

Revista **TRT6** E L E T R Ô N I C A do

R e c i f e P E . 2 0 1 6 Nº 43



TRT6
Justiça do Trabalho

**EJTRT6**
Escola Judicial do
Tribunal Regional do Trabalho
da Sexta Região

EQUIPE TÉCNICA

Gutemberg Soares

Jornalista DRT- PE 2475

Florisvalda Rodrigues dos Santos

Bibliotecária

projeto gráfico

Andréa Alcantara,

Siddharta Campos

Capa e diagramação

Siddharta Campos

foto da capa

Elysangela Freitas

CORRESPONDÊNCIA

Avenida Beberibe, 301, Encruzilhada, Recife, PE.

CEP: 52.041-430

Telefone: (81) 3242-0206 / (81) 3225-3429 (unidade Cais do Apolo)

E-mail: revistaeletronica@trt6.jus.br

E-mail: revistaeletronica@trt6.jus.br

Revista eletrônica do TRT6 / Tribunal Regional do Trabalho da 6ª
Região, Escola Judicial – ano 1, n. 1 (1967 -) – Recife, 1967.

n. 43, 2016

Periodicidade irregular.

Continuação da revista impressa com o título: Revista do TRT6.

A partir do n. 41 é publicada exclusivamente em meio eletrônico:

(<http://ensino.trt6.jus.br/ej/mod/page/view.php?id=65>)

1. Direito do trabalho – periódico. 2. Processo trabalhista – periódico. 3. Justiça do trabalho – periódico. 4. Jurisprudência trabalhista. I. Tribunal Regional do Trabalho.

CDD 341.605

Coordenação Editorial

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO (EJ-TRT6)

André Genn de Assunção Barros
Desembargador Diretor

Nise Pedroso Lins de Sousa
Desembargadora Vice-Diretora

Rodrigo Samico Carneiro
Juiz Coordenador-Geral

Juízes Coordenadores-Adjuntos:

Luciana Paula Conforti
Lucas de Araújo Cavalcanti
Renata Conceição Nóbrega Santos

Conselho Consultivo:

Desembargadora Gisane Barbosa de Araújo (Presidente do TRT6)
Desembargador André Genn de Assunção Barros (Diretor da EJ-TRT6)
Desembargadora Nise Pedroso Lins de Sousa (Vice-Diretora da EJ-TRT6)
Desembargador Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura
Juiz Agenor Martins Pereira
Juiz Rodrigo Samico Carneiro

Sumário

1	DUMPING SOCIAL E TERCEIRIZAÇÃO: UMA ANÁLISE PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 30/2015	10
	Arquimedes Vieira de Sá	

2	A ALTERAÇÃO DO SISTEMA DAS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO PELAS SÚMULAS VINCULANTES E PELOS PRINCÍPIOS NORMATIVOS	23
	Helcio Luiz Adorno Júnior Marcele Carine dos Praseres Soares	

3	MIGRAÇÕES E MUNDO DO TRABALHO: CONTRIBUIÇÕES DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE	39
	Isabel Leal Marcon Leonetti	

4

A POSSIBILIDADE DE PROTESTO DA SENTENÇA TRABALHISTA – DO ARTIGO 517 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Markeline Fernandes Ribeiro

48

5

A VALIDADE DA TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL COM QUITAÇÃO DE TODAS AS PARCELAS DO CONTRATO DE TRABALHO: EXEGESE DO RE 590415

Marcelo Rodrigues Prata

56

6

O PROJETO DE LEI DA CÂMARA N. 30/2015: ANÁLISE CRÍTICA DAS PRINCIPAIS MUDANÇAS PROPOSTAS

Jasmim Medeiros Bastos

69

7

O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO TERCEIRO SETOR (LEI N° 13.019/2014, ALTERADA PELA LEI N° 13.204/2015) E A AMPLIAÇÃO DO PROCESSO DE “DEMOCRATIZAÇÃO” NA SOCIEDADE CIVIL BRASILEIRA

Edson Pereira da Silva Neto

81

8

DEPÓSITO RECURSAL NAS IMPUGNAÇÕES ÀS SENTENÇAS PARCIAIS DE MÉRITO NO PROCESSO DO TRABALHO APÓS A EDIÇÃO DA LEI Nº 13.105/2015 (CPC-2015)

Rodrigo Silveira Chung

94

9

HABEAS CORPUS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Augusto Rodrigues da Cunha Lima

110

10

REVENDA DE PRODUTOS IMPORTADOS E A INCIDÊNCIA DO IPI

Gustavo Oliveira de Sá e Benevides

122

Composição

DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO

PRESIDENTE

Gisane Barbosa de Araújo

VICE-PRESIDENTE

Virgínia Malta Canavarro

CORREGEDOR

Ivan de Souza Valença Alves

TRIBUNAL PLENO

Eneida Melo Correia de Araújo
André Genn de Assunção Barros
Ivanildo da Cunha Andrade
Gisane Barbosa de Araújo
Virgínia Malta Canavarro
Valéria Gondim Sampaio

Ivan de Souza Valença Alves
Valdir José Silva de Carvalho
Dione Nunes Furtado da Silva
Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino
Nise Pedroso Lins de Sousa
Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura
Maria do Socorro Silva Emerenciano
Sergio Torres Teixeira
Fábio André de Farias
Paulo Dias de Alcantara
Maria das Graças de Arruda França
José Luciano Alexo da Silva
Carlos Eduardo Gomes Pugliesi

Primeira Turma

PRESIDENTE

Maria do Socorro Silva Emerenciano

Desembargadores

Valéria Gondim Sampaio
Sérgio Torres Teixeira
Carlos Eduardo Gomes Pugliesi

Segunda Turma

PRESIDENTE

Fábio André de Farias

Desembargadores

Eneida Melo Correia de Araújo
Ivanildo da Cunha Andrade
Dione Nunes Furtado da Silva

Terceira Turma

PRESIDENTE

Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino

Desembargadores

Valdir José Silva de Carvalho

Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura

Maria das Graças de Arruda França

Quarta Turma

PRESIDENTE

Nise Pedroso Lins de Sousa

Desembargadores

André Genn de Assunção Barros

Paulo Dias de Alcantara

José Luciano Alexo da Silva

DESEMBARGADORA OUVIDORA

Eneida Melo Correia de Araújo

DUMPING SOCIAL E TERCEIRIZAÇÃO: UMA ANÁLISE PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 30/2015

Arquimedes Vieira de Sá

Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho
pela Faculdade Damas de Instrução Cristã - Servidor do Tribunal
Regional do Trabalho de Pernambuco (TRT 6ª Região)

I. INTRODUÇÃO

Busca-se com o presente estudo salientar algumas contradições da regulamentação das disposições contidas no Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015, que se encontra hoje em tramitação no Senado, cujo relator é o senador Paulo Paim, após haver sido aprovado na Câmara do Deputados, no dia 22/04/2015, onde tramitou sob o número PL nº 4330/2004. Este projeto propõe a ampliação da terceirização e precariza as condições de trabalho no Brasil ao legalizar a interposição fraudulenta da mão de obra e retirar direitos dos trabalhadores. A escolha do tema se deveu a necessidade de se enaltecer que a referida norma, em muitos aspectos, não atende aos princípios constitucionais de valorização do trabalho e respeito à dignidade humana, caracterizando o denominado pela doutrina por *dumping* social.

2. TERCEIRIZAÇÃO: CONCEITO

Consiste a terceirização no mecanismo segundo o qual há o desfazimento dos vínculos trabalhistas diretos que entre a empresa e os trabalhadores, para a formalização de um vínculo indireto, por meio de uma empresa de prestação de serviços, fornecedora de mão de obra. A intenção é “enxugar” a estrutura da empresa interessada diretamente na produção de bens e serviços, de modo a lhe proporcionar mais “eficiência”.

Segundo, ainda, o magistério da saudosa Alice Monteiro de Barros, em sua obra Curso de Direito do Trabalho, editora LTr, 9a edição, p. 357, “*O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendose a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividadefim, transferindo as atividadesmeio.*

Por atividade-fim entenda-se aquela cujo objetivo a registra na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas.”

No Brasil, a terceirização é aceita pelos doutrinadores e magistrados, na medida em que a mesma esteja voltada para a atividade-meio do empregador, ou seja, atividades que não estejam diretamente ligadas ao objetivo final do empreendedor, como serviços de limpeza, vigilância, motoristas, alimentação, e outras.

Trata-se de uma lógica de mercado que se reforçou no Brasil, sobretudo a partir do início da década de 90 do século passado. A tática empresarial de enxugar as estruturas produtivas foi se ampliando cada vez mais, de modo a reduzir sensivelmente a folha de pagamentos de empregados formais. Muito do que era feito por empregados da empresa passou a ser incumbência de terceirizados, isto é, empregados das empresas contratadas para a prestação de “serviços especializados”.

A finalidade do processo de terceirização é, oficialmente, proporcionar à empresa produtiva dedicação integral à sua atividade principal, conhecida como “atividade-fim”. Isto é, livrá-la de preocupa-

ções secundárias, como as relacionadas a serviços de limpeza, portaria e outros, para que possa buscar a almejada eficiência na produção de seus bens e serviços.

Para além do discurso oficial, porém, a realidade é que a terceirização sempre foi vista como um mecanismo de redução de custos de mão de obra. Ora, as empresas somente investem em terceirizar serviços porque lhes custa menos do que empregar mão de obra assalariada própria para os mesmos serviços. Do contrário, não haveria qualquer razão para se falar em “eficiência”. De outro lado, é notório que empregados terceirizados têm nível salarial inferior ao dos empregados formalmente contratados pelas empresas tomadoras. Fica evidente, portanto, que o efeito maior da terceirização é a redução de direitos sociais. Pura e simplesmente. Aliás, matematicamente, como visto.

É certo que nem sempre é fácil distinguir a atividade meio e atividade fim de uma empresa, mormente se considerarmos o grau de especialização atingido pelos novos métodos e tecnologias.

Atividade meio, conforme conceituado pelo Ministro do C. TST Maurício Godinho Delgado (“Curso de Direito do Trabalho”. São Paulo: 9a edição. LTR. 2010. P. 425) “*são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo*”.

E as hipóteses legalmente admitidas de terceirização lícita encontram-se enumeradas na Súmula n. 331, I e III, da jurisprudência dominante do C. TST

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei no

6.019, de 03.01.1974).

II - (...).

III Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei no 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - (...).

V - (...).

VI - (...)”. (g.n)

Excluindo-se, portanto, as situações acima citadas, resta caracterizada a terceirização ilícita.

Impõe-se, neste momento, deixar claro que o principal efeito de uma contratação ilegítima, seja de locação de mão de obra, seja de prestação de serviço é, o vínculo de emprego direto entre o trabalhador e o tomador de serviço

Destarte, quando a empresa tomadora de serviços terceiriza atividade essencial à própria subsistência da empresa, tal prática tem merecido o repúdio dos operadores do Direito do Trabalho, uma vez que inviabiliza a integração do empregado à empresa, bem como pulveriza o movimento sindical, precarizando a condição do trabalho. De plano, tal comportamento fere um dos princípios fundamentais da Constituição da República, que guarda os valores sociais do trabalho (Constituição Federal, art. 1º, IV) como um dos fundamentos da República.

Logo, o contrato de prestação de serviços celebrado entre a tomadora (beneficiária direta dos serviços do autor) e a prestadora de serviços que tem como objetivo desvirtuar a aplicação das normas de proteção ao trabalho estabelecidas pela CLT é nulo de pleno direito, à luz do disposto no art. 9º consolidado.

Na prática, observa-se que ao terceirizar sua atividade essencial, a empresa contratante promove redução dos níveis de salário dos

trabalhadores envolvidos no processo de subcontratação, o que caracteriza abuso de direito, pois este (direito de terceirizar) não foi exercido com a finalidade social para o qual foi conferido, desprezado que foi o interesse da coletividade de trabalhadores, causando prejuízos a estes, precarizando o mercado de trabalho e provocando a desestabilização dos vínculos sociais, uma vez que a desvalorização do trabalho gera significativa perda para a sociedade, qual seja, a perda do trabalho como referencial. Segundo o doutrinador Márcio Túlio Viana, o homem já não fornece sua força de trabalho, mas todo seu corpo e sua alma, neste processo de terceirização.

Ressalte-se que a legislação trabalhista veda a contratação de trabalhadores por empresa interposta, salvo nas hipóteses de trabalho temporário (Lei no 6.19/1974), sendo vedada, igualmente, a contratação de empresa terceirizada para a prestação de serviços ligados à atividade-fim do tomador (Lei no 7.102/1983), nos termos do entendimento jurisprudencial consubstanciado no item I, da Súmula no 331 do C. TST.

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE *Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000*
I A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei no 6.019, de 03.01.1974).

(...)”(negrejei)

2.3 O POLÊMICO PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 30/2015

Mais uma etapa da flexibilização dos mercados de trabalho surge no horizonte, na forma da possibilidade de terceirização inclusive de atividades fins das empresas privadas e entes públicos por meio do

Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 30/2015, cujo relator é o senador Paulo Paim, que discute a denominada Lei da “terceirização”. Este, encontra-se aguardava leitura de requerimento em 16/03/2016 (disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>, consultado em 05/05/2016).

No meio jurídico trabalhista, há uma quase unanimidade no sentido de que “Flexibilização” é o codinome de “regressão dos direitos sociais”.

Com efeito, os direitos sociais e econômicos foram conquistados a duras penas, na Europa e nos Estados Unidos, pelas classes subalternas, depois de duas guerras mundiais e da Grande Depressão dos anos 30, estando, entretanto, na iminência de sofrer as dores dos projetos de “competitividade” nascidos da intensificação da concorrência entre as grandes empresas que dominam o mundo da globalização.

Assistimos às bandeiras da “competitividade” serem desfraldas em todos os rincões do planeta como solução para o declínio econômico das nações, mesmo que esses projetos, em sua execução, destruam as condições de vida dos cidadãos comuns que labutam cotidianamente na busca da sua sobrevivência e de sua família.

A economia capitalista dos últimos 40 anos foi restaurada em suas formas essenciais no momento em que a força política das classes proprietárias e dominantes submeteu o Estado e o colocou como executor dos projetos da desregulamentação financeira, como fator da flexibilização dos mercados de trabalho e garantidor dos movimentos de internacionalização da grande empresa.

Entregue ao jogo entre a proteção desmedida de seus propósitos pelo Estado e as forças “naturais” que a movem na direção da concentração da riqueza e da renda, a economia capitalista falhou com grande escândalo em sua capacidade de gerar empregos, de oferecer segurança aos que ainda conseguem empregar ou de alentar os já empregados com perspectivas de melhores salários.

A dita flexibilização e seus tormentos assolam os trabalhadores da economia globalizada. O desempenho sofrível dos rendimentos dos assalariados e da maioria dos que trabalham por conta própria

combinou-se com a aceleração do crescimento dos rendimentos do capital para produzir um inevitável aumento nos índices de desigualdade na distribuição funcional da renda. Desde os anos 80, as reformas propostas para os mercados de trabalho não fazem outra coisa senão aumentar a participação dos rendimentos do capital na renda agregada.

Fatores decisivos para o comportamento decepcionante dos rendimentos da maioria da população nas regiões “ricas”, particularmente nos Estados Unidos, foram, sem dúvida, a diminuição do poder dos sindicatos e a redução no número de sindicalizados, o crescimento do trabalho em tempo parcial e a título precário e a destruição dos postos de trabalho mais qualificados na indústria de transformação, sob o impacto da migração das empresas para as regiões onde prevalece uma relação mais favorável entre produtividade e salários.

Ademais, no caso de contratação com a Administração Pública, o projeto remete à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que “regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”. Isso significa que a Administração Pública é solidariamente responsável quanto aos encargos previdenciários, mas não quanto às dívidas trabalhistas.

Cumprir informar que, atualmente, existem cerca de 48,9 milhões de trabalhadores formais no País, consoante a Relação Anual de Informações Sociais do Ministério do Trabalho em 2013. A parcela de 25% de terceirizados recebe salários inferiores àqueles dos contratados diretos para as mesmas funções, tem menos benefícios, está mais sujeita a acidentes, à violação de direitos trabalhistas e ao trabalho em condições análogas às da escravidão.

Há forte pressão empresarial para ampliar o uso de terceirizados, que põe tudo em risco.

Outrossim, conforme levantamento da CUT e do Dieese, em 2010 os terceirizados recebiam em média 27% a menos do que os contratados diretos para exercer funções semelhantes, tinham uma jornada semanal 7% maior e permaneciam menos tempo no mesmo trabalho (em média 2,6 anos, ante 5,8 anos para os trabalhadores diretos).

Em sondagem da CNI, 60% das empresas dizem oferecer aos terceirizados e aos contratados o mesmo tratamento.

Entre os 40 maiores resgates de trabalhadores em condições análogas à escravidão nos últimos quatro anos, 36 envolviam empresas terceirizadas, segundo levantamento do cientista social Vitor Filgueiras, do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho da Unicamp.

A ocorrência de doenças e mortes entre terceirizados são mais frequentes. Na construção de edifícios, com mortalidade duas vezes superior à média em acidentes de trabalho, 55,5% dos óbitos foram de terceirizados em 2013.

Ao seu turno, um fato novo aumentou a esperança dos empresários na liberação da terceirização. Pela primeira vez, o assunto está nas mãos do Supremo Tribunal Federal, encarregado de apreciar o recurso da fabricante de celulose Cenibra, de Minas Gerais, contra a decisão da Justiça do Trabalho de condená-la a pagar 2 milhões de reais por terceirização ilegal. A condenação baseou-se em uma denúncia do Ministério Público do Trabalho e do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativas de Guanhães, de terceirização nas atividades de florestamento e o reflorestamento, ligadas à operação principal da empresa.

O Ministro Luiz Fux, relator, no início rejeitou o recurso da Cenibra e a decisão foi mantida em agravo regimental. Em seguida, após apreciar embargos declaratórios, modificou radicalmente o seu entendimento e acolheu o recurso empresarial. O assunto seguiu para exame da existência de repercussão geral (indispensável ao julgamento dos recursos extraordinários), situação em que a decisão a ser tomada pela Corte deve ser aplicada a todos os casos em tramitação na Justiça. A maioria dos ministros considerou existente a repercussão geral, com votos contrários de Rosa Weber, Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski. A Procuradoria-Geral da República deu parecer contrário ao recurso da Cenibra, e mobiliza, de um lado, inúmeras entidades de classe e sindicais preocupadas com os efeitos de uma possível aceitação definitiva do recurso e, na posição oposta, entidades empresariais,

como a CNI, interessadas na ampliação das hipóteses de terceirização para reduzir os custos salariais.

Em reforço à ofensiva empresarial contra os direitos trabalhistas, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) no 324. Nela, a Associação Brasileira do Agronegócio pede a suspensão do andamento de qualquer processo em curso na Justiça do Trabalho em que se discuta a legalidade da terceirização empreendida por empresário. Caberá ao ministro Luís Roberto Barroso a relatoria da ação, contestada pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho.

Consoante a secretária da Central Única dos trabalhadores Maria das Graças Costa “*O que está em debate é a destruição ou a preservação de tudo o que construímos nos últimos cem anos de lutas trabalhistas no Brasil*”.

No setor público, o maior problema está relacionado à inadimplência das terceirizadas com os trabalhadores ao fim do contrato. A exigência da licitação pelo menor preço leva à contratação de empresas frágeis financeiramente.

Amado e combatido há mais de meio século, o legado getulista está nas mãos dos ministros do STF.

3. DUMPING SOCIAL

O termo *dumping* foi inicialmente utilizado no Direito Comercial, para definir o ato de vender grande quantidade de produtos a um preço muito abaixo do praticado pelo mercado. No Direito Trabalhista a ideia é bem similar: as empresas buscam eliminar a concorrência à custa dos direitos básicos dos empregados. O *dumping* social, portanto, caracteriza-se pela conduta de alguns empregadores que, de forma consciente e reiterada, violam os direitos dos trabalhadores, com o objetivo de conseguir vantagens comerciais e financeiras, através do aumento da competitividade desleal no mercado, em razão do baixo custo da produção de bens e prestação de serviços.

A prática do chamado *dumping* social aos poucos começa a ser identificada em alguns processos trabalhistas existentes. Como ainda é um fenômeno pouco difundido entre a classe trabalhadora, a constatação dessa prática ilícita acaba ocorrendo tardiamente, já no curso do processo e pelo próprio julgador, que não poderá determinar o pagamento de indenização de ofício.

Com efeito, várias são as práticas que podem configurar o *dumping* social, como o descumprimento de jornada de trabalho, a terceirização ilícita, inobservância de normas de segurança e medicina do trabalho, entre outras.

Porém, cumpre frisar que mesmo havendo a tal prática, se o ofendido no processo trabalhista não pleitear indenização na petição inicial, o juiz não poderá condenar a empresa ofensora a reparar o dano, caso identifique a prática no decorrer do processo, nos termos dos artigos 141 e 492 do NCPC.

Há necessidade premente de se difundir o que é o *dumping* no âmbito trabalhista, mormente no que diz respeito à terceirização ilícita, objeto deste estudo, a fim de punir os empregadores que insistem em desprestigiar direitos dos empregados com o fim de crescimento econômico desleal. É uma prática bastante comum, porém pouco conhecida pela classe trabalhadora, que muitas vezes tem seus direitos violados reiteradamente, mas acaba aceitando a situação.

Deste modo, reconhecida qualquer prática que configure *dumping* social, ao demandar em juízo, o ofendido deve incluir a pretensão de reparação na inicial da ação trabalhista. Caso contrário, o ilícito pode ficar sem a devida punição, já que ao julgador é vedado deferir a indenização de ofício, conforme já decidido pelo C. TST.

Outrossim, o Enunciado nº 4 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, ocorrido em 2007 no TST, dispõe que essa violação reincidente e inescusável aos direitos trabalhistas gera dano coletivo, já que, com tal prática, desconsidera-se, propositalmente, “a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência”.

Empresas que praticam o *dumping* são consideradas fraudadoras e causam danos não apenas aos seus empregados, mas também a empregadores que cumprem com seus deveres trabalhistas, pois eles acabam sofrendo perdas decorrentes da concorrência desleal. Com a constatação da prática ilícita e do dano, surge o dever de reparar os ofendidos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como propósito oferecer, de forma sintética e objetiva, uma análise crítica a respeito Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015, em tramitação no Senado Federal, que alarga a possibilidade de terceirização para as atividades finalísticas das empresas no Brasil, e suas consequências, considerando-se o fenômeno do *dumping* social e a precarização do trabalho humano. Espera-se que os diversos argumentos aqui expostos possam contribuir para o debate acalorado que se tem travado nos últimos anos, em nosso país, a respeito de tão espinhoso tema, para que se chegue ao final se alcance um consenso.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6022*: informação e documentação: artigo em publicação periódica científica impressa: apresentação. Rio de Janeiro, 2003a. 5 p.
2. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023*: informação e documentação: elaboração: referências. Rio de Janeiro, 2002a. 24 p.
3. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6028*: resumos. Rio de Janeiro, 2003b. 2 p.

4. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013.

5. CARRION, Valentin. **Comentário à consolidação das leis do trabalho**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 199. v.3. t.3.

6. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

7. *Dumping Social*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/dumping-social-indenizacao-deve-ser-requerida-pelo-ofendido>. Acesso em: 15 dez.2015.

8. MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o direito do direito do trabalho**. 6. ed. Ver. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

9. PIRES, Eduardo Rockenbach. [Terceirização e injustiça social: abordagem crítica ao Projeto de Lei 4.330/2004](#). Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3865, 30 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26545>>. Acesso em: 6 jan. 2015.

10. Santos, Élisson Miessa dos; Correia, Henrique Lima. **Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST: comentadas organizadas por assunto**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013

11. SÜSSEKIND, Arnaldo. **O Enunciado nº 256: mão-de-obra contratada e empresas de prestação de serviços**. Revista LTr 51-3/276. _____; MARANHÃO, Délio; VIANNA, José Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 11. Ed. São Paulo: LTr, 1991. v. 1.

12. Terceirização. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2012/02/terceirizacao-e-alternativa-para-aumentar-eficiencia>>

13. Terceirização Ilícita. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-25/juiz-goiania-chama-terceirizacao-ilicita-dumping-social>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

14 Sindipetro - PARANÁ E SANTA CATARINA. STF vai delimitar os contornos da terceirização de mão de obra. Disponível em: <<http://www.sindipetroprsc.org.br/site/index.php/noticias/itemlist/tag/TST>>. Acesso em: 16 dez.2015

15. PLC 30/2015 – CONSULTA A ATIVIDADE LEGISLATIVA. <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>>

16. Viana, Márcio Túlio. **Para entender a terceirização**. São Paulo: LTr, 2015.

2 A ALTERAÇÃO DO SISTEMA DAS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO PELAS SÚMULAS

Helcio Luiz Adorno Júnior

Juiz Titular da 76ª Vara do Trabalho de São Paulo
Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela
Universidade de São Paulo

Marcele Carine dos Praseres Soares

Juíza do Trabalho da 2ª Região
Mestra em Direito do Trabalho e Previdência Social
pela Universidade de São Paulo

I. Introdução

O direito brasileiro, como é cediço, tem origem no sistema romano-germânico, também conhecido como insular. Diferentemente do sistema anglo-saxão, denominado peninsular, que se baseia em precedentes judiciais, o sistema continental tem a lei positivada como a mais importante de suas fontes do direito. Essa realidade, contudo, tem sofrido significativas modificações, de modo que o enquadramento do ordenamento jurídico brasileiro no sistema romano-germânico, do

qual se originou, já não é imune a influências de outros sistemas, como foi no passado.

O quadro das fontes do direito vem experimentando alterações. Os princípios, que inicialmente tinham apenas função supletiva, passaram a ter força normativa, galgando posição de primazia entre as fontes do direito. Outros mecanismos próprios dos países que adotam o sistema anglo-saxão, como os *prejulgados* e as *súmulas vinculantes*, cresceram em importância no direito brasileiro na última década. A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que foi batizada de 'Reforma do Judiciário', implantou no ordenamento jurídico nacional as *súmulas vinculantes*, inserindo o artigo 103-A na Constituição Federal de 1988. Alterou significativamente o enquadramento da jurisprudência dos tribunais superiores entre as fontes do direito nacional, aproximando o sistema jurídico brasileiro dos vigentes em países que adotam o modelo anglo-saxão, dos chamados *precedentes judiciais*. Refletir sobre esta realidade e analisar suas possíveis implicações para o direito brasileiro é a proposta deste artigo.

2. Origem histórica dos sistemas jurídicos

O direito codificado tem a lei como sua principal fonte. Nasceu com o declínio da Idade Média, para restabelecer a universalidade do direito que havia sido prejudicada com a invasão dos bárbaros ao Império Romano, o que resultou no feudalismo. A denominada Escola do Direito Natural buscou a sistematização racional das normas jurídicas, especialmente no século XVII (MARTINS FILHO, 2013). A positivação de regras jurídicas, a partir de então, ganhou corpo no mundo moderno, com a codificação dos direitos nacionais. Frutos de mencionado movimento foram as Ordenações Filipinas, em Portugal, e o Código Napoleônico, na França. A raiz era a mesma do antigo direito romano: a lei figurava como base do sistema jurídico. Buscavam-se na lei as soluções para todos os possíveis litígios que nascessem na sociedade, reservando-se à jurisprudência a função supletiva de inter-

pretação extensiva ou supletiva para as hipóteses não albergadas pelos preceitos legais positivados.

Enquanto na Europa Continental, sobretudo na França e na Alemanha, predominou o Direito Codificado, com conteúdo universal da codificação legal, na Inglaterra prevaleceram os costumes locais como fontes do direito. Isto decorreu da estabilidade social, porque a característica insular do território protegeu a Inglaterra de guerras e de conflitos internos. A aplicação destes costumes era feita pelas Cortes Reais, sem a necessidade de formalização de leis (MARTINS FILHO, 2013). No sistema denominado insular, a principal fonte do direito passou a ser, assim, a jurisprudência. Na ausência de leis e na prevalência dos costumes locais das comunidades, os precedentes judiciais ganharam importância de tradição acumulada, com os chamados *leading cases*.

Esta divisão entre os sistemas jurídicos mencionados, aos quais se soma um terceiro, chamado socialista, atualmente não é tão nítida quanto foi no passado. Deixou de ser estanque, pois sistemas jurídicos que outrora eram facilmente classificados como romano-germânicos começaram a ser fortemente influenciados por institutos próprios do sistema anglo-saxão, que é o seguido pelos países da *common law*. A partir destas constatações, Didier Júnior (2015) denomina o atual sistema jurídico brasileiro de miscigenado. É importante que o sistema nacional 'miscigenado' funcione como eficiente arcabouço jurídico para a entrega da prestação jurisdicional socialmente justa, em especial na seara trabalhista.

3. Classificação das fontes do Direito

As fontes do direito brasileiro são enquadradas, entre outras classificações tradicionais, como fontes diretas (primárias), indiretas (secundárias) e de explicitação. Entre as primeiras, estão as leis e os costumes; entre as segundas, a doutrina e a jurisprudência; já na terceira categoria, aparecem a analogia, a equidade e os princípios gerais

do direito (BEZERRA LEITE, 2007). Estes últimos têm, assim, papel de fontes supletivas, como “princípios normativos subsidiários, ou de “proposições ideais informadoras da compreensão dos fenômenos jurídicos”, quando são enquadrados como descritivos (DELGADO, 2007, p. 171). Identifica-se, porém, função de maior importância dos princípios no momento jurídico atual, qual seja a de servirem como fontes normativas concorrentes, pela qual ganham “natureza de norma jurídica” (DELGADO, 2007, p. 171). Mencionada função normativa dos princípios passou a ser visualizada pela doutrina moderna na segunda metade do século XX, como ensina Delgado (2007, p. 189):

[...] Tal função normativa específica aos princípios seria resultante de sua dimensão fundamentadora de toda ordem jurídica. Essa dimensão passa, necessariamente, pelo reconhecimento doutrinário de sua natureza de norma jurídica efetiva e não simples enunciado programático vinculante. Isto significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas jurídicos (constituições, leis e diplomas correlatos) estaria também presente nos princípios gerais do Direito. Ambos seriam, pois, norma jurídica, dotados da mesma natureza normativa. [...] (destaques do original)

Delgado (2007, p. 191) não atribuiu autonomia à mencionada função normativa dos princípios, ao sustentar que atua juntamente com a função interpretativa, denominando essa simbiose de “função simultaneamente interpretativa/normativa”. Como também conclui Bezerra Leite (2007, p. 47-48):

[...] Com efeito, a norma ápice do ordenamento jurídico pátrio, logo no seu Título I, confere aos princípios o caráter de autênticas normas constitucionais. Vale

dizer, já não há mais razão para a velha discussão sobre a posição dos princípios entre as fontes do direito, porquanto os princípios fundamentais inscritos na Constituição Federal passam a ser as fontes normativas primárias do nosso sistema. (...) É importante salientar que atualmente surge na academia uma nova compreensão do papel dos princípios constitucionais fundamentais em nosso ordenamento jurídico, o que passa, necessariamente, pela leitura das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, pois ambas inspiram novos estudos sobre hermenêutica nas modernas democracias ocidentais. [...]

Pela sistemática atualmente vigente no Brasil, verifica-se que a função normativa dos princípios ganhou autonomia, desgarrando-se da tradicional função meramente interpretativa. Reverteu-se a mencionada ordem original das fontes do direito, pela qual o princípio enquadrava-se como simples fonte de explicitação ou apenas como meio de integração do ordenamento jurídico, mas não como fonte direta ou primária. O mesmo se tem verificado em relação à jurisprudência. Classificada tradicionalmente como fonte secundária, a jurisprudência alcançou importância maior na hierarquia das fontes do direito brasileiro, especialmente depois da adoção das súmulas vinculantes, na busca da denominada ‘padronização decisória’, o que levou Bezerra Leite (2007, p. 40) a sustentar que “salta aos olhos que ela passa a ser fonte formal direta”.

4. As Súmulas Vinculantes entre as fontes do Direito

A jurisprudência, que é o conjunto de decisões judiciais, “traduz a reiterada interpretação conferida pelos tribunais às normas

jurídicas, a partir dos casos concretos colocados a seu exame jurisdicional”, segundo Delgado (2007, p. 169), que destaca seu papel relevante na tarefa de aplicação da lei, em especial no direito do trabalho brasileiro:

[...] No sistema jurídico romano-germânico (ao qual se filia o Brasil), percebem-se duas posições principais acerca da classificação da jurisprudência no quadro das fontes jurídicas: a primeira, tradicional e dominante, que tende a não acatar a jurisprudência como fonte de normas jurídicas; a segunda, mais moderna, ponderando que a jurisprudência tem um indissociável papel jurígeno (criador do Direito). Em certos ramos – como o Direito do Trabalho – esse papel seria até mesmo determinante à compreensão da própria estrutura e dinâmica do conjunto do ramo jurídico enfocado. [...]

Para a corrente de pensamento tradicional, a jurisprudência não tem valor de regra geral, estando restrita ao caso em análise e funcionando de maneira supletiva. Já para os doutrinadores modernos, conta com autoridade de ato-regra, diante da reiteração de comandos decisórios similares em determinadas situações jurídicas, tornando-se verdadeiros preceitos legais para a solução de casos futuros (DELGADO, 2007). Theodoro Júnior (2015, p. 31), como expoente do pensamento moderno, destaca a nova realidade da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar das fontes do direito processual comum:

[...] A incoerência do legislador, a obscuridade dos textos normativos, a imprecisão terminológica, com falhas naturais de toda criação humana, são frequentemente superadas pelo trabalho criativo e aperfeiçoador da doutrina e da jurisprudência. Diante, principalmente,

do prestígio que o direito moderno vem dispensando à força normativa das decisões judiciais, por meio das súmulas vinculantes e do encargo conferido aos tribunais de preencher in concreto os conceitos vagos (conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais), cada vez mais utilizados pelo legislador, impossível recusar à jurisprudência a qualidade de fonte do direito. [...]

No processo do trabalho, diante do conteúdo fortemente social dos interesses em conflito, a adoção do entendimento da corrente doutrinária mais moderna no tema das fontes do direito encontra forte ressonância. Segundo Nascimento (1992, p. 138):

[...] Para a teoria moderna, a jurisprudência é valorizada como fonte do Direito, o juiz é dotado de um poder criativo, para alguns fundamentado na lei, sendo exemplo a equidade, na qual se encontra, sem dúvida, uma transferência do poder de legislar do Legislativo para o Judiciário. [...]

O quadro tradicional das fontes do direito tende a sofrer significativas alterações, como de fato já vem ocorrendo desde a edição de precedentes vinculantes ou obrigatórios e os persuasivos e, agora, com as súmulas vinculantes, no ordenamento jurídico brasileiro, o que bem observa Theodoro Júnior, à luz do Novo Código de Processo Civil (2015, p. 32):

[...] nosso direito positivo reconhecia aos precedentes judiciais uma força criativa, que lhes atribuía, em boa proporção, o papel de 'importante força do direito', sem embargo de nossas tradições romanísticas ligadas à civil law. (...) O Novo Código de Processo Civil vai muito além e encaminha-se para

uma aproximação maior com a common law, estendendo o dever submissão ao precedente, principalmente àquele dos tribunais superiores, como regra geral, sem limitar-se às súmulas qualificadas como vinculantes (art. 926). [...] (destaques do original)

O crescimento do sistema de padronização das decisões judiciais, em especial com a força das súmulas vinculantes, contudo, não pode ter a condão de eliminar a força criativa das decisões judiciais da primeira instância, as quais precisam ter em vista a força normativa dos princípios constitucionais.

5. As Súmulas dos Tribunais Superiores

Com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 e a implantação das súmulas vinculantes no artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, sacramentou-se a relevância da jurisprudência no quadro das fontes do direito brasileiro. Atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal o poder de editar, a partir de decisões reiteradas sobre determinado assunto, súmulas com força vinculante, cujos comandos os demais juízes não podem deixar de observar em seus julgamentos. As decisões, nas matérias tratadas pelas súmulas vinculantes, passaram a ser padronizadas. Segundo Didier Júnior (2015, p. 40-44):

[...] No Brasil, embora a importância da opinião dos doutrinadores ainda seja bem significativa (característica do civil law), o destaque atribuído à jurisprudência (marca do common law) é notável, e de que serve de exemplo a súmula vinculante do STF. [...]

Nos tribunais trabalhistas, a jurisprudência sempre teve forte influência na solução dos litígios. O Tribunal Superior do Trabalho

edita precedentes normativos, orientações jurisprudenciais e súmulas de jurisprudência. Estas últimas eram chamadas ‘enunciados’, nome que foi alterado em seguida ao advento das súmulas vinculantes. Pela sistemática recursal vigente, esses institutos servem inclusive como mecanismos para impulsionar ou mesmo travar o processamento de recursos, conforme as teses neles debatidas estejam ou não em consonância com os entendimentos pacificados pela jurisprudência dos tribunais.

Como visto, o sistema normativo brasileiro, inspirado no sistema romano-germânico, tradicionalmente tem por base primordial a legislação. A jurisprudência, como fonte imprópria ou indireta, atuava em segundo plano, normalmente como método de interpretação, e não em substituição à lei, fonte do direito por excelência. A brusca inversão da hierarquia dessas fontes ou a peremptória classificação de ambas em igual patamar pode afetar um dos princípios constitucionais fundamentais, que é o da separação dos poderes. Segundo Pimenta (2012, p. 468):

[...] atribuir aos Tribunais Superiores o poder de editar súmulas contendo preceitos gerais e abstratos que consagrem interpretações obrigatórias para os demais juízes equivale, na prática, a lhes conceder poder legiferante (...), o qual será exercido pelos integrantes do Tribunal sem a observância do processo legislativo e sem os debates prévios e públicos que antecedem a edição das leis pelo Congresso Nacional. [...]

Nos países que adotam a *common law*, a força dos precedentes, no quadro das fontes do direito, não pode ser comparada direta e friamente à das súmulas. Os primeiros são utilizados como paradigmas quando os fatos dos casos em julgamento são similares. Isto significa promover princípios outros, como o da segurança jurídica e o do tratamento igualitário, para situações jurídicas controvertidas que se encontram sob o mesmo suporte de fato. Situação diversa é a que se verifica com as súmulas de jurisprudência, as quais, assim como as

leis, são dotadas de abstração e de generalidade. Também são objeto de interpretação e, como tal, não inibem o indesejado efeito protelatório, já que nem mesmo o texto normativo que se encontra no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, que é a Constituição Federal, consegue ser indiscutível. Segundo Carreira (2011, p. 221):

[...] Portanto, é importante ter em mente que a súmula vinculante, assim como a lei, é texto, ou seja, suporte fático, razão pela qual se deve buscar a sua norma jurídica, que é o resultado/produto da interpretação. Nesse sentido, não há como enxergar a súmula vinculante como uma norma pronta, pois sua aplicação depende da interpretação do jurista, que, no caso concreto, é que irá extrair, ou melhor, construir a norma jurídica, sempre atento as especificidades de cada caso concreto. Assim, qualquer que seja a situação, a sua aplicação dependerá de um processo interpretativo, de verificação do caso concreto, de análise das especificidades, pois do contrário a súmula deixa de ter qualquer utilidade no nosso sistema, já que tornaria o juiz um mero carimbador. [...]

Não se pode esquecer que o Poder Judiciário tem o dever de julgar causas que envolvem verdadeiros conflitos de interesses dos jurisdicionados, e não simples teses jurídicas. Espera-se das decisões judiciais a racionalidade na solução dos litígios, para a justa pacificação dos conflitos, e não o mero resultado simétrico que adviria de uma ciência exata. Conforme Bahia (2012, p. 376-377), “as súmulas podem ser uma boa ferramenta na resolução de litígios, mas jamais conseguirão evitar a necessidade de interpretação e, logo, de variabilidade hermenêutica.”

Essa parcela da jurisprudência que tem *status* de vinculante, com a crescente padronização das decisões judiciais, deixa de ser uti-

lizada como fonte supletiva de interpretação ou como fonte integrativa, ao lado da analogia, dos costumes, dos princípios gerais de direito (artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil) e direito comparado (artigo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho). Passa a ser fonte primária de direitos e deveres, inclusive a partir de iniciativa do próprio Supremo Tribunal Federal, que pode editá-la de ofício, mediante decisão de dois terços de seus membros. É desnecessário, inclusive, que haja processos em andamento, sejam ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade, para a edição da súmula vinculante, como dispõe o artigo 103-A, da Constituição Federal de 1988. Como bem lembram Borges e Cury (2011, p. 247):

[...] Não se pode olvidar que a Corte Suprema é composta por indicação política, enquanto os juízes de primeira instância passam por rigoroso processo seletivo. Assim, a imposição do entendimento daqueles pode resultar em perigoso processo de exacerbação política do ordenamento jurídico. [...]

Além da ampla discussão cabível quanto à legitimidade do Supremo Tribunal Federal para aprovar súmulas vinculantes, eis que exerceria funções propriamente legiferantes, há outras críticas de caráter mais pragmático. Trata-se do argumento de que envolve a hierarquia dos textos legal e sumular quando ainda são passíveis de interpretação. É a situação em que o texto da súmula, ao invés de impedir interpretações dissonantes, é o próprio alvo da discordância, ficando, assim, passível de impugnação. Portanto, no lugar de pacificar determinada questão, atravancaria o andamento dos processos e comprometeria a celeridade das decisões (GOMES, 2012).

A expectativa de que o Poder Judiciário profira decisões céleres e similares para casos idênticos, objetivo maior da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, é socialmente justa e merece o empenho de todos os órgãos que o compõem. Propicia maior segurança jurídica

aos jurisdicionados, com a previsibilidade das decisões judiciais. No entanto, a padronização das decisões, que decorre dessa realidade, não pode engessar o pensamento (atividade intelectual) dos juízes. Os julgadores são autênticos criadores de comandos jurídicos, ao interpretar as normas sob os anseios da sociedade e à luz da problemática de seu tempo. Segundo Borges e Cury (2011, p. 244):

[...] O juiz de primeira instância representa o órgão judicante que mais proximidade tem com este cenário suscetível de modificação, e por isto, tem primordial importância no estabelecimento da discussão sobre a aderência da norma ao sistema, ou seja, se o positivado está coerente com a realidade social. Contudo, ao dever obediência à súmula, o juiz fica tolhido em sua importante missão de estabelecer esse diálogo com o jurisdicionado. [...]

A polêmica ganha maior repercussão quando se verifica que há efetiva mobilização de tribunais superiores no sentido de estender a cultura da vinculação dos julgados aos juízes de primeira e de segunda instâncias. Busca-se uniformizar as decisões e acelerar os pronunciamentos judiciais, incrementando a produtividade dos julgadores e reduzindo o quantitativo de recursos. Podem ser mencionados, também, os precedentes persuasivos, oriundos da jurisprudência dos tribunais regionais, invocados com mais frequência que as próprias súmulas.

Com entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, a obrigatoriedade da observância da jurisprudência dos Tribunais Regionais e dos Tribunais de Justiça ficou expressa no artigo 927, especialmente em seus incisos III e V. Ampliou-se o rol de decisões vinculantes para juízes e desembargadores, que deverão observar a jurisprudência resultante de incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais aos quais estiverem vinculados. A nova regra ampliativa

da relação de fontes jurisprudenciais vinculantes colide com o artigo 22 da Constituição Federal de 1988, ao atribuir competência normativa aos tribunais por lei ordinária. O mesmo artigo 927 conflita com o artigo 1º. do Novo Código de Processo Civil, ao prescrever que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. O artigo 22 trata da competência privativa da União para legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Já o artigo 103-A da Constituição Federal de 1988 classifica como vinculantes tão somente as súmulas de jurisprudência que forem aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, em consonância com o regime republicano vigente no país. De acordo com Lenza (2015, s/p), “essas regras de vinculação não poderiam ter sido introduzidas por legislação infraconstitucional, mas, necessariamente, por emenda constitucional a prever outras hipóteses de decisões com efeito vinculante, além daquelas já previstas na Constituição.” O artigo 985, § 1º., e o artigo 988, inciso IV, do Novo Código de Processo Civil, ainda dispõem que caberá reclamação, em caso de falta de observância das regras dos incisos III e V do artigo 927 do mesmo diploma legal.

O Tribunal Superior do Trabalho publicou a Instrução Normativa 39/2016, para regular a aplicação das regras do novo Código de Processo Civil ao processo do trabalho. Em seu artigo 15, dispõe sobre os precedentes, para fins de vinculação de juízes e tribunais e, no inciso VI, atribuiu à parte o ônus de apontar os fundamentos determinantes ou dissonantes do precedente suscitado.

As recentes inovações na legislação processual brasileira ensejarão muitos debates, sendo imprescindível o aprofundamento do estudo de suas prováveis implicações na atividade judicante. É visível, de qualquer modo, a tendência uniformizadora que delas decorre, na busca da convergência de diferentes entendimentos jurisprudenciais. Contudo, o efeito colateral deste expediente é o de mitigar a atividade intelectual dos juízes, na medida em que reduz a esfera de interpretação

da legislação vigente na solução dos conflitos postos a sua apreciação, tarefa em que os princípios normativos têm profunda importância.

6. Considerações finais

Tradicionalmente, no tema das fontes do direito brasileiro, de inspiração romano-germânica, a jurisprudência não contava com papel primordial. Era classificada como fonte secundária, uma vez que prevalecia a lei como principal fonte formal para a solução dos conflitos pelos juízes. Sempre foi diferente a sistemática dos países que adotam o sistema dos precedentes, os da chamada *common law*, nos quais os casos julgados são fontes importantes para a atuação dos juízes. No entanto, o quadro das fontes do direito brasileiro tem sofrido significativas alterações, seja quanto ao papel dos princípios constitucionais, seja quanto à influência dos precedentes judiciais, em especial com o advento das súmulas vinculantes, implantadas com a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Criou-se situação híbrida, na qual um ordenamento jurídico de inspiração romano-germânica passou a ser fortemente influenciado por instituto típico do direito insular, que é o da vinculação dos julgamentos por precedentes.

É louvável a intenção do legislador, tanto da ‘Reforma do Judiciário’ como do Novo Código de Processo Civil, de dar maior segurança aos jurisdicionados com a previsibilidade dos julgados. Não se pode tolher, no entanto, a atividade de criação do direito, que decorre da interpretação das leis pelos juízes que estão mais próximos das partes envolvidas nos conflitos de interesses. Impedi-los de exercer livremente a função de interpretar a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional irá transformá-los em meros autômatos, replicadores de súmulas e de precedentes. Ao seu tempo e buscando as aspirações sociais, os juízes têm o poder-dever de aplicar a lei da forma mais socialmente justa para solucionar os conflitos que são trazidos a sua apreciação.

A súmula ou jurisprudência vinculante, isoladamente, não tem o condão de evitar o efeito procrastinatório que poderia decorrer da aplicação livre da lei posta. Também gera discussões, o que leva o jurisdicionado a interpor recursos até mesmo para discutir se a decisão proferida atende à melhor interpretação que dela decorre. Neste particular, destaca-se a nova e relevante função dos princípios gerais do direito, como normativos. Ao intérprete da lei, cabe buscar a melhor aplicação da legislação vigente, à luz dos princípios constitucionais, sem deixar de exercer sua função criadora na tarefa de pacificação dos conflitos.

7. Referências bibliográficas

BAHIA, A. G. M. F. As Súmulas Vinculantes e a nova Escola da Exegese. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 37, n. 206, abr. 2012, p. 359-379.

BEZERRA LEITE, C. H.. **Curso de direito processual do trabalho**. 5ª. edição, São Paulo: LTr, 2007, 1216 p.

BORGES, M. H. de L.; CURY, I. E.. A objetivação do controle difuso de constitucionalidade: análise da súmula vinculante. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, a. 19, n. 77, out./dez. 2011, p. 231-251.

CARREIRA, G. S.. Algumas questões a respeito da súmula vinculante e precedente judicial. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 36, n. 199, set. 2011, p. 213-245.

DELGADO, M. G.. **Curso de direito do trabalho**. 6ª edição, São Paulo: LTr, 2007, 1478 p.

DIDIER JR., F **Curso de direito processual civil**. vol. I, 15ª. edição, Salvador: Juspodivm, 2013, 1705 p.

GOMES, F. B.. Será a súmula vinculante solução para os problemas do Poder Judiciário? Uma análise pragmática do instituto. **Juris Plenum: Doutrina - Jurisprudência - Legislação**. Caxias do Sul, a. 8, n. 44, mar. 2012, p. 21-32.

LENZA, P. **Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015.** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>> Acesso em março de 2016.

MARTINEZ, L. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho,** São Paulo: Saraiva, 2010, 712 p.

MARTINS FILHO, I. G. da S. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho.** 21ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, 568 p.

MARTINS, S. P. **Direito do trabalho.** 21ª edição, São Paulo: Atlas, 2005, 895 p.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho.** 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 1992, 700 p.

PIMENTA, J. R. F. **Súmulas vinculantes: uma reapreciação crítica.** In: VIANA, M. T. (coord.). **O que há de novo em direito do trabalho.** São Paulo : LTr, 2012, p. 459-478

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil,** vol. 1, 56ª. edição, Rio de Janeiro: Forense, 1226 p.

3 MIGRAÇÕES E MUNDO DO TRABALHO: CONTRIBUIÇÕES DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

Isabel Leal Marcon Leonetti

Especialista em Direito Constitucional e em Direito e Processo do Trabalho

Procuradora Geral do Conselho e Arquitetura e Urbanismo de Santa Catarina

O crescimento dos fluxos migratórios é uma realidade e um problema para a sociedade brasileira.

Apesar das ações governamentais e do forte compromisso da sociedade civil organizada em auxiliar no acolhimento e no atendimento dos imigrantes que chegam ao país, faz-se necessário modernizar a legislação sobre o assunto, definir com clareza os papéis de cada instância governamental e, sobretudo, instituir políticas públicas calcadas no respeito aos Direitos Humanos desses imigrantes.

Os registros da Coordenação Nacional de Migração do Ministério do Trabalho e Emprego permitem avaliar alguns aspectos da migração laboral mais recente. A partir de 2009, o número de estrangeiros que solicitam autorização de trabalho ao Governo Brasileiro aumentou, em média, 25% (vinte e cinco por cento) ao ano, passando de 42.914 (quarenta e dois mil, novecentos e quatorze) em 2009 para

70.524 (setenta mil, quinhentos e vinte e quatro) em 2011, chegando a 73.022 (setenta e três mil, vinte e dois) em 2012 e reduzindo para 65.693 (sessenta e cinco mil, seiscentos e noventa e três) em 2013¹.

E uma parcela considerável dos imigrantes que adentrou o país recentemente está ilegal, pois o Estatuto do Estrangeiro veda o exercício de atividade remunerada por estrangeiros que sejam titulares de visto de turista, de trânsito ou temporário (art. 13, Lei 6.815/1980).

Todavia, ainda nos dias atuais a discriminação aos estrangeiros que chegam no país impera, sendo recorrente sua opressão, a supressão de seus direitos humanos fundamentais e sua sujeição a formas de trabalho escravo.

Especialmente a mão de obra não especializada que chega ao país enfrenta barreiras legais e burocráticas, sendo vulnerável a uma verdadeira rede de aliciamento e exploração da mão de obra².

Consoante o Manual de Recomendações de Rotinas de Prevenção e Combate ao Trabalho Escravo de Imigrantes³, elaborado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República,

A maioria dos casos de trabalho em condições análogas à de escravo no meio urbano verificado no Brasil envolve imigrantes ilegais em atividades relacionadas à indústria têxtil. São trabalhadores, via de regra, vítimas do tráfico de pessoas, que trabalham em

1 *Apud* FERNANDES, Durval. O Brasil e a migração internacional no século XXI – notas introdutórias. In: DO PRADO, Erlan Jose Peixoto; COELHO, Renata (Org.). **Migrações e Trabalho**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.

2 BARRETO, Claudia Maria Silva Pitanga. Trabalho Escravo Urbano – Responsabilidade do Empregador e as Condições do Trabalhador Estrangeiro em Situação de Permanência Irregular no Brasil. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. Porto Alegre: Síntese, 2009, v. 1, n. 1, p. 80.

3 BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Manual de Recomendações de Rotinas de Prevenção e Combate ao Trabalho Escravo de Imigrantes**. Secretaria de Direitos Humanos – SDH: Brasília, 2013, p. 15. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2013/10/Manual-Trabalho-Escravo-Imigrantes.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2015.

ambientes inadequados, insalubres, perigosos, dezenas de horas diárias, sem intervalos ou descanso, com salários baixíssimos, reduzidos a condições degradantes, muitas vezes com privação da liberdade e ainda explorados sexualmente. Muitas vítimas são mulheres, crianças e adolescentes.

A submissão de trabalhadores – nacionais ou estrangeiros – a formas de trabalho escravo contraria princípios universais e constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a fraternidade, o valor social do trabalho e a vedação à discriminação, os quais se encontram previstos em diversas normas internacionais⁴ e na Constituição Federal da Republica Federativa do Brasil.

Nas palavras de Lais Abramo e Luiz Machado⁵,

O trabalho forçado é a antítese do trabalho decente. Constitui uma grave violação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no trabalho. é um fenômeno generalizado no mundo atual, e tem crescido no contexto de um processo de globalização inequitativo e marcado pela desregulamentação dos mercados de trabalho e pelo debilitamento de suas instituições. Está presente não apenas em empresas e setores informais dos países em desenvolvimento, mas também em grandes e modernas empresas, nacionais e multinacionais e suas cadeias produtivas.

4 A exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São Jose da Costa Rica, de 1969, e das Convenções 97 (sobre os trabalhadores migrantes), 105 (sobre a abolição do trabalho forçado) e 111 da OIT (sobre a eliminação da discriminação entre nacionais e estrangeiros em matéria de emprego e ocupação no mercado de trabalho).

5 ABRAMO, Lais; MACHADO, Luiz. O Combate ao Trabalho Forçado: Um desafio global. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Org.). **Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2011, p 60.

De outro lado, seria leviano instituir-se uma política migratória sem considerar-se as limitações de ordem econômica, social e política impostas pela realidade brasileira, tais como a fragilidade do Sistema Único de Saúde, as limitações orçamentárias da Previdência Social Pública e a crise econômica que assola o mercado de trabalho brasileiro especialmente desde 2013.

Diante deste quadro, importante que a fraternidade seja um dos princípios basilares do processo de atualização da regulamentação legal do trabalho dos imigrantes no Brasil e de definição de novas políticas migratórias.

Nos dizeres do jurista italiano Marco Aquini, “A fraternidade é considerada um princípio que está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos, agindo ‘uns em relação aos outros’, o que implica também a dimensão da reciprocidade”⁶.

Neste mesmo sentido a lição das professoras Olga Maria Aguiar de Oliveira e Josiane Rose Petry Veronese⁷

Cada vez mais torna-se evidente que ante os mais variados conflitos que flagela a nossa contemporaneidade, a vivência da fraternidade é a que tornará possível a transformação das estruturas sociais, contribuirá para a formação de uma nova cultura que coloque em relevo a riqueza das relações humanas, de modo que possamos compreender que neste século XXI o grande bem a ser agregado aos demais se trata do bem relacional, o qual pode ser apreendido como

6 AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). ALMEIDA, Jose Maria de, CORDAS, Durval; GASPAR, Iolanda (Trad.). **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008, p. 137.

7 OLIVEIRA, Olga Maria Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Direitos na pós modernidade: a fraternidade em questão**. Florianópolis: Fundação Boitex, 2011, p. 21. *grifo das autoras*.

um meio capaz de reavivar na humanidade a completude de sua existência.

Portanto, a preocupação com o “bem relacional” deve ser um predicado das políticas públicas e dos mecanismos legais a serem adotados em relação aos imigrantes que chegam ao Brasil.

O princípio da fraternidade já tem, aliás, direcionado, ainda que indiretamente, certas medidas adotadas por entidades públicas e da sociedade civil face à situação irregular de imigrantes no país e à sua recorrente submissão a formas de trabalho escravo.

Nesse sentido a criação, em 1995, no âmbito do Ministério do Trabalho, dos Grupos Especiais de Fiscalização Móvel do trabalho escravo, os quais realizam operações de fiscalização com o apoio da Polícia Federal para verificar a higidez dos meios ambientes de trabalho, especialmente no que concerne ao respeito à dignidade dos trabalhadores⁸.

De se destacar, também, o Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas a de escravo (conhecido no jargão corrente como “lista suja”), criado inicialmente pela Portaria 540/2004 do Ministério do Trabalho e Emprego⁹.

Em 2005 teve-se, por sua vez, a formalização de dois documentos normativos importantes, o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil e o Acordo sobre Regularização Migratória¹⁰, firmado entre os Governos do Brasil e da Bolívia.

De se citar, também, a criação, em 2009, do Grupo Institucional de Enfrentamento ao Trabalho Escravo – Gaete, composto por

8 BARRETO, Claudia Maria Silva Pitanga, *op. cit.*, p. 96.

9 *Idem.*

10 Publicado no Diário Oficial da União – DOU nº 179, de 16/09/2005, Seção 1, fl. 67.

representantes da Justiça do trabalho, do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho e Emprego¹¹.

De se destacar, ainda, a elaboração do “Atlas do Trabalho Escravo no Brasil”, um projeto da organização civil “Amigos da Terra – Amazônia Brasileira”, com apoio da Organização Internacional do Trabalho – OIT, um abrangente estudo realizado por pesquisadores da Universidade de São Paulo – USP que cruza indicadores sociais tais como atividade econômica, renda “per capita”, índice de desenvolvimento humano – IDH, para elaborar os chamados “Índice de Probabilidade de Trabalho Escravo” e “Índice de Probabilidade de Aliciamento”¹².

Todos esses mecanismos e articulações têm como fundamento, em certa medida, a preocupação com a fraternidade, enquanto “qualidade em busca do bem viver e da ressignificação das relações do ser humano”¹³.

Ademais, a fraternidade deve servir também como valor orientativo do Direito, compreendido como “forma de organização social”. Consoante o emérito jurista italiano Antonio Mario Baggio¹⁴,

(...) l'esercizio della fraternità ha creato le condizioni per ripristinare, o per creare, il diritto, cioè la possibilità di regolare la società attraverso le leggi. In questo senso, dunque, si potrebbe dire che la fraternità è condizione del

11 FARIAS, James Magno Araújo. Trabalho escravo no Brasil: de Caraíbas a Codó. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Rio de Janeiro, 2014, vol. 80, n. 2, p. 96.

12 Disponível em: <<http://amazonia.org.br/wp-content/uploads/2012/05/Atlas-do-Trabalho-Escravo.pdf>>. Acesso em 4 jul. 2015.

13 NICKNICH, Mônica. A Fraternidade como valor orientativo dos Novos Direitos na Pós-Modernidade. In: OLIVEIRA, Olga Maria Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Direito e Fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 54.

14 BAGGIO, Antonio Maria. La fraternità: una nuova categoria nello spazio pubblico (Prefácio). In: OLIVEIRA, Olga Maria Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Direitos na pós modernidade: a fraternidade em questão**. Florianópolis: Fundação Boitex, 2011, p. 18.

diritto (il quale, a sua volta, può rafforzarla) e che, di conseguenza, le discipline giuridiche avrebbero il difficile ma affascinante compito di declinare la fraternità all'interno di tutti i diversi aspetti della vita umana nei quali esiste un ruolo per le leggi.

Assim, a fraternidade, enquanto “condição do Direito”, deve ser fundamento dos novos marcos regulatórios da entrada e permanência de trabalhadores imigrantes no país.

De se frisar que o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980) precisa adequar-se à realidade atual, considerando ter sido editado há mais de 30 (trinta) anos, época em que vigorava uma realidade econômica, social e migratória diferente da atual, sendo que o Brasil destacava-se então como país de emigração, caracterizado pela regular saída de contingente considerável de brasileiros para outros Estados ¹⁵.

Não se pode desconsiderar, também, que à época da edição desta legislação especial o Brasil atravessava “período de exceção”, marcado pela preocupação exacerbada com a segurança nacional. Assim, a legislação em comento tem como escopo, ainda que mediato, defender o mercado do trabalhador nacional (art. 2o, Lei 6.815/1980).

Necessário, desse modo, adequar o tratamento normativo conferido ao trabalhador imigrante à teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais e à necessidade de proteção do “bem relacional”.

A preocupação com as relações humanas, intrínseca ao princípio da fraternidade, já deu ensejo à edição de alguns atos normativos, como a Lei 11.9617/2009 e o Decreto 6.893/2009, que possibilitaram aos estrangeiros que entraram irregularmente no país até 1o de fevereiro de 2009 solicitar residência provisória ou definitiva. Uma avaliação indica que, até o final de 2009, 42 (quarenta e dois) mil imigrantes solicitaram a anistia garantida por estes diplomas.

15 FERNANDES, Durval, *op. cit.*.

No mesmo ano entrou em vigor o acordo de livre trânsito de pessoas na área do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, Chile e Bolívia (Decretos 6.964/2009 e 6.975/2009)¹⁶.

No entanto, estas novidades legislativas, assim como as articulações políticas recentemente empreendidas, foram pontuais e específicas, nada obstante sua importância. Desse modo, continua premente a necessidade de se desenhar um novo tratamento normativo e institucional a ser conferido aos imigrantes que chegam ao país.

E, diante de todo o exposto, evidente que o princípio da fraternidade deve ser um dos fios condutores deste processo, eis que somente a compreensão de que a interação entre Estado, cidadãos e imigrantes envolve, sobretudo, relações entre seres humanos propiciará seu tratamento de forma justa, digna e eficaz.

Referências bibliográficas

Amigos da Terra – Amazônia Brasileira. **Atlas do Trabalho Escravo no Brasil**. 2012. Disponível em: <<http://amazonia.org.br/wp-content/uploads/2012/05/Atlas-do-Trabalho-Escravo.pdf>>. Acesso em 4 jul. 2015.

BAGGIO, Antônio Maria (Org.). ALMEIDA, Jose Maria de, CORDAS, Durval; GASPAR, Iolanda (Trad.). **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008.

BRASIL. Presidência da Republica. Secretaria de Direitos Humanos. **Manual de Recomendações de Rotinas de Prevenção e Combate ao Trabalho Escravo de Imigrantes**. Secretaria de Direitos Humanos – SDH: Brasília, 2013, p. 15. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2013/10/Manual-Trabalho-Escravo-Imigrantes.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2015.

16 FERNANDES, Durval, *op. cit.*.

FARIAS, James Magno Araújo. Trabalho escravo no Brasil: de Caraíbas a Codó. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Rio de Janeiro, 2014, vol. 80, n. 2.

FERNANDES, Durval. O Brasil e a migração internacional no século XXI – notas introdutórias. In: DO PRADO, Erlan Jose Peixoto; COELHO, Renata (Org.). **Migrações e Trabalho**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.

NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Org.). **Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Olga Maria Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Direito e Fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

OLIVEIRA, Olga Maria Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Direitos na pós modernidade: a fraternidade em questão**. Florianópolis: Fundação Boitex, 2011.

4 A POSSIBILIDADE DE PROTESTO DA SENTENÇA TRABALHISTA – DO ARTIGO 517 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Markeline Fernandes Ribeiro

Pós Graduada em Direito Tributário pela Faculdade Damásio de Jesus e Advocacia Trabalhista pela Universidade Anhanguera

I. Aplicação do Art. 517 do Novo CPC à Execução Trabalhista

Primeiramente, importante destacar que o art. 15 do Novo Código de Processo Civil traz novação considerável ao Processo do Trabalho, posto que afirma expressamente que:

“Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Neste sentido, denota-se no referido artigo uma estranha inversão. Normalmente, é a Lei Especial, sendo que, a Consolidação

das Leis do Trabalho – CLT o é, que faz remissão à Lei Geral, que é o caso do Novo Código de Processo Civil, a fim de que para aplicação desta aos casos omissos. O referido artigo, portanto dispõe, na Lei Geral, que é o Código de Processo Civil, sobre a aplicação deste, de forma supletiva e subsidiária, aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, os quais o são, conforme alhures mencionado, regulados por leis especiais.

Ainda neste sentido, segundo a professora Tereza Arruda Alvin Wambier (2015), de tal dispositivo decorre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil também em situações em que não há omissão, exemplificando com o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, cuja regulação deverá (e já é) ser obedecida também na jurisdição trabalhista.

Como se sabe, antes do novel Código de Processo Civil a vigor em 2016, tinha-se apenas a regra do art. 769 da CLT ordena a aplicação do “direito processual comum” como fonte subsidiária. Contudo, à partir da possibilidade prevista pelo artigo 15 do Novo Código de Processo Civil, verifica-se que há a possibilidade de aplicação do novel código de forma parcial, posto que o novo código busca a solução para inúmeros problemas enfrentados por todos os operadores do direito, sejam eles magistrados, servidores ou advogados.

Seguramente, a aplicação supletiva e subsidiária do novo Código no processo trabalhista modificará de forma revolucionária o procedimento na justiça do trabalho, em especial na fase executória.

A previsão de possibilidade de protesto da sentença após o decurso de prazo para pagamento é inédita (o atual Código de Processo Civil não apresenta tal previsão) e revolucionária, sendo totalmente aplicável à execução trabalhista, tendo em vista que além de existir omissão em relação a tal possibilidade no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho, com a possibilidade de aplicação supletiva prevista no Código de Processo Civil, incontestemente a aplicabilidade do artigo 517 do referido Código na seara trabalhista.

2. Do Protesto da Sentença Trabalhista

A possibilidade de protesto da decisão judicial transitada em julgado ao longo dos últimos anos já vinha sendo aplicada por diversos tribunais regionais do trabalho, conforme jurisprudência notória.

A argumentação para tal procedimento advém da interpretação de que a Lei nº 9.492/1997, que regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos de crédito, não excepciona os títulos executivos judiciais, cuja medida representa uma importante tentativa de dar efetividade à prestação jurisdicional, fazendo cumprir as obrigações emanadas do comando judicial exequendo.

Esta possibilidade inclusive prevê que, sendo o exequente beneficiário da justiça gratuita, e tendo em vista a existência de emolumentos cartoriais, a justiça gratuita, que abrange as despesas processuais, e não só aquelas ligadas à interposição de recursos, mas também as oriundas de atos processuais em geral conforme elencadas no art. 3º, VII, da Lei nº 1060/50 (diligências oficiais, publicações, taxas judiciárias, emolumentos e custas), emolumentos os quais encontram-se abarcados, de modo óbvio, quando advindos do protesto cartorário. Ademais, se o credor trabalhista teve sonegadas de si verbas salariais de natureza alimentar, e, sendo beneficiário da Justiça Gratuita, nos termos do art. 5.º, inc. LXXIV e § 1.º, deve ter abarcados pela própria Justiça Gratuita os emolumentos advindos do referido protesto, senão vejamos o texto constitucional:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Aliás, nesse sentido menciona-se a Orientação Jurisprudencial nº 16 da Seção Especializada em Execução do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região (2013), no sentido de que o juiz pode de ofício, proceder ao protesto extrajudicial da sentença, nos termos da Lei nº 9.492, de 10.09.1997, mediante expedição de certidão ao cartório competente, independentemente do registro da executada no cadastro nacional de devedores trabalhistas, bem como do recolhimento de emolumentos quando o interessado for beneficiário da justiça gratuita.

A corrente contrária ao entendimento do protesto cartorário da sentença judicial argui que o ATO TST/CGJT nº 11 de 02/05/2011 cancelou a recomendação contida na letra “g” da Recomendação nº 001/2011, qual seja, o mandado de protesto notarial, incluída pela Recomendação nº 001/2011 da CGJT, indicando que com a criação do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT), o referido protesto notarial não mais seria possível.

Neste sentido, importante sopesar o fato de que estatisticamente não se obtém êxito na quitação de crédito de natureza alimentar quando da expedição da Certidão de Dívida Trabalhista prevista na Subseção V da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, o que, em que pese se tratar de louvável procedimento existente nesta seara trabalhista, acaba tornando-se tão somente um documento sem efetiva utilização, uma lembrança de um direito líquido e certo não recebido.

Conforme arguido pelo Ilustre Doutrinador Cassio Scarpinella Bueno (2015), o legislador certamente se impressionou com os números disponíveis sobre a eficiência do protesto como instrumento de cobrança de dívidas em geral.

Segundo pesquisas promovidas pelo Instituto de Estudos de Protestos de Títulos ao Jornal Tribuna do Direito, edição de fevereiro de 2015, há a indicação de que *“mais de 65% dos créditos apresentados a protesto são recuperados dentro do prazo legal de três dias úteis”*.

Neste sentido, destaca ainda o obreiro que no 1º Seminário Nacional sobre Efetividade na Execução Trabalhista, em 07/05/2015, no 1º Painel, sendo palestrante o Ilustre Ministro do Tribunal Superior

do Trabalho, Douglas Alencar Rodrigues, restou arguido que o protesto da certidão de dívida trabalhista é um grande avanço, sendo que na fase executória, permitir ao trabalhador protestar o referido documento, é de extrema valia para a efetividade do processo.

Neste sentido, transcreve-se excerto da brilhante decisão proferida pelo Ilustre Desembargador deste Egrégio Tribunal Regional 17ª Região, Gerson Fernando da Sylveira Novais, nos autos do AP 177100-56.1999.5.17.0008, senão vejamos:

2.2.1 NÃO LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE DÍVIDA TRABALHISTA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. A decisão agravada extinguiu a execução, indeferiu o requerimento de expedição de ofício ao Cartório de Protestos de Títulos e determinou a expedição de Certidão de Dívida Trabalhista. O agravante requer a reforma da decisão sob o argumento de que a prática tem demonstrado que a expedição de Certidão de Dívida Ativa Trabalhista é medida totalmente inócua, que extingue a execução sem que o exequente tenha a menor possibilidade de receber seus créditos. Sustenta que ao caso PRESENTE aplica-se a hipótese prevista no § 2º c/c §3º da Lei 6.830/80, devendo o juízo suspender o curso da execução enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens passíveis de penhora. Requer seja acolhido o pedido de fls. 315/317 e, assim não sendo o entendimento deste Regional, que seja suspensa a execução por prazo indeterminado.

Razão parcial possui o exequente.

[...]

Por outro lado, quanto ao pedido formulado, às fls. 317, de que seja expedida ordem de protesto a ser dirigida, juntamente com a Certidão de Dívida, ao Cartório Privativo de Protesto de Títulos e Letras de Vitória, sito à Praça Costa Pereira, n. 52, centro, Vitória/ES, razão possui o exequente. Vejamos o aresto a seguir transcrito:

TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ORDEM DE PROTESTO – BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – Justificável a expedição de ordem para o protesto de título executivo judicial quando o requerente é beneficiário da assistência judiciária. (TRT 04ª R. – AP 0000890-30.2011.5.04.0611 – 4ª T. – Rel. Des. Ricardo Tavares Gehling – DJe 13.02.2012)v94.

Pois bem.

É meu entendimento que a assistência judiciária àqueles que não possuem recursos suficientes para demandar sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família constitui direito fundamental, de aplicação imediata, ex vi da Constituição Federal (art. 5.º, inc. LXXIV e § 1.º) e pode ser deferida em qualquer fase processual.

Portanto, defiro o pedido de assistência judiciária gratuita requerido na petição inicial.

E assim, justifica-se a expedição de ordem para o protesto de título executivo judicial, como requerido pelo agravante.

Ao permitir o protesto notarial como alternativa executória, o legislador demonstrou notar que, embora o protesto constitua habitualmente mero instrumento formal de declaração de descumprimento de obrigações, com importante repercussão nas relações cambiais, o alcance da publicidade de que se reveste o ato, diversa da publicidade inerente aos atos judiciais em geral, demonstra sensível eficácia.

A importância do protesto do título como instrumento de coerção indireta do devedor ao pagamento da dívida, em face da repercussão do ato nas suas relações sociais, civis e comerciais, restou consignada no próprio Código de Processo Civil, como meio executório, que, conhecidamente é efetivo.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, inexistiu restrição ao protesto de título executivo judicial, que é um instrumento de efetividade do processo, visando o adimplemento do crédito judicial trabalhista.

3. Conclusão

Notoriamente a execução é o grande Calcanhar de Aquiles do processo trabalhista. Inúmeras vezes o operador do direito se depara com processos onde o trabalhador foi explorado de forma desumana, ou restou desamparado após um acidente de trabalho, tem seu direito provido, mas não alcança os valores deferidos, tendo devolvida a tutela jurisdicional com uma mera certidão, que não quita seu direito, o famoso 'ganha, mas não leva'.

Com o reconhecimento legal de uma medida que já vinha sendo utilizada judicialmente há anos como forma de buscar compelir o devedor a quitar seu débito, demonstrou-se perfilhar que, na prática, os atos que se mostrem mais efetivos do que uma condenação judicial, devem ser utilizados, todos dentro da legalidade, certamente.

A ausência de respeito para com as ordens do Poder Judiciário, as manobras e artifícios notoriamente utilizados pelos devedores

para se ver 'livres' do débito judicial, ocultando seus bens e valores a fim de frustrar execuções de débitos que os próprios devedores geraram é a verdadeira causa da necessidade muitas vezes criativa, seja do próprio Poder Judiciário ou do Legislador, a fim de buscar o cumprimento da tutela jurisdicional, posto que, tão somente uma condenação judicial, sem efetividade, certamente não é o que buscam os jurisdicionados, nem a Justiça.

4. Referências bibliográficas

____ TRT 4^a R. **Orientações Jurisprudenciais da Seção Especializada em Execução. Resolução nº 16/2012 - Disponibilizada no DEJT dias 10, 11 e 14.1.2013, considerada publicada nos dias 11, 14 e 15.1.2013.** Acesso em 12/02/2016 Disponível em: [http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas / jurisprudência/orien_tacoesSeex](http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/orien_tacoesSeex)

TRT 17^a R.; AP 177100-56.1999.5.17.0008; Rel. Des. Gerson Fernando da Sylveira Novais; DOES 26/06/2012; Pág. 59

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 75

5 A VALIDADE DA TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL COM QUITAÇÃO DE TODAS AS PARCELAS DO CONTRATO DE TRABALHO: EXEGESE DO RE 590415

Marcelo Rodrigues Prata

Mestre em Direito pela PUC/SP

Juiz Titular da 29ª Vara de Salvador do TRT da 5ª Região

1. Introdução

O mote do presente estudo foi a decisão proferida, com repercussão geral, pelo Pleno do STF, no RE 590415, cujo Relator foi o Min. ROBERTO BARROSO, tendo sido publicado o Acórdão respectivo em 29/05/2015. Trata-se de entendimento que causou certa perplexidade no meio jurídico trabalhista, considerando o posicionamento cristalizado pela jurisprudência do TST. A nossa proposta é fazer o tentâmen de descobrir o real alcance do referido julgado na lides trabalhistas.

2. Conceito e requisitos da transação

A transação extrajudicial firmada por virtude de adesão a *programas de incentivo à demissão ou aposentadoria voluntária* é teori-

camente legal. Trata-se de uma espécie de *distrato*, aceito pela jurisprudência do TST. Por sinal, DE PLÁCIDO E SILVA nos oferece o significado termo **distrato**:

Derivado do latim *distractus* (rescisão de um contrato), é precisamente neste sentido aplicado na terminologia jurídica, para indicar a *convenção*, em virtude da qual se promove a *dissolução* de uma sociedade, ou de um contrato, seguindo-se as mesmas regras e prescrições que se fizeram próprias à formação do contrato, assim desfeito.¹

De outro lado, quanto à **transação** propriamente dita, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA a conceitua como uma espécie de *negócio jurídico*:

Embora haja acentuada tendência para imprimir ao vocábulo *transação* variada conotação semântica, estendendo-a a qualquer negócio jurídico, em verdade, e na sua acepção técnica tem sentido específico. Designa um determinado negócio jurídico, de cunho contratual, que se realiza por via de um acordo de vontades, cujo objeto é prevenir ou terminar um litígio, mediante concessões recíprocas das partes (Código Civil, art. 840).

Desse conceito, o mesmo CAIO MÁRIO extrai os seus **requisitos**, quais sejam: (a) “um acordo, realizado mediante declaração de vontade de ambos os interessados”; (b) a “... extinção ou prevenção de litígios, [...] convertendo um estado jurídico incerto, em uma situação segura”; (c) “... a reciprocidade de concessões, traço característico, que

1 *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 105.

a distingue de qualquer outro negócio jurídico...”; e (d) a “... incerteza em torno do direito de cada um dos transatores, ou ao menos de um deles [...] — *res dubio...*”.²

3. A transação no contrato de trabalho

É insofismável que considerar todas as parcelas trabalhistas oriundas de contrato de trabalho quitadas em virtude de adesão a programa de demissão voluntária pode escancarar as portas à fraude contra a legislação protetiva. Aliás, vejamos o que diz a CLT a esse respeito:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444 - 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, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

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

Por seu turno, a *assimetria* entre empregado e empregador não cessa tão-somente pela mera formalidade de se insculpir em instrumentos normativos autorização para a referida quitação geral. Mor-

² *Instituições de direito civil: contratos*. Vol. III. Revista e atualizada por Regis Fichtner. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 467-468.

mente em um país como o nosso, impregnado pelo *corporativismo e carente de sindicatos fortes* que permitissem uma verdadeira *representatividade* da classe trabalhadora. A propósito, leia-se o ensino de RENATO RUA DE ALMEIDA:

[...] o texto constitucional de 1988, em seu artigo 8º, II e IV, acoberta uma espécie de corporativismo sindical fora do Estado, dominado pelas organizações sindicais monopolistas já constituídas, e caracterizado pela unicidade sindical, pela representação por categoria, pela eficácia *erga omnes* da convenção e acordo coletivo, pela compulsoriedade e obrigatoriedade da contribuição sindical [...].³

Além disso, não se pode relegar ao obívio que o *princípio da isonomia* — art. 5º, *caput* e inc. I da CF/1988 — determina, com inspiração em ARISTÓTELES, o *tratamento igual* (ou semelhante) *de situações iguais* (ou semelhantes) e *desigual em situações desiguais*.⁴

Aliás, entre os sindicatos de trabalhadores e o dos empregadores há tão-somente uma *igualdade formal*, meramente *jurídica*. O *poder econômico* da classe empresarial é inegavelmente superior ao da classe trabalhadora. Não fora isso o bastante, o exercício do direito de greve encontra limitações práticas na própria necessidade de manutenção dos empregos. Noutros termos, salvo raríssimas exceções, não

3 *Visão histórica da liberdade sindical*. Disponível em: < http://www.calvo.pro.br/default.asp?site_Acao=MostraPagina&PaginaId=2&mPalestra_acao=mostraPalestra&pa_id=216>. Acesso em: 5 fev. 2016.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 18, 21, 42 e 43. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. T. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 238-239. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 563.

há a *igualdade material* entre as entidades referidas, mas uma mera *igualdade formal*.

Por outro lado, em que pese o reconhecimento constitucional do *princípio da autonomia coletiva*, de acordo com o *princípio da interpretação conforme a Constituição*, não se deve interpretar isoladamente um dispositivo constitucional, porquanto a Carta Maior representa um *sistema de valor*, como defende PAULO BONAVIDES.⁵

A propósito, o § 2º do art. 5º da CF/1988 amplia o catálogo dos direitos fundamentais para neles incluir o *meio ambiente do trabalho com sadia qualidade de vida*. (Art. 200, VIII e art. 225, *caput* da Constituição.). Ao demais, não se pode deslembrar que os direitos fundamentais possuem *eficácia horizontal imediata* nas relações jurídicas entre particulares — § 1º do art. 5º da *Lex Fundamentalis*.

Por sinal, CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE se escora no art. 6º da Constituição Federal para afirmar que *os direitos dos trabalhadores* estão inseridos no rol dos *direitos sociais*. Aliás, BEZERRA LEITE cita que os direitos sociais — arts. 6º, 7º *usque* 11 e 170 *usque* 232 — fazem parte do Capítulo II do Título II da Constituição Federal e, por conseguinte, do *elenco dos direitos e garantias fundamentais*.⁶

De tal arte, caso a norma coletiva fira frontalmente regra ou princípio de Direito Ambiental do Trabalho, assegurado pela *Lex Legum*, se impõe a declaração de inconstitucionalidade do instrumento normativo nesse aspecto particular.

Não fora isso o bastante, segundo JOSÉ JOAQUIM GOMES CANTILHO a garantia do *acesso aos tribunais* é um princípio estruturante do Estado Democrático de Direito: “O direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de atos e relações controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoá-

5 *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 518.

6 Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho. In: BRAMANTE, Ivani Contini; CALVO, Adriana. (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do direito do trabalho*: homenagem ao professor Renato Rua de Almeida. São Paulo: LTr, 2007, p. 41.

vel...”.⁷ A esse respeito, reza a *Lex Fundamentalis*: “Art. 5º - [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito...”. O dispositivo citado “... amplia o direito de acesso ao Judiciário, antes da concretização da lesão”.⁸

Em suma, não se pode privar o trabalhador de acesso à Justiça do Trabalho para perseguir seus direitos tão-somente por haver aderido a plano de dispensa incentivada, autorizado em instrumentos normativos, sem se examinar cada situação concreta. A propósito, leia-se:

OJ-SDI1-270 - PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARCELAS ORIUNDAS DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS. A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo.

4. Do julgamento do RE 590415. Conceito e alcance da repercussão geral

No julgamento do **RE 590415**, com *repercussão geral*, o STF pronunciou-se quanto à validade da transação extrajudicial que implique rescisão do contrato de trabalho, em virtude de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, encampando a tese de que ela implica quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas oriundas do contrato de trabalho, caso isso tenha constado expressamente

⁷ *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 405-406 e 459.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 410-411.

do acordo coletivo que aprovou o plano, bem assim dos demais instrumentos firmados com o laborista. Por sinal, leia-se:

“A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”.

Aliás, ressalte-se que a **repercussão geral é um requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário** (art. 102, § 3º da CF/1988).⁹ Noutros termos, com ela foi criada como uma espécie de **filtro constitucional**,¹⁰ capaz de conter o número irracional de *recursos extraordinários*, que tratavam de questões de somenos importância, inviabilizando o papel do STF de zelar por uma interpretação e aplicação da CF/1988, capaz de garantir a *unidade* do sistema jurídico.

Noutro giro, a tese jurídica firmada em sede de recurso extraordinário, cuja repercussão geral foi admitida, **não possui força vinculante**. Por sinal, professa CÁSSIO SCARPINELLA BUENO que “... não há efeitos *vinculantes* nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal: em sede de recurso extraordinário, inclusive quando se fixa a existência (ou a inexistência) da repercussão geral”.¹¹

9 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 976.

10 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil, III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

11 *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 265.

Nada obstante, sem dúvidas, a tese em comento não pode ser, *tout court*, ignorada. Muito pelo contrário, porquanto a *razão de decidir* do julgado do qual foi extraída atua com sua *força gravitacional*,¹² servindo de *paradigma* (decisão-quadro) aos julgados que vão lhe sucedendo.¹³ Por outras palavras, deve ser fundamentada toda decisão contrária à tese adotada no bojo de recurso extraordinário, cuja repercussão geral foi aceita.

Por outro lado, ainda não temos em nosso país, que adotou o sistema do *direito legislado* (*civil law*), a cultura de se estudar a *matéria de fato* que levou à formação do precedente. Exame esse fundamental, haja vista que na ordem do *direito jurisprudencial* (*common law*) — no qual surgiu a *doutrina dos precedentes* — é justamente da **fundamentação** do julgado (*ratio decidendi*), da *análise dos fatos e do direito* (indispensável para se chegar à sua *conclusão*), que se extrai o precedente.¹⁴ Vale dizer, a *ratio decidendi* de um julgado só poderá ser aplicada em outro caso concreto com a devida observância do *novo contexto fático e jurídico*.¹⁵

Por outras palavras, não se pode *descolar* a tese firmada RE 590415, com repercussão geral, dos *fatos concretos* nos quais ela se baseia, atribuindo-lhe *abstração* semelhante à de uma lei, e, pior, aplicando-a, mecanicamente, segundo o antigo *processo lógico de subsunção* da

12 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 176.

13 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 499.

14 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela*. Vol. 2. 9. ed. Salvador: Juspodivum, 2014, p. 386.

15 STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto — o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 46-47.

lei abstrata (*premissa maior*) ao fato concreto (*premissa menor*), como propugnava MONTESQUIEU.¹⁶

A propósito, quanto ao julgado em análise, não se pode perder de vista que o caso concreto ali ventilado teve **circunstâncias especialíssimas**. Se não, vejamos as palavras do seu Eminentíssimo Relator, Min. ROBERTO BARROSO:

VIII. O CASO CONCRETO

34. **A quitação, em tais condições, foi objeto de acordo coletivo, cujos termos, em razão da resistência do sindicato a parte de suas cláusulas, foram aprovados, primeiramente, pelos próprios trabalhadores, por meio de assembleia dos trabalhadores convocada para esse fim. Posteriormente, o sindicato, cedendo às pressões da categoria, convocou assembleia sindical pela qual convalidou a decisão tomada pela assembleia dos trabalhadores.**

[...]

38. **Por outro lado, ao aderir ao PDI, a reclamante não abriu mão de parcelas indisponíveis, que constituíssem “patamar civilizatório mínimo” do trabalhador. Não se sujeitou a condições aviltantes de trabalho (ao contrário, encerrou a relação de trabalho). Não atentou contra a saúde ou a segurança no trabalho. Não abriu mão de ter a sua CNTP assinada (rectius, CTPS). Apenas transacionou eventuais direitos de caráter patrimonial ainda pendentes, que justamente por serem “eventuais” eram incertos, configurando *res dubia*, e optou por receber, em seu lugar, de forma certa e imediata, a importância correspondente**

16 V. PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 388 e 446.

a 78 (setenta e oito) vezes o valor da maior remuneração que percebeu no Banco. Teve garantida, ainda, a manutenção do plano de saúde pelo prazo de 1 (um) ano, a contar do seu desligamento. Não há que se falar, portanto, em renúncia a direito indisponível. [...]

Não há que se falar, portanto, em interpretação restritiva do ajuste, sendo de se ressaltar, ainda, que **a reclamante contou com a assistência da Delegacia Regional do Trabalho de Santa Catarina no ato de rescisão, tendo declarado que esta lhe prestou todos os esclarecimentos acerca das consequências da renúncia à estabilidade e da quitação outorgada. Assim, a autonomia individual da vontade foi exercida nos estreitíssimos limites permitidos pelo ordenamento trabalhista e tal como autorizada pela categoria, no exercício de sua autonomia coletiva. (Grifamos.)**

Saliente-se que nem toda adesão a *programas de incentivo à demissão ou aposentadoria voluntária* é revestida de tantas características legitimantes quanto à do caso concreto do RE 590415.

Há situações cuja adesão ao *distrato* em foco, com quitação geral, representaria, *sic et simpliciter*, a perda de direitos trabalhistas irrenunciáveis, o que a própria decisão em análise não admite.

5. Conclusão

A conclusão a que pudemos chegar é que muito embora a mencionada decisão adotada, com repercussão geral, pelo Pleno do STF, no RE 590415, não seja vinculante para o Poder Judiciário, evidentemente, não pode ser, *sic et simpliciter*, ignorada. Trata-se de um *leading case* que como tal deve ser estudado com profundidade, per-

quirindo-se o *precedente* que se extrai de sua fundamentação (*ratio decidendi*), a fim de se verificar a sua aplicabilidade nos casos concretos.

Noutros termos, não se pode, *tout court*, dizer que a transação extrajudicial envolvendo todas as verbas do contrato de trabalho extinto seja sempre válida, por força do decidido no RE 590415. Vale dizer, nos casos concretos, quanto maiores forem as garantias fornecidas ao trabalhador em termos de assistência sindical e do Ministério do Trabalho, bem como a representatividade efetiva da classe em favor da transação mais se aproximará da solução indicada pelo STF.

Por outro lado, quanto menores as garantias e participação referidas, conseqüentemente, menos legitimidade se conferirá à referida transação.

Outro ponto que não se pode perder de vista é a *natureza jurídica* das parcelas envolvidas na transação, porquanto aquelas que digam respeito ao meio ambiente do trabalho não podem ser renunciadas, posto que com assistência sindical ou do Ministério do Trabalho.

6. Referências

ALMEIDA, Renato Rua de Almeida. *Visão histórica da liberdade sindical*. Disponível em: < http://www.calvo.pro.br/default.asp?site_Acao=MostraPagina&PaginaId=2&mPalestra_acao=mostraPalestra&pa_id=216>. Acesso em: 5 fev. 2016.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela*. Vol. 2. 9. ed. Salvador: Juspodivum, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho. In: BRAMANTE, Ivani Contini; CALVO, Adriana (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do direito do trabalho: homenagem ao professor Renato Rua de Almeida*. São Paulo: LT; 2007, p. 37-53.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. T. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Vol. III. Revista e atualizada por Regis Fichtner. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil, III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

6

O PROJETO DE LEI DA CÂMARA N. 30/2015: ANÁLISE CRÍTICA DAS PRINCIPAIS MUDANÇAS PROPOSTAS

Jasmim Medeiros Bastos

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Recife/ UFPE

I. Introdução

Buscaremos fazer uma análise do Projeto de Lei nº 30/2015, observando as principais mudanças propostas em face do entendimento consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Nesse sentido, enfatiza-se a importância da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho como diretriz fundamental para a caracterização de terceirização lícita, demonstrando a imprescindibilidade de seu conteúdo como dispositivo norteador para a garantia dos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados.

Diante de tal abordagem, deve-se haver uma reflexão: A terceirização de mão de obra é elemento ensejador da precarização das relações de trabalho ou referido instrumento tem sido utilizado de forma ilícita, sem a observação dos devidos procedimentos legais? Caso o Projeto de Lei nº 30/2015 seja aprovado, haverá uma evolução ou uma regressão nos direitos trabalhistas dos obreiros envolvidos?

Como se vê, o intuito do referido artigo é de promover o debater acerca do tema, levantando diversos questionamentos de acor-

do com a doutrina, a legislação brasileira, bem como entendimento jurisprudencial, a fim de buscar respostas coerentes com as garantias e direitos trabalhistas já alcançados e consolidados pelo ordenamento jurídico vigente.

2. Análise acerca das principais modificações apresentadas pelo projeto de lei da Câmara N. 30/2015

Atualmente, segue em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei da Câmara (PLC) n. 30/2015, antigo Projeto de Lei n. 4.330/2004, que pretende regulamentar os contratos da terceirização e a relação de trabalho dela decorrentes. Com texto polêmico, o supracitado PL almeja, dentre outros pontos, regularizar de forma irrestrita a terceirização, não mais limitando a permissão deste processo às atividades-meio da empresa tomadora de serviços. Isso significa que, caso seja aprovado o projeto de lei em comento, haverá a autorização do sistema de relação de trabalho trilateral para toda e qualquer atividade econômica, baseada na concepção de “especialização das atividades”, ou seja, de empresas interpostas qualificadas, prestando serviços determinados e específicos, relacionados ao objeto do contrato da terceirização.

Destarte, ao prever a ausência de vínculo empregatício de forma generalizada, o projeto em estudo desconstrói todo o arquétipo erguido pela Súmula 331 do TST, eliminando, assim, o ideal resguardado pela Constituição Federal e pela CLT de manter esse fenômeno como um tipo de exceção ao vínculo bilateral existente na relação de trabalho tradicional. Conforme atenta Felipe Santa Cruz (2015, online),

Também será um grande desafio implantar a terceirização em atividades-fim nas quais é alto o grau de pessoalidade entre o profissional e o público alvo. Elos de confiança como os encontrados, por exemplo, entre médico e paciente ou professor e aluno, são construídos

através do tempo e do convívio. Como se dará a evolução interpessoal, prioritária, seja no tratamento de doentes, seja na alfabetização de estudantes, diante da impossibilidade de estabilizar estes postos? Pelo mesmo princípio, como manter a expertise de técnicos de uma empresa?

Outra importante alteração que o projeto de lei em espécie traz, caso seja aprovado, é a previsão de responsabilidade solidária do tomador de serviços, em seu artigo 15¹. Hoje, a responsabilidade do tomador, previsto na Súmula 331 do TST, é subsidiária com relação a todas as verbas trabalhistas decorrentes do período da prestação laboral, não podendo ser diferente, visto que o Código Civil é claro ao dispor que a solidariedade não se presume, devendo esta resultar de lei ou da vontade das partes².

Ademais, o Projeto de Lei da Câmara n. 30/2015 busca tornar regular, ainda, a possibilidade de subcontratação dentro da própria terceirização, isto é, a possibilidade da empresa interposta contratar outra empresa para executar uma parcela específica da atividade terceirizada. Chamada por alguns autores de “quarteirização”, a subcontratação se revela como uma verdadeira terceirização da terceirização, tornando ainda mais complexa a relação entre empregador e empregado, dificultando, assim, a fiscalização do cumprimento dos direitos e deveres trabalhistas relativos àquela função (MARTINEZ, 2012, p. 310).

Neste sentido, a responsabilidade sobre os encargos trabalhistas e previdenciários do obreiro subcontratado será solidária entre

1 Projeto de Lei da Câmara n. 30/2015 - Art. 15. A responsabilidade da contratante em relação às obrigações trabalhistas e previdenciárias devidas pela contratada é solidária em relação às obrigações previstas nos incisos I a VI do art. 16 desta Lei. Parágrafo único. Na hipótese de subcontratação de parcela específica da execução dos serviços objeto do contrato, na forma do § 2º do art. 3º desta Lei, aplica—se o disposto no caput deste artigo cumulativamente à contratante no contrato principal e àquela que subcontratou os serviços.

2 Código Civil (Lei n. 10.406/2002) - Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

as empresas envolvidas, isto é, a tomadora de serviços, a empresa interposta e a empresa subcontratada. Vale fazer a ressalva de que o PL em análise é claro ao prever, em seu artigo 2º, §3º, que “a contratada deverá ter objeto social único, compatível com serviço contratado”. Logo, não haveria justificativa para ocorrer (e, conseqüentemente, regularizar) o processo de subcontratação, uma vez que a empresa contratada já é especializada naquela atividade em apreço.

Não obstante, prevê ainda o PLC n. 30/2015 que, se o contrato de prestação de serviços especializados a terceiros se der entre empresas que pertençam à mesma categoria econômica, os trabalhadores terceirizados serão contemplados pelo mesmo sindicato dos trabalhadores da empresa tomadora de serviços, buscando, assim, uma representação sindical mais firme. Além disso, serão asseguradas àqueles obreiros as mesmas condições que o trabalhador efetivo da empresa contratante, relativas: ao acesso à alimentação, quando oferecidas em refeitórios; ao serviço de transporte; ao atendimento médico interno, ao treinamento adequado da atividade, se essa exigir; e às questões sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança do trabalho.

Outrossim, convém assinalar que o Projeto de Lei da Câmara n. 30/2015 confere à empresa tomadora de serviços o dever de comunicar ao sindicato representativo e à empresa interposta todo e qualquer acidente de trabalho sofrido pelo obreiro terceirizado no interior de suas dependências, bem como o de fiscalizar mensalmente o adimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa interposta ao obreiro terceirizado e, caso estes não sejam devidamente comprovados pela empresa contratada, o tomador de serviços deverá reter o pagamento da fatura mensal, em valor proporcional ao inadimplemento, até a situação ser regularizada. A retenção de má-fé do pagamento devido, no entanto, será caracterizada como apropriação indébita, nos moldes do Código Penal Brasileiro.

Não devemos olvidar que o PLC em apreço ambiciona vedar a sua aplicação no âmbito da Administração Pública Direta, na relação de trabalho doméstico e nas guardas portuárias vinculadas às Administrações Portuárias. Ressalta-se, todavia, que este pretende estender

os direitos previstos aos terceirizados àqueles que laboram em entes estatais, seja na administração direta, seja na indireta.

Conforme o próprio deputado Sandro Mabel (2014, online), o intento é acabar com o tratamento distinto entre os trabalhadores efetivos e terceirizados, fazendo com que estes obreiros possuam os mesmos cuidados que aqueles durante o período do contrato de prestação de serviços.

Urge salientar, contudo, que devido à alta rotatividade existente no sistema de terceirização (seja de empresas interpostas, seja de mão de obra da mesma empresa), a diferença salarial e a posição desigual em que os dois tipos de empregados se encontram, por mais que os tratamentos da empresa tomadora de serviços, no interior de seu estabelecimento, busquem conferir igualdade, sempre haverá a incompatibilidade entre ambos. Afirma Márcio Túlio Viana (2013, *passim*):

Por adquirir uma segunda natureza – a de coisa – esse homem pouco se identifica com o outro - o empregado da tomadora - mesmo estando ao seu lado. À maneira dos antigos escravos ou das vacas de uma fazenda, ele tem a sua marca, o seu estigma. (...)

Esse homem-coisa se sente diminuído aos seus próprios olhos, pois não é – sequer minimamente – dono de seu destino. (...) Como dizíamos, essa prática opõe trabalhadores a trabalhadores, degradando o próprio grupo, enquanto classe. O terceirizado ambiciona o cargo do efetivo; o efetivo teme se tornar terceirizado. Um despreza ou inveja o outro; ao menos em potência, disputam este bem valioso e escasso que é o emprego mais seguro. Assim - e de um modo mais intenso do que nunca - a empresa consegue externalizar para dentro da classe operária a própria lógica da concorrência.

Por seu turno, pontua a Diretora de Cidadania e Direitos Humanos da ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, Silvana Abramo (2015, online):

Do ponto de vista das empresas que usam a terceirização para simples colocação de mão de obra o sistema só é vantajoso se houver sonegação e rebaixamento de direitos trabalhistas, porque se os salários dos terceirizados e demais direitos trabalhistas deles for exatamente igual aos dos empregados diretos, a empresa tomadora terá que pagar para a empresa prestadora o mesmo valor que paga aos seus empregados diretos acrescido do valor relativo ao pagamento à empresa prestadora – seus gastos e lucro. Assim, esse sistema só dá lucro para as duas empresas se os valores pagos ao trabalhador forem menores do que os pagos aos trabalhadores diretos.

A autorização de trabalho terceirizado em qualquer atividade, seja nas auxiliares não vinculadas aos objetivos centrais da empresa, (atividade meio) seja nas atividades relativas ao próprio objetivo da empresa (atividade fim) estabelece duas classes de trabalhadores, e acaba com a estrutura de representação sindical dos trabalhadores, debilitando as entidades que lutam por melhores condições de trabalho, vez que não haverá mais trabalhadores metalúrgicos, ou comerciários, mas simplesmente, prestadores de serviços.

Concernente à representação sindical, salienta Uchôa (2015, online) que,

A proteção sindical dos empregados do quadro próprio do tomador de serviços é uma

proteção mais sólida e eficiente, pelo fato deles formarem uma comunidade homogênea. Essa situação difere dentre os trabalhadores vinculados ao regime de terceirização, não raramente submetidos a uma escala rotativa em diferentes locais de trabalho, que lhes torna invisíveis à proteção dos respectivos sindicatos, lhes dificultando a mobilização e a participação nas políticas sindicais.

Como podemos verificar, estas são as questões mais significativas do projeto de lei que visa regulamentar a terceirização, fazendo jus a uma atenção especial dos legisladores e juristas sobre sua melhor forma de aplicação e normatização, uma vez que o seu texto ainda é passível de alterações, para que possa cumprir com êxito o seu objetivo de proteger àqueles que realmente necessitam de amparo legal, que são os trabalhadores terceirizados.

3. Conclusão

Conforme já fora observado ao longo do presente estudo, é fato incontroverso que a terceirização atinge grande parcela da população brasileira e que é inequívoca a necessidade de sua regulação por legislação específica em nome da segurança jurídica, haja vista sua ausência ter sido fator determinante para a disseminação desenfreada deste fenômeno, tanto no setor público como no privado.

Hoje, apenas a Súmula n. 331 do TST tem sido o norte para reger a terceirização e servir de parâmetro para todas as demandas que aparecem no Judiciário. Contudo, esse sistema de relação trilateral de trabalho possui uma enorme repercussão no atual cenário socioeconômico brasileiro e traz, em sua essência, uma série de mudanças nas relações trabalhistas existentes que precisam ser bem ponderadas para que haja uma melhor regulamentação, advindas do Poder Legislativo,

com maiores especificações, sem ferir os direitos e garantias trabalhistas já alcançados.

Em verdade, a estabilização nas últimas décadas no nosso país deste instituto, ainda que de modo lícito, só demonstrou como são graves as consequências sob o aspecto social, uma vez que, segundo pesquisas científicas consistentes, é elevada a incidência de acidentes de trabalho graves e fatais – estes, chegando ao índice de 80% - dentre os obreiros terceirizados, devido à precariedade das condições de trabalho.³

Além do mais, é notório e frequente o sério preconceito e discriminação existente do trabalhador direto face ao trabalhador terceirizado, visto que há uma segregação interna no próprio ambiente de trabalho, criada justamente pela existência de dois tipos de trabalhadores no mesmo estabelecimento, pela vulnerabilidade da categoria terceirizada, pelas escassas condições laborais fornecidas pelas empresas interpostas e pela desídia da empresa tomadora de serviços no tratamento para com os obreiros terceirizados, atingindo não apenas a saúde e a questão financeira destes, mas também a sua dignidade humana. Como se não bastasse, a terceirização costuma apresentar fragilidade na representação sindical em decorrência da alta rotatividade de mão de obra no mercado, por possuir uma jornada laboral maior que os empregados contratados de forma efetiva e uma remuneração bem menor.

Em contrapartida, as vantagens que a terceirização traz consigo são praticamente todas pela perspectiva econômica e empresarial, tendo em conta que o seus reflexos positivos são de aumento da produtividade e eficiência, uma vez que: a empresa tomadora mantém seu foco estritamente na atividade lucrativa para o seu empreendimento, enquanto que recebe a prestação dos serviços periféricos de outra empresa; há a diminuição dos encargos trabalhistas e previdenciários para a empresa tomadora de serviços; há a melhoria na qualidade da produção de bens ou na prestação de serviços, em virtude das empre-

3 **Terceirização e Desenvolvimento, uma conta que não fecha.** DIEESE/CUT: São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>>. Acesso em 22 mar. 2016. *passim*.

sas comecem a se tornar especializadas na sua atividade principal; há também a redução dos custos fixos do tomador e a simplificação do gerenciamento da empresa, haja vista a subordinação direta dos terceirizados ser para com a empresa interposta.

Sob o aspecto social, alguns autores afirmam que a vantagem da terceirização seria a criação de novos empregos no mercado de trabalho, muito embora esta hipótese seja contestável, já que muitas empresas demitem seus funcionários para contratar a prestação de serviços sob o processo da terceirização, sendo considerado tal sistema por diversos juristas a verdadeira precarização das condições e das relações de trabalho.

Percebe-se que o Projeto de Lei da Câmara n. 30/2015, que ainda está sob a análise do Senado Federal, possui um viés eminentemente empresarial, ao favorecer a terceirização irrestrita e dar prioridade às normas contratuais em detrimento dos direitos e garantias trabalhistas previstos na Constituição Federal e pela Consolidação de Leis Trabalhistas, representando, desse modo, um verdadeiro retrocesso social.

Considerando todo o exposto, conclui-se que a terceirização de mão de obra é de fato um instrumento ensejador da precarização nas relações de trabalho resguardadas pela legislação celetista e pela Constituição Federal, ainda que nos moldes da Súmula n. 331 do TST, necessitando, destarte, de um marco regulatório, mas que seja mais intolerante aos abusos e arbitrariedades existentes face ao trabalhador, mantendo de forma mais rígida o seu caráter excetivo.

4. Referências bibliográficas

ABRAMO, Silvana. **Por que dizemos não ao PL 4330.** ANAMATRA, 2015. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/por-que-dizemos-nao-ao-pl-4330>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

BERTELLI, Sandra Miguel Abou Assali. **Terceirização: forma de gestão de trabalho ou meio de acomodação da produção capitalista?** ANAMATRA, 2014. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/terceirizacao-forma-de-gestao-de-trabalho-ou-meio-de-acomodacao-da-producao-capitalista-1>>. Acesso em 16 mar. 2016.

BELTRAMINI, Franciano. **Projeto de lei geral da terceirização de mão de obra.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4628, 3 mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46876>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 03 mar. 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara - PLC 30/2015 de 28/04/2015.** <<http://www12.senado.gov.br/cidadania/visualizacaotexto?id=164641>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331.** Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em 03 mar. 2016.

BRITO, Dayane Cristine Souza de. **A Terceirização como paradigma ensejador da precarização das condições de trabalho.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.35782&seo=1>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

COELHO, Elaine D'Avila. TEIXEIRA, Marilane Oliveira. **Que tempos são estes, em que é necessário defender o óbvio?** Disponível em: <<http://2013.cut.org.br/sistema/ck/files/Artigo%20terceirizacao.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2016.

CRUZ, Felipe Santa. **Precarização do Trabalho: Projeto de Lei da Terceirização transforma em regra o que deveria ser exceção.** Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-26/felipe-santa-cruz-lei-terceirizacao-transforma-excecao-regra>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 14ª ed. São Paulo: LTR, 2015.

MABEL, Sandro. **Projeto de lei de proteção ao terceirizado.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/noticias/27435>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Roberta Dantas de. **Algumas considerações acerca da Terceirização e do PL 4.330/2004.** Jus Navigandi, mai. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39201>>. Acesso em 17 mar. 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Subcontratação ou terceirização.** Revista de Direito do Trabalho, n. 83. p. 20-25. set. 1993.

SANTOS, Carlos Modanês. **Principais responsabilidades do tomador de serviços contidas no PL nº4.330/2004: terceirização da atidade-fim.** Jus Navigandi, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41415>>. Acesso em 17 mar. 2016.

SEGALA, Michele Machado. **Terceirização nas relações de trabalho: avanço ou retrocesso?** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4441, 29 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41157>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

SILVA, Dayane Rose. **Projeto de Lei 4330/2004: terceirização irrestrita.** Jus Navigandi, abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38361>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

Terceirização e Desenvolvimento, uma conta que não fecha. DIEESE/CUT: São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>>. Acesso em 22 mar. 2016.

UCHÔA, Marcelo. **Terceirização: retrocesso social inaceitável.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4304, 14 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38062>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

VIANA, Márcio Túlio. **Terceirizando o Direito: novos enfoques sobre o PL no. 4330.** ANAMATRA, 2013. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/terceirizando-o-direito-novos-enfoques-sobre-o-pl-no-4330>>. Acesso em 17 mar. 2016.

WAITMAN, Helena Silveira Armando. **A Terceirização no Direito do Trabalho e o Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53991&seo=1>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

7 O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO TERCEIRO SETOR (LEI Nº 13.019/2014, ALTERADA PELA LEI Nº 13.204/2015) E A AMPLIAÇÃO DO PROCESSO DE “DEMOCRATIZAÇÃO” NA SOCIEDADE CIVIL BRASILEIRA

Edson Pereira da Silva Neto

Pós-graduando na Instituição de Ensino Damásio Educacional S/A

I. A sanção do Novo Marco Regulatório do Terceiro Setor

Em 1º de agosto de 2014, foi publicada a Lei nº 13.019, popularmente conhecida como o “Novo Marco Regulatório do Terceiro Setor”, cuja vigência deu-se em 23 de janeiro de 2016, disciplinando as relações construídas entre os entes da Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil (OSC). Para os Municípios, os quais poderão implantar as referidas disposições normativas por ato administrativo local, no seu âmbito de incidência, a vigência dar-se-á apenas em 1º de janeiro de 2017 (art. 88, §1º, da Lei nº 13.019/2014).

A sanção da referida lei respondeu aos anseios sociais de preencher as lacunas que permeavam o microssistema normativo que regula o fenômeno das entidades integrantes do terceiro setor, o qual pauta-se precisamente pelo interesse público da atividade¹. O advento desse “Novo Marco Regulatório”, trouxe uma série de desafios à comunidade jurídica², porquanto até que se estabeleçam consensos acerca da interpretação dos textos legais e de sua justa aplicação a casos concretos³, há de se balizar inúmeras perspectivas, as quais serão determinantes para as atividades exercidas pelas Organizações da Sociedade Civil.

Faz-se imperioso tecer uma ressalva no que tange a expressão “Organizações da Sociedade Civil” que será citada neste artigo. Isto porque, apesar dessa possuir conotações importantes no meio científico, e de constituir, nos tempos modernos, um instituto do qual emerge uma nova cidadania, transparecendo o direito de definir aquilo que no qual a sociedade quer ser inserida⁴, tem-se que, consoante objetivo deste trabalho, ela será utilizada delimitadamente para se referir àquelas entidades a que alude e define a Lei nº 13.019/2014, conforme será esposado.

1 DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 565.

2 INSTITUTO ATUAÇÃO. **O que muda com o novo marco regulatório das organizações da sociedade civil, lei n. 13.019/2014**. Instituto GRPCom. Curitiba. 2005. p. 3.

3 Id. 2005. p. 3.

4 FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e terceiro setor: as organizações sociais e os desvirtuamentos dos modelos de implantação na Administração Pública brasileira**. Recife: O autor, 2007.

2. O Terceiro Setor e o processo de “democratização”

A expressão “terceiro setor”, não obstante carregar vagueza e compreender uma série de distintas organizações⁵ remonta a ideia clássica da divisão da sociedade em três âmbitos distintos, advinda de construção doutrinária por parte da maioria dos autores americanos, baseadas na estrutura e no modelo da sociedade americana⁶. Destarte, de acordo com as características em comum das entidades ou atividades que compõem cada setor, tem-se o mercado (primeiro setor), o governamental (segundo setor), e as atividades sem fins lucrativos, denominado terceiro setor⁷. Esses domínios movimentam a economia e trabalham para a evolução da sociedade⁸, segundo lógicas e racionalidades específicas⁹.

As entidades do Terceiro Setor, não-estatais e não prepostas a objetivos mercantis¹⁰, podem ocupar com eficácia espaços e lacunas deixados pelo Estado, movidas por preocupações privadas e baseadas em redes de conhecimentos e em padrões próprios de eficiência e efi-

5 LIRIDA, Cailou de Araújo e Mendonça. **Entre o público e o privado: as organizações sociais no direito administrativo brasileiro e participação democrática na administração pública**. Recife: O autor. 2004. p.79.

6 COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos**. São Paulo: ed. SENAC, 2000. p. 39.

7 Id. 2009.

8 ARAUJO, 2005 *apud* OLIVEIRA, Irani Maria da Silva. **Uma investigação de contas das entidades do Terceiro Setor brasileiro**. Recife: O Autor, 2009.

9 CABRAL, Heloisa Helena de Souza. **A Gestão Social do terceiro Setor e suas dualidades**. São Paulo. Revista Administração em Diálogo, n. 11, v.2, 2008. p. 22.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 221.

cácia¹¹. Elas não estão presas às amarras estatais¹², e denotam uma atuação de parte da sociedade, que se organiza e se estrutura com vistas à realização de atividades que não objetivam o lucro, mas a satisfação de anseios públicos ou de interesse geral da coletividade¹³. A atuação deste setor deve ser pautada numa perspectiva dialógica, comunicativa, na qual as ações são implementadas por meio da intersubjetividade racional dos diferentes sujeitos sociais a partir de esferas públicas em espaços organizados da sociedade civil¹⁴. No Estado brasileiro, a influência do terceiro setor nas definições das políticas sociais ainda é muito incipiente, mas já se faz notar¹⁵.

GIDDENS¹⁶, em uma perspectiva política, relaciona o fenômeno do terceiro setor ao processo de aprofundamento e ampliação da democracia, ao acentuar a importância da participação da coletividade para moldar suas próprias vidas, porquanto além dos direitos que os indivíduos gozam, há também responsabilidades das suas ações e dos seus comportamentos, que podem satisfazer diretamente ou indiretamente os interesses sociais. Nesta perspectiva, uma vez cientes dos seus deveres, os próprios indivíduos ao exercerem o controle de atividades das organizações, por eles criadas, passam a ter uma postura ativa, de-

11 MATTOS, Solange Maria; DRUMMOND, José Augusto. **O terceiro setor como executor de políticas públicas: ongs ambientalistas na baía de Guanabara**. Curitiba: Rev. Sociol. Polít., 2005, p.77.

12 FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e terceiro setor: as organizações sociais e os desvirtuamentos dos modelos de implantação na Administração Pública brasileira**. Recife: O autor, 2007. p. 196.

13 FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e terceiro setor: as organizações sociais e os desvirtuamentos dos modelos de implantação na Administração Pública brasileira**. Recife: O autor, 2007.

14 TENÓRIO, Fernando Guilherme. **Um espectro ronda o terceiro setor, o espectro mercado: ensaios de gestão social**. 2 ed. Ver. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 100.

15 COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos**. São Paulo: ed. SENAC, 2000. p. 41.

16 GIDDENS, 1999 *apud* FERNANDES, op. cit.

cisória, executora e fiscalizadora¹⁷, atenuando-se a vigilância exercida pelo Estado, e eliminando fatores de corrupção¹⁸.

3. A aplicação do Novo Marco Regulatório

Primeiramente, tem-se que a Lei nº 13.019/2014 é federal, portanto suas disposições aplicar-se-ão a todas as esferas de governo: federal, estadual, distrital e municipal, ensejando uma homogeneização no Estado das regras aplicáveis às Organizações da Sociedade Civil (OSC). O novo diploma legal criou dois novos modelos de parceria entre o Estado e as entidades do Terceiro Setor: o Termo de Colaboração e o Termo de Fomento¹⁹, substituindo dessa forma o instituto dos convênios, os quais serão utilizados para celebração de parcerias por dois ou mais entes públicos.

Consecutivamente, o art. 1º da Lei nº 13.019/2014 enuncia que suas disposições aplicar-se-ão às Organizações da Sociedade Civil (OSC), as quais são enumeradas e definidas em seu texto normativo, a saber:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente

17 FERNANDES, Luciana de Medeiros. op. cit.

18 FERNANDES, Luciana de Medeiros. op. cit.

19 INSTITUTO ATUAÇÃO. **O que muda com o novo marco regulatório das organizações da sociedade civil, lei n. 13.019/2014.** Instituto GRPCom. Curitiba. 2005. p. 3.

na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei no 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos²⁰.

Como se observa, a definição legal de Organização da Sociedade Civil (OSC), conforme prevê a Lei nº 13.019/2014, engloba não só a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos em si, mas também as sociedades cooperativas e as organizações religiosas.

3.1 Instrumentos de parcerias e acordos a partir da nova Lei

²⁰ BRASIL. **Lei nº 13.019, de 31 de junho de 2014**. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm>. Acesso em 05/01/2016.

As OSC, por sua vez, para pactuarem com o Poder Público, devem celebrar as seguintes parcerias: termos de colaboração, termos de fomento ou acordos de cooperação, as quais diferem basicamente quanto ao sujeito que propôs as diretrizes da relação público-privada. Assim, enquanto no termo de colaboração as atividades a serem desenvolvidas foram propostas pela Administração Pública, no termo de fomento estas são sugeridas pela própria Organização da Sociedade Civil. Por último, no acordo de cooperação, observa-se a participação de ambas as partes para erigir uma diretriz, consoante as conceituações legais trazidas em seus preceitos, *in verbis*:

VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros;

VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros;

VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a

*transferência de recursos financeiros*²¹.

Por conseguinte, existem outros requisitos a serem preenchidos pelas Organizações da Sociedade Civil que queiram formalizar um termo ou acordo com a Administração Pública. Primeiramente exige-se um lapso temporal mínimo de existência da organização, a saber, constituição há três anos, e experiência prévia na realização do objeto da parceria e capacidade técnica operacional²². Ademais, o referido ente deverá possuir estatuto contendo objetivos de promoção de atividades de relevância pública, estabelecer um Conselho Fiscal, prever a destinação de seu patrimônio a outra entidade similar em caso de dissolução, bem assim observar as normas brasileiras de contabilidade, e a respectiva publicidade dos relatórios contábeis²³. Não obstante, outras formalidades também são exigidas pela Lei nº 13.019/2014, são elas:

“Documento de propriedade de imóvel caso este seja necessário à execução do projeto, certidões de regularidade fiscal e de existência jurídica (cópia de estatuto e alterações devidamente registrados), ata de eleição de diretoria e relação nominal dos dirigentes, documento que comprove o funcionamento da entidade no endereço informado no Cartão CNPJ”²⁴

21 BRASIL. **Lei nº 13.019, de 31 de junho de 2014**. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm>. Acesso em 05/01/2016.

22 INSTITUTO ATUAÇÃO. **O que muda com o novo marco regulatório das organizações da sociedade civil, lei n. 13.019/2014**. Instituto GRPCom. Curitiba. 2005. p. 3.

23 Id. 2005.

24 Id. 2005.

Para celebrar parceria, consoante dispõe a Lei nº 13.019/2014, as Organizações da Sociedade Civil deverão submeter-se a processo de chamamento público, o qual é voltado a selecionar as entidades que tornem mais eficaz a execução do objeto. A este chamamento foi atribuída a seguinte definição legal:

“procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”²⁵

A Lei nº 13.019/2014 prevê ainda que se o termo de colaboração ou de fomento envolver recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais, não será realizado o chamamento, bem como enumera hipóteses de inexigência (art. 30) e de dispensa (art.31) desse. Dispõe ainda a referida norma em comento que são critérios obrigatórios de julgamento: o grau de adequação da proposta aos objetivos específicos do programa, ou da ação em que se insere o objeto da parceria, e, quando for o caso, o valor de referência constante do chamamento.

Para celebrar um termo ou acordo e relacionar-se com o Estado, a Organização da Sociedade Civil deverá apresentar proposta de execução de programa ou ação, submetendo-se ao citado “chamamento público”. Assim as proposições das Organizações da Sociedade

25 BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de junho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm>. Acesso em 05/01/2016.

Civil (OSC) serão ponderadas e elegidas conforme as vantagens às conveniências públicas.

3.2 Instituição da “Manifestação de Interesse Social”, propulsor do processo de democratização

O “Novo Marco Regulatório” introduziu o instituto da Manifestação de Interesse Social, que pode ser oferecido pelas Organizações da Sociedade Civil, pelos movimentos sociais e cidadãos. É por meio desse instrumento que serão espostas à Administração Pública propostas, para que essa avalie a possibilidade de realização de um chamamento público, a fim de suprir necessidades do meio social. Não obstante, esta manifestação não vincula a Administração à execução de um chamamento, o qual apenas acontecerá de acordo com os interesses da administração, sendo defeso pela nova lei condicionar a realização de chamamento ou parceria à prévia realização de Procedimento de Manifestação de Interesse Social.

Não raro, a atuação governamental acaba por direcionar o terceiro setor à concretização de objetivos vinculados às metas estatais²⁶. É bem verdade que a liberdade de atuação dos entes do terceiro setor perante o parceiro estatal não é tão expressiva, uma vez que suas ações, atividades e projetos tendem a seguir as diretrizes da Administração, a qual define o que deve ser executado - a programação originária (OLIVEIRA E MÂNICA)²⁷.

Todavia, reconhece-se que a introdução do instituto da Manifestação de Interesse Social constitui faculdade de maior participação da comunidade na definição das atividades de interesse coletivo e de

26 NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque. **Estado e regulação do terceiro setor: um estudo sobre o modelo brasileiro de OSCIP e o modelo português de IPSS**. Recife: O autor, 2009. p. 96.

27 OLIVEIRA E MÂNICA, *apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e terceiro setor: as organizações sociais e os desvirtuamentos dos modelos de implantação na Administração Pública brasileira**. Recife: O autor, 2007.

cunho social, a despeito de o Estado, por vezes, provocar ofuscamento da sociedade civil na execução das atividades destinadas ao interesse público. Há, a partir da nova lei, a possibilidade de ampliação da atuação da comunidade e do exercício de sua responsabilidade perante as demandas sociais, porquanto se estimulou a presença atuante da sociedade civil ativa nos deveres que a vincula. Esta efervescência de participação, proporcionada pela Lei nº 13.019/2014, à sociedade brasileira é louvável, posto que constitui instrumento que tende a expandir a influência do Terceiro Setor nas definições das políticas sociais, a qual ainda é tênue²⁸.

Por conseguinte, o Novo Marco Regulatório tende a compartilhar de modo mais denso com a sociedade civil a responsabilidade estatal-social de suprir os interesses coletividade, porquanto essa última pode identificar e responder aos seus próprios anseios com maior precisão, fortalecendo o processo de democratização. Desta feita, uma maior responsabilidade para responder as demandas sociais, ao lado do Estado, que é incapaz de suprir todas as necessidades a ele apresentadas, constitui ampliação do processo de democracia, no sentido de que se estimula a participação da coletividade para moldar suas próprias vidas²⁹.

Portanto, o processo de expansão da democratização entendido como a revelação da importância da sociedade para a vontade do Estado, ao modular a atuação do Poder Público, e atribuir responsabilidade à comunidade para suprir suas necessidades, foi fomentado com a sanção da Lei nº 13.019/2014, conhecida como o “Novo Marco Regulatório do Terceiro Setor”.

28 COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos**. São Paulo: ed. SENAC, 2000. p. 41.

29 GIDDENS, 1999 *apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e terceiro setor: as organizações sociais e os desvirtuamentos dos modelos de implantação na Administração Pública brasileira**. Recife: O autor, 2007.

4. Referências Bibliográficas

BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de junho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2014/Lei/L13019.htm>. Acesso em 05/01/2016.

CABRAL, Heloisa Helena de Souza. **A Gestão Social do terceiro Setor e suas dualidades**. São Paulo. Revista Administração em Diálogo, n. 11, v.2, 2008.

COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos**. São Paulo: ed. SENAC, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e terceiro setor: as organizações sociais e os desvirtuamentos dos modelos de implantação na Administração Pública brasileira**. Recife: O autor, 2007.

INSTITUTO ATUAÇÃO. **O que muda com o novo marco regulatório das organizações da sociedade civil, lei n. 13.019/2014**. Instituto GRPCom. Curitiba. 2005.

LIRIDA, Cailou de Araújo e Mendonça. P 79. **Entre o público e o privado: as organizações sociais no direito administrativo brasileiro e participação democrática na administração pública**. Recife: O autor. 2004.

MATTOS, Solange Maria; DRUMMOND, José Augusto. **O terceiro setor como executor de políticas públicas: ongs ambientalistas na baía de Guanabara**. Curitiba: Rev. Sociol. Polít., 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores.

NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque. **Estado e regulação do terceiro setor: um estudo sobre o modelo brasileiro de OSCIP e o modelo português de IPSS**. Recife: O autor, 2009.

OLIVEIRA, Irani Maria da Silva. **Uma investigação de contas das entidades do Terceiro Setor brasileiro**. Recife: O Autor, 2009.

TENÓRIO, Fernando Guilherme. **Um espectro ronda o terceiro setor, o espectro mercado: ensaios de gestão social**. 2 ed. Ver. Ijuí: Unijuí, 2004.

8

DEPÓSITO RECURSAL NAS IMPUGNAÇÕES ÀS SENTENÇAS PARCIAIS DE MÉRITO NO PROCESSO DO TRABALHO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N° 13.105/2015 (CPC-2015)

Rodrigo Silveira Chung

Pós-graduando em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pelo Instituto dos Magistrados do Nordeste em parceria com a Universidade Cândido Mendes/RJ Advogado.

I. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil entrou em vigor a partir do dia 18/03/2016 inaugurando novas regras processuais a serem observadas pelos operadores do direito.

Não obstante, já no artigo 15¹ previu a aplicação supletiva e subsidiária na ausência de normas que regulem os processos trabalhistas.

1 BRASIL, Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

Dentre as várias mudanças, destaca-se a aplicação da técnica de julgamento antecipado do mérito e julgamento antecipado parcial do mérito, sendo este aplicável ao processo laboral por força do art. 5º, da Instrução Normativa nº 39/2016 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Dessa forma, se buscará trazer uma possível problemática sobre o depósito recursal nas impugnações às sentenças de mérito e apontar algumas sugestões para solução sem a missão de esgotar o tema.

2. Sentença parcial de mérito

2.1 Breves considerações

Antes da análise dos depósitos recursais nas impugnações às sentenças parciais de mérito, se faz necessário tecer breves comentários sobre o denominado “julgamento antecipado parcial do mérito”.

Em que pese o Novo Código de Processo Civil de 2015² ter admitido a possibilidade de o magistrado proferir uma decisão parcial de mérito, nos termos do art. 355, a doutrina já defendia a existência de “capítulos de sentença”. Neste sentido, esclarece Cassio Scarpinella Bueno³:

Nem sempre a sentença resolverá um só pedido formulado por um só autor em face de um só réu e, mesmo em casos como estes,

2 BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

3 BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum : ordinário e sumário, 2 : tomo I – São Paulo : Saraiva, 2007, p. 357.

nem sempre haverá uma só questão a ser por ela decidida. Pode acontecer que o autor tenha formulado mais de um pedido em face de um mesmo réu; que vários autores tenham formulado diversos pedidos em face de um ou mais de um réu; que, por iniciativa do réu, outros pedidos tenham sido formulados valendo-se do mesmo processo (reconvenção e denunciação da lide, por exemplo). Mesmo em processos que não possuam objeto composto ou complexo, entretanto, não há como negar que o juiz deverá enfrentar, sempre, outras questões que decorrem do próprio julgamento, como, por exemplo, a responsabilização pelas verbas de sucumbência. Em todos esses casos, a sentença deverá resolver todas as questões ou pedidos que foram suscitados.

A teoria dos chamados “capítulos da sentença” tem o condão de viabilizar uma melhor compreensão da sentença e de todos os julgamentos que nela deverão ser feitos pelo juiz.

No caso da Justiça do Trabalho é muito comum a parte autora formular diversos pedidos o que, agora, se admite realizar uma sentença parcial para cada pedido desde que, naturalmente, o mesmo esteja apto para ser julgado pelo magistrado após a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Carta Republicana de 1988:

Art. 5º. (Omissis)

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;

Assim, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco em sua obra “Capítulos de Sentença”⁴ afirma que:

São objetos autônomos de um julgamento de mérito os diversos itens que se desdobra o decisum e que se referem a pretensões distintas ou a diferentes segmentos destacados de uma pretensão só. Em princípio, trata-se de pretensões que poderiam ser julgadas por sentenças separadas, em dois ou mais processos, o que só não sucede quando os dois capítulos de mérito são representados pelo julgamento do mérito principal e da pretensão relacionada com o custo financeiro do processo (despesas, honorários da sucumbência).

Desta feita, a nova Lei de Ritos, através dos julgamentos antecipados parciais de mérito, visa consagrar os princípios da Primazia da Decisão de Mérito e da Efetividade estampados no art. 6º dentro do Capítulo I do Livro I que trata das Normas Fundamentais do Processo Civil.

Outrossim, como reforço de argumento quanto à possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito admite-se a “desistência parcial, hipótese em que não haverá extinção do processo, pois a parcela desistida deve prosseguir para ulterior julgamento”⁵.

Por outro lado, o julgamento antecipado do mérito não é novidade para alguns que defendem que já havia previsão no antigo artigo 273, §6º, do Código de Processo Civil de 1973 revogado que dispunha:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os

4 DINAMARCO, Cândido Rangel. Capítulos de Sentença. Editora Malheiros, 6ª ed., 2014, p. 63.

5 DIDIER, Fredie Jr.. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 01, 17ª Ed., 2015, p. 721.

efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 6o A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

Logo, quando o juiz analisava um pedido de antecipação de tutela e caso algum deles, ou parcela deles, se mostrassem incontroversos poder-se-ia prolatada uma decisão.

Sendo assim, feitas essas considerações, o Novo Código de Processo Civil de 2015 a previsão legal do instituto em comento está regulada nos artigos 355 e 356 e parágrafos consoante a seguir:

CAPÍTULO X DO JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

Seção II

Do Julgamento Antecipado do Mérito

Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344⁶ e não houver requerimento

⁶ BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: "DA REVELIA. Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor."

de prova, na forma do art. 349⁷.

Seção III

Do Julgamento Antecipado Parcial do Mérito

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

Logo, não há mais discussão acerca da possibilidade de o magistrado proferir uma decisão antecipada (e parcial) de mérito. A nova discussão será *como* serão realizadas essas decisões antecipadas parciais de mérito no Processo Judicial Eletrônico (PJe) que não é tema de debate do presente artigo.

⁷ BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: "Art. 349. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção".

2.2 Aplicabilidade no Processo do Trabalho.

Neste contexto, ante a possibilidade de aplicação supletiva e subsidiária do Novo Código de Processo Civil ao processo do trabalho conforme prescreve o art. 15 deste Codex e não sendo o caso de incompatibilidade com rito trabalhista⁸, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Instrução Normativa n° 39/2016, norteou sobre as normas aplicáveis e inaplicáveis da nova Lei de Ritos ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva, prevendo em seu artigo 5° o seguinte:

Art. 5° Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do art. 356, §§ 1° a 4°, do CPC que regem o julgamento antecipado parcial do mérito, cabendo recurso ordinário de imediato da sentença.

Dessa forma, verifica-se que não restam dúvidas sobre a possibilidade de ser aplicado ao processo do trabalho o instituto do julgamento antecipado parcial do mérito, bem como o recurso adequado não é o de agravo de instrumento conforme previsto no art. 356, §5°, do CPC/2015 e sim recurso ordinário nos termos da Instrução Normativa.

Contudo, por ser uma sentença parcial e antecipada de mérito de forma autônoma em relação aos pedidos, entende-se que o magistrado deve estabelecer o valor pecuniário da condenação relativa ao pedido julgado para fins de garantia de futura execução e, caso a parte adversa interponha o respectivo recurso ordinário, possa efetuar o de-

⁸ BRASIL, Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943: "Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título".

pósito recursal⁹. Neste sentido, vale ressaltar o enunciado da Súmula nº 161 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

Súmula nº 161 do TST

DEPÓSITO. CONDENAÇÃO A PAGAMENTO EM PECÚNIA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Se não há condenação a pagamento em pecúnia, descabe o depósito de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 899 da CLT (ex-Prejulgado nº 39).

Dessa forma, caso não o magistrado nada se refira sobre o valor do depósito recursal entende-se que a parte interessada deverá interpor recurso de embargos de declaração na forma do art. 897-A da Consolidação das Leis do Trabalho para sanar a omissão:

Art. 897-A Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.

9 BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943: "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 penhora.

§ 1º Sendo a condenação de valor até 10 (dez) vezes o salário-mínimo regional, nos dissídios individuais, só será admitido o recurso inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva importância. Transitada em julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância de depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz."

Neste sentido, a Corte Superior Trabalhista já se manifestou a respeito:

DEPÓSITO RECURSAL. ITEM II, LETRA -C-, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 3/93 DO TST. ACÓRDÃO REGIONAL QUE, NÃO OBSTANTE HAJA REFORMADO A R. SENTENÇA, DEIXA DE ARBITRAR NOVO VALOR À CONDENAÇÃO. NOVO DEPÓSITO RECURSAL. EXIGÍVEL. A exigência contida no item II, letra c, da Instrução Normativa nº 3/93 do TST deve ser observada pelos órgãos colegiados de segunda instância, mas cumpre à parte zelar pela sua aplicação - como, de resto, ocorre com todo e qualquer dispositivo legal ou sumular. Logo, se o v. acórdão regional, embora reformando a r. sentença, não arbitrou novo valor à condenação, era ônus da parte interessada opor embargos de declaração a tempo e modo para ver sanada tal omissão. Como não o fez, inviável pretender-se dispensada da realização de novo depósito recursal, pois isso significaria -premiar- sua incúria com a inaplicabilidade dos §§ 2º e 6º do art. 896 da CLT, o que, por sua vez, seria de todo desarrazoado. Na verdade, preclusa está a questão relativa à fixação de novo valor da condenação, devendo ser observado o montante antes arbitrado, por força do art. 469, I, do CPC. Embargos de declaração acolhidos para sanar omissão, sem efeito modificativo. (TST - ED-AG-RR: 4979290919985015555 497929-09.1998.5.01.5555, Relator: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 19/02/2003, 4ª Turma,, Data de Publicação: DJ 07/03/2003.)

Assim, conclui-se que o depósito recursal visa garantir o juízo recursal partindo da premissa de existência de uma decisão antecipada parcial condenatória de pagamento em pecúnia, com valor líquido ou arbitrado.

Contudo, surge uma celeuma: para cada decisão antecipada parcial do mérito haverá um novo depósito recursal de forma exclusiva e um teto recursal individual ou dever-se-á levar em conta o montante do global da condenação, isto é, o somatório dos valores das decisões antecipadas parciais do mérito como requisito de admissibilidade do(s) recurso(s)?

2.3 Depósito Recursal nas Impugnações às Sentenças Parciais

A problemática apresentada não foi enfrentada pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho na Instrução Normativa nº 39/2016. No entanto, acredita-se que para a solução deve ser adotado o mesmo raciocínio previsto no inciso II da Instrução Normativa nº 03/1993¹⁰ que esclarece as seguintes regras relativas ao depósito recursal:

b) depositado o valor total da condenação, nenhum depósito será exigido nos recursos das decisões posteriores, salvo se o valor da condenação vier a ser ampliado;

c) se o valor constante do primeiro depósito, efetuado no limite legal, é inferior ao da condenação, será devida complementação de depósito em recurso posterior, observado o valor nominal remanescente da condenação e/ou os limites legais para cada novo recurso;

10 Republicação da Instrução Normativa nº 3, com as alterações introduzidas pela Resolução n.º 190, de 11 de dezembro de 2013.

d) havendo acréscimo ou redução da condenação em grau recursal, o juízo prolator da decisão arbitrará novo valor à condenação, quer para a exigibilidade de depósito ou complementação do já depositado, para o caso de recurso subsequente, quer para liberação do valor excedente decorrente da redução da condenação;

Desse modo, apesar de haver a possibilidade de vários recursos ordinários em face das sentenças antecipadas parciais do mérito, acredita-se que é aplicado à hipótese da alínea “c” da IN nº 03/1993 combinado com o art. 40 da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, ou seja, o depósito recursal de que trata o art. 899, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho fica limitado ao teto previsto e instituído por ato do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, consoante inciso VI da IN nº 03/1993, nos casos de interposição de um ou vários recursos.

Não obstante, por exemplo, se o valor constante do primeiro depósito recursal do recurso ordinário, efetuado no limite legal estabelecido por ato do Presidente do TST, é inferior ao da condenação, será devida complementação de depósito em recurso posterior, observado o valor nominal remanescente da condenação e/ou os limites legais para cada novo recurso interposto para a instância superior.

Sobre o tema o TST ainda não se manifestou. Todavia, há decisões da Corte Superior e do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região que afastaram a exigibilidade de realização de novo depósito recursal para fins de recurso ordinário em caso de sentença anulada:

RECURSO DE REVISTA. DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO. SENTENÇA ANULADA. REALIZAÇÃO DE NOVO DEPÓSITO RECURSAL. INEXIGIBILIDADE. O entendimento prevalente nesta Corte acerca da satisfação

do requisito de admissibilidade relativo ao preparo, quando anulada a sentença, é de ser possível a complementação do depósito recursal, efetuado por ocasião do primeiro recurso ordinário, para atingir o limite legal fixado. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 1119620125230066, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 11/03/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/2015)

RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. DESERÇÃO. DEPÓSITO RECURSAL. SENTENÇA ANULADA. INEXIGIBILIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO DO VALOR DO DEPÓSITO EFETUADO ANTERIORMENTE QUANDO A PARTE INTERPÕE NOVO RECURSO ORDINÁRIO. Quando o Regional anula a sentença e a parte interpõe recurso ordinário contra a nova decisão de primeiro grau, não há necessidade de complementar o valor do depósito recursal, porque não cabe atualização monetária, salvo quando o valor da condenação tenha sido majorada. Desse modo, estando garantido o Juízo por meio de recolhimento anterior, dentro do limite existente à época da interposição do primeiro recurso, e, não se tendo notícia de majoração do valor da condenação na nova sentença prolatada, a exigência de novo depósito recursal viola o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 1211407420045060161 121140-74.2004.5.06.0161, Relator: Vantuil Abdala, Data de Julgamento: 13/05/2009, 2ª Turma., Data de Publicação: 29/05/2009)

ANULAÇÃO DA SENTENÇA. NOVO RECURSO ORDINÁRIO. NOVO DEPÓSITO RECURSAL PELO VALOR INTEGRAL. DESNECESSIDADE. Tendo sido anulada a sentença e interposto novo recurso ordinário pela reclamada, não é exigível da parte que efetue novo depósito recursal pelo valor integral do limite vigente, porquanto o novo recurso a que alude o item I da Súmula 128 do TST é aquele direcionado à instância jurisdicional superior àquela que proferiu a decisão atacada. Arguição de não conhecimento do recurso ordinário da reclamada constante das contrarrazões do reclamante rejeitada. (TRT-4 - RO: 00007886320105040701 RS 0000788-63.2010.5.04.0701, Relator: WILSON CARVALHO DIAS, Data de Julgamento: 20/06/2013, 1ª Vara do Trabalho de Santa Maria)

Ademais, ressalte-se o enunciado da súmula nº 128 do TST que conclui o raciocínio exposto anteriormente para o deslinde do tema:

Súmula nº 128 do TST

DEPÓSITO RECURSAL (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 139, 189 e 190 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus da parte recorrente efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso. (ex-Súmula nº 128 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.03, que incorporou a OJ nº 139 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998)

II - Garantido o juízo, na fase executória, a exigência de depósito para recorrer de qualquer decisão viola os incisos II e LV do art. 5º da CF/1988. Havendo, porém, elevação do valor do débito, exige-se a complementação da garantia do juízo. (ex-OJ nº 189 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

III - Havendo condenação solidária de duas ou mais empresas, o depósito recursal efetuado por uma delas aproveita as demais, quando a empresa que efetuou o depósito não pleiteia sua exclusão da lide. (ex-OJ nº 190 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

Logo, consoante o inciso I do enunciado sumular acima, atingindo o valor da condenação ou incidindo a hipótese da alínea “c” da IN nº 03/1993 combinado com o art. 40 da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991 que prevê um limite recursal para cada recurso, propõe-se que não deverá ser exigido da parte um novo depósito para tantos quantos recursos em face das decisões antecipadas de mérito.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, depois de examinar brevemente a lacuna imposta após a edição do Novo Código de Processo Civil com relação aos depósitos recursais nas impugnações às sentenças parciais do mérito à luz da legislação e das decisões jurisprudenciais, permitem tirar as seguintes conclusões:

1. O CPC/2015 dispõe nos artigos 355 e 356 acerca do julgamento antecipado do mérito e do julgamento antecipado parcial do mérito, respectivamente;
2. O TST admitiu a possibilidade de aplicar o julgamento

antecipado parcial do mérito no processo do trabalho conforme disposto no art. 5º da IN nº 39/2016;

3. Caso o magistrado preveja a possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito dentre as hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 356 do CPC é recomendado que seja arbitrado o valor pecuniário da pretensão, sendo cabível o recurso de embargos de declaração em eventual omissão;
4. É ônus da parte recorrente efetuar o depósito recursal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. Atingido o valor da condenação ou o limite previsto por ato do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, consoante inciso VI da IN nº 03/1993, entende-se que não será devido nenhum depósito a mais, exceto se for um novo recurso para instância superior ou na hipótese do agravo de instrumento.

Ante tais razões, buscou-se fomentar o debate a fim de que o tema possa ser enfrentado brevemente pelos juristas, doutrina e jurisprudência visando obter uma segurança jurídica e evitar, a rigor, a mitigação dos limites dos depósitos recursais previstos no art. 899 da CLT, buscando-se conciliar os princípios da primazia da decisão de mérito, da efetividade e da celeridade com o princípio da segurança jurídica para os jurisdicionados.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 28 de maio de 2016.

_____. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 28 de maio de 2016.

_____. Lei n° 8.177, de 1 de março de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8177.htm. Acesso em 28 de maio de 2016.

_____. Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 28 de maio de 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Instrução Normativa n° 03, de 05 de março de 1993. Republicada em 13 de dezembro de 2013 no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 1373. Caderno Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, p. 13-15. Disponível em: http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/5132/1993_in0003_rep05_alterada_2013_res0190.pdf?sequence=11. Acesso em 28 de maio de 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Instrução Normativa n° 39 de 2016 aprovada pela Resolução n° 203, de 15 de março de 2016. Publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 1939, 16 mar. 2016. Caderno Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-4. Disponível em: http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/81692/2016_res0203_in0039.pdf?sequence=1. Acesso em 28 de maio de 2016.

.BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum : ordinário e sumário, 2 : tomo I – São Paulo : Saraiva, 2007

DIDIER, Fredie Jr.. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 01, 17ª Ed., 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Capítulos de Sentença. Editora Malheiros, 6ª ed., 2014.

9 HABEAS CORPUS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Augusto Rodrigues da Cunha Lima

Especialista em Ciências Criminais pela Escola Superior da Magistratura em Goiás. Oficial de Justiça Federal do TJDFT.

I. Introdução

O presente estudo tem por finalidade examinar as principais questões relacionadas ao julgamento de *habeas corpus* pela Justiça do Trabalho, especialmente as suas hipóteses de cabimento depois da edição da Súmula Vinculante nº 25, que estipulou ser ilegal a prisão do depositário infiel. Isso porque, os poucos casos de *habeas corpus* analisados pelos Tribunais Regionais do Trabalho diziam respeito justamente à tal hipótese.

A partir de um levantamento bibliográfico e jurisprudencial, pretende-se confrontar os exemplos de aplicação do *habeas corpus* na Justiça do Trabalho oferecidos pelos manuais de processo do trabalho, com as diretrizes traçadas pelo Supremo Tribunal Federal em seus acórdãos, e com as lições dos livros de processo penal, os quais esclarecem diversos outros assuntos atinentes ao *writ*, apesar de não darem atenção ao tema específico desta monografia.

Assim, objetiva-se verificar se a alteração realizada pela EC 45/04, no art. 114, IV, da CF, para atribuir de maneira expressa à Justiça do Trabalho a competência para julgar *habeas corpus*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição, se tornou desprovida de utilidade prática ou se ainda subsiste alguma hipótese de cabimento diversa da prisão civil.

2. Competência da Justiça do Trabalho para julgamento de *Habeas Corpus*

A Justiça do Trabalho recebeu competência expressa para julgar *habeas corpus* a partir da EC 45/04 que, entre outras providências, modificou o art. 114 da CF. Até a promulgação dessa emenda, o STF sustentava que a Justiça do Trabalho não poderia apreciar *habeas corpus*, porque não teria competência criminal (SCHIAVI, 2015, p. 49 - epub). Assim, quando um Juiz do Trabalho fosse autoridade coatora, caberia ao TRF o exame da ação.

Atualmente, ao menos no âmbito dos tribunais superiores, não há dúvida sobre a possibilidade de a Justiça do Trabalho apreciar *habeas corpus*, mas os casos de seu cabimento ainda são muito restritos, tendo em vista que as alterações realizadas ao art. 114 da CF não conferiram à Justiça do Trabalho competência penal.

Nesse sentido, posicionou-se o STF, ao julgar a ADI nº 3684, proposta pelo PGR. Na ocasião, o plenário do STF concedeu medida cautelar, com eficácia *ex tunc*, para afirmar que a EC nº 45 não atribuiu à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais.

Segundo o relator da ação, ministro aposentado Cezar Peluso, durante o trâmite da PEC nº 29/2000, no Senado Federal, foi considerada a possibilidade de inserir uma regra tendente a cometer à Justiça do Trabalho competência para o julgamento de infrações penais praticadas contra a organização do trabalho ou contra a administração da própria Justiça do Trabalho, mas isso não veio a se concretizar.

Oportuno mencionar que o relator defendeu ser possível atribuir à Justiça do Trabalho competência para o julgamento de questões penais, mas não haveria previsão nesse sentido (e continua sem haver), consoante notas taquigráficas do julgamento.

3. Competência dos órgãos da justiça do trabalho para julgamento de *Habeas Corpus*

Na seara trabalhista, a competência para julgamento do *habeas corpus* segue, em linhas gerais, a traçada para a Justiça Comum.

Assim, compete ao Juiz do Trabalho julgar *habeas corpus* no qual a autoridade coatora seja particular. Se um juiz do trabalho figurar como autoridade coatora, cabe o Tribunal Regional do Trabalho conhecer do *habeas corpus*.

Na hipótese de a autoridade coatora ser Tribunal Regional do Trabalho, há certa polêmica sobre qual seria o órgão competente, já que o art. 105, I, “c”, da CF conferiu ao STJ o julgamento nesses casos, mas, para PEREIRA (2013, p. 194), esse dispositivo foi derogado pela EC 45/04, devendo o *habeas corpus* ser apreciado pelo TST.

Finalmente, na eventualidade de o TST ser a autoridade coatora, o STF ficará encarregado de julgar o *writ* (art. 102, I, “i”, da CF).

4. Aplicação do *Habeas Corpus* na Justiça do Trabalho

4.1 Depositário Infiel

A hipótese mais frequente de *habeas corpus* na Justiça do Trabalho refere-se à prisão civil do depositário infiel (SCHIAVI, 2014, p. 49 - epub).

À luz do art. 652 do Código Civil, o depositário que não restituir o bem, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos. A prisão do depositário infiel encontra respaldo, também, no art. 5º, LXVII, da CF.

A decisão que decretava a prisão poderia ser impugnada por meio de *habeas corpus*. Inicialmente, vigorou o entendimento de que a ação deveria ser ajuizada no TRF, porque a Justiça do Trabalho não teria competência penal e o *habeas corpus* possuiria essa natureza (STF, 2005, HC nº 85096). Porém, com o advento da EC nº 45/04, ficou expressamente consignada a competência da Justiça do Trabalho para apreciar *habeas corpus*, quando o ato questionado envolvesse matéria sujeita à sua jurisdição.

Apesar de existir controvérsia sobre a legalidade da prisão do depositário infiel, o TST defendia a sua aplicabilidade, afirmando que a prisão tinha amparo no art. 652 do Código Civil e no art. 5º, LXVII, da CF, que os créditos trabalhistas tinham natureza alimentar e que a prisão civil constituía exceção ao princípio da patrimonialidade da execução, tendo índole processual e não penal.

Acontece que o plenário do STF, no julgamento conjunto dos *Habeas Corpus* 87.585 e 92.566, e dos Recursos Extraordinários 466.343 e 349.703, em 03 de dezembro de 2008, posicionou-se no sentido de que o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por versarem sobre direitos humanos, teriam índole supralegal, isto é, estariam abaixo da Constituição, mas acima do restante do ordenamento jurídico, de modo que a legislação infraconstitucional com eles conflitantes seria inaplicável.

Em razão desse entendimento, foi cancelada a Súmula 619 do STF e, posteriormente, editada a Súmula Vinculante 25, pela qual é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Oportuno registrar que, para o TST, a prisão do depositário infiel, em execução trabalhista, era compatível com aqueles tratados, sob o fundamento de que seria uma prisão decorrente do descumprimento

mento de obrigação alimentar, considerando a natureza dos créditos trabalhistas (ROHC-165/2008-000-13-00.6, DEJT 06/03/09).

É curioso mencionar que a Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 4º, 1, afirma que a lei deve proteger o direito à vida desde a concepção. A despeito disso, o STF declarou válida a Lei de Biossegurança, que permite a pesquisa com embriões (STF, 2008, ADI nº 3510).

Críticas à parte, o fato é que o TST alinhou-se ao STF, não permitindo mais a prisão do depositário infiel (TST, 2009, HC nº 207020/2009-000-00-00).

Ainda sobre o tema, cumpre salientar que, mesmo com o advento da EC nº 45/04, há uma circunstância que poderia, ao menos em tese, excluir a competência da justiça laboral para apreciar o *habeas corpus* envolvendo a prisão do depositário infiel, qual seja: a configuração do crime de estelionato.

No contexto atual, essa discussão talvez seja inócua, tendo em vista que, à míngua de previsão legal, toda prisão de depositário infiel deve ser considerada ilícita.

Porém, considerando que, para os tribunais superiores, a Justiça do Trabalho não tem competência para julgar o *habeas corpus* quando o fato tiver consequências penais, é pertinente chamar a atenção para a perspectiva de a venda de bens penhorados constituir o crime de estelionato.

O TRF 1, por exemplo, considera típica a conduta de alienar bem penhorado, haja vista que, ao julgar, em 2007, a AP nº 0007740-47.2001.4.01.3900/PA, o réu somente foi absolvido em decorrência de a venda do bem ter ocorrido antes de a Justiça do Trabalho ter determinado a sua constrição.

Assim, na situação acima narrada, caso um Juiz do Trabalho decretasse a prisão do depositário infiel e um *habeas corpus* fosse impetrado contra tal decisão, certamente as provas de que o bem foi alienado antes da penhora teriam que ser examinadas para que a ordem fosse concedida ou denegada, o que demonstra a incursão em matéria relevante para a esfera penal, a ponto de atrair a competência do TRF.

4.2 Falso testemunho

No caso de prisão decretada por juiz do trabalho, pelo fato de a testemunha ter prestado declaração falsa, PEREIRA entende que o *habeas corpus* contra tal ato deveria ser ajuizado perante o TRT (2013, p. 195 - epub).

Todavia, a posição do doutrinador não parece estar de acordo com a jurisprudência do STF e do STJ. Isso porque, o pretório excelso, na ADI nº 3684, deferiu liminar para dar interpretação conforme ao art. 114, incisos I, IV e IX, da CF, com efeitos *ex tunc*, para afastar qualquer compreensão no sentido de permitir o processamento e julgamento de ações penais pela Justiça do Trabalho. Assim, os crimes praticados contra a administração da Justiça do Trabalho devem ser examinados pela Justiça Federal. Seguindo essa orientação, a Súmula 165 do STJ dispõe que “*competete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista*”.

Com efeito, não sendo permitida a apreciação de matéria penal na seara trabalhista, não seria possível o julgamento do *habeas corpus*. Afinal, a regularidade da decretação da prisão passaria pelo exame da ocorrência (ou não) do crime.

4.3 Ato do empregador

SCHIAVI e TUPINAMBA supõe a possibilidade de impetração de *habeas corpus*, na Justiça do Trabalho, contra ato de empregador, no caso em que este restrinja a liberdade de locomoção do funcionário, pelo não pagamento de dívidas, por exemplo.

No entanto, na hipótese citada, a competência para julgamento de *habeas corpus* será da Justiça Federal, porque a conduta de restringir a locomoção de alguém, no âmbito das relações de emprego, tem caráter típico penal (art. 149 do Código Penal).

Apesar de o tipo em questão estar no Título I, denominado “*Dos crimes contra a pessoa*”, e não no Título IV, que trata “*Dos crimes*

contra a organização do trabalho”, o STF e o STJ sustentam que a redução à condição análoga a de escravo configura crime contra a organização do trabalho, o que atrai a competência da Justiça Federal, com fulcro no art. 109, VI, da CF (CAVALCANTE, 2013, p. 790 a 791).

Como se nota, deve ser aplicada, ao cenário ora analisado, a mesma lógica do caso de cometimento de falso testemunho durante uma audiência trabalhista.

4.4 Atos praticados durante a GREVE

O professor PEREIRA defende como hipótese de cabimento de *habeas corpus*, na Justiça do Trabalho, a ação que restrinja a liberdade de locomoção no contexto de greve (2013, p. 195 - epub).

O art. 6º, §§2º e 3º, da Lei 7783/89 dispõe que as manifestações e os atos de persuasão utilizados pelos grevistas não podem impedir o acesso ao trabalho, e que a empresa não deve constranger o empregado a comparecer ao serviço.

O ato de impedir a entrada ou saída de trabalhadores que não aderiram ao movimento é conhecido como piquete e, apesar de ser proibido pela legislação, ocorre com relativa frequência.

O problema do exemplo apresentado é que a conduta de restringir o acesso do trabalhador à empresa também configura circunstância típica, como o crime de atentado contra a liberdade de trabalho (art. 197 do Código Penal) ou o delito de invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola (art. 202 do Código Penal).

A conduta do empregador de constranger o trabalhador a comparecer ao serviço, por seu turno, corresponde ao crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista, porque o direito de greve está legitimado pela Lei 7783/89 e pelo art. 9º da CF.

Ainda que nessas circunstâncias a questão material subjacente envolva matéria da jurisdição trabalhista, o fato de tais condutas corresponderem a situações típicas faz com que eventual *habeas corpus* deva ser julgado pelo juízo natural da ação penal (CAVALCANTE,

2013, p. 790), isto é, a Justiça Comum Estadual ou a Justiça Comum Federal (quando houver lesão a direito dos trabalhadores coletivamente considerados ou à organização geral do trabalho).

4.5 Para tutelar direitos importantes, ainda que não haja ameaça ao direito de locomoção.

Em 26 de abril de 2012, o Ministro Guilherme Caputo Bastos, do TST, proferiu arrojada decisão, em sede de *habeas corpus*, na qual concedeu liminar em favor do jogador da seleção brasileira Oscar dos Santos Emboaba Júnior, para autorizá-lo a exercer livremente a sua profissão, participando de jogos e treinamentos em qualquer localidade e para qualquer empregador.

O *habeas corpus* apontou como autoridade coatora a 16ª Turma do TRT 2 que, nos autos da reclamação nº 02770200904002001, deu provimento a recurso ordinário para afastar a rescisão indireta do contrato de trabalho reconhecida em sentença. Além disso, em sede de embargos de declaração, a turma restabeleceu o vínculo desportivo do jogador com o São Paulo Futebol Clube.

Para conhecer do *habeas corpus*, o Ministro Bastos defendeu que o cabimento dessa espécie de ação, na Justiça do Trabalho, não pode ficar restrito às hipóteses de detenção do depositário infiel, já que isso significaria o esvaziamento do art. 114, IV, da CF, tendo em vista o reconhecimento da ilegalidade dessa modalidade de prisão civil. Ademais, para o ministro, a interpretação do art. 5º, LXVIII, da CF não pode ser literal, no sentido de permitir o *habeas corpus* apenas quando haja violação ao direito de locomoção em seu sentido físico. Para ele, deve-se ampliar as hipóteses de incidência desse remédio constitucional para a proteção da autonomia da vontade contra ilegalidade ou abuso de poder perpetrado contra o livre exercício do trabalho.

Após conhecer do *habeas corpus*, o ministro concedeu a ordem, argumento que a obrigatoriedade da prestação de serviços a determinado empregador faz alusão aos tempos de escravidão e servidão,

nos quais não havia a subordinação jurídica daquele que trabalhava, mas sim a sua sujeição pessoal. Por isso, a decisão do TRT 2 determinando o restabelecimento obrigatório do vínculo desportivo do jogador com o São Paulo Futebol Clube, em contrariedade à sua vontade, seria ilegal por ter cerceado o direito fundamental do livre exercício da profissão.

A decisão do ministro, apesar de corajosa e inovadora, deve ser examinada com cautela.

Conquanto se admita o *habeas corpus* não apenas em face de decisões vinculadas à decretação da prisão, isso não significa dizer que ele pode ser usado para tutelar qualquer direito fundamental. O ato construtivo deve, ao menos indiretamente, afetar à liberdade de ir e vir (NUCCI, 2014, p. 676). Assim, admite-se *habeas corpus* para trancar inquérito policial, mas o pretório excelso, nas Súmulas 693 e 695, condena o uso do *writ* em processo envolvendo infração penal cuja pena pecuniária seja a única cominada e nos casos em que já extinta a pena privativa de liberdade (HC 122382, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 05/08/2014)

Outro não poderia ser o entendimento, já que o art. 5º, LXVIII, da CF é claro ao limitar a abrangência do *habeas corpus* às hipóteses de violência ou coação à liberdade de locomoção.

Com efeito, a decisão em exame, do Ministro Guilherme Caputo Bastos, vai de encontro à abrangência dada ao art. 5º, LXVIII, da CF, pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale dizer, ainda, que o ministro, em sua decisão, cita o entendimento de Rui Barbosa de que o *writ* deveria ser cabível em qualquer hipótese que envolvesse restrição a direitos fundamentais. Ocorre que o entendimento em questão diz respeito à Constituição de 1891, na qual o dispositivo que previa o *habeas corpus* (art. 72, §22) não trazia, em seu corpo, nenhuma restrição: “dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”. Ademais, à época, não existiam outros remédios igualmente enérgicos para proteger o cidadão

contra ilegalidade ou abuso de poder, porque o mandado de segurança somente foi contemplado pela constituição subsequente, de 1934.

A posição do ministro está de acordo com OJ 156, SDI-2, do TST, mas contraria o entendimento majoritário do STF e do STJ, considerando que o *habeas corpus* foi utilizado como sucedâneo recursal.

Por fim, enfatiza-se que ampliar exageradamente o propósito do *habeas corpus* pode causar efeitos indesejados, como a redução de sua importância; a banalização do uso do *writ* como forma abusar de sua prioridade de apreciação para obter o provimento jurisdicional, sem respeitar a ordem de julgamento dos recursos; e o sobrecarregamento dos tribunais trabalhistas, em razão de seu acesso facilitado pelos requisitos brandos do *habeas corpus*.

5. Conclusão

A hipótese mais representativa de julgamento de *habeas corpus* pela Justiça do Trabalho envolve a prisão do depositário infiel. No início, predominou a tese de que a competência do *habeas corpus*, quando a autoridade coatora fosse juiz do trabalho, seria da Justiça Comum Federal, sob o fundamento de que o *writ* teria natureza penal. Assim, no caso de prisão de depositário infiel ordenada no curso de reclamação trabalhista, eventual *habeas corpus* deveria ser julgado pelo Tribunal Regional Federal.

Contudo, a EC nº 45/04 conferiu expressamente à Justiça do Trabalho a competência para julgar *habeas corpus* quando o ato questionado envolvesse matéria sujeita à sua jurisdição.

O advento da EC nº 45/04 deu ensejo à polêmica sobre a possibilidade de a Justiça do Trabalho apreciar matéria penal, o que fez o Procurador-Geral da República ajuizar ADI nº 3684, na qual o pretório excelso deferiu liminar para dar interpretação conforme ao art. 114, incisos I, IV e IX, da CF, com efeitos *ex tunc*, para afastar qualquer compreensão no sentido de permitir o processamento e julgamento de ações penais pela Justiça do Trabalho.

Como a Justiça do Trabalho não pode examinar questões penais, os *habeas corpus* que tivessem repercussão criminal, ainda que a matéria de fundo estivesse relacionada à jurisdição trabalhista, deveriam ser julgados pela Justiça Comum Federal. Tal compreensão tornou improvável o julgamento do *writ* pela Justiça do Trabalho, já que o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº 25, na qual estipulou ser ilícita a prisão civil do depositário infiel.

Os manuais de processo do trabalho afirmam que a Súmula Vinculante nº 25 não esvaziou o conteúdo normativo do dispositivo constitucional que autoriza a Justiça do Trabalho a julgar *habeas corpus*, ao argumento de que ainda existiriam outras hipóteses de aplicabilidade. No entanto, como demonstrado no capítulo que trata do cabimento do *habeas corpus*, os exemplos da doutrina repercutem na esfera criminal e, por isso, não estão alinhados à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, conclui-se que, apesar de a Justiça do Trabalho ser capaz de julgar *habeas corpus*, na prática, os casos são apenas teóricos, haja vista que todos eles, de alguma forma, esbarram na ausência de competência da especializada para apreciar matérias penais.

6. Referências bibliográficas

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais julgados do STF e STJ comentados 2012*. Manaus : Dizer o direito, 2013.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais julgados do STF e STJ comentados 2013*. Manaus: Dizer o Direito, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Leone. *Manual de Processo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHIAVI, Mauro. *Processo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

SCHIAVI, Mauro. *Aspectos Polêmicos do Habeas Corpus na Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.lacier.com.br/artigos/periodicos/aspectos%20polemicos%20do%20habeas%20corpus%20na%20Justica%20do%20Trabalho.pdf>>. Acesso em 18 abr. 2015.

10 REVENDA DE PRODUTOS IMPORTADOS E A INCIDÊNCIA DO IPI

Gustavo Oliveira de Sá e Benevides

Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Advogado OAB/PB 21.041.

I. INTRODUÇÃO

O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), previsto no artigo 153, IV da CF/88¹, constitui tributo cuja instituição encontra-se sob a competência privativa da União Federal, cumprindo à lei complementar estabelecer os requisitos específicos que delineiem a hipótese de incidência desta exação fiscal.

Como se faz notório, o Código Tributário Nacional (CTN), diploma legislativo formalmente elaborado como lei ordinária, porém recepcionado pela Constituição Federal como lei materialmente complementar, constitui a norma responsável pela formulação abstrata dos critérios de incidência tributária do aludido imposto.

Para os fins a que se propõe o presente estudo, iremos focar na análise do critério material e pessoal da norma tributária, veiculados

1 BRASIL. **Constituição Federal**. “**Art. 153**. Compete à União instituir impostos sobre: (...)IV - produtos industrializados;”

nos artigos 47 e 51 do CTN, de modo a verificar a incidência (ou não) desta exigência fiscal sobre a revenda de mercadorias importadas, que não tenham sido submetidas a um processo de industrialização pela empresa importadora.

Conforme se verá adiante, a discussão perpassa sobre a análise do real fato gerador do IPI e da equiparação dos estabelecimentos importadores a estabelecimento industrial, matéria alvo de intenso debate no STJ durante o julgamento do Recurso Especial (EResp) nº 1.411.749/PR.

2. A EXIGÊNCIA DO IPI SOBRE A REVENDA DE MERCADORIAS IMPORTADAS E A OCORRÊNCIA DE BITRIBUTAÇÃO

Destarte, importante se faz assentar que a tese ora discutida alude, tão somente, aos casos em que as empresas importadoras venham a revender mercadorias estrangeiras no setor interno, sem a ocorrência de qualquer modificação na sua natureza ou finalidade – procedimento de industrialização².

Antes de se prosseguir a exposição da tese, faz-se interessante colacionar a Ementa do EREsp 1.411.749/PR, responsável pela uniformização da jurisprudência do STJ em favor do contribuinte, cujo acórdão foi publicado em data recentíssima (18 de dezembro de 2014):

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. SAÍDA DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR. A norma do parágrafo único constitui a essência do fato gerador do imposto sobre produtos industrializados. A teor dela, o tributo não incide sobre o acréscimo embutido

2 Decreto 7.212/10 (IPI). Art. 3º Produto industrializado é o resultante de qualquer operação definida neste Regulamento como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária.

em cada um dos estágios da circulação de produtos industrializados. recai apenas sobre o montante que, na operação tributada, tenha resultado da industrialização, assim considerada qualquer operação que importe na alteração da natureza, funcionamento, utilização, acabamento ou apresentação do produto, ressalvadas as exceções legais. de outro modo, coincidiriam os fatos geradores do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre circulação de mercadorias. consequentemente, os incisos i e ii do caput são excludentes, salvo se, entre o desembaraço aduaneiro e a saída do estabelecimento do importador, o produto tiver sido objeto de uma das formas de industrialização.embargos de divergência conhecidos e providos.³

Analisando o voto-vista do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho no julgamento do processo supra colacionado, percebe-se que esta discussão resta permeada por algumas nuances específicas.

A primeira delas refere-se à mudança súbita, sem alteração normativa ou jurisprudencial vinculante, do entendimento até então pacífico da Primeira Seção do STJ, favorável ao importador-comerciante, cujo fundamento consistia no princípio da vedação a bitributação.

Em verdade, esta mudança ocorreu por força de um descuido argumentativo veiculado nas decisões anteriores a uniformização de jurisprudência (EREsp 1.411.749/PR).

Como se sabe, o fenômeno da bitributação consiste na cobrança de tributo, por dois ou mais entes fiscais distintos, sobre o mesmo fato jurídico tributável – o que não se confunde com *bis in idem*,

3 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EREsp 1411749/PR. Ministro Relator: Sérgio Kukina. Relator para o acórdão: Ministro Ari Pargendler. Primeira Turma. Data de Julgamento: 11/06/2014. Data de Publicação no DJe: 18/12/2014

referente à tributação, por mais de uma vez, do mesmo fato gerador, pela idêntica pessoa jurídica de direito público interno⁴.

O equívoco decorre do fato de que as primeiras decisões do superior tribunal de justiça (anteriores ao aludido julgado uniformizador do tema) falavam em bitributação em razão de que o IPI era cobrado em dois momentos: no desembaraço aduaneiro e na revenda da mercadoria.

Ocorre que, de fato, isto não é bitributação, porquanto, em ambos os momentos, era o mesmo ente fiscal (União) quem realizava a cobrança da exação tributária.

Por esta razão, criou-se uma argumentação divergente, favorável ao Fisco, no sentido de que não havia bitributação, uma vez que as exigências, nas duas hipóteses, eram efetivadas pela União – configurando, inclusive, dois fatos geradores distintos.

Notadamente, o posicionamento inicial do STJ, defendendo a existência de bitributação, estava correto em sua conclusão, porém equivocado em relação as suas premissas.

O erro cometido, responsável por permitir a criação de uma corrente divergente (atualmente vencida), remetia ao juízo de que este fenômeno se localizava entre os momentos de incidência do IPI, quando, em verdade, estava genuinamente contido no momento da revenda da mercadoria.

Com efeito, no instante em que a União cobra o IPI sobre a revenda de mercadorias importadas – nos casos em que estas não tenham sofrido qualquer tipo de industrialização entre o seu desembaraço aduaneiro a e sua revenda – acaba por tributar o mesmo fato gerador do ICMS estadual (circulação de mercadorias).

Ora, a circulação jurídico-econômica de mercadorias configura a hipótese de incidência do ICMS, sendo da competência dos

4 NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. **Não-Cumulatividade Tributária no Brasil e no Mundo: Origens, Conceito e Pressupostos**. Disponível em: <http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/10/Nao-cumulatividade-tributaria-no-Brasil-e-no-mundo-origens-conceito-e-pressupostos.pdf>

Estados a prerrogativa para tributar estas operações, nos termos do art. 155, II da Constituição Federal⁵.

Neste norte, o relator para o acórdão, Ministro Ari Pargendler, com arguta percepção, explicitou que:

A norma do parágrafo único constitui a essência do fato gerador do imposto sobre produtos industrializados. A teor dela, o tributo não incide sobre o acréscimo embutido em cada um dos estágios da circulação de produtos industrializados. Recai apenas sobre o montante que, na operação tributada, tenha resultado da industrialização, assim considerada qualquer operação que importe na alteração da natureza, funcionamento, utilização, acabamento ou apresentação do produto, ressalvadas as exceções legais. De outro modo, coincidiriam os fatos geradores do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre circulação de mercadorias. conseqüentemente, os incisos I e II do caput são excludentes, salvo se, entre o desembaraço aduaneiro e a saída do estabelecimento do importador, o produto tiver sido objeto de uma das formas de industrialização.

Indo além, quando a empresa comercial-importadora efetua a revenda dos itens estrangeiros, sem submetê-lo a qualquer tipo de processo de industrialização, não se trata de um “produto” (resultado

5 BRASIL. **Constituição Federal**. “**Art. 155**. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;”

de um processo produtivo), mas de uma mercadoria (objeto sujeito aos atos de mercancia)⁶.

A revenda interna das unidades importadas configura, portanto, um ato de mercancia, cuja realização fomenta a operação de circulação jurídico-econômica da mercadoria, fato gerador do ICMS, imposto subsumido à competência dos Entes Estaduais.

Observe-se que a temática não é a suposta bitributação IPI (desembaraço aduaneiro) x IPI (revenda de mercadoria), mas a bitributação IPI (revenda de mercadoria) x ICMS (revenda de mercadoria).

O Ministro Og Fernandes, em consonância a esta inteligência, asseverou em seu voto que, de fato, o aspecto material do IPI remeta ao processo industrialização, sendo o “produto industrializado” apenas o objeto do tributo. Por esta razão, a distinção entre o aspecto material da hipótese de incidência e o “objeto da tributação” possui vital importância para o debate.

O aspecto material remonta ao núcleo do tipo fiscal, descritor da conduta tida como fato gerador da exação, ao tempo em que o “objeto da tributação” é a manifestação da realidade econômica atingida pela tributação⁷.

Por consequência, para que haja a incidência do IPI no momento da revenda do produto importado, faz-se necessário que tenha havido um procedimento de industrialização no ínterim transcorrido entre a importação e a revenda do produto.

Discorrendo sobre este quesito, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho explanou que o a interpretação dos 3 (três) fatos geradores

6 PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional à luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pg. 294.

7 SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 445-446

do IPI (elencados no art. 46 do CTN⁸) não pode ser literal, assentando que:

A interpretação mais consentânea com o ordenamento jurídico tributário é a de que, no caso de produto importado, o fato gerador do imposto (IPI) é o desembaraço aduaneiro. A hipótese definida no inciso II do art. 46 do CTN (saída do estabelecimento) só pode ser compreendida como referente a produtos industrializados nacionais ou, ainda, produtos alienígenas que sofreram algum processo de industrialização antes da comercialização, ou, finalmente, para o caso de comercialização de produtos fornecidos ao industrial.

Caso não fosse este o entendimento, estar-se-ia equiparando a hipótese de incidência do IPI ao ICMS – tributando tão somente a operação de circulação jurídico-econômica de mercadorias.

Cumpra-se atentar, de outra parte, que o reconhecimento da tributação apenas pelo fato de o produto ser industrializado ocasionaria a inaceitável hipótese, do ponto de vista jurídico, de se tributar alguém pelo simples ato de proceder à circulação da mercadoria, situação que, no mínimo, revela a ocorrência de bitributação em relação ao ICMS, tributo cujo aspecto material corresponde à circulação de mercadoria, industrializada ou não.

Não se justifica, também, para admitir a dupla incidência, a simples constatação de que a legislação de regência incluiu o impor-

8 BRASIL. CTN. “**Art. 46.** O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador: I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira; II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51; III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão. Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.”

tador como sujeito passivo da relação jurídico-tributária cujo objeto corresponde ao IPI.

Desta maneira, no momento em que a união intenta cobrar o IPI sobre a revenda de mercadorias importadas, nos casos em que não existe processo de industrialização entre o desembaraço aduaneiro e a revenda, invade o âmbito de competência tributária estadual, igualando a hipótese de incidência do IPI à do ICMS – configurando o fenômeno da bitributação, vedada pela Constituição Federal.

A segunda ponderação a ser suscitada refere-se ao risco de consolidação de um entendimento adverso, claramente maculador ao Princípio da Proibição ao Retrocesso, inerente às relações tributárias⁹.

Definida uma orientação mais favorável ao contribuinte, não se afigura aceitável, do ponto de vista jurídico-tributário e sistêmico, que, por mera mudança interpretativa, desvinculada de qualquer inovação normativa, efetue-se a inversão do entendimento em seu prejuízo¹⁰.

É de se notar que este princípio não se restringe apenas ao âmbito das relações trabalhistas ou securitárias, sendo esta limitação incompatível com a largueza do instituto, cujo conteúdo deve ser entendido à proteção das garantias individuais e, portanto, aplicável a quaisquer relações jurídica que minorem direitos intersubjetivos.

A fortiori, a proibição de retrocesso deve alcançar também as construções pretorianas ou da jurisprudência dos Tribunais, sendo inaceitável a sugestão que tal proibição se refira apenas e somente ao poder normatizador, quando se sabe que a atividade judicial tem aptidão para reorientar, em termos quase inéditos, certas pautas da vida social, mormente em matéria tributária, na qual, por exemplo, a elimi-

9 BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.158.

10 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Min. NETO, Franciulli no EREsp 435.835/SC. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator para o Acórdão: Ministro José Delgado. Primeira Seção. Julgado em: 24/03/2004. Publicação no DJ: 04/06/2007, p. 287

nação de uma causa de inexigibilidade de tributo equivale à instituição de exação nova, à margem do processo legislativo¹¹.

Atente-se que o Princípio da Proibição ao Retrocesso possui assento constitucional, provindo diretamente dos dispositivos que fixam o perfil do Estado Social e Democrático de Direito, cujo conteúdo prescritivo assenta a máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, sobretudo as que protegem a segurança jurídica e a confiança.

Por estas razões, é de se concluir que este princípio detém plena eficácia em matéria tributária, sendo vedada a modificação de entendimento jurisprudencial, outrora favorável, em prejuízo ao contribuinte, nos casos em que não haja atividade legislativa que fomente esta mudança.

O terceiro aspecto a ser analisado condiz com a discriminação tributária em razão da origem do produto, expressamente vedado pelo ordenamento tributário em relação ao ICMS no art.152 da CF, mas plenamente aplicável ao IPI, bem como a afronta ao Princípio da Igualdade Tributária do art. 150, II da CF¹².

Neste quesito, nem se argumente que a possibilidade de creditamento do montante pago na etapa anterior mitiga ou extermina o excedente do imposto a ser pago pelo contribuinte, mormente porque

11 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Minitro FERNANDES, Og. . EREsp 1411749/PR. Ministro Relator: Sérgio Kukina. Relator para o acórdão: Ministro Ari Pargendler. Primeira Turma. Data de Julgamento: 11/06/2014. Data de Publicação no DJe: 18/12/2014

12 BRASIL. **Constituição Federal**. “**Art. 150**. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: **II** - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;” **Art. 152**. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.”

creditamento, por si só, não anula ou sequer diminui a carga tributária extra que se impõe ao comerciante-importador¹³.

Com razão, o valor da importação, sob o qual recai o IPI no momento do desembaraço aduaneiro, não é igual ao valor da venda interna da mercadoria importada, usualmente maior em razão da aplicação de uma margem de lucro pelo comerciante-importador.

O doutrinador Gabriel Lacerda Troianelli demonstra um exemplo prático desta sobrecarga tributária:

Com efeito, a diferença entre as cargas tributárias pode ser explicada mediante um exemplo bem simples. Suponhamos que a empresa A, comerciante, tenha adquirido, diretamente do fabricante, pelo preço de 100, determinado produto industrializado fabricado no País, incidindo sobre tal produto o IPI pela alíquota de 10%. Caso a empresa A revenda o produto adquirido para o consumidor final ao preço de 200, a carga total de IPI sobre tal produto será de 10, gerador pela única incidência do imposto na saída do estabelecimento do fabricante. suponhamos, agora, que outro comerciante, a empresa B, tenha importado, também pelo preço de 100, este mesmo produto. Caso a empresa B revenda o produto também pelo preço de 200, a carga total do IPI será de 20, pois: ao importar, pagará IPI de 10 no desembaraço aduaneiro, creditando-se deste mesmo montante; ao revender, usará o crédito (10) gerado pela importação para abater dos 20 (10% de 200) devidos na saída do estabelecimento, o que resultará em

13 CARRAZZA e BOTTALLO, Roque Antônio e Eduardo Domingos. **Não-incidência do IPI nas Operações Internas com Mercadorias Importadas por Comerciantes (um Falso Caso de Equiparação Legal)**. In Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, nº 140, maio, 2007, p. 104.

uma carga total de 20, relativa à soma dos impostos devidos (10 na importação e 20 na saída interna) subtraída do crédito apurado (10 na importação). Como se vê, a carga tributária de IPI incidente sobre o produto nacionalizado, importado pela empresa B, será de 20, portanto, DUAS VEZES maior do que a carga de IPI incidente sobre o produto nacional adquirido pela empresa A, que será de 10.¹⁴

Importa atentar que o desembaraço aduaneiro é o momento em que se tributa a atividade do importador com diversas exações relacionadas ao comércio exterior, como: II, IPI, ICMS, IOF, PIS, COFINS, AFRMM, CIDEs e a Taxa de Utilização do SISCOMEX.

É justamente neste momento em que se efetua a equalização das cargas tributárias entre o produto nacional e o importado, de modo que, após o desembaraço aduaneiro, o produto importado torna-se nacionalizado, igualando-se ao produto nacional.

Conforme elucidada o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

“E, à toda evidência, o desembaraço aduaneiro extingue a nota de estrangeirice, nacionaliza e equipara a mercadoria a produtos nacionais. A partir do momento em que aporta em território nacional, após o pagamento dos impostos referentes à importação, nele incluindo-se o IPI, tal como previsto no art. 46, I do CTN, a mercadoria, salvo se sofrer outro processo de industrialização, estará, para todos os efeitos, integrada ao circuito de

14 TROIANELLI, Gabriel Lacerda. **A não incidência do IPI na Venda de Produto Importado a Consumidor Final ou Estabelecimento não Industrial.** Revista Dialética de Direito Tributário no. 184, São Paulo, Dialética, 2011, pp. 39/40.

*comercialização interno.*¹⁵”

Com efeito, caso seja necessária a proteção de determinado setor mercadológico, cumpre a União elevar as alíquotas dos impostos cobrados no momento do desembaraço aduaneiro, cujas finalidades são precipuamente extrafiscais.

Por consequência, no momento em que a União impõe uma carga de IPI, ao produto nacionalizado, superior àquela aplicada aos bens nacionais, fere a equalização anteriormente realizada, sobretaxando estes bens, tão somente em função da sua origem, violando o Princípio da Não Discriminação em Razão da Origem do Produto (art. 152 da CF/88).

Ademais, uma vez nacionalizado, não se admite que os bens sofram tratamento tributário distinto dos produtos nacionais (sobretaxa fiscal) por força do Princípio da Igualdade Tributária (art. 150, II da CF/88), na espécie de igualdade fiscal entre os produtos nacionais e nacionalizados.

Por estas razões, chega-se a conclusão de que andou bem a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ao dar provimento ao EREsp 1.411.749/PR e unificar a jurisprudência da Corte em favor do contribuinte, diante da patente impossibilidade de se efetivar a cobrança do IPI sobre a revenda de mercadorias importadas, desde que não tenham sofrido nenhum processo de industrialização após o desembaraço aduaneiro.

3. CONCLUSÃO

O importador-comerciante efetua duas atividades distintas. Atua tanto como importador do produto estrangeiro, situação no qual se submete ao pagamento do IPI no momento do desembaraço adua-

15 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EREsp 1411749/PR. Ministro Relator: Sérgio Kukina. Relator para o acórdão: Ministro Ari Pargendler. Primeira Turma. Data de Julgamento: 11/06/2014. Data de Publicação no DJE: 18/12/2014

neiro (artigo 46, I do CTN), em conjunto com os demais impostos necessários para a equalização da carga tributária, como também assume a figura do comerciante, revendendo a mercadoria no setor interno.

Não se discute a incidência do IPI sobre o desembaraço aduaneiro, vez que este constitui preclara hipótese material de incidência fiscal, mas sim a imposição fiscal sobre a operação de revenda do produto no mercado nacional.

Conforme visto, a resolução desta questão se dá por meio da análise do critério material da norma tributária – cuja expressão material reveste-se na figura do fato gerador – de maneira que resta suficiente aferir a existência de processo de industrialização no íterim compreendido entre o desembaraço aduaneiro e a revenda da mercadoria.

Caso não tenha se propagado qualquer operação desta natureza, ter-se-á como indevida a incidência da ventilada exação fiscal, por ausência do fato gerador do tributo, sob pena, caso se proceda à sua imposição, de incorrer na vedada figura da bitributação, por estar-se tributando o mesmo fato gerador do ICMS (operação de circulação de mercadorias).

Tem-se, portanto, que, além desta cobrança importar em violação aos princípios da isonomia fiscal e da vedação à discriminação em relação a origem do produto, a sua incidência resta afastada pela constatação da inexistência do fato gerador do imposto.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.158.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EREsp 1411749/PR. Ministro Relator: Sérgio Kukina. Relator para o acórdão: Ministro Ari Pargendler. Primeira Turma. Data de Julgamento: 11/06/2014. Data de Publicação no DJe: 18/12/2014

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Min. NETO, Franciulli no EREsp 435.835/SC. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator para o Acórdão: Ministro José Delgado. Primeira Seção. Julgado em: 24/03/2004. Publicação no DJ: 04/06/2007, p. 287

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Minitro FERNANDES, Og. . EREsp 1411749/PR. Ministro Relator: Sérgio Kukina. Relator para o acórdão: Ministro Ari Pargendler. Primeira Turma. Data de Julgamento: 11/06/2014. Data de Publicação no DJe: 18/12/2014

CARRAZZA e BOTTALLO, Roque Antônio e Eduardo Domingos. **Não-incidência do IPI nas Operações Internas com Mercadorias Importadas por Comerciantes (um Falso Caso de Equiparação Legal)**. In Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, nº 140, maio, 2007, p. 104.

NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. **Não-Cumulatividade Tributária no Brasil e no Mundo: Origens, Conceito e Pressupostos**. Disponível em: <http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/10/Nao-cumulatividade-tributaria-no-Brasil-e-no-mundo-origens-conceito-e-pressupostos.pdf>

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional à luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pg. 294.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 445-446

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. **A não incidência do IPI na Venda de Produto Importado a Consumidor Final ou Estabelecimento não Industrial**. Revista Dialética de Direito Tributário no. 184, São Paulo, Dialética, 2011, p. 39-40