor inferior a R\$ 600,00 por mês. Assevera ser possível constatar, na internet, que no endereço do imóvel *sub judice* está localizada a Beine Alimentos Indústrias, sendo presumível que referida empresa pague locatícios à autora. Sustenta, assim, não configurada hipótese de carência econômica a ensejar dispensa do depósito prévio, esta condição indispensável para o desenvolvimento regular e válido do processo. Pretende, assim, seja extinto o processo sem julgamento do mérito, com fundamento no inc. IV do art. 267 do CPC.

Sem razão o réu.

A autora afirma carência econômica, firmando a declaração da fl. 08 que, nos termos da Lei 7.115/83, presume-se verdadeira até prova em contrário. A mera circunstância da autora ser proprietária de veículo automotivo, ou de ter, há dez anos atrás, adquirido um bem imóvel, não é bastante para impor suspeição sobre o teor e veracidade da declaração por ela firmada. Ademais, ao apresentar réplica à defesa do Estado, a autora esclarece ter arrematado o imóvel em questão com valores deixados por seu falecido cônjuge e com auxílio de seu genro, Luiz Pedro Covatti, inexistindo prova nos autos que infirme tais alegações.

Por fim, nega a autora receba locatícios pelo imóvel, bem como eventual locação do mesmo à Beine Alimentos Indústrias, e o réu não produz prova que infirme tais alegações.

Mantenho, portanto, a decisão da fl. 447 que concede o benefício da Justiça gratuita à autora e a dispensa de proceder ao depósito de que trata o art. 836 da CLT.

2. Impossibilidade jurídica do pedido

Salientando que a decisão que a autora busca desconstituir decidiu por “extinguir a execução, sem resolução do mérito”, bem assim que o art. 485 do CPC determina que só é cabível a ação rescisória contra sentença e/ou acórdão que aprecia o mérito da causa, o Estado do Rio Grande do Sul afirma que a pretensão rescisória da autora se trata, na espécie, de pedido juridicamente impossível. Requer, por conseguinte, a extinção da presente ação desconstitutiva sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, inc. VI, do CPC.

Novamente sem razão o contestante.

O acórdão apontado como rescindendo, que extingue a execução sem resolução de mérito, na verdade enfrenta o mérito do recurso interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul — que não era parte da ação matriz, mas terceiro interessado porquanto credor da empresa reclamada — onde suscitada a colusão

entre o reclamante/exequente e a reclamada/executada. Tem nítido conteúdo terminativo de mérito em relação à autora ao extinguir a execução com fundamento no art. 129 do CPC (*“Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes”*), atingindo diretamente o patrimônio daquela.

Rejeito.

3. Carência de ação — Ilegitimidade ativa *ad causam*

Suscita, ainda, o primeiro réu prefacial de carência de ação por ilegitimidade ativa *ad causam*. Afirma que, em que pese o inc. II do art. 487 do CPC reconhecer legitimidade para ajuizar ação rescisória ao terceiro juridicamente interessado, tal não se constata na espécie, onde a autora detém apenas interesse econômico, e não jurídico, na desconstituição do acórdão prolatado pela 10ª Turma deste Tribunal Regional. Diz que a autora *“não figura como titular de uma relação jurídica conexa ou dependente da relação jurídica estabelecida no processo de que oriunda a sentença”*. Entende que *“a circunstância de a autora ter arrematado o bem objeto de penhora na execução comprova seu interesse econômico de ver desconstituída a decisão que extinguiu a execução, mas não seu interesse jurídico”*. Requer, assim, a extinção da ação rescisória, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC.

Nos termos do art. 487 do CPC:

Tem legitimidade para propor a ação:

I – quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;

II – o terceiro juridicamente interessado;

III – o Ministério Público [...] – grifei.

Quanto a quem detém a qualidade de terceiro juridicamente interessado para a ação rescisória, Manoel Antônio Teixeira Filho [*Ação Rescisória no Processo do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 100], parafraseando Chiovenda, aponta, dentre os possíveis, aqueles *“que*

não podem deixar de reconhecer o julgado, em virtude de serem titulares de uma relação jurídica compatível com a relação decidida”. E Pontes de Miranda, no *Tratado da Ação Rescisória*, refere ter legitimidade ativa para propor ação rescisória o terceiro que demonstrar legítimo e irrecusável interesse econômico ou moral, ligado à causa e aos efeitos da decisão rescindenda (5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 182).

No caso, é incontestável que a autora tem legítimo interesse jurídico em buscar a desconstituição de acórdão que, extinguindo a execução processada nos autos da ação matriz, implicou desfazimento da arrematação levada a efeito naqueles autos, já com carta de arrematação expedida e registrada no Registro de Imóveis da Comarca de Passo Fundo, constituindo, a princípio, ato perfeito, acabado e irretratável (CPC, art. 694, *caput*).

Rejeito, portanto, a prefacial em tela.

NO MÉRITO

1. Ação rescisória — Violação à literal disposição de lei

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Ruth Bonatto em face de Estado do Rio Grande do Sul, Marschan Comércio de Distribuição de Móveis Ltda. e Cleomar Antônio Tauffer objetivando desconstituir acórdão da 10ª Turma deste Tribunal Regional do Trabalho (proc. AP 0091200-83.1998.5.04.0661), com fundamento no inc. V do art. 485 do CPC, afirmando violados os incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

Esclarece a autora que arrematou o imóvel objeto da Matrícula n. 53.358, pelo preço de R\$ 110.000,00, em 30.11.2000, em leilão judicial realizado nos autos do processo supra identificado. Em decorrência, efetuou recolhimento de impostos atrasados, impostos de transferência, taxas de registro, comissão de leiloeiro, reparos e benfeitorias no imóvel. No ano de 2003 alienou parte do imóvel ao seu genro, Luiz Pedro Covatti. Entretanto, em agosto próximo passado tomou conhecimento de

que o registro de sua aquisição fora cancelado junto ao Registro de Imóveis, em decorrência de decisão judicial proferida pela 10ª Turma deste Tribunal Regional, nos mesmos autos em que leiloado o bem, e que, acolhendo Agravo de Petição interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, reconheceu a existência de colusão entre o exequente (Cleomar Antônio Taufer) e a executada (Marschan Comércio e Distribuição de Móveis Ltda. - Massa Falida), extinguindo a execução sem resolução do mérito, com amparo no art. 129 do CPC c/c o art. 267, VI, do mesmo Código Adjetivo Civil, decisão que transitou em julgado em 13.12.2010. Afirma a autora que não foi intimada para se manifestar sobre o agravo de petição interposto, e tampouco o foi da decisão em apreço, perdendo sua propriedade sem qualquer intimação, notificação ou citação, e sem observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Aduz que a decisão rescindenda sequer resguardou os direitos do arrematante, que não era parte no feito porém tinha interesse jurídico. Ressalta que a simples devolução do valor pago na arrematação, como determinou o juízo da execução, não ressarcir seu prejuízo, posto que com o valor empregado na arrematação do imóvel em apreço a autora não adquire outro de igual valia, além do que procedeu a benfeitorias no imóvel, que se agregaram ao patrimônio, e que não podem lhe ser tomadas sem o devido processo legal. Sustenta a autora que, não tendo sido cientificada do processamento do agravo de petição, seus direitos como arrematante deveriam ter sido preservados pela decisão de forma que, mesmo extinguindo-se a execução, a arrematação fosse mantida e o valor dela decorrente destinado à massa falida. Requer a descontinuação do acórdão proferido pela 10ª Turma deste Tribunal Regional, nos autos do agravo de petição n. 0091200-83.1998.5.04.0661, face a nulidade de todos os atos praticados sem a ausência da ora autora ou, mantida a extinção da execução, seja assegurado à autora o direito de

propriedade, determinando-se o cancelamento da averbação 11-53.358 Prenotação n. 271.920 de 8.6.2011, restituindo-se a propriedade à autora com a determinação de liberação do valor da arrematação à massa falida ou a quem entender de direito.

A decisão rescindenda está lavrada nos seguintes termos:

AGRAVO DE PETIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O agravante insurge-se contra a decisão que reputa inexistente a lide simulada. Notícia que o reclamante é irmão de uma das sócias da empresa reclamada e que o outro sócio é casado com essa irmã. Destaca que a reclamada vinha, estranhamente, celebrando acordos na Justiça do Trabalho, envolvendo valores bastantes elevados, os quais não teria condições de cumprir, diante da precariedade de suas finanças. Informa que duas dessas reclamações tiveram suas execuções extintas, pelo reconhecimento da simulação de lide, sem que as partes interpusessem qualquer recurso contra essas decisões. Assevera que a reclamada praticamente não esboçou defesa na presente execução, deixando de se opor à decisão que decretou a responsabilidade solidária de seus sócios e a posterior penhora de imóveis de um deles. Sustenta, por conseguinte, que existem fortes elementos para se concluir que o reclamante e a reclamada estão agindo em colusão para fraudar os demais credores, ressaltando as manifestações do Ministério Público do Trabalho, que trouxe comprometedoras informações a respeito das partes e pediu a extinção do feito. Requer seja reconhecida a lide simulada, com o intuito de constituir crédito privilegiado para frustrar o direito dos credores legítimos e extinta a execução, com fulcro no art. 129 do CPC. Pretende, por fim, sejam as partes condenadas às penas da litigância de má-fé, na forma do art. 17, III, do CPC.

Examina-se.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o Estado do Rio Grande do Sul tem legitimidade para interpor o presente agravo de petição, na condição de terceiro interessado, uma vez que move execuções fiscais contra a

reclamada. Ademais, como já dito anteriormente, a simulação é causa de nulidade processual, podendo ser declarada de ofício pelo Jugador.

No caso dos autos, as partes celebraram acordo em 5.2.99, às folhas 73/74, complementado às folhas 86/87, o qual foi homologado à folha 93, em 22.7.99. Segundo o ajuste, a reclamada pagaria ao reclamante a importância de R\$ 21.000,00 em três parcelas de R\$ 7.000,00 diretamente ao procurador do reclamante.

O autor informou o descumprimento do acordo em 1º.12.99, à folha 102. Em 21.1.00, o reclamante informa a existência de várias outras reclusatórias trabalhistas contra a demandada, cujos reclamantes têm o mesmo patrono, bem como notícia que a reclamada integra o polo passivo de várias execuções. Informa, também, que o patrimônio da pessoa jurídica da reclamada foi passado para a pessoa física. Pelos motivos elencados, pede a desconsideração da personalidade jurídica.

A reclamada, ciente dos cálculos apresentados pelo INSS, não os impugnou (certidão da folha 103). Outrossim, citada para pagar ou nomear bens à penhora, se manteve inerte (folha 111). As tentativas de penhora restaram infrutíferas, registrando o oficial de justiça no verso do mandado de penhora (verso folha 112) a constatação de que a executada “encerrou suas atividades, encontrando as portas fechadas, não conseguindo encontrar bens em nome ou em poder da mesma passíveis de penhora”.

Em 25.4.00, o exequente indica à penhora bem imóvel da executada (folha 114), o qual foi constringido em 19.7.00, conforme documentos das folhas 122/124. A executada, novamente, nenhuma atitude tomou. E, ao ser notificada da possibilidade da venda judicial do bem penhorado, que foi avaliado em R\$ 150.000,00, nada opôs (folhas 133 e 136). O imóvel foi vendido pelo valor de R\$ 110.000,00 em 30.11.00 (folha 149), resultado contra o qual a reclamada, ciente, não se insurgiu. De igual sorte, não se insurgiu contra a homologação da arrematação, que ocorreu em 19.4.01 (folha 169).

Conforme se verifica, a executada, após descumprir o acordo celebrado, permitiu que a execução prosseguisse contra seus bens sem manifestar qualquer defesa, o que demonstra o seu desinteresse em cumprir o acordo, bem como em manter a sua propriedade. Tal circunstância, a toda evidência, representa um indício de simulação, com a finalidade de prejudicar legítimos credores.

Nesse sentido, a manifestação do Ministério Público do Trabalho, que destaca alguns fatos evidenciados na presente demanda, *in verbis*:

1. A reclamada enfrenta situação financeira difícil, tendo inúmeros credores, especialmente a fazenda pública estadual.
2. Nada obstante, a reclamada prontamente concorda em pagar ao autor a quantia substancial através de acordo judicial, desconhecendo-se possível origem para o adimplemento da dívida, diante da situação de inadimplência narrada no tópico anterior. De se ressaltar que tamanha generosidade não se fez sentir em processos trabalhistas anteriores em face da reclamada, do que são exemplos os de n. 0393.02/95 e 00456.662/98-7, tendo ambos tramitado perante este Foro Trabalhista de Passo Fundo, e no qual os reclamantes não lograram a mesma “compreensão” e “generosidade” por parte da demandada.
3. Nestas circunstâncias, imperioso concluir que tamanha generosidade decorre do grau de parentesco que o autor mantém com os sócios da reclamada. Com efeito, é ele irmão e cunhado, respectivamente, dos proprietários da empresa demandada. Tal fato, que já se antevia pela simples leitura do sobrenome das pessoas envolvidas, restou confirmado pelo depoimento de Givanildo Vieiro, ex-contador da demandada, prestado nos autos do Procedimento investigatório n. 221/03, instaurado pelo Ministério Público com base nas prerrogativas investigatórias que lhe atribui a Constituição Federal, a Lei Complementar n. 75/93 e, particularmente, a Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública). (...) Outro aspecto a reforçar a convicção de fraude é o fato de o reclamante, formalmente convocado a prestar esclarecimentos, não

ter comparecido à audiência aprazada pelo *parquet*, conforme ata igualmente anexada à presente petição, recusando-se, portanto, a prestar quaisquer informações acerca dos fatos (folhas 239/240).

Diante desses elementos, requereu o procurador do trabalho a extinção da presente execução, com base nos arts. 125, III e 129 do CPC, bem como a aplicação da pena de litigância de má-fé às partes, de forma solidária.

Notificada, a executada deixa, novamente, transcorrer *in albis* o prazo que lhe foi concedido para manifestação. Por sua vez, o exequente, à folha 287, nega a acusação contra si, ao argumento de que inexistente alegada simulação, asseverando que indícios não são provas, o que torna impossível a pretensão ministerial.

Em nova declaração datada de 6.5.05 (folhas 301/303), o Ministério Público do Trabalho ratificou a manifestação anterior, destacando que nos processos de ns. 00913.662/98-4 e 00912.662/98-0 as execuções foram extintas por se tratar de lides simuladas, sem que tenha havido recurso contra essas decisões. Registra haver notícia da falência da executada, sem que qualquer das partes tenham trazido esse fato aos presentes autos. Junta às folhas 305/311 documentos comprovando suas afirmações, inclusive cópia da sentença que decretou a falência da executada. Ainda, em sua terceira manifestação (folhas 337/340), o Ministério Público do Trabalho reforça o parecer anteriormente exarado, pugnando pela extinção da execução, ao argumento de que o processo foi utilizado para constituir crédito superprivilegiado, para subtrair indevidamente valores do patrimônio da reclamada, em detrimento de seus legítimos credores.

A par dos elementos acima esposados, ressalta-se que o reclamante ajuizou reclamação trabalhista postulando o reconhecimento do vínculo de emprego, ou seja, não há registro na sua CTPS de prestação de serviço em benefício da reclamada. Apesar disso, a demandada, em audiência inicial (folha 55), requereu o prazo de cinco dias para a juntada de documentos alusivos ao contrato de trabalho. No prazo judicialmente concedido,

a reclamada juntou 5 demonstrativos de pagamento às folhas 62/64, dos quais, quatro, aparentemente, foram assinados com a mesma caneta. Outrossim, do exame dos documentos acostados às folhas 65/70, nada obstante consignem diversas datas, é possível inferir que o representante da reclamada utilizou-se de uma caneta, e o autor, de outra. Depreende-se, pois, que a documentação foi produzida em série.

Todas as evidências postas em destaque acima levam à inequívoca conclusão de que a presente lide decorre de ato simulado, que enseja a aplicação da regra inserta no art. 129 do CPC. Salienta-se que a colusão entre as partes é praticamente impossível de ser provada, ficando evidenciada pelos robustos indícios presentes nos autos.

Assim, declara-se a existência de colusão entre Cleomar Antonio Taufer e Marschan Comércio e Distribuição de Móveis Ltda. (Massa Falida), extinguindo-se o presente feito sem resolução de mérito, com base no disposto no art. 129 do CPC, c/c art. 267, inciso VI, do mesmo diploma legal.

Examino.

O acórdão transcrito relata, com propriedade, os principais pontos que nortearam a tramitação do processo matriz, do ajuizamento até a expedição da carta de arrematação à ora autora. Os fatos supervenientes a essa, todavia, não considerados pela decisão rescindenda, são de igual relevância.

Com efeito, conforme se vê na fl. 120 (numeração deste processo), em 30.11.2000 o imóvel de matrícula 53.358, avaliado pelo Oficial de Justiça em R\$ 160.000,00, foi levado à praça, sendo arrematado por R\$ 110.000,00 pela ora autora. A arrematação foi homologada em 19.4.2001 (fl. 139) e a arrematante foi intimada para comprovar o recolhimento dos impostos (fl. 143), providência atendida (fl. 150).

Em novembro-2002 foi expedida a Carta de Arrematação (fl. 175), recebida pela autora em 13.1.2003 e levada a registro no Registro de Imóveis em 22.1.2003 (fl. 11).

Em 27.1.2010 o Estado do Rio Grande do Sul, na condição de terceiro interessado, interpõe Agravo de Petição (fls. 355 e seguintes) insurgindo-se contra decisão exarada pelo juízo da execução em 9.2.2009 (fl. 330), da qual ficou ciente em 19.1.2010 (fl. 354v.), onde consignado entendimento de que não configurada a lide simulada alegada pelo MPT “conforme já admitido na 1ª parte do despacho fl. 300, onde o Estado do Rio Grande do Sul, beneficiário de constrições, manifesta-se de forma expressa, quanto a inexistência de qualquer irregularidade no presente feito”.

Todavia, mesmo assinada a Carta de Arrematação e realizado o competente registro no Registro de Imóveis, implicando transferência plena, perfeita e acabada da propriedade do imóvel para a arrematante, quando da interposição do Agravo de Petição pelo Estado do Rio Grande do Sul questionando a efetiva existência de lide e requerendo a extinção da execução, o que — como o próprio Estado afirma ao contestar a presente ação desconstitutiva — resultaria, como resultou, em ‘efeito ricochete’ contra a arrematante, esta não foi intimada quer para contra-arrazoar o apelo do Estado, quer para tomar ciência do acórdão proferido pela 10ª Turma, quer acerca do despacho que, em cumprimento à decisão ora rescindenda, o juiz da execução proferiu determinando o cancelamento do registro da arrematação, com expedição de ofício ao Cartório de Registro de Imóveis para adoção de providências nesse sentido (fl. 413).

Em razão dessa ausência de notificação a autora busca a rescisão do acórdão, com fundamento no inc. V do art. 485 do CPC, afirmando que a decisão rescindenda incorreu em violação ao disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, a saber:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são

assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Nesse sentido, algumas considerações se fazem indispensáveis.

O inc. V do art. 485 do CPC prevê que a sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida quando violar literal disposição de lei. Para a configuração da hipótese prevista no mencionado inciso, é necessário que a violação alegada se dê em relação, efetivamente, à literalidade da disposição legal - ou seja, que da interpretação que se retira diretamente da leitura do texto da lei ou ao que dessa leitura imediatamente resulte, se verifique inadequação no exercício de subsunção realizado pelo julgador. É importante, ainda, ter presente que o objetivo da ação rescisória não é tornar mais justa a decisão, mas afastar a interpretação que afronta nitidamente a lei.

Esclarecendo o que caracteriza a afronta literal ao dispositivo de lei, Sérgio Rizzi (*Ação Rescisória*. São Paulo: RT, 1979. p. 107) afirma que a violação a literal dispositivo de lei ocorre quando a sentença: “a) negar validade a uma lei, que válida o é; b) reconhecer validade a uma lei que não é válida; c) negar vigência a uma lei que ainda se encontra em vigor; d) admitir a vigência de uma lei que ainda não vigora ou que já deixou de vigor; e) negar aplicação a uma lei reguladora à espécie; f) aplicar uma lei não reguladora da espécie; g) interpretar de modo tão errôneo a lei, que sob o pretexto de interpretar, a lei é tratada ainda no seu sentido literal.”

Justamente em razão disso, tem-se como exigência que o dispositivo legal apontado como violado, ou ao menos seu conteúdo, tenha sido objeto de expresse enfrentamento pela decisão rescindenda. Nesse sentido, a Súmula n. 298, itens I e II, do TST:

AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLÊNCIA DE LEI. PREQUESTIONAMENTO

I – A conclusão acerca da ocorrência de violação literal de lei pressupõe pronunciamento explícito, na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada.

II – O prequestionamento exigido em ação rescisória diz respeito à matéria e ao enfoque específico da tese debatida na ação e não, necessariamente, ao dispositivo legal tido por violado. Basta que o conteúdo da norma, reputada como violada, tenha sido abordado na decisão rescindenda para que se considere preenchido o pressuposto do prequestionamento.

Entretanto, se admite, em algumas hipóteses, a ausência de prequestionamento, como indica o item V da mesma Súmula de jurisprudência:

V – Não é absoluta a exigência de pronunciamento explícito na ação rescisória, ainda que esta tenha por fundamento violação de dispositivo de lei. Assim, prescindível o pronunciamento explícito quando o vício nasce no próprio julgamento, como se dá com a sentença “*extra, citra e ultra petita*”. – grifei

No caso, a alegação da autora é de ausência de intimação que lhe possibilitasse exercer defesa de sua propriedade. Trata-se, a toda vista, de questão processual ainda prévia à própria prolação da decisão rescindenda. Tal circunstância atrai o entendimento vertido na Súmula n. 412 do TST: *Ação rescisória. Sentença de mérito. Questão processual. Pode uma questão processual ser objeto de rescisão desde que consista em pressuposto de validade de uma sentença de mérito.* – grifei

Ora, demonstrado sobejamente nos autos que a autora, após receber a carta de arrematação que lhe foi passada em janeiro-2003, em nenhum momento posterior foi chamada a se manifestar nos autos, nem mesmo quando o primeiro réu interpôs, na condição de terceiro juridicamente interessado (uma vez que jamais foi parte naquele feito), agravo de petição contra a decisão do juiz singular quanto à inexistência de lide simulada.

Observo que, ante a constatação de que sobre o bem penhorado, levado à praça e arrematado, pendiam gravames (sequestro, tendo por credor o Ministério Público; penhoras, tendo entre os credores o Estado do Rio Grande do Sul), o juízo da execução tomou a

cautela de notificá-los ao longo do processo de execução acerca da pretensão do demandante, ora terceiro réu, de levar referido bem à praça para obter a satisfação de seu crédito. Observo, ainda, que a mesma cautela não foi adotada em relação à autora, a quem transmitida a propriedade do bem em razão da arrematação perfectibilizada. Observo, por fim, que o Ministério Público Estadual não se manifestou acerca da arrematação efetuada (certidão da fl. 133), enquanto o Estado do Rio Grande do Sul, conforme cópia constante à fl. 172-3, manifestou-se nos seguintes termos:

[...] De outro lado, não se verifica nenhuma irregularidade nos autos indicativa de conluio das partes para prejudicar o Credor Fiscal, considerando o valor da Reclamatória e a conduta nos autos, que possa justificar qualquer medida para desconstituir esta ação. Estranho apenas é a Reclamada contestar e juntar documentos, e, após realizar acordo, abandonar a causa. Mas os próprios termos da petição de fl. 104 e seguintes apontam que o Reclamante não possui responsabilidade nisso, posto afirmar que os demais acordos em valores elevadíssimos é que indicavam a falta de intenção da Ré em adimpli-los.

Assim, entende-se que deve ser liberado o valor referente às verbas trabalhistas devidas ao autor...

A partir desses elementos, não tenho dúvidas de que houve irregularidade procedimental, na medida em que a autora, já na condição de proprietária do bem atingido pela decisão rescindenda que extinguiu a execução não foi intimada, e teve seu interesse jurídico atingido sem que tivesse sido chamada a defendê-lo. Está sendo privada de bem imóvel, cuja propriedade lhe foi passada judicialmente, e foi objeto de averbação junto ao Cartório de Registro de Imóveis, sem observância do devido processo legal em relação a ela, porque não teve oportunidade de participar do processo que decidiu pela extinção da execução e consequente ineficácia da arrematação, e

defender-se, fazendo uso do contraditório, da ampla defesa e dos recursos a ela inerentes.

Caracterizado, na espécie, que o procedimento processual desenvolveu-se de forma inadequada, em afronta às garantias constitucionais inseridas na Constituição da República, em especial as que se referem ao devido processo legal e ao direito à ampla defesa e ao contraditório, violando a literalidade do disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal e ensejando a desconstituição do acórdão rescindendo.

Nesse sentido, decisão desta 2ª SDI:

AÇÃO RESCISÓRIA. Art. 485, V, do CPC. Vício de citação. Incidência, na espécie, da Súmula n. 412 do TST, segundo a qual pode uma questão processual ser objeto de rescisão desde que consista em pressuposto de validade de uma sentença de mérito. Caso em que evidenciado que a autora da ação rescisória, demandada na reclamação da qual se originou a sentença rescindenda, não foi citada de forma válida e eficaz para a audiência inaugural, na qual veio a ser declarada revel e confessa. Infringência do disposto no art. 219 do CPC, bem como no art. 841, § 1º, da CLT, atraindo a incidência das regras previstas nos arts. 214 e 247 do CPC. Configurada hipótese de rescisão da coisa julgada, forte no disposto no art. 485, inc. V, do CPC. (TRT da 4ª Região, 2ª Seção de Dissídios Individuais, 0011416-80.2010.5.04.0000 AR, em 25.3.2011, Desembargadora Carmen Gonzalez – relatora. Participaram do julgamento: Desembargador Leonardo Meurer Brasil.)

Julgo procedente a ação rescisória para, em juízo rescindente, desconstituir o acórdão proferido pela 10ª Turma deste Tribunal Regional, nos autos da reclamatória trabalhista n. 0091200-83.1998.5.04.0661 AP, e, em juízo

rescisório, dar parcial provimento ao agravo de petição interposto pelo Estado para, reconhecendo a existência de lide simulada, extinguir a execução, mantendo, todavia, íntegra, válida e eficaz a arrematação procedida nos autos da ação matriz e determinando que do valor resultante da arrematação seja colocado à disposição do juízo da 5ª Vara Cível de Passo Fundo o correspondente ao crédito atualizado em favor do credor Estado do Rio Grande do Sul, nos autos do processo n. 2100580001, remetendo-se o remanescente ao juízo universal da Massa Falida da segunda ré. Confirma-se, em razão disso, a liminar concedida à fl. 460.

2. Assistência Judiciária gratuita

A autora postula, na petição inicial, o benefício da Assistência Judiciária gratuita. Junta declaração de carência econômica (fl. 08).

Considerando o disposto na Lei n. 1.060/50, bem assim a previsão contida no art. 5º da Instrução Normativa n. 31/2007, concedo à autora a assistência judiciária gratuita e condeno os réus no pagamento de honorários assistenciais à razão de 15% do valor atribuído à causa, devidamente atualizado.

3. Valores provenientes da arrematação — Prequestionamento

O Estado do Rio Grande do Sul prequestiona acerca de onde se encontram os valores provenientes da arrematação.

Essa informação deve ser obtida junto ao processo matriz, não cabendo a esta 2ª SDI responder pela execução lá processada.

DESEMBARGADORA MARIA HELENA LISOT:

Acompanho o voto do Relator.

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Processo: 0000035-59.2012.5.15.001311

3ª TURMA – 6ª CÂMARA

RECURSO ORDINÁRIO

Recorrente: Adriano José Faggian Galvão

Recorrido: Município de São José dos Campos

Recorrido: Associação Desportiva São José

Origem: 1ª Vara do Trabalho de São José dos Campos

Juíza Sentenciante: Cássia Regina Ramos Fernandes

Ementa:

- A CLT não pode ser, pura e simplesmente ignorada, quando de atleta profissional se trata.

Da r. sentença de f. 517/21, complementada à f. 525, que julgou IMPROCEDENTE a ação, recorre o reclamante, mediante razões de f. 527/84, em síntese, para reconhecimento do **vínculo empregatício** com o 1º reclamado e pagamento dos consectários, como salários, 13^{os} salários, férias + 1/3, multa do art. 28 da Lei n. 9.615/1998, FGTS + 40%, indenização do seguro obrigatório do art. 45 da Lei n. 9.615/1998, além da indenização por dano material, indenização por dano moral e reconhecimento da responsabilidade solidária do 2º reclamado.

Contrarrazões à f. 604/33, nas quais pugna, o 2º reclamado, pela rejeição da apelação. Contrarrazões à f. 635/45-v, nas quais o 1º reclamado defende a manutenção da sentença de origem.

A D. Procuradoria Regional do Trabalho opinou à f. 634 pelo prosseguimento do feito.

Publicação da r. sentença em 29.1.2013 – terça-feira, f. 522 e publicação da decisão de embargos em 13.3.2013 – quarta-feira, f. 526, sendo tempestivo o recurso do reclamante

interposto em 20.3.2013, f.527; representação processual regular, f. 52 e 587; preparo feito, f. 520.

Quanto à documentação juntada na fase recursal à f. 588/9 e com o protocolo n. 010383, mera matéria jornalística, não é passível de conhecimento a teor da Súmula n. 08 do C. TST, mas em relação à documentação de f. 590/9, trata-se de cópia de decisão judicial, elemento que eventualmente poderá funcionar como subsídio para o julgamento. Igualmente, a decisão juntada com o mesmo protocolo n. 010383.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, por preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade.

DO VÍNCULO DE EMPREGO

O reclamante sustenta que foi admitido para atuar na condição de atleta profissional de basquetebol, no período 20.1.2009-4.8.2011,

representando o 1º reclamado em diversos campeonatos mediante subordinação, pessoalidade, habitualmente e onerosidade, sendo, assim, obrigado a comparecer a treinamentos e jogos, além de atender às ordens da comissão técnica e diretoria do 1º reclamado, tendo sido dispensado em 18.3.2011.

Afirma o autor da ação que, antes de ser contratado pelo 1º reclamado, foi atleta profissional em diversos clubes, sendo admitido por salários de R\$ 12.000,00 e plano de saúde, porém, sem registro em CTPS, tendo assinado os documentos da sua contratação, em 28.1.2009, após o início do vínculo.

Igualmente, alega que em 13.11.2009 sofreu acidente de trabalho típico que demandou tratamento cirúrgico e fisioterápico, entretanto, teve de suportar as despesas respectivas às suas expensas, sendo que, após a alta, em 16.9.2010, foi impedido pelos reclamados de retornar, treinar e jogar com a equipe, posteriormente foi impedido de utilizar as dependências do 1º reclamado, até ser dispensado em 18.3.2011.

Assegura, mais, que, desde muito antes de ingressar no 1º reclamado, como atleta empregado, ostentava a condição de atleta profissional, sendo que, na equipe do 1º reclamado, havia atleta estrangeiro, condição que, segundo assevera, nos termos do art. 46 da Lei n. 9.615/1998 acaba classificando os demais integrantes da equipe como atletas profissionais, o reclamante, dentre eles. Além disso, a sua idade bastaria para qualificá-lo como atleta profissional, a considerar o disposto no art. 43 do Diploma mencionado.

Por fim, aponta que na estruturação da equipe os reclamados se dividiram em direitos e deveres, o 1º reclamado assumiu a contratação da comissão técnica e atletas, oferecendo as suas dependências para treinamentos e jogos, além da inscrição nas entidades de administração desportiva e o 2º reclamado assumiu os salários dos atletas, com utilização de recursos públicos, fraudando a legislação do trabalho, inclusive, o Fundo de Apoio ao Desporto Não Profissional.

Na audiência foram prestadas declarações, destas se destacando as seguintes passagens: f. 335/41:

“DEPOIMENTO DO RECLAMANTE. Declarou que: o depoente recebeu pagamentos até janeiro/2012 ou dezembro/2011; o depoente se reportava à comissão técnica da equipe de basquete, composta por Sr. Luiz Inácio Messias, diretor, Sr. Régis Marreli, técnico e aos diretores da 1ª reclamada, além do Sr. Mococa, diretor de esportes; os Srs. Luiz Inácio e Mococa trabalham tanto na Secretaria de Esportes quanto acompanhavam o dia a dia dos atletas; acrescentou o depoente que o Sr. Luiz Inácio é o diretor que representa a 1ª reclamada na Liga Nacional de Basquete; o depoente possuía plano de saúde da Unimed, não se recordando até que data foi mantido seu plano de saúde; o Dr. Carlos Cury foi quem recomendou ao depoente para fazer o tratamento em Campinas, em razão dos equipamentos de alta tecnologia que existia nesse instituto e aceleraria o processo de recuperação; nos jogos em São José dos Campos não havia cobranças de ingressos mas na maior parte dos jogos em outras cidades os ingressos eram cobrados. REPERGUNTAS DOS PATRONOS DAS RECLAMADAS: inquirido sobre quais diretores se reportava na 1ª reclamada, o depoente indicou o Sr. Luiz Inácio Messias; o depoente recebia pagamentos da 2ª reclamada; o depoente iniciou a prestação de serviços junto ao Clube Campineiro de Regatas e Natação no início ou meados do mês de março/2011; através do referido clube o depoente participou do Torneio Novo Milênio e Campeonato Paulista 2ª Divisão; nesse período o depoente teve lesão muscular pequena e ficou alguns jogos sem participar; ao término do campeonato o Clube de Campinas encerrou as atividades do basquete e o depoente não conseguiu outra equipe para jogar. ASSINATURA AO FINAL.”

“DEPOIMENTO DA 1ª RECLAMADA. Declarou que: REPERGUNTAS DO PATRONO(A) DO(A) RECLAMANTE: não sabe se o reclamante tinha alguma profissão; não sabe porque o reclamante se mudou para São José dos Campos; a depoente não sabe dizer se o reclamante participava de todos os treinamentos porque a 1ª reclamada não participa das atividades da equipe, limitando-se a fazer a filiação dos atletas junto à federação; a 1ª reclamada não recebe dinheiro de televisão para transmissão dos jogos; reafirma que não sabe dizer se o reclamante participava dos treinamentos; a 1ª reclamada nunca teve equipe própria de basquete; não sabe se o Sr. Luiz Inácio representava a 1ª reclamada nas federações e ligas. ASSINATURA AO FINAL.”

“DEPOIMENTO DA 2ª RECLAMADA. Declarou que: PERGUNTAS DO PATRONO DO RECLAMANTE: não sabe se o reclamante tinha alguma profissão; o reclamante mudou para São José dos Campos porque veio jogar basquete na cidade; o depoente não sabe dizer porque no extrato do banco constava salário no crédito feito pela Prefeitura; não sabe se o reclamante participava de todos os treinamentos da equipe; acredita que o reclamante tenha participado das partidas da equipe em que apresentou boas condições físicas; o reclamante deveria comparecer em todos os jogos, com exceção de problemas médicos; caso faltasse era verificado se havia justificativa ou não; se não houvesse seriam tomadas as providências acordadas no Termo de Compromisso do Atleta; em alguns momentos a equipe teve estrangeiro mas não sabe precisar em que ano; não se recorda se o americano Marwin jogou com o reclamante; o reclamante deixou de jogar porque a comissão técnica decidiu que, embora ele estivesse em tratamento médico, não mais participaria da equipe no campeonato seguinte; isso ocorreu em maio/2010 na programação da equipe para temporada da equipe de meados

de 2010 a meados de 2011, sendo que os termos de compromisso são firmados pela 2ª reclamada de janeiro a dezembro de cada ano; o termo de compromisso do reclamante previa término em dezembro/2010, mas em maio ele já não estava mais nos planos da equipe, embora tenha ficado até dezembro pois estava em tratamento médico; reafirma o depoente que a permanência do reclamante até o final de 2010 foi em virtude do tratamento médico que estava em curso; reafirma o depoente que o reclamante não voltou a jogar depois da alta médica, em setembro/2010 porque não estava nos planos da equipe; a 2ª reclamada não entrega carta de rompimento de compromisso a cada atleta; com relação ao documento de f. 81, atestado liberatório, ele é emitido na data solicitada pelo atleta para permitir inscrição na federação por outra equipe; o atleta pode jogar por outra equipe assim que terminado o termo de compromisso do atleta; o atleta pode jogar em outra equipe mas não pode representá-la enquanto não regularizar sua situação junto à federação, conforme procedimento adotado pela federação para inscrição de novos atletas; reafirma que o vínculo com a equipe encerrou em dezembro/2010, com o término do Termo de Compromisso; não há cobranças de ingressos em São José dos Campos; em algumas cidades ocorrem cobranças de ingressos; nessas cidades, onde há cobranças de ingressos, essa renda fica para o clube da cidade onde o jogo se realiza; alguns jogos são transmitidos por Tv a Cabo, em razão de acordo entre a federação, ou Liga Nacional com a operadora de Tv a cabo; não há benefícios financeiros diretamente aos clubes participantes dos jogos, ficando todo o rendimento com a federação para o fomento do esporte; recentemente houve transmissão em rede aberta no final da Liga Nacional, em junho/2012, não tendo benefício financeiro para os clubes e atletas da equipe de basquete; a 2ª reclamada não

pode ter equipe própria por questão legal e acredita que a 1ª reclamada não teria condições financeiras de ter uma equipe própria; o reclamante foi se tratar em Campinas por opção própria, embora possuísse convênio médico na cidade, tendo inclusive assinado um termo responsabilizando-se por esta opção e pelos custos. ASSINATURA AO FINAL.”

“DEPOIMENTO DA PRIMEIRA TESTEMUNHA DO(A) RECLAMANTE: ... Advertida e compromissada na forma da lei, a testemunha declarou que: jogou em São José dos Campos de julho/2007 a julho/2010, em 03 temporadas; o depoente possuía contrato com a 2ª reclamada; era um contrato de trabalho de atleta, com as responsabilidades de treinar e jogar mediante pagamento de salário; havia datas de início e término nos contratos; acredita que o contrato era de 12 meses, sendo que ao término, caso houvesse interesse da equipe, o contrato era renovado; o depoente se reportava ao técnico Sr. Regis Marreli; o Sr. Regis possuía contrato com a 2ª reclamada; além do técnico, o depoente se reportava ao Sr. Luis Inácio, diretor do clube, também ligado à 2ª reclamada; sabiam que o time era da Prefeitura, não obstante usado o espaço da 1ª reclamada; na camisa de jogos era usado o brasão da 1ª reclamada; não sabe se havia contratos por 06 meses, mas acredita que sim, dependendo da época que o atleta chegava; caso chegasse no meio da temporada o contrato, citando como exemplo o caso de um atleta americano, que chegou para jogar a Liga Nacional, o contrato poderia ser menor que 01 ano; os atletas da equipe possuíam convênio com a Unimed; o depoente fez tratamento de fisioterapia em São José dos Campos utilizando o convênio médico; não sabe dizer porque o reclamante foi fazer o tratamento em Campinas; o depoente foi dispensado e por isso foi jogar em outro clube; a tratativa da dispensa foi em meados de 2010; ficou

sabendo da equipe montada para a próxima temporada somente após sua dispensa; o depoente não tomou conhecimento de quais seriam os atletas que comporiam a próxima equipe e se o reclamante estaria no grupo; o reclamante participava de todos os treinos e todos os jogos; só não participou quando não ficou apto para jogar, por ter se machucado. REPERGUNTAS DO PATRONO(A) DO(A) RECLAMANTE: os treinos ocorriam de segunda a sexta-feira, 02 vezes por dia, e excepcionalmente aos sábados e domingos; em média a equipe participava de 02 jogos por semana, apenas nos Jogos Regionais, que tem duração de 02 semanas, jogavam todos os dias; não podiam faltar aos treinamentos e jogos; havia punição caso faltasse, com multas e dispensa, conforme penalidades previstas no termo de compromisso; não pode afirmar, mas acredita que o reclamante tirava seu sustento do basquete; caso não assinado o atestado liberatório, o atleta não pode se inscrever ou jogar por outra equipe; o atleta pode treinar em outro clube sem a carta de liberação, mas não pode representar a equipe em jogo legal; o assistente técnico é funcionário da 2ª reclamada, bem como o preparador físico; não sabe se o massagista era registrado pela 1ª reclamada, porque ele trabalhava tanto para o basquete quanto para a natação que também pertencia à 1ª reclamada; sabe que a 1ª reclamada possuía equipe de natação que participava de competições; não sabe quem patrocinava essa equipe de natação; não ficou sabendo se o reclamante foi ameaçado de dispensa por causa da lesão. (REPERGUNTAS DOS PATRONOS) DA RECLAMADA: reinquirido sobre a relação do Sr. Luis Inácio com a 1ª reclamada, o depoente respondeu que poderia afirmar tão somente que ele era diretor do time; o depoente foi dispensado ao término do Termo de Compromisso que firmou com a 2ª reclamada. Nada mais.”

“DEPOIMENTO DA SEGUNDA TESTEMUNHA DO RECLAMANTE: ... Advertida e compromissada na forma da lei, a testemunha declarou que: o depoente não prestou serviços para a 1ª reclamada nem manteve relações com a 2ª reclamada; o depoente foi árbitro internacional de basquete de 1991 a outubro/2007; o depoente não foi árbitro de nenhuma partida em que o reclamante jogou pela equipe de São José dos Campos. REPERGUNTAS DO PATRONO(A) DO(A) RECLAMANTE: o depoente não chegou a acompanhar a lesão do reclamante; o depoente esteve presente em uma conversa do pai do reclamante com o Sr. Luis Inácio e Sr. Régis, em um jogo na cidade de Limeira, no segundo semestre de 2010; o depoente estava assistindo o jogo como ex-árbitro de basquete e que assiste jogos quando realizados próximo de sua casa; o depoente estava com o Sr. Galvão, pai do reclamante, porque moram em cidades próximas e foram juntos para o jogo, por questão de economia; o depoente acompanhou o diálogo entre o pai do reclamante, o Sr. Luis Inácio e o Sr. Régis; o pai do reclamante pedia que reintegrassem o reclamante na equipe já que estava curado da lesão e os dois membros da equipe disseram que ‘conversariam e acabaram a conversa’. REPERGUNTAS DO PATRONOS DAS RECLAMADAS: o genitor do reclamante é aposentado e o depoente o conhece das quadras. Nada mais.”

“DEPOIMENTO DA PRIMEIRA TESTEMUNHA DA SEGUNDA RECLAMADA: LUIS INÁCIO MESSIAS ... Advertida e compromissada na forma da lei, a testemunha declarou que: o depoente não é funcionário da 2ª reclamada; o depoente foi nomeado para ser supervisor da equipe de basquetebol do FADENP, fundo vinculado à Secretaria de Esportes da 2ª reclamada; o depoente não integra a diretoria da 1ª reclamada. SEM REPERGUNTAS DO

PATRONOS DAS RECLAMADAS. REPERGUNTAS DO PATRONO(A) DO(A) RECLAMANTE: não havia funcionários da 1ª reclamada trabalhando na equipe de basquetebol; o massagista da equipe também integra o quadro da comissão técnica, como atendente do FADENP; ao que sabe o depoente, o reclamante estudava educação física e jogava basquete; o reclamante, antes de jogar em São José dos Campos, jogava basquete em Limeira; o depoente não sabe se o reclamante não tinha outra atividade profissional; não sabe dizer se o reclamante é quem sustentava sua casa; o reclamante fazia parte da equipe e participava de todos os treinos e jogos, quando estava apto; caso faltasse aos treinos ou jogos sofria as penalidades previstas no Termo de Compromisso; a comissão técnica da equipe decidiu que o reclamante não mais continuaria no time ao término de sua recuperação, no ano de 2010, até porque a equipe já estava formada, embora mantido o contrato até o final do termo de compromisso; quando o reclamante teve alta a equipe já estava montada tendo atletas que jogavam na mesma posição; o depoente respondeu um *e-mail* do pai do reclamante, documento de f. 228, porque a presença do reclamante podia suscitar dúvidas quanto à decisão da comissão técnica, vez que já não integrava mais a equipe de basquete, embora ainda estava vigente o termo de compromisso e o autor não tenha sido proibido de treinar, com outras equipes; o reclamante podia jogar em outra equipe desde que tivesse pedido e regularizado sua situação junto à federação para representar outra equipe; a Liga Nacional repassa para todas as equipes uma verba de convênio com a Eletrobrás; esse repasse não depende da transmissão de jogos; todas as equipes que participam da Liga Nacional recebem essa verba, independente dos jogos serem transmitidos ou não; no documento que recebem quando há o repasse de verba da Liga Nacional vem

apenas constando que se trata de convênio com a Eletrobras; essa verba é captada pela Liga Nacional e repassada aos clubes; em São José dos Campos a verba é repassada ao FADENP, gestor da equipe de basquete do município; já houve uma ocasião em que o dinheiro foi repassado à 1ª reclamada para compra de um par de tabelas; esse valor foi repassado diretamente da Liga para a 1ª reclamada. Nada mais.”

Dispõe a Lei n. 9.615/1998, alterada pela Lei n. 9.981/2000, no sentido de que é facultada a organização do desporto de modo profissional, caracterizado pela remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva e de modo não profissional, desde que respeitada a liberdade de prática, nos termos do inciso II, do parágrafo único, do art. 3º:

“Art. 3º O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

I – desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistêmáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer;

II – desporto de participação, de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente;

III – desporto de rendimento, praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações.

Parágrafo único. O desporto de rendimento pode ser organizado e praticado:

I – de modo profissional, caracterizado pela remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva;

II – de modo não profissional, identificado pela liberdade de prática e pela inexistência de contrato de trabalho, sendo permitido o recebimento de incentivos materiais e de patrocínio.” (Redação dada pela Lei n. 9.981, de 2000)

No caso, o contrato foi firmado por prazo determinado, mediante “TERMO DE COMPROMISSO — INDIVIDUAL”, entre o reclamante e o 2º reclamado, Município de São José dos Campos, f. 69, em 28.1.2009, tendo sido ajustado, no aspecto formal, o recebimento de “Bolsa Auxílio”, sendo a primeira no valor de R\$ 4.000,00 e as outras 11 parcelas, na razão de R\$ 12.000,00, por mês, com expressa menção aos termos do preceito de lei *supra*, ou seja, foi ressaltada, no respectivo instrumento, a inexistência de contrato de trabalho, não constando qualquer outra ressalva, especialmente, acerca da possível condição de atleta profissional, do reclamante, f. 69.

Quanto à origem dos valores que custearam os pagamentos realizados em prol do reclamante, eram do Fundo de Apoio ao Desporto Não Profissional — FADENP, Lei municipal n. 4.598/1994, f. 462/5, sendo fornecido o benefício da assistência médica por meio do patrocínio da Unimed, f. 383/4.

As provas não evidenciam que o reclamante tenha dado a conhecer, na contratação, que ostentava a condição de atleta profissional. Por outro lado, não há nenhum elemento que permita afirmar que as reclamadas procuraram se inteirar sobre a condição do atleta, junto à Federação e/ou Confederação como, obviamente, seria de rigor e — mais ainda — natural. Quanto à CTPS do reclamante, o qualifica como “jogador de basquete”, a propósito, em data anterior à contratação, f. 59 e as provas, notadamente, a oral, certificam que o atleta estava obrigado a comparecer a treinamentos e aos jogos da equipe.

Quanto aos documentos de f. 175/7, indicam a presença de atleta estrangeiro na equipe. Porém, as disposições de lei que qualificavam

automaticamente os demais atletas, como profissionais, pela mera presença de estrangeiro na agremiação, foram revogadas pela Lei n. 12.395/2011, não subsistindo a redação mencionada nas razões de recorrer, f. 555. Contudo, preceitua o art. 43 da Lei Pelé, com a redação dada pela Lei n. 9.981/2000, que:

“Art. 43 – É vedada a participação em competições desportivas profissionais de atletas não profissionais com idade superior a vinte anos.”

No caso, o reclamante, quando contratado, em janeiro/2009, contava com idade de 28 anos, f. 58, inclusive os documentos de f. 123/50 indicam a participação do reclamante em jogos da liga NBB, ex.: f. 126.

Noutra vertente, de um modo geral, os documentos coligidos confirmam que os reclamados firmaram o compromisso para promover a filiação da equipe mantida pelo Município de São José dos Campos e denominada AESJ/FADENP na Federação Paulista para viabilizar a participação da equipe nos campeonatos organizados pela aludida entidade.

Não há dúvida de que o demandante, quando admitido na equipe, ostentava a condição de atleta profissional, aliás, bastaria considerar a idade do autor da ação para se concluir que as reclamadas não poderiam se escusar do fato de que o reclamante somente poderia ser contratado como atleta não amador, profissional. Igualmente, não há dúvida de que o custeio financeiro dos salários do reclamante incumbia ao 2º reclamado, competindo ao 1º reclamado “obter a filiação e se manter regularizada junto à Federação Paulista de Basquetebol e Confederação Brasileira de Basquetebol”, f. 370.

Por outro lado, além de ser evidente que a equipe utilizava as suas dependências, concluo que o 1º reclamado, também tirou proveito do concerto firmado com o 2º reclamado, sendo ambas partes legítimas para figurar no polo passivo da reclamatória, haja vista, no caso do 1º reclamado, que o seu nome foi levado

a diversas competições, de nível nacional inclusive, extraindo vantagem econômica do pacto firmado com o 1º reclamado, uma vez que deixou de desembolsar os salários do atleta da equipe que defendia suas cores — para o que, contou com subsídio fornecido pelo 2º reclamado —, ainda, de um modo direto, em razão dos pagamentos auferidos a título de locação das suas instalações desportivas, cedido, no aspecto formal, para o “desenvolvimento, treinamento e jogos das equipes principal e juvenil de basquetebol masculino, que representam a cidade em Jogos Regionais, Jogos Abertos e Campeonatos da Federação e Confederação”, f. 374.

Declarou o autor que se reportava à comissão técnica e ao Sr. Luis Inácio Messias, na condição de diretor de esportes da equipe. Decerto, a 1ª testemunha do reclamante apontou, sem refolhos, que o time pertencia ao 2º reclamado e a testemunha do 2º reclamado disse que não havia funcionários do 1º reclamado trabalhando na equipe de basquetebol. Porém, a prova documental revela que o Srs. Luís Inácio Messias, na prática, não se limitava a representar o 2º reclamado, também atuava em nome do 1º reclamado, no caso, junto à Liga NBB, *idem* o Sr. Régis Marelli, f. 64, 72 e 515. Ademais, a 1ª testemunha do reclamante, confirmando a versão da inicial, asseverou que se reportava ao Sr. Luis Inácio, como diretor do clube, embora igualmente ligado ao 2º reclamado, de sorte que se afigura desprovido de relevância o que observado pela testemunha do 2º reclamado, no sentido de que a Liga Nacional repassava verba do convênio com a Eletrobras, diretamente à equipe, sem passar pelo 2º reclamado. De fato, o Sr. Luis Inácio atuava como representante da direção do 1º reclamado e a ele o reclamante estava subordinado.

Em suma, o reclamante foi admitido, no aspecto formal, pelo 2º reclamado, para atuar em nome do 1º reclamado, na função de atleta profissional de basquetebol, representando a equipe do 1º reclamado em diversos torneios

e/ou campeonatos mediante subordinação, pessoalidade, habitualmente e onerosidade, ou seja, atuou como atleta não amador, empregado e estava obrigado a comparecer a treinamentos e a jogos da equipe do 1º reclamado, inclusive, concretamente, estava subordinado ao 1º reclamado, sendo custeado os seus salários pelo 2º reclamado.

Vale realçar que o obreiro, para que pudesse tratar da sua condição física, em outro município, teve de obter autorização prévia dos reclamados, que o impediram de trabalhar em outro clube no período, f. 221.

Ainda que se entenda pela ausência ostensiva de subordinação diretamente ao 1º reclamado, as provas e/ou circunstâncias evidenciam que o obreiro estava plenamente inserido no contexto estrutural/finalístico do 1º reclamado, o que basta para o reconhecimento da existência de subordinação, no caso, estrutural; esta Corte já placitou o entendimento que se vem de referir:

“SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. Não há de se exigir prova de subordinação subjetiva para o reconhecimento de vínculo de emprego entre as partes contratantes. Ainda que não haja prova de subordinação subjetiva, ela é presumida do contexto fático, tendo em vista que o recorrido não tinha nenhuma autonomia na maneira de execução dos serviços, definição de horários de condução etc. Demais, presente no caso a subordinação objetiva, já que os serviços prestados se inserem na atividade empresarial a que se propôs o recorrente. É a chamada subordinação estrutural, apreçada na doutrina e reconhecida de longa data na jurisprudência pátria. Demais, é o princípio da primazia da realidade, invocado pelo recorrente, que ampara a decisão de primeiro grau, porquanto contrato algum pode se sobrepor aos direitos do trabalhador, quando se revela o descompasso entre a previsão abstrata das cláusulas convencionais e a realidade da concreta prestação de serviços.” (TRT da 15ª Região – Decisão 082700/2011-PATR do Processo 0041600-82.2008.5.15.0032 RO

disponível a partir de 2.12.2011 – 2ª Turma (Quarta Câmara) – relator Juiz José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva – *in site* do E. TRT15.)

Assinalo que estou em que perfeitamente aplicável a CLT a um atleta, uma vez atendidos os pressupostos do art. 3º, que, no caso, estão, presentes. Conquanto, na aparência, o reclamante tenha sido contratado pelo 2º reclamado — o que, para ter validade demandaria prévia aprovação em concurso público, por se tratar de um ente público — não vislumbro justiça deixar ao desamparo um atleta envolvido num concerto, como o havido entre a entidade desportiva e o 1º reclamado, Município, ambos tirando proveito, econômico ou político, do trabalho deste, com a agravante de que por meio de fraude à legislação do trabalho e do desporto.

Com efeito, as diversas possibilidades contratuais não podem servir para ilaquear e/ou prejudicar o trabalhador — e o atleta, no caso, é um —, máxime quando as partes envolvidas, ou uma delas, não tem como — ou não quer simplesmente — responder pelas obrigações trabalhistas cuja satisfação lhe cabe, sendo que ambos, entidade desportiva e Município, se beneficiaram da atividade do obreiro, dentro de uma visão mais abrangente, de retorno aos dirigentes, e não só apenas, imediatamente, financeiras.

Soa um desolador retrocesso, permitir que os que celebram um contrato possam, quando ou como resultado de sua execução, provocar e/ou impingir prejuízos a terceiros, o que não se harmoniza, de forma alguma, com a visão hodierna da função dos contratos.

Aliás, como superiormente dito por André Soares Hentz:

“... há uma alteração do eixo interpretativo do contrato, que deixa de ser visto como resultado da vontade das partes e da mera satisfação de seus interesses, passando a representar um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, encontrando aí sua razão de ser e de onde extrai a sua força.

Passa-se a admitir que, além da vontade das partes, o contrato tenha outras fontes de integração de seu conteúdo, que são materializadas na função social que lhe foi atribuída, na boa-fé exigida objetivamente dos contratantes e na busca da justiça contratual.” (in “*Ética nas Relações Contratuais à Luz do Código Civil de 2002*”, Editora Juares de Oliveira, 2007, páginas 70/1.)

Parece claro que, sendo “um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade”, como apontado pelo eminente autor que se vem de mencionar, não se pode imaginar/conceber que um contrato celebrado pelos que tenham interesse no que nele estipulado, venha a prejudicar terceiros, sem que estes tenham como evitar e/ou se ressarcir dos prejuízos que acaso venham a experimentar, situação essa que, se verificada, contrariaria, de maneira inconciliável, aqueles atributos que, hodiernamente, são tidos como característicos dos contratos.

Em singelíssimo artigo que, conquanto tendo em mira a intermediação de mão de obra, o respeitante desenvolvimento, “*mutatis mutandis*”, se aplica à situação ora em tela, me posicionei no sentido de que:

“No que mais de perto nos interessa, há fixar que existem pessoas, tradicionalmente enquadradas no conceito de terceiros, mas que agora aparecem, de corpo inteiro, no cenário jurídico para protegerem-se de contratos que possam violar direitos seus, o que é perfeitamente possível, com base nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, a par de se ajustar à visão moderna do contrato, que mitigou um tanto o princípio da relatividade dos contratos. Os princípios mencionados impedem que um ajuste, ainda que fruto do mais puro e perfeito acordo de vontades entre as partes venha a causar danos a quem, não tendo declarado vontade alguma, possa experimentar algum prejuízo em decorrência do contrato.

Basta não esquecer que as partes contratantes sempre querem ver seus contratos respeitados por terceiros, aos quais opõem o que neles pactuado, e o Direito, regra geral, lhes dá amparo para assim procederem, para se ver como é natural e funciona mesmo como a outra face da mesma moeda, que esses terceiros, se puderem ser atingidos pelo contrato, tenham meios para evitar os efeitos que possam prejudicá-los.

(...)

Parece claro que o trabalhador, que eu não classificaria como terceiro, mas como segundo dada a sua ligação ou dependência com os contratantes, encontraria aqui sólido fundamento para reclamar, tanto de sua empregadora, como da empresa-cliente, ambas solidárias, o pagamento de seu crédito, já que o ajuste por elas levado a efeito não pode, em atenção aos efeitos externos do contrato, fazer com que ele fique, passe a pobreza da locução, no prejuízo, mesmo porque, vale insistir, não são apenas os contratantes que devem ser protegidos contra atos de terceiros, estes também merecem receber proteção, para que não venham a experimentar prejuízos em decorrência do que pactuado pelos contratantes, sentimento esse que deve, no caso que ora nos ocupa, estar muito, muitíssimo vivo, recebendo os aportes doutrinários e jurisprudenciais necessários para robustecer-se cada vez mais, de modo a não permitir que e o engenho e a arte de contratantes despidos de boas intenções ou mesmo inaceitavelmente indiferentes para com a sorte daqueles que em seu benefício trabalharam, frustrem os escopos que justificam mesmo a existência do Direito do Trabalho” (in “*Intermediação de Mão de obra — uma Leitura que Leva à Responsabilidade Solidária entre as Empresas Prestadora e Tomadora de Serviços*”, *Revista LTr* 72-047/794).

O ensinamento que se colhe do quanto exposto nas linhas transatas é o de que as partes que celebram um contrato e que com

ele atendem aos seus interesses, que ambas possuem, não podem, por meio desse contrato, causar prejuízos a outrem, e ainda que o prejuízo tenha sido causado diretamente apenas por uma das partes, de todo modo, tanto uma quanto a outra, se beneficiaram do trabalho do obreiro, devem responder solidariamente pelas obrigações, haja vista a tentativa de fraude à legislação trabalhista e do desporto, de forma que irrecusável a existência da responsabilidade solidária das reclamadas, não se aplicando da forma pretendida pelo 2º reclamado o art. 265 do CC.

Finalmente, não se alegue violação ao princípio da legalidade, estatuído no art. 5º, II, da Magna Carta, para alforriar-se da condenação solidária, pois há outros princípios e regras, que precisariam — como de fato precisam — ser levados em consideração, de forma harmônica, na situação em tela, tais como o viver honestamente, sem prejudicar ninguém, o de dar a cada um o que é seu, o da boa-fé objetiva, o da proteção da confiança, o da função social do contrato, atento a que há de se ter uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, o que enfraquece condutas diferentes, como a de, *verbi gratia*, pinçar uma norma para aplicá-la de forma isolada, sem uma visão de conjunto, de sistema.

Vale lembrar, nesse passo, que, “as normas constitucionais não podem ser interpretadas e consideradas isoladamente, abstraídas de seu sistema, mas sim integradas no conjunto, vistas de forma global, dentro de uma estrutura unitária de regras e princípios” (Vólia Bomfim Cassar, “*Interpretação Constitucional do Direito do Trabalho*”, coord. Fábio Rodrigues Gomes, “*Direito Constitucional do Trabalho — O que há de novo?*” Editora Lumen Juris, RJ, 2010, p. 225), aliás, se assim não for, descuraria o intérprete da obrigação que possui de considerar a Constituição em seu todo, em sua unidade, e assim preservar a harmonia entre seus princípios e artigos, mesmo porque, como observa Eros Roberto Grau: “*Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços*” (“*A Ordem*

Econômica na Constituição de 1988”, Malheiros Editores, 6. edição, p. 189), ou, como dizem Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a “Constituição é um sistema integrado por diversas normas, reciprocamente implicadas, que, dessa feita, devem ser compreendidas na sua harmoniosa globalidade” (“*Curso de Direito Constitucional*”, Saraiva, 13. edição, 2009, p. 85); destarte, como é bem de ver, anódino o apelo feito pela recorrente ao art. 5º, II, da Carta Política.

A propósito, como observado em caso semelhante, acórdão relatado pelo Desembargador Dagoberto Nishina de Azevedo, “*permissa venia*”:

“A transgressão não pode beneficiar o transgressor, sob pena de lhe agraciar duplamente, pela vantagem auferida em razão da atividade marginal e pela isenção da falta cometida.

(...)

Biso e friso, a consolidação das leis do trabalho não é acessória, nem subsidiária, ou foi suplantada pela Lei Pelé, esta apenas tentou disciplinar a atividade esportiva, amadora e profissional, mas foi vencida pela realidade, cuja primazia é a base das decisões sobre atividade laboral remunerada e subordinada, a qual se denomina relação de emprego.

Não há dúvida sobre a contratação da reclamante como empregada pela reclamada Associação... , através de... solidariamente responsáveis, como se grupo econômico fosse, na forma prevista no art. 2º, § 2º, da CLT.

A informalidade não impede o reconhecimento do grupo associativo.

(...)

Certo e provado é que a reclamante atuou como atleta remunerada, subordinada aos reclamados, em trabalho não eventual, indubitavelmente trata-se de empregada.

Presentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, reconheço o vínculo de emprego entre

a reclamante e Associação... e..., os quais deverão registrá-la e anotar sua CTPS na forma determinada nos Arts. 29 e 41 da CLT. (...).”

Aludida decisão está assim ementada:

“VÍNCULO DE EMPREGO — ATLETA — CONTRATAÇÃO ILEGAL — INTERPRETAÇÃO DA LEI PELÉ: A Lei Pelé norteia genericamente a prática desportiva, amadora e profissional, sem, contudo, encimar-se e reduzir a legislação trabalhista à mera coadjuvante, relegada à aplicação subsidiária. O art. 28 da Lei Pelé, ao preceituar o contrato de trabalho desportivo, prevê a vinculação do atleta profissional à entidade de prática desportiva e contratação escrita e expressa, contendo cláusulas específicas. A contratação da reclamante não pode ser considerada ilegal e seu trabalho desconsiderado, devido o descumprimento de preceito legal por parte da empresa contratante. A transgressão não pode beneficiar o transgressor, sob pena de lhe agraciar duplamente, pela vantagem auferida em razão da atividade marginal e pela isenção da falta cometida. A consolidação das leis do trabalho não é acessória, nem subsidiária, ou foi suplantada pela Lei Pelé, esta apenas tentou disciplinar a atividade esportiva, amadora e profissional, mas foi vencida pela realidade, cuja primazia é a base das decisões sobre atividade laboral remunerada e subordinada, a qual se denomina relação de emprego.” (TRT da 15ª Região – Decisão 038865/2012-PATR do Processo 0120800-95.2007.5.15.0090 RO – relator Desembargador Dagoberto Nishina de Azevedo – Publicação 1º.6.2012 4ª Câmara (Segunda Turma) *in site* do E. TRT15.)

Quanto à documentação de f. 77, que, saliento, contém assinatura do Sr. Luis Inácio Messias, bem como a de f. 474/6, termos de compromissos, faz prova do vínculo contratado para o período de 20.1.2009-4.8.2011, ainda, no tocante à documentação de f. 81, faz prova da rescisão antecipada por iniciativa do empregador, a considerar o princípio da continuidade, na data de 18.3.2011.

Reconheço, assim, o vínculo empregatício, entre o reclamante e o 1º reclamado, sendo o 2º reclamado responsável solidário pelas obrigações não personalíssimas, considerado o período contratual de 20.1.2009-18.3.2011, função de atleta profissional de basquetebol ou jogador de basquetebol, salário de R\$ 12.000,00 por mês. Devido, pois, o lançamento corretamente e sem menção à reclamatória das respectivas anotações na CTPS, que deverão ser efetuadas pelo 1º reclamado, exclusivamente, sob pena de *astreintes* no valor diário de R\$ 50,00 (cinquenta reais), as quais serão computadas apenas após o trânsito em julgado e se decorrido o prazo que o juízo de origem fixar para o cumprimento da obrigação, cominação de responsabilidade exclusiva, se o caso, do 1º reclamado.

Como consequência do reconhecimento do vínculo empregatício, devidos os salários integrais de janeiro/2011 e fevereiro/2011 e, proporcionais, de março/2011; 13^{os} salários integrais de 2009 e 2010 e, proporcionais, de 2011; férias + 1/3 dobradas de 2009, simples de 2010, e proporcionais de 2011; depósitos do FGTS + 40%.

No que tange à multa do art. 28, inciso II, § 3º da Lei n. 9.615/1998, bem como da indenização do art. 45 do mesmo Diploma, os aludidos preceitos somente são de observância imperiosa relativamente a atletas profissionais do futebol, como ressalva art. 94 da Lei Pelé com a redação dada pela Lei n. 12.395/2011, de modo que há amparo legal para obrigar os reclamados ao seu pagamento: “Art. 94. O disposto nos arts. 27, 27-A, 28, 29, 29-A, 30, 39, 43, 45 e no § 1º do art. 41 desta Lei será obrigatório exclusivamente para atletas e entidades de prática profissional da modalidade de futebol.”

Colhe o apelo interposto pelo reclamante no particular, para reconhecer o vínculo empregatício e determinar ao 1º reclamado que faça as respectivas anotações na CTPS e ao 1º e 2º reclamados o pagamento de salários, 13º salários, férias + 1/3, FGTS + 40%, tudo nos termos da presente fundamentação.

DO DANO MATERIAL

As provas dos autos revelam que o reclamante tinha a seu dispor o convênio médico oferecido pela patrocinadora Unimed, mas preferiu se tratar em clínica particular, em outro município, no caso, em Campinas, inclusive, que isentou os reclamados, expressamente, quanto aos custos do indigitado tratamento, f. 220. Acrescente-se que não há prova, sequer foi mencionado, a falta de disponibilidade, em São José dos Campos, do tratamento fisioterápico que necessitava e/ou que não havia cobertura para o mesmo no seu plano médico, aliás, a testemunha do próprio reclamante assinalou que realizou fisioterapia em São José dos Campos, sendo, portanto, indevido o ressarcimento das despesas na importância de R\$ 1.234,00, ora pleiteada.

DO DANO MORAL

Quanto à suposta falta contratual que teria sido cometida pelos reclamados a respeito da falta de fornecimento de tratamento médico, fisioterápico, sucumbiu completamente a tese ventilada pelo reclamante, conforme exposto no tópico anterior. Igualmente, o reclamante não comprovou ter sido assediado a reduzir o período do seu contrato, aliás a sua 1ª testemunha disse que: “não ficou sabendo se o reclamante foi ameaçado de dispensa por causa da lesão.” De resto, afirmou o reclamante que, em pleno período de recuperação de lesão, foi impedido de tornar aos treinamentos, o que fazia parte da sua recuperação e, na sequência, nem mesmo pôde utilizar a quadra vazia, sendo, na evolução dos acontecimentos, totalmente impedido de adentrar nas dependências do clube reclamado.

Para além das diversas faltas contratuais praticadas pelos reclamados que sequer registraram a CTPS do reclamante, descumprindo comezinhos obrigações contratuais como o pagamento de verbas como salários, férias, 13º salários, os reclamados admitiram um atleta profissional com 28 anos, como se fosse um amador, que, nos moldes da lei, se trata do

atleta de até 20 anos de idade, ainda, custeando o seu salário com verbas do fundo de amparo ao desporto amador, isto é, os reclamados, intentando ganhos econômicos ou políticos se valerem do denominado desvio de finalidade e, como se não bastasse, a despeito do contrato de trabalho que deveria vigorar até 4.8.2011, impediram o atleta, com contrato vigente, de adentrar nas dependências do clube, como evidencia a documentação de f. 228/9, na qual representante dos reclamados, Sr. Luis Inácio Messias, em 18.8.2010, por mensagem eletrônica, de 18.8.2010, acaba solicitando ao pai do reclamante que o atleta não compareça nas dependências do 1º reclamado, provocando humilhação, *verbis*:

“Para tanto seria de bom alvitre que nos eventos de basquete seja em treino ou jogos que seu filho não esteja presente fato que suscita vários questionamentos, uma vez que o grupo já está definido e completo. Por tanto a colaboração é no sentido de que consigamos levar até o final do presente ano como dissemos, o assunto de nossas conversas.”

Registre-se que o preposto do 2º reclamado declarou, como transcrito, que o obreiro já em maio/2010 estava fora dos planos da equipe, fazendo prova cabal da segregação imposta:

“... o reclamante deixou de jogar porque a comissão técnica decidiu que, embora ele estivesse em tratamento médico, não mais participaria da equipe no campeonato seguinte; isso ocorreu em maio/2010 na programação da equipe para temporada da equipe de meados de 2010 a meados de 2011, sendo que os termos de compromisso são firmados pela 2ª reclamada de janeiro a dezembro de cada ano; o termo de compromisso do reclamante previa término em dezembro/2010, mas em maio ele já não estava mais nos planos da equipe, embora tenha ficado até dezembro pois estava em tratamento médico; reafirma o depoente que a permanência do reclamante até o final de 2010 foi em virtude do tratamento médico

que estava em curso; reafirma o depoente que o reclamante não voltou a jogar depois da alta médica, em setembro/2010 porque não estava nos planos da equipe.”

Também, o Sr. Luis Inácio Messias, como testemunha do 2º reclamado confirmou o teor da mensagem eletrônica:

“... respondeu um *e-mail* do pai do reclamante, documento de f. 228, porque a presença do reclamante podia suscitar dúvidas quanto à decisão da comissão técnica, vez que já não integrava mais a equipe de basquete, embora ainda estava vigente o termo de compromisso e o autor não tenha sido proibido de treinar, com outras equipes; o reclamante podia jogar em outra equipe desde que tivesse pedido e regularizado sua situação junto à federação para representar outra equipe.”

Tenho, a despeito das evasivas do declarante, que o depoimento faz prova das alegações do reclamante no sentido de que, embora com o contrato em vigor, foi paulatinamente impedido de exercer a sua profissão e de treinar para se recuperar física e psiquicamente, notadamente, faz prova de ter sido discriminado pela condição de atleta em recuperação, isto a contar de maio/2010, apesar de o contrato ter vigência até abril/2011.

À essa altura cumpre assinalar que, fazendo menção à figura do *mobbing* ou assédio moral, o preclaro José Affonso Dallegrave Neto observa:

“Segundo Marie-France Hirigoyen, por assédio no local de trabalho compreende-se toda e qualquer conduta abusiva manifestada, sobretudo, por comportamentos, palavras, atos, gestos e escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa ou pôr em perigo seu emprego ou, em última análise, degradar o ambiente de trabalho

(...)

Para Márcia Novaes Guedes, *mobbing* ou assédio moral significa todos aqueles atos

e comportamentos provindos do patrão, gerente ou superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas e morais da vítima.

(...)

Na precisa observação de Cláudio Couce de Menezes, aquele que assedia busca desestabilizar a sua vítima. Por isso mesmo, o processo é continuado e de regra sutil, pois a agressão aberta desmascara a estratégia insidiosa de expor a vítima a situações incômodas e humilhantes. O objetivo principal do assédio moral é o de criar uma prolongada situação artificial para excluir a vítima, guardando assim flagrantes traços discriminatórios e ilícitos.

Antônio Garcia Pereira relaciona quatro formas adequadas de reação da vítima do assédio moral. São elas: a) detectar precocemente a existência de um processo de assédio; b) reunião do máximo possível de provas para demonstrar a existência do assédio; c) compartilhar toda a experiência vivenciada com o máximo possível de pessoas próximas; d) buscar orientação jurídica, médica e psicológica adequadas ao abuso.

O prejuízo moral da vítima, de ordem psíquico-emocional, decorrente do ato malicioso e doloso do assediante, enseja a presença dos três elementos da responsabilidade civil: ato culposos, dano e nexo causal. Com efeito, nos termos do art. 927 do Código Civil, os danos, material e moral, daí advindos são reparáveis. Não se negue que o forte abalo psicológico infligido à vítima ofende o seu direito de personalidade, máxime a sua honra e intimidade. Ademais, a submissão à constante tortura psicológica implicará sensível vulnerabilidade emocional da vítima perante seus colegas e familiares, afetando, por conseguinte, a sua autoestima e imagem profissional.

Logo, o art. 5º, X, da Constituição Federal, que assegura ampla tutela desses valores (honra, intimidade, imagem e vida privada), aplica-se em cheio à prática do assédio moral, sendo também o seu fundamento legal em colação com o art. 1º, III, da CF, que assegura proteção à dignidade da pessoa humana.

Além de tais fundamentos jurídicos não se pode negar que toda prática de assédio (moral ou sexual) implica discriminação negativa e odiosa da vítima, o que é vedado pelo art. 3º, IV, da Constituição Federal, e pelos arts. 1º e 2º da Convenção n. 111 da OIT, a qual restou incorporada em nossa ordem jurídica por meio do Decreto de Promulgação n. 62150/68.

(...)

Tanto o assédio sexual como o moral são admitidos apenas na forma dolosa, vez que o assediante quando molesta a vítima o faz adrede, com o objetivo deliberado de se satisfazer sexualmente ou de destruir emocionalmente a vítima, respectivamente.

Não se ignore a distinção entre um agir culposos e um agir doloso. Na culpa há o desejo da conduta por parte do agente, mas não o do resultado maléfico, o qual é apenas previsível em face da negligência, imprudência ou imperícia. Já no dolo verifica-se uma triplíce coincidência da vontade de agir, da intenção de prejudicar e do resultado obtido. É, pois, o que ocorre na mente do assediante que dolosamente deseja agir daquela forma abusiva com a intenção de prejudicar a vítima e a satisfação de atingir o resultado espúrio.

Para a caracterização do assédio há de estar presente um comportamento reiterado do agente combinado com a postura indesejada e constrangedora da vítima.

(...)

Em qualquer prática de assédio, quando o agente for a própria pessoa física do empregador, é indubitável que ele será o

responsável direto pela reparação dos danos infligidos à vítima, recaiando na regra da responsabilidade civil subjetiva, uma vez que presentes os elementos dano, ato ilícito e nexo causal. Observa-se que o dano decorre da inexecução contratual do empregador (contratante) que ignorou o dever de respeito, proteção e lealdade em relação ao empregado (contratado). Nesse sentido rezam os arts. 186, 187 e 927 do novo Código Civil:

(...)

Muitas vezes, o assediante é um empregado investido de cargo hierarquicamente superior ao da vítima e, nessas circunstâncias, constrange-a de forma reiterada para se satisfazer sexualmente ou discriminá-la, causando-lhe inevitável dano moral. Nesse caso o empregador será responsabilizado pelo ato praticado por seu preposto (assediante), consoante dispõe o art. 932, III, do novo Código Civil:

‘Art. 932: São também responsáveis pela reparação civil:

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;’

Invoca-se aqui a teoria da representação delitual para fundamentar a responsabilidade da empresa pelo ato praticado por seu preposto, o qual é visto aqui como espécie de *longa manus* de seu empregador no momento em que age no exercício de sua função.

A responsabilidade do empregador por ato de seu empregado perante terceiro é sempre objetiva, seja pela presunção absoluta de culpa *in eligendo* e *in vigilando* (Súmula n. 341 do STF), seja pela aplicação do art. 933 do Código Civil que responsabiliza o empregador ‘ainda que não haja culpa de sua parte’. O empregado assediado poderá, então, ingressar com ação trabalhista contra seu empregador, pleiteando, além da rescisão

indireta, a reparação civil dos danos materiais e morais daí decorrentes.

(...)

O empregador que for juridicamente condenado poderá propor ação trabalhista de regresso em face do assediante.” (In *Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2010. p. 265.)

Permissa venia, conforme cuidadosamente observado pelo Desembargador José Antonio Pancoti:

“... Nas sociedades capitalistas, ainda que contingenciadas pelos princípios do Estado Democrático de Direito e Social, não se tem negado ao empresário o soberano poder de organização, direção e controle de sua atividade, não só com vistas, dentre outras finalidades, de obter melhor qualidade e produtividade de bens ou serviços, como disciplina e harmonia no ambiente de trabalho e zelar pelo patrimônio da empresa. Tais poderes são decorrentes da garantia constitucional da liberdade de iniciativa, da livre concorrência (CF/88, arts. 1º, IV, 3º, II, 5º, XXII e 173), como valores essenciais não só ao desenvolvimento econômico, mas, sobretudo, para a criação e manutenção de postos de trabalho. O exercício destes poderes, pelo empresário, não pode, porém, acarretar a privação, a diminuição ou agressão aos bens e valores fundamentais à dignidade da pessoa humana e que preservem valores fundamentais inerentes à personalidade do cidadão trabalhador, reconhecidos, como relevantes, pela sociedade em que está integrado que são igualmente tutelados pela ordem constitucional (CF/88, arts. 1º, III, IV, 3º, I, 5º, X e 7º, XXX) ...” (TRT da 15ª Região – Decisão n. 007348/2012-PATR – Processo n. 0112700-65.2009.5.15.0096 RO – 5ª Turma (Décima Câmara) – relator Desembargador José Antonio Pancotti – Publicação 10.2.2012 – *in site* do E. TRT15.)

Como se vê, a referida figura do assédio moral, no ambiente de trabalho, corresponde à exposição do empregado a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, no exercício das funções. Ocorre

muitas vezes dado ao abuso do poder disciplinar do empregador dentro da organização e/ou como meio de alcançar a produtividade desejada. Incumbe ao empregado comprovar a violência psicológica que, alega, lhe foi imputada. Incumbe ao empregador, por sua vez, demonstrar que proporcionava ambiente de trabalho saudável e marcado pela urbanidade.

O mero aborrecimento, dissabor ou desgosto não estão compreendidos no âmbito das condutas indenizáveis a título de dano moral, posto que inerente ao cotidiano do ser humano. Não se evidenciando, pois, excesso no exercício do direito potestativo, espírito emulativo ou má-fé na conduta da empregadora não se configura o dano moral.

Mas, “*in casu*”, de acordo com os elementos de convicção reunidos nos autos, os reclamados acabaram assediando moralmente o reclamante, criando em torno do empregado um clima de desprezo e humilhação, visando, quiçá, compelir o trabalhador a tomar a iniciativa quanto ao rompimento do contrato de trabalho e abrir mão dos seus direitos trabalhistas, em manifesto ato de coação.

Quanto ao dano moral, lembra Alexandre Agra Belmonte, que: “A intimidade, a vida privada, a honra e a imagem são os valores morais protegidos no tocante às controvérsias respectivas, decorrentes das relações de trabalho reguladas pela legislação trabalhista (art. 5º, V e X c/c 114, da C.R.F.B.)” (in “*Instituições Civis no Direito do Trabalho*”, 2. ed., Renovar, p. 269).

Para aferir o montante indenizatório, no intuito de “reparar” o bem moral, quiçá possa ser de alguma valia utilizar o método sugerido, já em tempos idos, pelo maior da Companhia de Jesus, Ignácio de Loyola, em seu livro de Exercícios, no qual:

“Em primeiro lugar é notado o inferno na plenitude do seu horror, cheio de turgas de réprobos, que soltam queixumes de dor. Esse exercício começa fazendo com que o discípulo, antes de mais nada, meça ‘com

os olhos da imaginação, o ‘comprimento, a largura e a profundidade do inferno’; mas depois os demais sentidos também devem entrar em jogo, pois nessas estranhas contra-regras, com sua exata subdivisão em ‘pontos’, consta o seguinte:

‘O primeiro ponto consiste em que eu entreveja com os olhos da imaginação Esses braseiros imensos e as almas encerradas como que em corpos de fogo.

O segundo ponto consiste em que eu ouça com o ouvido da imaginação o pranto, os gemidos, os gritos, as blasfêmias contra Nosso Senhor Jesus Cristo e contra todos os seus santos.

O terceiro ponto consiste em que eu sinta com o olfato da imaginação a fumaça, o enxofre, o odor da sentina e das cousas podres do inferno.

O quarto ponto consiste em que eu deguste com o paladar da imaginação as cousas amargas, as lágrimas, a tristeza, Esse verme roedor.

O quinto ponto consiste em apalpar, com o tato da imaginação, a intensidade com que Esse ardor envolve as almas e as queima.” (in “*Os Jesuítas, seus Segredos e seu Poder*”, René Fulop-Miller, Edição da Livraria do Globo, 1946, p. 25-6, respeitada a grafia da impressão.)

Questões jesuíticas à parte e pedindo escusas pelo, digamos assim, ligeiro desvio de rota, esclareço que pretendo, com a lembrança, ponderar que, não raro, para se entender o que algo significa para alguém, de mister colocarmo-nos na, passe a pobreza do vocábulo, “pele” desse alguém, para, com os olhos e demais sentidos imaginando-nos na situação dessa pessoa e atento ao que de ora se trata, avaliarmos da sua dor, do seu sofrimento e das suas angústias, o que, acredito, possibilitará, já agora com maiores tranquilidade e segurança, estabelecer a indenização devida.

Por derradeiro, quanto a esse ponto, quero deixar consignado que não desconheço que

se há de levar em conta as possibilidades do responsável pela satisfação da indenização, bem como a intensidade e gravidade do dano, por óbvio, apenas parto do princípio de que esses argumentos não podem eclipsar o direito a uma reparação que, do que também se tem consciência, embora não possa ter plena equivalência com o dano, represente um verdadeiro consolo àquele que lhe experimentou os efeitos, e não venha a fazer com que este acabe por sentir, aumentando-lhe a dor e o sofrimento, que mínimas e/ou mesmo ineficaz a atuação do Estado, face ao dano que tanto lhe abalou e tão mal lhe causou!

Por fim, quanto a esse tópico, cumpre notar que a ofensa moral, em sede trabalhista é de ser considerada mais grave do que se cometida em outras situações, ou, pelo menos, em algumas outras situações, pois traduz abuso ou descaso reprovável, diante da inferioridade econômica do trabalhador, podendo mesmo, em determinados casos, resvalando para ato de desumanidade, o que, por seu turno, deve, também, ser considerado, na e para a fixação da indenização.

Consigne-se que a indenização a ser estipulada não deve ser excessiva, mas razoável e de acordo com o dano experimentado e levando-se “em conta a necessidade de, com aquela quantia, satisfazer a dor do trabalhador e dissuadir de igual e novo atentado o autor da ofensa”, como bem dilucidado por Beatriz Della Giustina, em artigo inserto na Revista “*Trabalho & Doutrina*”, n. 10, Saraiva, p. 11, ou, nas palavras de Carlos Alberto Bittar: “de bom alvitre analisar-se, primeiro, a) a repercussão na esfera de lesado, depois, b) o potencial econômico-social de lesante e c) as circunstâncias do caso, para finalmente se definir o valor da indenização, alcançando-se, assim, os resultados próprios: compensação a um e sancionamento a outro” (in “*Revista do Advogado*”, n. 44, p. 27) e, irrecusavelmente, esses parâmetros são os seguidos e observados, importando salientar que, se a indenização não for fixada em valor que faça quem ofendeu

sentir, profundamente, o mal que fez, não se estará atendendo, integralmente, os fins visados com sua imposição, em linguagem simples e por isso mesmo muito elucidativa, o Juiz Cláudio Ost definiu a situação, *verbis*: “Aquele que causa o dano moral deve sofrer no ‘bolso’ dor igual a que fez sofrer moralmente a outra pessoa.” (in “*Sentenças Trabalhistas Gaúchas*”, 3ª Série, HS Editora, abr. 2000.)

Assim, estimo a indenização por dano moral, no equivalente a 04 (quatro) vezes o valor da remuneração mensal do reclamante, R\$ 12.000,00, f. 476, o que importa na indenização na razão de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), o que está de acordo com o dano moral sofrido pelo reclamante, decorrente da angústia e frustração provocada pela conduta da reclamada, decorrente do tratamento discriminatório em período de recuperação de lesão do atleta profissional, o desestímulo, o natural abalo emocional, o impedimento para retomar as suas atividades em razão do afastamento forçado, além dos temores disso tudo; de modo que tal quantia, entendo, está de acordo com as circunstâncias fáticas, condições das partes, inclusive econômicas; e constitui fator de desestímulo à prática e postura adotada pela reclamada; ainda leva em consideração os critérios da razoabilidade e proporcionalidade e evita o enriquecimento sem causa.

Nesse passo, útil o evocar-se a advertência de Rui Manuel de Freitas Rangel, eminente jurista português, o qual, com pena de mestre, afirmou que:

“actualmente, a responsabilidade civil não cumpre verdadeiramente o seu desiderato principal que assenta na reparação justa e equitativa dos interesses jurídicos do lesado que foram violados através do comportamento culposos do lesante.

É no domínio da profundidade ou densidade da reparação que este instituto tem falhado, quer quanto à indenização a fixar no âmbito dos danos morais ou não patrimoniais (onde se torna difícil, sobretudo

fixar um valor, atenta a natureza de tais danos).

O lesado é aqui confrontado, ao nível da indenização pelos danos não patrimoniais resultantes da violação, com um julgador que, a coberto de uma aparente equidade, se baseia em critérios miserabilistas e insensíveis, desajustados da prova integral dos factos que lhe competia provar, para ter direito a uma indenização justa e adequada. Esta é, sem dúvida, a melhor forma de se ‘matar’ o instituto da responsabilidade civil” (in “*A Reparação Judicial dos Danos na Responsabilidade Civil*”, Livraria Almedina-Coimbra, 2002, p. 07.)

Tenho em que correta a retrotranscrita observação, e acredito mesmo que isso faz parte, de certo modo, da nossa cultura jurídica, como a da Pátria-mãe também, pelo que enxergo aqui, em algumas situações, entre nós, o mesmo que enxergou o citado jurista lusitano, no sentido de que:

“A prática dos nossos Tribunais tem sido a de nivelar por baixo, na avaliação económica que fazem destes danos, a circunstância a que não é alheia e que se encontra associada ao tipo de mentalidade e cultura próprios do nosso país, economicamente pobre, com deficiências estruturais e assimetrias sociais graves.” (in ob. cit., p. 37)

Portanto, atento ao carácter compensatório da indenização, a gravidade do dano, a conduta e a condição económica das partes, notadamente o carácter pedagógico da sanção, a qual, *in casu*, deve ser exemplar, considero justa a importância *supra*.

Para optimização da prestação jurisdicional, fixe-se que não há falar de recolhimentos previdenciários e fiscais no particular, visto que a verba não compõe a base de cálculo das mencionadas contribuições.

Do mesmo modo, quanto ao marco inicial da correção monetária, entendo que, a actualização monetária deveria incidir a partir do evento danoso, inteligência da Súmula n. 43,

do E. Superior Tribunal de Justiça: “Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.” Porém, ressaltando meu modo de ver, rendo-me ao entendimento da ilustrada Maioria que, em sua composição do momento, tem como devida a correção monetária em relação à indenização por dano moral a partir da decisão que a fixou, conforme Súmula n. 362, do C. STJ, *in verbis*: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”, por entendê-la mais específica e própria.

Aliás, consoante a Súmula n. 439 do C. TST, *in verbis*: “SÚM-439. DANOS MORAIS. JUROS DE MORA E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL – Res. n. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012. Nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT.”

Assim, com relação aos juros de mora, são devidos a contar da data do ajuizamento da ação, de acordo com o art. 883 do Texto Consolidado: “Não pagando o executado, nem garantindo a execução, seguir-se-á penhora dos bens, tantos quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora, sendo estes, em qualquer caso, devidos a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial”, sentir esse que também se afina com o posicionamento desta Câmara.

Colhe em parte o apelo interposto pelo reclamante no particular, para determinar o pagamento da indenização por dano moral, nos termos da presente fundamentação.

DA MULTA DO ART. 467 DA CLT

No que pertine à multa do art. 467, da CLT, antes pensava que a litigiosidade e controvérsia, quando instaladas nos autos, traziam consigo relevância para a apuração se cabível ou não a multa em referência; todavia, melhor

refletindo, cheguei à conclusão de que, no particular, a questão, em situações quejandas, deve receber o mesmo tratamento dado à multa do art. 477, § 8º, do diploma Consolidado, pois a pergunta que cumpre ser respondida é: basta uma reclamada agitar alguma alegação para que se tenha como, válida e eficazmente, instalada alguma controvérsia? Por entender que isso não foi suficiente no feito em foco, cabível a incidência do art. 467 da CLT.

Cabe esclarecer, pela argumentação *supra*, que a multa do art. 477 Consolidado tem por fundamento o não pagamento das rescisórias e não a controvérsia quanto à existência do direito. Assim, a controvérsia estabelecida nos autos acerca da modalidade da ruptura contratual não exime a reclamada do pagamento da referida multa.

Destarte, tenho como devida a multa do art. 467, por entender que procedimentos como o adotado pelo dador de serviço, 1º reclamado, no feito em foco — que, em conluio com o 2º reclamado, fraudou a legislação do trabalho e do desporto —, não podem ser tidos à conta de motivação que justifique o não pagamento da multa em tela, inclusive, saliento que não é dado ao 2º reclamado pretender tirar proveito da sua condição de ente público para se eximir da cominação, como se possuísse, por isso, uma espécie de salvo-conduto para praticar toda sorte de ilegalidades e sair ilesa.

Devida a multa do art. 467 da CLT, relativamente às verbas rescisórias, mas não pela totalidade das verbas pleiteadas.

Colhe em parte o apelo do reclamante para determinar o pagamento da multa do art. 467 da CLT, nos termos da presente fundamentação.

DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Juros e correção monetária na forma da lei. Sinalo-se que, relativamente ao 2º reclamado, aplicável a taxa de 0,5% ao mês, contados do ajuizamento da ação, aduzindo que o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 limita os juros devidos pela Fazenda Pública a 6% ao ano.

Ressalvo, de todo modo, que a observância quanto ao aludido preceito se dá por uma questão de disciplina judiciária e atento ao quanto decidido pelo A. STF, no RE n. 453740/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, declarando a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com as alterações dadas pela Lei 11.960/2009, bem como a OJ n. 07, do Pleno do E. TST.

DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS

As contribuições previdenciárias são devidas tanto pelo empregado, quanto pelo empregador, nos termos da legislação e Provimentos CG/TST n. 01/96, art. 3º, e Provimento CG/TST n. 02/93, art. 6º, conforme as respectivas cotas de contribuição, cujo cálculo deverá ser feito tendo como base o somatório das parcelas sujeitas à contribuição, mês a mês, observadas as alíquotas cabíveis, além do limite do salário-de-contribuição. A questão da responsabilidade de cada parte, por sua cota previdenciária, não comporta digressões ante as disposições do item III da Súmula n. 368 do C.TST

Igualmente, devida a contribuição fiscal, pelo empregado, cumprindo à empregadora, deduzir, recolher e comprová-lo, sob pena de ofício ao Ministério da Fazenda (DRF). De partida, consigno que alterei meu anterior posicionamento em relação ao regime do imposto de renda, pois, antes, decidia no sentido de que o imposto de renda deveria incidir sobre o valor total das parcelas tributáveis que integravam o valor da condenação, no momento em que o crédito se tornasse disponível ao beneficiário, adotando, assim, o regime de caixa previsto em lei. Porém, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, considerando inúmeros julgados em sentido contrário, proferidos pelo C. STJ (REsp n. 424.225/SC- DJ 19.12.2003; REsp n. 505.081/RS – DJ 31.5.2004; REsp n. 1.075.700/RS – DJ 17.12.2008; AgRg no REsp n. 641.531/SC – DJ 21.11.2008; REsp n. 901.945/PR – DJ 16.8.2007), e também a aprovação do Parecer PGFN/CRJ/N n. 287/2009 pelo Senhor

Ministro de Estado da Fazenda, baixou o Ato Declaratório n. 01, de 27 de março de 2009, autorizando a dispensa de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexistia outro fundamento relevante: “nas ações judiciais que visem a obter a declaração de que, no cálculo do imposto de renda incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, devendo o cálculo ser mensal e não global.” Como se não bastasse, o C. TST, revendo a questão do regime de apuração do imposto de renda, alterou o item II da Súmula n. 368. Portanto, o regime de apuração do imposto de renda, também, é o regime de competência. Assim, cada parte deverá responder por sua cota-parte, no que tange aos recolhimentos das contribuições previdenciárias e fiscais, que serão apurados, pelo critério do regime de competência, em regular liquidação de sentença. Saliento a exclusão dos juros da base de cálculo do imposto, independentemente da natureza jurídica da obrigação inadimplida, a considerar a sua natureza indenizatória, como, a propósito, determina a OJ-SDI1-400 do C. TST.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Ausentes os requisitos da Lei n. 5.584/70 e Súmula n. 219, cuja validade foi confirmada após a promulgação da Constituição Federal de 1988, pela Súmula n. 329 do C. TST, indevidos os honorários advocatícios, porquanto em pleno vigor o art. 791, da CLT, não revogado pelo art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.906/94. Ademais, o E. STF decidiu que referido dispositivo legal não se aplica na forma pretendida. Ainda, não atendidos os requisitos da OJ n. 305 do C. TST.

Mesmo sob a visão da restituição integral, observo, não viceja a pretensão, pelo motivo de que a legislação do trabalho não padece de omissão no aspecto, apta a autorizar a incidência dos arts. 389 e 404 do Código Civil. No referido sentido, as manifestações de jurisprudência adiante:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRESUPPOSTOS PARA DEFERIMENTO. Os honorários advocatícios, nesta Justiça Especializada, somente podem ser deferidos quando preenchidos os requisitos da Lei n. 5.584/70 e da Súmula n. 219 do C. TST, quais sejam, salário inferior ao dobro do mínimo legal ou ser beneficiário da justiça gratuita e a assistência sindical (Orientação Jurisprudencial n. 351, da SDI-I, do C. TST), prevalecendo o *jus postulandi* das partes, por força do art. 791 da CLT, razão pela qual não há falar em pagamento de honorários sucumbenciais. Não se aplica o art. 20 do CPC, por incompatível com a legislação processual trabalhista, sendo inviável, também, a aplicação do art. 404 do CPC, diante das disposições dos arts. 8º e 769 da CLT. O art. 389 do CPC, por sua vez, não revogou as súmulas a respeito da matéria, decorrendo a verba honorária nele prevista de sucumbência ou de composição das perdas e danos.” (TRT 15ª Região – Decisão n. 001767/2011-PATR – Processo n. 0145800-68.2008.5.15.0153 RO – 3ª Turma – 5ª Câmara – relatora Desembargadora Gisela R. M. de Araujo e Moraes – Publicação 21.1.2011 – *in site* do E. TRT15.)

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A concessão de honorários de advogado, na Justiça do Trabalho, não decorre da aplicação do princípio da sucumbência, nos moldes do processo civil (art. 20, § 3º, do CPC), ou do princípio da restituição integral (arts. 389, 395 e 404 do Código Civil), tampouco do art. 133 da Constituição da República, pois não foram modificadas as normas específicas a respeito da matéria. O art. 133 da Constituição da República, ao prever que o advogado é indispensável à administração da Justiça, ressalva expressamente a aplicabilidade das leis vigentes. Assim, empregam-se o art. 791 da CLT, que assegura às partes o *jus postulandi*, e as Leis n.s 1.060/1950, 5.584/1970 e 7.115/1983, que concretizam o comando do art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República. Recurso de revista conhecido e desprovido.” (TST Processo: RR 130340-42.2007.5.02.0087 – Data de Julgamento: 7.12.2010 – relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho – 1ª Turma – Data de Publicação: DEJT 17.12.2010 – *in site* do C. TST.)

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO. SÚMULA 219 DO TST. O entendimento desta Corte é no sentido de ser inaplicável o disposto no art. 389 do Código Civil, em face da evidência de, na Justiça do Trabalho, não vigorar o princípio da sucumbência insculpido no Código de Processo Civil, estando a verba honorária regulada pelo art. 14 da Lei n. 5.584/70. Desse modo, os honorários advocatícios estão condicionados estritamente ao preenchimento dos requisitos indicados na Súmula n. 219 do TST, ratificada pela Súmula n. 329 da mesma Corte, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família, entendimento confirmado pela Orientação Jurisprudencial n. 305 da SBDI-1. Recurso de revista não conhecido. (...) Recurso de revista não conhecido.” (TST Processo: RR 225500-43.2008.5.15.0008 – Data de Julgamento: 7.12.2010 – relator Ministro Mauricio Godinho Delgado – 6ª Turma – Data de Publicação: DEJT 17.12.2010 – *in site* do C. TST.)

DO PREQUESTIONAMENTO

Quanto ao prequestionamento, f. 645-v., não violados os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais mencionados no recurso e contrarrazões. Saliento que na dicção da Súmula n. 297 do C. TST, diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito, inclusive, na conformidade da OJ-SDI1 n. 118 do C. TST, havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este.

CONCLUSÃO

DIANTE DO EXPOSTO, decido CONHECER do recurso de ADRIANO JOSÉ FAGGIAN GALVÃO e, no mérito, O PROVER

EM PARTE para, tornando a ação **PROCEDENTE EM PARTE**, reconhecer o vínculo de emprego e condenar o 1º reclamado a proceder às anotações em CTPS sob pena de astreintes e condenar os 1º e 2º reclamados, solidariamente, ao pagamento de: salários, 13^{os} salários, férias + 1/3, FGTS + 40%, multa do art. 467 da CLT, indenização por dano moral,

com juros e correção monetária; nos termos da fundamentação.

Arbitro à condenação o valor de R\$ 90.000,00; custas em R\$ 1.800,00.

**FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO
GIORDANI**

Desembargador Relator

Índice Geral

Doutrina

Princípios, Constituição e racionalidade discursiva: reflexões úteis para o intérprete juslaboral. 1. Introdução. 2. A indispensabilidade dos princípios para a permanência temporal das ordens constitucionais. 3. A problemática posta por uma ordem principiológica. 4. O espaço procedimental-discursivo como base racional de controle das decisões judiciais calcadas em princípios. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.....

17

O Direito Civil e a sua aplicação ao Direito do Trabalho: abordagem histórica e dogmática. 1. Introdução. 2. Correlações históricas e dogmáticas entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho. 2.1. Introito. 2.2. O Direito Civil como ordenamento exclusivo das relações de trabalho. 2.3. O Direito Civil como ordenamento antagônico ao Direito do Trabalho. 2.4. O Direito Civil como direito subsidiário do Direito do Trabalho. 2.5. O Direito Civil como direito subsidiário e como fundamento teórico aplicável ao Direito do Trabalho. 3. Princípios da codificação civil aplicáveis às relações de emprego. 3.1. Considerações iniciais. 3.2. Os Princípios da Codificação. 3.2.1. O Princípio da Eticidade. 3.2.2. O Princípio da Socialidade. 3.2.3. O Princípio da Operabilidade. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.....

25

Responsabilidade (objetiva) do empregador. 1. Introdução. 2. A responsabilidade do empregador nas hipóteses de terceirização. 3. A responsabilidade do empregador em relação à saúde do empregado. 4. Aspectos processuais relacionados à responsabilidade do empregador no âmbito da relação de trabalho. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas

39

Ação rescisória e ação anulatória na Justiça do Trabalho. 1. Introdução. 2. Ação rescisória.

2.1. Hipóteses de cabimento. 2.1.1. Prevaricação, concussão ou corrupção do julgador. 2.1.2. Julgador impedido ou absolutamente incompetente. 2.1.3. Dolo da parte vencedora ou colusão das partes. 2.1.4. Ofensa à coisa julgada. 2.1.5. Violação à literal disposição de lei. 2.1.6. Prova falsa. 2.1.7. Documento novo. 2.1.8. Invalidade da confissão, desistência ou transação. 2.1.9. Erro de fato. 2.2. Competência. 2.3. Legitimidade. 2.3.1. Legitimidade ativa. 2.3.2. Legitimidade passiva. 2.3.3. Sucessão. 2.4. Procedimento. 2.4.1. Prazo. 2.4.2. Petição inicial e despacho liminar. 2.4.3. Suspensão da execução. 2.4.4. Citação e resposta. 2.4.5. Instrução e procedimentos finais. 2.4.6. Julgamento. 2.4.7. Recursos. 2.5. Projeto do novo CPC. 3. Ação anulatória. 3.1. Projeto do novo CPC. 4. Formas de impugnação às decisões nulas e às ineficazes. 4.1. Citação nula ou inexistente. 4.2. Título fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF. 4.3. “PEC dos recursos”. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.....

52

O modelo cooperativo e o processo do trabalho. 1. Introdução. 2. Modelos de processo. 3. Modelo cooperativo — Conceito — Características. 4. Modelo cooperativo e o processo do trabalho. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.....

102

Los titulares del derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo por razón de nacionalidad en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. I. Introducción. II. La delimitación de la nacionalidad implicada. III. El trabajador europeo. 1. El concepto de trabajador en el ámbito de la Unión Europea. 2. Trabajadores permanentes, fronterizos, de temporada y que ejerzan sus actividades con ocasión de una prestación de servicio. 3. La inevitable relación con la ciudadanía de la Unión Europea. 4. El derecho derivado de la familia de los

trabajadores europeos. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.....	109
O Juiz e a governança do Poder Judiciário: do modelo burocrático ao democrático.	
1. Introdução: confiança no Poder Judiciário e expectativa de sua eficiência.	
2. Gestão e governança: estabelecendo algumas definições estipulativas.	
3. O Poder Judiciário: do modelo burocrático ao modelo democrático. Uma transição possível?	
4. Os Magistrados e a administração judiciária: protagonistas da governança do sistema de Justiça ou atores de sua disfuncionalidade.	
5. Considerações finais.	
6. Referências bibliográficas	128
Sobre a perspectiva crítica à luz da aplicação da Súmula n. 268 do TST na processualística trabalhista.	
1. Introdução.	
2. Desenvolvimento.	
2.1. O tempo e a prescrição.	
2.1.2. Conceito.	
2.1.3. Marco inicial.	
2.2. A ação trabalhista e a prescrição bienal.	
2.3. O arquivamento.	
2.3.1. A interrupção da prescrição e a questão da subsidiariedade das fontes normativas no direito processual do trabalho.	
2.4. Interrupção e suspensão da prescrição: aproximações e distanciamentos.	
2.5. A Súmula n. 268 do TST: a ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição.	
2.5.1. Posicionamento dogmático.	
2.5.1.1. Posicionamento antidogmático.	
2.6. A circularidade das causas e dos efeitos.	
2.7. O arquivamento e a contagem do prazo da prescrição bienal.	
2.8. Sobre uma perspectiva fenomenológica da Súmula n. 268 do TST.	
2.9. Previsão	
de existência e aplicação analógica da “suspensão da prescrição” no processo do trabalho.	
2.9.1. O uso da expressão “suspensão da prescrição” na casuística trabalhista.	
2.9.1.1. O princípio da reserva legal: um aparente contraponto à aplicação analógica da “suspensão da prescrição”.	
3. Considerações finais.	
4. Referências bibliográficas.....	146
A função revisora dos tribunais — a questão da valorização das decisões de primeiro grau — uma proposta de lege ferenda: a sentença como primeiro voto no colegiado.	
1. Introdução.	
2. A eliminação de recurso da sentença na história.	
3. A eliminação de recurso da sentença no direito trabalhista brasileiro.	
4. A execução definitiva da sentença na pendência de recurso.	
5. A execução provisória da sentença na pendência de recurso.	
6. A sentença como primeiro voto no colegiado.	
7. O fenômeno do prévio eclipse da sentença pelo acórdão.	
8. As virtudes da proposta da sentença como primeiro voto.	
9. Conclusão.	
10. Referências bibliográficas	170
Jurisprudência	
Acórdãos do Superior Tribunal do Trabalho	
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho	
Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho.	185
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	194
Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região	237
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.	258
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	269

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: **PETER FRITZ STROTBEK**

Capa: **FORMA E CONTEÚDO EDITORA CRIATIVA**

Finalização: **FABIO GIGLIO**

Impressão: **HR GRÁFICA E EDITORA**

