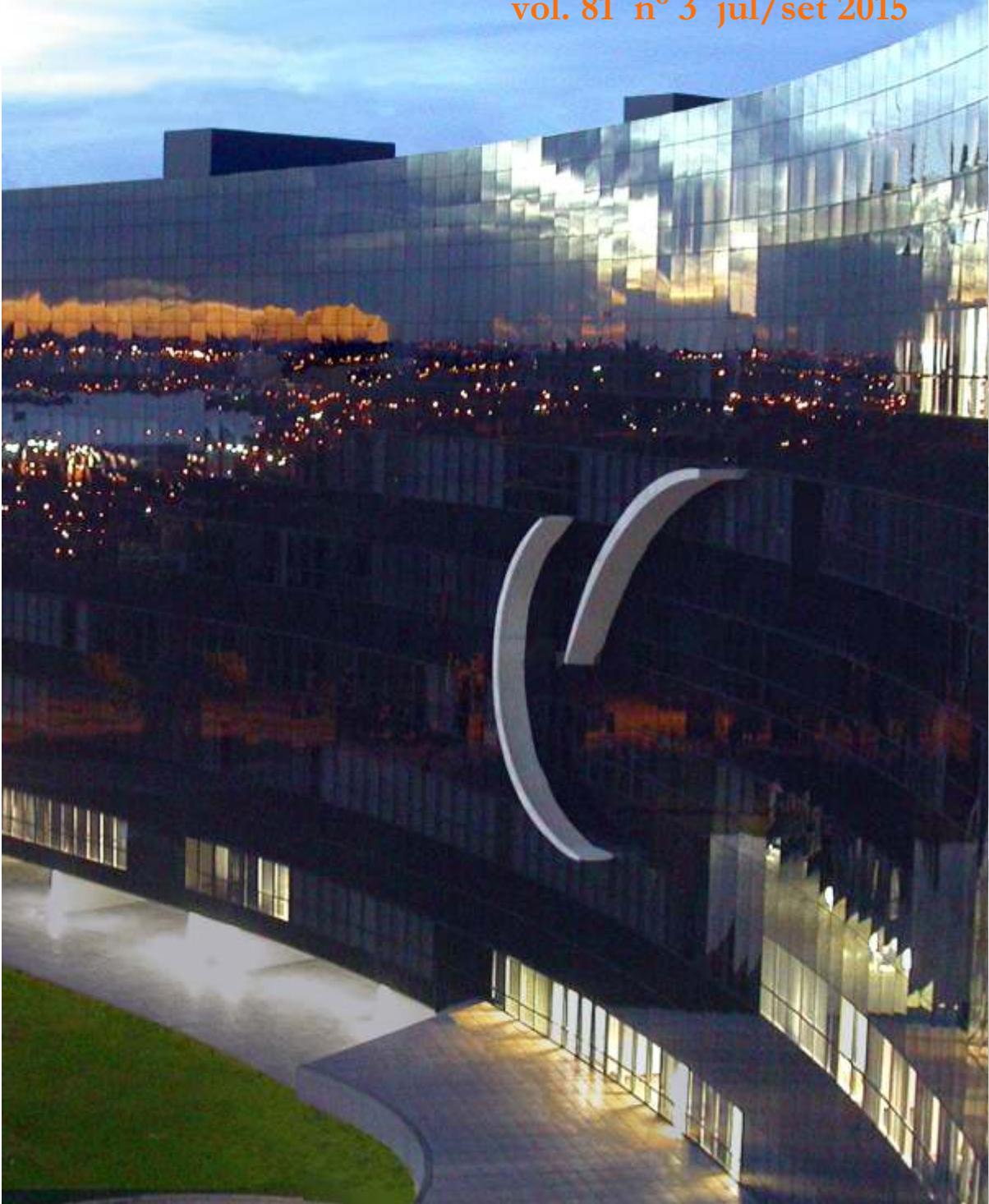


# Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 81 n° 3 jul/set 2015



---

**Revista do Tribunal Superior do Trabalho**

---





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

---

## Revista do Tribunal Superior do Trabalho

---

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen  
*Presidente*

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho  
*Vice-Presidente*

Ministro João Batista Brito Pereira  
*Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho*

Ministra Maria de Assis Calsing (*presidente*)  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos  
Ministro Augusto César Leite de Carvalho  
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro (*suplente*)  
*Comissão de Documentação*

**Ano 81 – nº 3 – jul. a set. – 2015**

**LEX MAGISTER**

PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 77 – 9º andar – CEP 01301-000 – São Paulo-SP  
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010- , Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

**Coordenação:** Comissão de Documentação

**Organização e Supervisão:** Virgínia Ramos Veríssimo

**Revisão:** José Geraldo Pereira Baião

**Capa:** Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

**Editoração Eletrônica:** Editora Magister

**Tiragem:** 700 exemplares

*Os artigos publicados com assinatura não traduzem necessariamente a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br).*

**Tribunal Superior do Trabalho**

**Setor de Administração Federal Sul**

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: [revista@tst.jus.br](mailto:revista@tst.jus.br)

Internet: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)

**Lex Editora S.A.**

Rua da Consolação, 77 – 9º andar

01301-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 2126-9000

**Assinaturas:**

[comercial@lex.com.br](mailto:comercial@lex.com.br)

[www.lex.com.br](http://www.lex.com.br)

---

**Composição do  
Tribunal Superior do Trabalho**

---



## **Tribunal Pleno**

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, Presidente do Tribunal  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro João Batista Brito Pereira, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro João Oreste Dalazen  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi  
Ministro Renato de Lacerda Paiva  
Ministro Emmanoel Pereira  
Ministro Lelio Bentes Corrêa  
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga  
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho  
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira  
Ministra Maria de Assis Calsing  
Ministra Dora Maria da Costa  
Ministro Fernando Eizo Ono  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos  
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro  
Ministro Walmir Oliveira da Costa  
Ministro Mauricio Godinho Delgado  
Ministra Kátia Magalhães Arruda  
Ministro Augusto César Leite de Carvalho  
Ministro José Roberto Freire Pimenta  
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes  
Ministro Hugo Carlos Scheuermann  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte  
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão  
Ministro Douglas Alencar Rodrigues  
Ministra Maria Helena Mallmann

## **Órgão Especial**

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, Presidente do Tribunal  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro João Batista Brito Pereira, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro João Oreste Dalazen  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi  
Ministro Renato de Lacerda Paiva

Ministro Emmanoel Pereira  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos  
Ministro Walmir Oliveira da Costa  
Ministro Mauricio Godinho Delgado  
Ministro Augusto César Leite de Carvalho  
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes  
Ministro Hugo Carlos Scheuermann  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

## **Seção Especializada em Dissídios Coletivos**

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, Presidente do Tribunal  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro João Batista Brito Pereira, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministra Maria de Assis Calsing  
Ministra Dora Maria da Costa  
Ministro Fernando Eizo Ono  
Ministro Walmir Oliveira da Costa  
Ministro Mauricio Godinho Delgado  
Ministra Kátia Magalhães Arruda

## **Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais**

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, Presidente do Tribunal  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro João Batista Brito Pereira, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro João Oreste Dalazen  
Ministro Renato de Lacerda Paiva  
Ministro Lelio Bentes Corrêa  
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos  
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro  
Ministro Augusto César Leite de Carvalho  
Ministro José Roberto Freire Pimenta  
Ministro Hugo Carlos Scheuermann  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte  
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

## **Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais**

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, Presidente do Tribunal

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Vice-Presidente do Tribunal

Ministro João Batista Brito Pereira, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (Afastada temporariamente da jurisdição – Membro do CNJ)

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministra Maria Helena Mallmann

### **Primeira Turma**

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente

Ministro Waldir Oliveira da Costa

Ministro Hugo Carlos Scheuermann

### **Segunda Turma**

Ministro Renato de Lacerda Paiva, Presidente

Ministro José Roberto Freire Pimenta

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

### **Terceira Turma**

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

### **Quarta Turma**

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Fernando Eizo Ono

## **Quinta Turma**

Ministro Emmanoel Pereira, Presidente  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos  
Ministra Maria Helena Mallmann

## **Sexta Turma**

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente  
Ministra Kátia Magalhães Arruda  
Ministro Augusto César Leite de Carvalho

## **Sétima Turma**

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Presidente  
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão  
Ministro Douglas Alencar Rodrigues

## **Oitava Turma**

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (Afastada temporariamente da jurisdição – Membro do CNJ)  
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Presidente  
Ministra Dora Maria da Costa  
Desembargador João Pedro Silvestrin (Convocado)

# Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



**BARROS LEVENHAGEN**  
Presidente



**IVES GANDRA FILHO**  
Vice-Presidente



**BRITO PEREIRA**  
Corregedor-Geral



**JOÃO ORESTE DALAZEN**



**CRISTINA PEDUZZI**



**RENATO PAIVA**



**EMMANOEL PEREIRA**



**LELIO BENTES**



**ALOYSIO VEIGA**



**VIEIRA DE MELLO  
FILHO**



**ALBERTO BRESCIANI**



**MARIA DE ASSIS  
CALSING**



**DORA COSTA**



**FERNANDO EIZO ONO**



**GUILHERME  
CAPUTO BASTOS**



**MARCIO EURICO  
VITRAL AMARO**



**WALMIR OLIVEIRA  
DA COSTA**



**MAURICIO GÓDINHO  
DELGADO**



**KÁTIA MAGALHÃES  
ARRUDA**



**AUGUSTO CÉSAR  
LEITE DE CARVALHO**



**JOSÉ ROBERTO  
FREIRE PIMENTA**



**DELAÍDE ALVES  
MIRANDA ARANTES**



**HUGO CARLOS  
SCHEUERMANN**



**ALEXANDRE AGRA  
BELMONTE**



**CLÁUDIO MASCARENHAS  
BRANDÃO**



**DOUGLAS ALENCAR  
RODRIGUES**



**MARIA HELENA  
MALLMANN**



## Apresentação

Com este número a *Revista do TST* traz à reflexão o novo Código de Processo Civil, em face da premente necessidade de descortinar os novos desafios trazidos por esse diploma legal, de forte impacto no Processo do Trabalho, pelo que dispõe o art. 769 da CLT. Com a aproximação de sua entrada em vigor, inúmeros e instigantes questionamentos têm aflorado, impondo o debate esclarecido.

Devido, ainda, ao inesgotável interesse pelo tema da terceirização, tão em voga no momento, coube à Comissão de Documentação agregar aos diversos artigos veiculados na imprensa e no meio jurídico – com relevante destaque ao vol. 80, n. 3, jul./set. 2014 da *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, dedicado ao tema – novos discernimentos sobre a matéria.

Em que pesem a relevância e a atualidade destes temas, não se pode olvidar que o momento é também de celebração!

Cumpre neste espaço, mais uma vez, enaltecer a figura do saudoso jurista Délio Barreto de Albuquerque Maranhão, agora por ocasião do centenário de seu nascimento, ocorrido em 26.04.1915, no Rio de Janeiro.

Délio Maranhão, como conhecido na comunidade jurídica, desponta-se como um dos mais importantes juristas na formulação da doutrina do Direito Material e Processual do Trabalho. Entre pareceres, artigos e outras obras jurídicas de sua autoria e/ou coparticipação, destacam-se as *Instituições de Direito do Trabalho* e o compêndio intitulado *Direito do Trabalho*. Extrai-se desse valioso acervo jurídico a visão humanista do autor, que pautou, no mais, toda a sua vida.

Seja pelas qualidades pessoais, tão bem exploradas no artigo assinado por João de Lima Teixeira Filho, seja pelo talento profissional com o qual edificou a doutrina trabalhista, até hoje dominante, como ilustra o texto apresentado por Arion Sayão Romita, a Presidência desta Corte e a Comissão de Documentação, responsável pela publicação da *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, dedicam aos leitores os referidos artigos em homenagem a esse brilhante magistrado.

Bom proveito!

*Ministro Antonio José de Barros Levenhagen*

Presidente do Tribunal Superior do Trabalho

*Ministra Maria de Assis Calsing*

Presidente da Comissão de Documentação/TST



## Sumário

1. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual <i>André Araújo Molina</i> .....	19
2. Os poderes do empregador e os deveres do empregado na relação de emprego, segundo Délio Maranhão <i>Arion Sayão Romita</i> .....	37
3. Délio Maranhão: vida e obra <i>João de Lima Teixeira Filho</i> .....	53
4. O processo do trabalho e o novo Código de Processo Civil: critérios para uma leitura dialogada dos artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015 <i>João Humberto Cesário</i> .....	70
5. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na Justiça brasileira: contexto, premissas e desafios <i>José Roberto Freire Pimenta</i> .....	95
6. A terceirização precarizante e a (in)capacidade emancipatória das cooperativas de trabalho <i>Luiz Felipe Monsores de Assumpção</i> .....	165
7. Terceirização e intermediação de mão de obra: em busca de novos parâmetros de responsabilização <i>Luísa Lacerda</i> .....	192
8. Terceirização: o Projeto de Lei nº 4.330/2014 <i>Ricardo Peake Braga</i> .....	228



---

## Doutrina

---



# O NOVO CPC E O PROCESSO DO TRABALHO: PÓS-MODERNIDADE, ANTINOMIAS, LACUNAS E O NOVO MICROSSISTEMA PROCESSUAL TRABALHISTA INDIVIDUAL

André Araújo Molina\*

## 1 – INTRODUÇÃO

**S**ancionado recentemente pela Presidência da República, o novo Código de Processo Civil de 2015 revolucionará toda a teoria geral do processo brasileira, lançando luzes também sobre o processo do trabalho, na medida em que este, embora considerado como um ramo autônomo pela maioria dos autores trabalhistas, recebe da sua matriz original múltiplas influências, principalmente no tema dos métodos de interpretação e aplicação do direito.

Na introdução do Anteprojeto do novo Código, o Senador José Sarney explicitou a fórmula política que inspirou os juristas da comissão responsável pela sua elaboração, decomposta nas diretrizes de simplicidade da linguagem e da ação processual, da celeridade do processo e da efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal.

E também são essas matrizes que inspiram a atividade do intérprete e do aplicador, mais ainda do processual trabalhista, cujo direito material a ser efetivado também reclama um sistema procedimental ágil, simples e eficaz, de modo que as inovações processuais civis ser-lhe-ão muito úteis.

Os objetivos do artigo são definir quais os critérios para a interpretação e aplicação do novo CPC ao processo do trabalho e quais as alterações em nível da teoria geral do direito e do processo influenciarão o ramo especializado.

---

\* *Doutorando em Filosofia do Direito (PUC-SP); mestre em Direito do Trabalho (PUC-SP); especialista em Direito Processual Civil (UCB-RJ); especialista em Direito do Trabalho (UCB-RJ); bacharel em Direito (UFMT); professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 23ª Região (Esmatra XXIII); professor visitante da Faculdade de Direito da UFMT; juiz do trabalho titular na 23ª Região.*

## 2 – APLICAÇÃO DO NOVO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO

A redação final do art. 15 do novo CPC<sup>1</sup> representa a última estação de um itinerário histórico-evolutivo que teve início com a tentativa de reconhecimento da autonomia do direito e do processo do trabalho, sob os influxos do pensamento moderno e emancipatório, representado pela edição da CLT, mas que a partir dos movimentos pós-modernos de globalização, universalismo e centralidade das constituições, houve uma miscigenação entre os departamentos jurídicos, um maior diálogo entre as fontes normativas de direito material<sup>2</sup> e, como mecanismo adequado a dar-lhe efetividade, ocorreu o acoplamento do direito processual do trabalho com o processual civil e, de ambos, com o constitucional e as normas internacionais, resultando no que conceituamos de o novo microsistema processual trabalhista individual.

Observamos o passado para constatar que a modernidade foi conduzida pelo Renascimento, com a retomada da autonomia dos indivíduos, com a liberdade de pesquisa e crença (nascimento do protestantismo), a racionalidade trazida pelo Iluminismo e a chegada dos europeus na América, fatos difusos, mas conectados historicamente, que contribuíram para a consolidação da economia monetarizada e mercantil. A ascensão da burguesia refletiu no campo político com a consolidação de Estados nacionais soberanos, na medida em que interessava àqueles a criação de um ente estatal com administração centralizada e a conseqüente extinção das barreiras fiscais e alfandegárias, assim como a unificação da moeda, de modo a desenvolver-se livremente a mercancia.

O reflexo no direito europeu foi o prestígio da codificação e a adoção do método exegético de interpretação – posteriormente substituído pelo juspositivismo, para emprestar previsibilidade e estabilidade contratual. Dentro desse quadro, a diretriz consolidou-se pelo modelo legislativo de codificação estanque para cada ramo do fenômeno jurídico, sem zonas de intersecção entre eles, tanto é que as Constituições regulavam apenas a organização política do Estado, sem aplicar-se ao direito privado, que estava livre da incidência dos direitos fundamentais.

O modernismo foi recepcionado na América Latina no final do século XIX, por ocasião das independências das ex-colônias, as quais, visando romper com a dependência política e cultural europeia, reafirmaram sua soberania,

- 1 “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”
- 2 JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours*, v. 251 (1995), p. 9-267. Para melhor aprofundamento do tema no Brasil: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

constituíram Estados nacionais centralizados, refletindo nas artes e na ciência com uma busca de identidade própria e de pureza. O direito nacional, então, expandiu-se com a adoção do modelo modernista de codificação, não sendo por outra razão que as antigas ordenações portuguesas e as legislações estaduais foram substituídas pelo Código de Processo Civil de 1939, e, posteriormente, o processo do trabalho ganhou certa autonomia com a edição da CLT, sendo por isso que a legislação trabalhista pátria seguiu a diretriz moderna centralizadora e consolidou em único veículo normativo todos os regramentos independentes, uniformizando o tratamento tanto de direito material quanto de direito processual. Influenciado pelo paradigma da modernidade, o processo do trabalho original buscava emancipação e independência<sup>3</sup>.

Como consequência do isolamento dos vários ramos jurídicos, a doutrina especializou-se e cada compartimento ganhou autonomia didática e científica. E o direito processual do trabalho também se isolou do direito processual civil e mesmo dos direitos constitucionais e da teoria geral do processo<sup>4</sup>, chegando ao ponto de muitos autores interpretarem o art. 769 da CLT como uma cláusula de contenção do processo trabalhista, como uma defesa dele contra a contaminação pelas normas do processo civil<sup>5</sup>, quando, segundo pretendemos defender, atualmente a filosofia pós-moderna recomenda a interpretação do art. 769 da CLT como uma cláusula de abertura do sistema, possibilitando o seu

- 
- 3 Em interessante trabalho de história do processo civil brasileiro, Igor Raatz e Gustavo da Silva Santana dizem que o CPC de 1939 foi influenciado pela cultura jurídica europeia, nomeadamente pelos Códigos austríaco (1895), projeto Chiovenda italiano (1919) e, principalmente, o português de 1926. Assim como veio a ocorrer com o processo brasileiro, no panorama português “o exacerbado número de leis e de outras normas escritas e consuetudinárias, de autoridade e de âmbito de aplicação diversos, era causa de grande confusão na prática jurídica portuguesa durante o medievo, de modo que, mais de uma vez, as Cortes solicitaram ao rei que as leis do reino fossem reformadas e reunidas em um único corpo legal” (*Elementos da história do processo civil brasileiro*).
  - 4 Exemplo clássico do isolamento da teoria geral do processo é a observação de que, em relação aos requisitos da petição inicial, o CPC de 1939 adotava a teoria da individualização (mera descrição dos fatos, sem necessidade de fundamentação jurídica), no mesmo sentido seguiu-se a CLT de 1943 (art. 840). Contudo, com o CPC de 1973, toda a teoria geral do processo foi reformulada, exigindo-se a exposição tanto das razões fáticas como da fundamentação jurídica (teoria da substanciação), decorrendo da opção alterações nos limites objetivos da coisa julgada (v.g., eficácia preclusiva da coisa julgada – art. 474), contudo a jurisprudência trabalhista recusou-se a assimilar o novo paradigma, mantendo-se fiel ao seu regramento especial da mera descrição dos fatos, mesmo nos casos em que a exordial é elaborada por profissional técnico que é o advogado.
  - 5 “As normas da CLT que impedem a aplicação primária do direito processual comum (arts. 769 e 889) estão diretamente ligadas ao momento histórico da sua edição. Em 1943, quando editada a CLT, vigia o CPC de 1939. A execução fiscal, por sua vez, era regida pelo Decreto-Lei n. 960/1938. Como a CLT previa regras mais avançadas e simplificadas, tomou-se a precaução de impedir a aplicação do CPC e da LEF por meio dos arts. 769 e 889 da CLT, que funcionavam, então, como regras de contenção.” (BEBBER, Júlio César. *Cumprimento de sentença no processo do trabalho*, p. 20). No mesmo sentido: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho. *Revista LTr*, v. 70, n. 08, p. 920-930, ago. 2006.

## DOCTRINA

acoplamento com o processo comum. O art. 15 do novo CPC apenas reforça a interpretação multifacetada e complexa.

A partir do final da segunda grande guerra, marcada pela prosperidade econômica, fim da divisão de classes e declínio das elites estabelecidas, houve, em movimento inverso, um rompimento do nacionalismo, enfraquecimento da soberania, com o primado da tecnologia e da comunicação, formando-se uma sociedade pós-industrial que acena para uma civilização universal, com autoridade política global, universalista e regime jurídico transconstitucional<sup>6</sup>.

Perry Anderson inventaria as características do período pós-moderno ao indicar que teve início um projeto de tolerância pluralística entre as nações, uma oferta de opções superabundantes, tornando sem sentido antigas polaridades – como esquerda e direita, capitalistas e classe operária –, importando mais para a sociedade o domínio da informação do que a produção industrial. Segue disso que o pós-modernismo é o éter cultural de um sistema global que rejeita todas as divisões geográficas, pois o universo pós-moderno não é de delimitação, mas de mistura, de celebração do cruzamento, do híbrido, do *pout-pourri*<sup>7</sup>.

O mesmo autor, tratando do conceito de pós-moderno na literatura, nas artes e na arquitetura, *locus* originário do conceito, ensina que ele conecta-se com a ideia de ecletismo enquanto um estilo de “codificação dupla”, uma modalidade de manifestação cultural que adotava um híbrido da sintaxe moderna e da historicista, com apelo tanto para o gosto mais refinado e educado quanto para a sensibilidade popular. “Era essa mistura libertadora do novo e do velho, do elevado e do vulgar, que definia o pós-modernismo como um movimento e lhe assegurava o futuro”<sup>8</sup>.

Também J. F. Lyotard, ao reconhecer que a cultura contemporânea pós-moderna é reflexo da sociedade pós-industrial, adverte que as suas influências também alcançaram o ramo das ciências, na medida em que desde o último século há sinais de uma crise do saber científico outrora estruturado no caráter estanque entre as disciplinas e a sua pretensão enciclopédica. Contemporaneamente há necessidade de se afrouxar a trama enciclopédica em que cada ciência deveria encontrar seu lugar, deixando-as emanciparem. Disso resulta para ele que:

---

6 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009; e GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional*. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. São Paulo: RT, 2010.

7 ANDERSON, Perry. *As origens da pós-modernidade*, *passim*, p. 31 e 87.

8 ANDERSON, Perry. *Op. cit.*, p. 30.

## DOCTRINA

“As delimitações clássicas dos diversos campos científicos passam ao mesmo tempo por um questionamento: disciplinas desaparecem, invasões se produzem nas fronteiras das ciências, de onde nascem novos campos. A hierarquia especulativa dos conhecimentos dá lugar a uma rede imanente e, por assim dizer, ‘rasa’, de investigações cujas respectivas fronteiras não cessam de se deslocar.”<sup>9</sup>

De sua parte, Fredric Jamenson constata que a era pós-moderna marca todos os ramos da experiência cultural, inclusive a ciência, com as características de imediatidade, empirismo, caoticidade e heterogeneidade<sup>10</sup>.

Na transição da modernidade para a pós-modernidade, enxergamos com nitidez que a CLT é resultado da influência modernista, buscando emancipação e reafirmando soberania, enquanto as legislações pós-modernas, em sentido inverso, acenam ao universalismo, complexidade e diálogo, respectivamente no Direito do Trabalho, centralidade da Constituição, incidência dos direitos internacionais, divisão legislativa em microssistemas e diálogo entre as fontes normativas, resolvendo as antinomias entre regras pelo princípio *pro homine* (norma mais favorável no direito material e norma mais efetiva para o direito processual) e a colisão entre princípios jurídicos pelo princípio da proporcionalidade<sup>11</sup>.

Observamos que o legislador substituiu paulatinamente a regulamentação estanque por meio dos códigos para cada compartimento jurídico, com sua doutrina especializada e seus métodos próprios de interpretação/aplicação, pela pulverização em diversos microssistemas legislativos<sup>12</sup>, mais adaptáveis às relações sociais que visam regradar, bem como dialogando entre si em busca da solução de direito material que mais fomente a dignidade da pessoa humana.

Por essa razão que tencionamos sugerir em nível doutrinário que o futuro do Direito do Trabalho, para recolher adequadamente cada uma das modalidades contratuais, respeitando-se as diferenças fático-jurídicas entre as variadas espécies de empregados e empregadores, deveria decompor-se em diversos microssistemas, cada qual adequado a uma realidade, substituindo-se a CLT,

---

9 LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna, passim*, p. 69-71.

10 JAMENSON, Fredric. *Pós-modernismo*, p. 27.

11 MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas*. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013; e MOLINA, André Araújo. *Os direitos fundamentais na pós-modernidade*. São Paulo: 2015, no prelo. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

12 Exemplo típico são as Leis ns. 12.619 de 2012 e 13.103 de 2015 que dispõe sobre o exercício da profissão de motorista, retirando, por exemplo, a regulamentação quanto à sua jornada do regramento genérico da CLT, tratando-a especificamente.

uniforme e inflexível, por legislações específicas para cada espécie de relação jurídica trabalhista<sup>13</sup>.

Por isso que para nossa tese o ordenamento jurídico material trabalhista é composto pela Constituição Federal de 1988, tratados internacionais ratificados e internalizados, legislação infraconstitucional – CLT, Código Civil de 2002 e legislação extravagante –, normas coletivas e pelos contratos de trabalho. A partir desse amplo objeto é que o jurista trabalhista irá apreender o significado dos textos e construir o sistema jurídico, o qual é integrado por normas que ocupam tanto a forma de regras como a de princípios. Na construção e sistematização, o intérprete organizará as normas trabalhistas de forma flexível, com observância do princípio da norma mais favorável, realizando o diálogo das diversas fontes, e resolverá as antinomias entre as regras e princípios, autonomamente e entre si. Havendo conflito de princípios, principalmente a partir da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, será o postulado da proporcionalidade o mecanismo para solução dessa espécie de antinomia, mas apenas quando o legislador já não tenha fixado a solução para o conflito por meio de regras jurídicas da legislação ordinária ou mesmo as próprias partes por intermédio das normas coletivas<sup>14</sup>.

Decorre, por exemplo, da perspectiva epistemológica pós-moderna que em relação ao tema dos acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, há diversos microssistemas incidentes, desde o Código Civil, Constituição, legislações especiais e os tratados internacionais, convergindo para um grande sistema multifacetado<sup>15</sup>.

E o sistema material trabalhista retratado acima, para ser adequadamente interpretado e aplicado, reclama procedimentos judiciais mais flexíveis, com a participação dialógica democrática dos atores sociais, culminando com a adoção do método pós-positivista – baluarte na correta incidência dos princípios e regras e na imposição de soluções adequadas e procedimentadas às circunstâncias concretas, soluções racionais e ponderadas<sup>16</sup>.

Acreditamos, após essa contextualização histórico-cultural e filosófica, que o legislador do novo Código de Processo Civil apreendeu essas lições e realizou uma virada paradigmática no método de interpretação do ordenamento jurídico, que já vinha se consolidando desde a Constituição de 1988 no Brasil,

---

13 MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas*, p. 155.

14 MOLINA, André Araújo. *Op. cit.*, p. 203-204.

15 MOLINA, André Araújo. Sistemas de responsabilidade civil objetiva e os acidentes de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, n. 2, abr./jun. 2013, p. 70-117.

16 MOLINA, André Araújo. *Op. cit.*, p. 156.

ainda que à custa da perda de autonomia legislativa do direito e do processo do trabalho. A perda de autonomia, muito ao contrário de significar um retrocesso, em nosso ponto de vista, significa avanço para um sistema jurídico aberto, complexo, dialógico e autopoiético, único capaz de recolher a multiplicidade das relações sociais na sociedade pós-moderna e hipercomplexa.

E a maleabilidade e adaptabilidade do novo processo civil podem ser reconhecidas em diversos de seus institutos, valendo referir, a título ilustrativo, na possibilidade de ajuste do procedimento pelas partes, conforme as características particulares da ação (NCPC, art. 190), além da distribuição dinâmica do ônus da prova (NCPC, art. 373, § 1º), também conforme as diferenças entre as relações jurídicas materiais objeto da ação. Em ambos os casos, o legislador abandonou a regra geral do antigo Código – estática e inflexível – pela possibilidade judicial de adaptabilidade do procedimento. Como regra, o juiz dirigirá o processo conforme as disposições do Código, incumbindo-lhe dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (NCPC, art. 139, VI).

Se o modelo fotografado pelo direito e processo do trabalho do século passado era aquele que tinha a forma do empregador enquanto grande indústria como paradigma modelar, dos trabalhadores com pouca instrução e sem nenhum grau de autonomia, com condições similares de trabalho e de vida, como modelo de empregado, atualmente o modelo-padrão de empregador diluiu-se nas variadas formas adotadas nos três setores da economia, desde as empresas transnacionais, passando pelas sociedades anônimas, empresas limitadas, empresas de pequeno porte e microempresas, consórcios rurais, até os pequenos empresários.

A figura do empregado também se transformou, com diversas espécies de altos empregados, executivos, atletas profissionais de alto nível, profissionais liberais, parassubordinados, trabalhadores técnicos, tecnológicos e, ainda em grande maioria, os braçais e os trabalhadores com pouca instrução formal. Alguns deles, ainda que em minoria, com condições de negociar suas próprias cláusulas contratuais e com condições de trabalho e de vida complementemente diferentes entre si. O reflexo dessa complexidade da pós-modernidade são as diversas formas nas relações de trabalho, como o emprego na sede da empresa, o teletrabalho, o trabalho em domicílio (*home-office*), trabalho a tempo parcial, terceirização, trabalho temporário, representação comercial, entre tantas outras modalidades de prestação de serviços, subordinado, ou não, que pela limitação legislativa de vários países, como o Brasil, devem ser recolhidas pelo mesmo

modelo padrão de contrato de emprego. Em exemplificação metafórica, é como vestir a diversidade cultural e física das pessoas com a mesma vestimenta, uniformizando-as, ao invés de confeccionar roupas adequadas a cada uma delas, explorando as potencialidades pessoais, em atividade de alta-costura, respeitando suas características próprias e sua dignidade humana<sup>17</sup>.

E o direito processual do trabalho pós-moderno, para desincumbir-se da tarefa de dar adequada aplicação aos direitos materiais multifacetados, também há de ser plural, complexo, aberto e dialogado.

É norma fundamental do novo processo civil a sua ordenação, disciplina e interpretação conforme os direitos fundamentais previstos na Constituição (art. 1º), indicando ao aplicador a promoção da dignidade da pessoa humana como núcleo do sistema (art. 8º), bem como o legislador consagra a abertura do ordenamento para as normas de direito internacional (art. 13). O legislador também avança, no mesmo art. 13, quando trata da aplicação das normas processuais, para vaticinar que a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, sem prejuízo das normas internacionais incidentes, significando a unificação da jurisdição não penal e a possibilidade de o aplicador transitar por todo o ordenamento e não mais apenas ficar confinado ao Código. O art. 15 reforça essa nossa compreensão, ao abrir o diálogo entre as novas normas processuais e os processos eleitorais, trabalhistas e administrativos. Do diálogo amplo, fatalmente resultarão antinomias, que não serão mais resolvidas pelos critérios clássicos excludentes da hierarquia, especialidade e temporalidade. No caso de colisão entre normas (e não mais apenas entre regras), o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência da norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão (art. 487, § 2º).

Com a edição do novo CPC e a eficácia do art. 15, pensamos que a norma de diálogo deve ser construída a partir dos textos dos arts. 769 e 889 da CLT e 15 do NCPC. A partir desses dispositivos o intérprete construirá a norma jurídica de acoplamento dos códigos, dando forma ao novo microsistema processual trabalhista individual. Como o novel art. 15 não revogará o art. 769 consolidado, continuar-se-á exigindo a compatibilidade das novas disposições do processo comum com os princípios do direito processual do trabalho, notadamente a sua celeridade e efetividade. Dito de outro modo, apenas as normas processuais comuns que sejam mais efetivas é que se aplicarão nos processos trabalhistas, embora o CPC de 2015, como um todo, integre o objeto de interpretação do jurista especializado. Por essas razões é que elegemos o critério

---

17 MOLINA, André Araújo. *Op. cit.*, p. 154-55.

da norma mais efetiva para resolver as antinomias entre as regras processuais, a partir da determinação do próprio Código de 2015 de que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições do Código, incumbindo-lhe dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (art. 139, VI). José Carlos Barbosa Moreira já nos advertia que querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito material, somente será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos seus fins. “Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material”<sup>18</sup>.

É exatamente o que já ocorre no microsistema processual coletivo, visto que a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 1985) foi criada para instrumentalizar a defesa dos direitos difusos e coletivos, sendo o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990) principalmente para defesa dos direitos individuais homogêneos, mas com a edição da segunda legislação foi inserida cláusula de diálogo na primeira (LACP, art. 19<sup>19</sup>, c/c o CDC, art. 90<sup>20</sup>), autorizando ao aplicador verificar a norma mais efetiva a ser utilizada no julgamento dos casos concretos de direito metaindividual.

Decisivo observar, em abono à nossa tese, que o legislador processual civil avançou para, além da aplicação subsidiária prevista no art. 769 da CLT, prever a aplicação supletiva. Semanticamente, são signos com significações diferentes. “Subsidiário” visa complementar algo que já existe e “supletivo” preencher um vazio. Ocorre que a pragmática jurídica consagrou a significação de aplicação subsidiária de uma norma como técnica de preenchimento de lacunas normativas e a aplicação supletiva enquanto reforço ou complemento de norma que já existe, mas que é insuficiente. E foi exatamente essa a justificativa da emenda da Câmara dos Deputados em relação ao texto originário aprovado pelo Senado para acrescentar a locução “supletiva”<sup>21</sup>.

18 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Por um processo socialmente efetivo*, p. 181.

19 “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que institui o Código de Defesa do Consumidor.”

20 “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

21 Sub-Relator Deputado Efraim Filho: “A alteração da parte final é por opção técnica: aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna; aplicação supletiva, à complementação normativa. Acolhe-se a proposta contida na Emenda n 80/2011”.

Importante o intérprete observar que a redação final do texto do art. 15 do novo CPC contém uma impropriedade sintática. No projeto do Senado (2010) havia a previsão de apenas aplicação subsidiária (preenchimento de lacuna), razão pela qual o dispositivo previa uma única hipótese fática de ausência de normas que regulem processos trabalhistas para autorizar a aplicação subsidiária. Ocorre que a redação final, resultado de emenda da Câmara dos Deputados (2014), incluiu uma segunda possibilidade de aplicação do CPC para o processo do trabalho, qual seja a supletiva, justificando-se na necessidade de complementação normativa, a qual, por exercício de lógica jurídica, não pressupõe lacunas, mas, sim, regramento existente, mas insuficiente. Mais adequado seria se o texto final do art. 15 previsse que na ausência ou insuficiência das normas que regulem os processos trabalhistas as disposições do Código ser-lhes-ão aplicadas subsidiária e supletivamente. Como o texto é sintaticamente imperfeito, incumbe ao intérprete corrigi-lo por intermédio da construção de sentido da norma jurídica revelada a partir do dispositivo.

Edilton Meireles, escrevendo sobre o projeto do novo CPC, também teve a compreensão de que as aplicações supletiva e subsidiária visam à incidência da nova legislação processual ao processo do trabalho não só na existência de lacuna normativa, mas também quando houver regramento insuficiente<sup>22</sup>.

Segue que nas hipóteses em que a Justiça do Trabalho for a competente para julgar ações que pleiteiam interesses individuais, o microsistema processual será aquele formado pelo acoplamento da Constituição Federal de 1988, dos Tratados Internacionais, ambos em suas perspectivas processuais, a CLT, o novo CPC e a Lei de Executivos Fiscais, esta última na fase de execução, resolvendo-se eventual antinomia pela aplicação da norma mais efetiva. Por outro lado, quando as ações defenderem interesses metaindividuais, o microsistema será aquele formado pela Constituição Federal, Tratados Internacionais, em suas perspectivas processuais, a Lei de Ação Civil Pública, o CDC e o novo CPC, de forma subsidiária. Ressalvam-se as ações especiais que possuem o procedimento próprio, previsto em legislação extravagante ou em capítulo especial do novo CPC, como mandado de segurança, ação de consignação em pagamento, ações cautelares, ação monitória, etc.

Deriva da recepção da nossa tese acerca do microsistema processual individual trabalhista, que não há mais lacunas no sistema processual em sentido amplo, na medida em que o processo do trabalho não é mais regulado apenas pela CLT – suscetível de lacunas –, mas por todos os demais textos normativos a ela acoplados, inclusive a Constituição Federal e os tratados internacionais.

---

22 MEIRELES, Edilton. *O novo CPC e as regras supletiva e subsidiária ao processo do trabalho*, p. 130.

Também já defendemos a inexistência de lacunas no sistema jurídico, a partir de sua interpretação pelo modelo metodológico pós-positivista, reconhecendo a força normativa dos princípios jurídicos e a tendência expansionista, alcançando, necessariamente, todas as hipóteses fáticas que uma regra eventualmente não alcance.

No sistema juspositivista, formado apenas por regras jurídicas, pode ocorrer que nenhuma delas tenha a hipótese fática preenchida pelo caso concreto, quando haveria lacuna normativa. As lacunas seriam integradas pela analogia, costumes e princípios gerais do direito (LINDB, art. 4º, c/c o CPC, art. 126). Diversamente, no sistema jurídico pós-positivista, não há lacunas. Em resumo, ao se reconhecer que os princípios são mandamentos de otimização e que tendem à expansão, somente sendo paralisados por regras restritivas e por outros princípios colidentes, chegamos à conclusão de que não há na realidade nenhuma relação fática que não esteja alcançada ao menos por um princípio. Toda relação fática, quando não recolhida por uma regra jurídica, necessariamente o será por um princípio. No limiar, a dignidade humana servirá de pauta normativa para a solução das hipóteses fáticas em que não há regras ou princípios incidentes, quando haverá aplicação direta da dignidade humana e não aplicação integrativa – pressupondo a existência de lacunas normativas.

O mecanismo juspositivista que determina a integração das lacunas com os princípios gerais do direito reforça a nossa posição de que ao se reconhecer implicitamente que mesmo em não havendo nenhuma regra que satisfaça a hipótese fática, sempre haverá um princípio jurídico que alcançará a situação em análise. Assim, partindo do pressuposto de que os princípios têm a mesma força normativa que as regras, para os pós-positivistas fica claro que sempre haverá uma regra ou um princípio incidente diretamente na hipótese fática, impossibilitando a existência das lacunas normativas no sistema científico pós-positivista<sup>23</sup>.

Acreditamos que a opção também foi a escolhida pelo novel legislador processual civil, coerentemente, ao migrar as matrizes metodológicas do positivismo normativista do Código de 1973 para o pós-positivismo no novo CPC de 2015.

O art. 126 do Código de 1973 prevê que o juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito. É a consagração do modelo juspositivista que

---

23 MOLINA, André Araújo. *Op. cit.*, p. 37-38.

## DOCTRINA

apenas enxerga normatividade plena nas regras, de modo que, não as havendo – ocorrendo lacunas – deve o magistrado preenchê-las por meio do recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Com o novo CPC o legislador reconhece a força normativa dos princípios jurídicos<sup>24</sup> e, decorrendo da opção, o texto aprovado pelo Senado (2010) reconhecia no art. 108 que o juiz não se eximia de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, aplicar os princípios constitucionais e as normas legais; não as havendo, recorreria à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito. Note-se a impropriedade metodológica. Ao mesmo tempo em que se reconhece que os princípios constitucionais têm força normativa e devem ser aplicados aos casos em julgamento, por outro lado e contraditoriamente, o legislador continuava reconhecendo a existência de lacunas, tanto é que determinava ao juiz a utilização dos critérios clássicos juspositivistas para sua colmatação, sem atentar à nossa advertência de que no modelo pós-positivista não há mais lacunas.

O equívoco foi corrigido pela emenda aprovada na Câmara (2014) e incorporada ao texto final levado à sanção, cujo dispositivo final prevê que o juiz não se eximirá de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, sem reconhecer a existência das lacunas – até porque elas não mais existem –, muito menos determinando ao juiz o preenchimento por meio da analogia, costumes e princípios gerais do direito<sup>25</sup>.

Ponto importante de ser observado é que o legislador, no modelo antigo, dizia que havendo lacuna na lei já deveria o juiz socorrer-se dos mecanismos de integração (LINDB, art. 4º, c/c o CPC, art. 126). Atualmente, expandindo o objeto de análise do juiz, diz que ele não pode eximir-se de sentenciar alegando lacuna no ordenamento jurídico, justamente porque o objeto de interpretação do magistrado deixou de ser a legislação estanque de determinado compartimento jurídico, para ser o ordenamento jurídico completo, alcançando as normas constitucionais e os tratados internacionais. Nesse objeto ampliado de observação, até porque pródigo na previsão de textos que ostentam a forma de princípios jurídicos, não há mais lacunas, embora, nas leis, individualmente consideradas, ainda há.

Do quanto exposto, parece-nos absolutamente ultrapassada a posição de grande parte da doutrina trabalhista que reconhecia a existência de lacunas, não

---

24 “Art. 1 O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

25 “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”

só as normativas (reconhecidas pelo juspositivismo), mas também das ontológicas e axiológicas, próprias do tridimensionalismo, modelo metodológico que não é adotado nem pelo legislador processual de 1973 e nem pelo do novel Código.

A partir das reformas do Código de Processo Civil realizadas nos anos de 2005 e 2006<sup>26</sup>, surgiu o questionamento da aplicabilidade ao processo do trabalho, na medida em que mais efetivas, foi quando ganhou fôlego entre os processualistas trabalhistas a tese de Maria Helena Diniz acerca das várias espécies de lacunas: normativas, ontológicas e axiológicas. Deriva a tese da professora homenageada da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, que a desenvolveu enquanto uma posição integradora e superadora das perspectivas unilaterais do normativismo kelseneano, do jusnaturalismo e da sociologia jurídica. Para o professor, o direito é o resultado dialético dos fatos, valores e normas, por isso, para ele, uma norma para ser aplicada deveria ser socialmente eficaz, justa e ostentar normatividade<sup>27</sup>.

A partir da teoria tridimensional do direito, Maria Helena Diniz criou a tese das três espécies de lacunas<sup>28</sup>, reconhecendo que se uma norma fosse editada sob certo procedimento (normatividade), mas fosse injusta, não deveria ser aplicada e, por isso, haveria lacuna axiológica, de igual modo em relação às outras perspectivas do fenômeno jurídico, com as ontológicas (fatos) e normativas (positividade).

Luciano Athayde Chaves defendeu a importação da teoria tridimensional das lacunas de Maria Helena de Diniz como o método adequado para a aplicação do direito processual civil, mesmo quando a CLT não apresentasse lacuna normativa<sup>29</sup>. No mesmo sentido caminharam Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>30</sup>,

26 Leis ns. 11.232/05 (liquidação e execução de sentença), 11.276/06 (súmula impeditiva de recursos e saneamento das nulidades processuais em sede recursal), 11.277/06 (julgamento de processos repetitivos), 11.280/06 (reconhecimento de ofício da incompetência relativa e da prescrição), 11.382/06 (execução de título extrajudicial) e 11.419/06 (atos processuais por meios eletrônicos).

27 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

28 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

29 “Precisamos avançar na teoria das lacunas do direito (quer sejam estas de natureza normativa, axiológica ou ontológica), a fim de reconhecer como incompleto o microsistema processual trabalhista (ou qualquer outro) quando – ainda que disponha de regramento sobre determinado instituto – este não apresenta fôlego para o enfrentamento das demandas contemporâneas, carecendo da supletividade de outros sistemas que apresentem institutos mais modernos e eficientes.” (CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum*, p. 28-29)

30 “Nesse passo, urge repensar o próprio conceito de lacuna, de maneira a possibilitar a heterointegração dos subsistemas do direito processual civil e do direito processual do trabalho, o que pode ser implementado mediante transplante de normas daquele, sempre que isso implicar maior efetividade deste. A heterointegração pressupõe, portanto, a existência não apenas das tradicionais lacunas normativas, mas também das lacunas ontológicas e axiológicas.” (BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *As recentes reformas do CPC*, p. 101)

Wolney de Macedo Cordeiro<sup>31</sup>, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury<sup>32</sup> e diversos magistrados trabalhistas<sup>33</sup>.

Os problemas metodológicos da recepção dessa teoria é que somente faz sentido a existência das lacunas normativas, ontológicas e axiológicas aos juristas tridimensionalistas que também interpretam todo o fenômeno jurídico pelo método da tridimensionalidade. Bem por isso compreendemos que a importação episódica da teoria das lacunas de Maria Helena Diniz revela um sincretismo metodológico equivocado, mormente porque a opção metodológica do legislador processual civil de 1973 foi a juspositivista, refutando as influências sociológicas, jusnaturalistas e tridimensionalistas, decorrendo que não existem lacunas axiológicas ou ontológicas para o legislador processual brasileiro, nem o civil nem o trabalhista. E isto está muito claro nos textos da CPC de 1973 e na CLT.

Maria Helena Diniz desenvolveu sua teoria enquanto tese, professora de filosofia do direito que também é, lançando reflexões de *lege ferenda*, muito embora não fosse essa a posição prestigiada pelo legislador. Estivesse a notável professora escrevendo enquanto jurista dogmática, em atividade descritiva do direito positivo, certamente não reconheceria a existência das lacunas ontológicas e axiológicas.

Compreendendo a questão por essa posição epistemológica, entendemos com razão o Tribunal Superior do Trabalho ao rechaçar a aplicação subsidiária do CPC de 1973 naquilo em que a CLT possuía regra específica, como na hipótese do art. 475-J do CPC e a aplicação da multa de 10%<sup>34</sup>. Reconhecemos que, por uma perspectiva utilitarista e pragmática, o rigor do TST acabou por

---

31 CORDEIRO, Wolney de Macedo. Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007. p. 26-51.

32 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. As repercussões do novo Código de Processo Civil no direito do trabalho: avanço ou retrocesso? *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, n. 03, jul./set. 2012, p. 254-268.

33 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada pela Enamat, TST e Anamatra, de 21 a 23 de novembro de 2007: “APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os arts. 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. A aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social” (Enunciado n. 66).

34 “RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO PELA EXECUTADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. O art. 475-J do CPC não se aplica no processo do trabalho, tendo em vista que não há omissão na CLT, possuindo esta regramento próprio quanto à execução dos créditos, inclusive com prazos e medidas coercitivas diferentes dos estabelecidos naquele dispositivo legal. Recurso de embargos conhecido e provido.” (TST, SDI-1, E-ED-RR 21500-04.2005.5.15.0003, Relª Minª Dora Maria da Costa, DEJT 16.08.2013)

afastar a recepção de muitos avanços do processo comum em relação ao processo do trabalho, no entanto, em sede de decisão judicial, o julgador deve conter seu voluntarismo em atenção à opção metodológica adotada pelo legislador, como medida de reforço da democracia e prestígio da separação dos poderes. Nos campos político, filosófico e sociológico as críticas à posição do TST são procedentes, no que anuímos às argumentações dos autores acima referidos, mas na perspectiva jurisdicional não, tendo em foco os ainda vigentes sistemas processuais da CLT e do CPC de 1973.

A partir da vigência do novo CPC reforçar-se-á a inutilidade do recurso à teoria das lacunas de Maria Helena Diniz – até porque elas deixarão de existir –, quando o foco de observação do processualista trabalhista deixará de ser a CLT e passará a ser todo o ordenamento jurídico, resultado do acoplamento do diploma trabalhista com o novo CPC, a Constituição Federal e os Tratados Internacionais, formando um único objeto de estudo, a partir do qual os intérpretes construirão as normas processuais e, organizando-as com a estrutura de sistema, resolverão as antinomias pelo critério da norma mais efetiva, aplicando-a aos casos concretos, independente da sua posição topográfica no ordenamento jurídico.

A racionalidade, a integridade e a previsibilidade do sistema processual trabalhista individual serão alcançadas pela adoção dos mecanismos já previstos no novo CPC, quais sejam a impossibilidade de decisões-surpresa<sup>35</sup>, a necessidade de fundamentação analítica das decisões<sup>36</sup> e a obediência dos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho<sup>37</sup>. Falando em termos pragmáticos, poderão

---

35 “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

36 “Art. 489 (...) § 1 Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

37 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1 Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2 A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de

os juízes do trabalho, realizando o diálogo entre a CLT e o novo CPC, optar pela aplicação de um ou outro, conforme fundamentado analiticamente o mais efetivo, obrigando-se a advertir as partes da prática dos atos processuais com antecedência, expondo nas decisões suas razões de aplicação e respeitando os precedentes do TST. Quando esse último pacificar a posição acerca de determinado tema, todos os magistrados obrigam-se a seguir a orientação, prospectivamente.

### 3 – CONCLUSÕES

– Os ideais modernos de emancipação, soberania e autonomia refletiram no pensamento jurídico com o prestígio da codificação enquanto método legislativo, cisão entre os vários ramos jurídicos, formação de porções autônomas da ciência jurídica e a utilização do método exegético de interpretação (depois substituído pelo método juspositivista de interpretação e aplicação do direito).

– Após a segunda grande guerra, em movimento inverso, houve o fim do nacionalismo, enfraquecimento da soberania, primado da tecnologia e comunicação, formando uma sociedade pós-industrial que acena para uma civilização universal, com autoridade política global, universalista e com regime jurídico transnacional, marcando o início da pós-modernidade.

– A era pós-moderna é identificada com as características de um sistema global, com o fim das divisões geográficas, ecletismo, complexidade, empirismo e heterogeneidade das relações sociais. Repercute nas ciências pela substituição das delimitações clássicas, com saber enciclopédico e especializado, pela diluição de fronteiras, multidisciplinaridade e amplo diálogo. Especificamente no campo jurídico pela substituição dos códigos pela pulverização em microssistemas.

– Para nossa tese, o ordenamento jurídico material trabalhista é integrado pela Constituição Federal, Tratados Internacionais, legislação infraconstitucional – CLT, Código Civil e legislação extravagante –, normas coletivas e dos contratos individuais de trabalho. Já o ordenamento jurídico processual individual trabalhista é composto pelo acoplamento da Constituição Federal, dos Tratados Internacionais, ambos em suas perspectivas processuais, a CLT, o novo CPC e a Lei de Executivos Fiscais, esta última na fase de execução.

---

casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3 Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4 A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5 Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

## DOCTRINA

– Também o método jurídico migra do juspositivismo, com seus critérios excludentes de resolução de antinomias e reconhecimento da existência de lacunas, para o método pós-positivista, que reconhece a completude do ordenamento, com a incidência dos direitos fundamentais e das normas internacionais, além de um amplo diálogo inclusivo entre as diversas fontes normativas. O sistema jurídico é composto de regras e princípios, ambos com força normativa, por isso não existindo lacunas, e as antinomias entre regras de direito material resolvem-se pelo critério da norma mais favorável, de direito processual pela norma mais efetiva e o conflito de princípios pelo critério da proporcionalidade.

– A redação do art. 15 do novo CPC representa a última estação de um itinerário histórico-evolutivo que teve início com a tentativa de reconhecimento da autonomia do direito e do processo do trabalho, sob os influxos do pensamento moderno e emancipatório, representado pela edição da CLT, mas que a partir dos movimentos pós-modernos houve miscigenação entre os compartimentos jurídicos, um maior diálogo entre as fontes normativas de direito material e, como mecanismo adequado a dar-lhe efetividade, ocorreu o acoplamento do direito processual do trabalho com o processual civil e, de ambos, com o constitucional e o internacional, resultando no que conceituamos de microsistema processual trabalhista individual.

– O legislador do novo Código de Processo Civil realizou uma virada paradigmática no método de interpretação do ordenamento jurídico, que já vinha se consolidando desde a Constituição de 1988 no Brasil, ainda que a custa da perda de autonomia legislativa do direito e do processo do trabalho. A perda de autonomia, muito ao contrário de significar um retrocesso, em nosso ponto de vista, significa avanço para um sistema jurídico aberto, complexo, dialógico e autopoietico, único capaz de recolher a multiplicidade das relações sociais da sociedade pós-moderna e hipercomplexa.

– No modelo antigo, previa-se que havendo lacuna na lei já deveria o juiz socorrer-se dos mecanismos de integração (LINDB, art. 4º, c/c o CPC, art. 126). Atualmente, expandindo o objeto de análise do juiz, diz que ele não pode eximir-se de sentenciar alegando lacuna no ordenamento jurídico, justamente porque o objeto de interpretação do magistrado deixou de ser a legislação estanque de determinado compartimento jurídico para ser o ordenamento jurídico completo, alcançando as normas constitucionais e os tratados internacionais. Nesse objeto ampliado de observação, até porque pródigo na previsão de textos que ostentam a forma de princípios jurídicos, não há mais lacunas, embora nas leis, individualmente consideradas, ainda há.

## DOCTRINA

– Do quanto exposto, parece-nos absolutamente ultrapassada a posição de grande parte da doutrina trabalhista que reconhecia a existência de lacunas, não só as normativas (reconhecidas pelo juspositivismo), mas também as ontológicas e axiológicas, próprias do tridimensionalismo, modelo metodológico que não é adotado nem pelo legislador processual de 1973 e nem pelo do novel Código.

– Se já era equivocada a importação sincrética da teoria tridimensional das lacunas (ontológica, axiológica e normativa), com o novo CPC reforçou-se a sua inutilidade para resolver o tema da aplicação do novo regramento processual civil ao processo do trabalho, diante da inexistência de lacunas no ordenamento e que as disposições mais efetivas do CPC de 2015 aplicam-se diretamente ao processo do trabalho, independente de regulamentação do instituto na CLT, não podendo se falar na existência de lacunas para autorizar a aplicação em segundo nível.

### 4 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDERSON, Perry. *As origens da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, n. 105, jan./mar. 2002, p. 183-190.
- BEBBER, Júlio Cesar. *Cumprimento de sentença no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. As recentes reformas do CPC e as lacunas ontológicas e axiológicas do processo do trabalho: necessidade de heterointegração do sistema processual não penal brasileiro. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 73, n. 01, jan./mar. 2007.
- CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum: reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.
- JAMESON, Fredric. *Pós-modernismo. A lógica cultural do capitalismo tardio*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.
- MEIRELES, Edilton. O novo CPC e as regras supletiva e subsidiária ao processo do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, ano 40, n. 157, maio/jun. 2014, p. 129-137.
- MOLINA, André Araújo. Sistemas de responsabilidade civil objetiva e os acidentes de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, n. 2, abr./jun. 2013, p. 70-117.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios trabalhistas. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013.
- \_\_\_\_\_; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e transação no direito do trabalho: uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. *Revista LTr*, São Paulo, ano 74, n. 02, fev. 2010, p. 190-203.
- RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. Elementos da história do processo civil brasileiro: do Código de 1939 ao Código de 1973. *Revista Justiça & História*, v. 09, 2012, n. 17-18.

# OS PODERES DO EMPREGADOR E OS DEVERES DO EMPREGADO NA RELAÇÃO DE EMPREGO, SEGUNDO DÉLIO MARANHÃO

Arion Sayão Romita\*

## 1 – INTRODUÇÃO: DÉLIO MARANHÃO, JURISTA EXCELSO

Celebra-se em 2015 o centenário de nascimento de Délio Maranhão. Em 2011, ao ensejo do transcurso do septuagésimo aniversário da instalação da Justiça do Trabalho no Rio de Janeiro (01.05.1941), a *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* publicou estudo do autor destas linhas intitulado *Délio Maranhão, jurista excelso*<sup>1</sup>. Cabe, agora, quando se celebra o centenário de nascimento do excelso jurista, renovar a homenagem, desta feita debatendo aspectos doutrinários de sua obra.

Délio Barreto de Albuquerque Maranhão – Délio Maranhão, como é mais conhecido – foi jurista excelso. Nascido em 1915, formou-se em direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (atualmente Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro), em 1937. Foi colega de turma de pessoas famosas, como Evaristo de Moraes Filho, Helio Bastos Tornaghi, Alzira Vargas do Amaral Peixoto (Alzirinha), Emerson Luís de Lima, José Vicente Pereira, Eremildo Luís Viana, Artur Machado Pauperio, Dante Vigiani, Marques Rabelo, Othon Moacyr Garcia, além de outras. Mas só ele e Evaristo de Moraes Filho se interessaram pelo Direito do Trabalho, Délio como magistrado, autor de obras jurídicas e professor, Evaristo igualmente como membro do Ministério Público do Trabalho, autor de obras jurídicas e professor. A turma de 1937 da então FND legou ao Brasil, como se vê, dois nomes exponenciais, que se destacaram nas letras jurídicas trabalhistas e cuja obra influenciou (e continua a influenciar) várias gerações de profissionais que atuaram (e atuam) na Justiça do Trabalho. Aqui cabe enfocar apenas a figura de Délio Maranhão.

---

\* Professor titular (aposentado) nas Faculdades de Direito da UFRJ e UERJ; advogado.

1 ROMITA, Arion Sayão. Délio Maranhão, jurista excelso. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, Lex Magister, ano 77, n. 2, abr./jun. 2011, 2011, p. 43-48.

## DOCTRINA

Délio foi magistrado de carreira. Presidente de Junta de Conciliação e Julgamento (como então se denominavam as atuais Varas do Trabalho), foi juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região – Rio de Janeiro (hoje seria Desembargador Federal do Trabalho), e foi convocado por largos períodos para integrar o Tribunal Superior do Trabalho. Não chegou, porém, a ser ministro efetivo do TST.

Antes da Constituição de 1967, qualquer bacharel em direito podia ser nomeado ministro do TST. Não havia carreira de juiz do trabalho. O primeiro juiz do trabalho (juiz de TRT) a ser promovido a ministro do TST foi Mozart Victor Russomano. Délio pretendia ascender àquela alta magistratura, e dera provas cabais da sua alta qualificação para tal, durante os períodos em que nela atuou como juiz convocado. Entretanto, por injunções políticas, ao tempo em que era Presidente da República Juscelino Kubitschek, outro jurista foi nomeado para preencher a vaga a que Délio aspirava, o que o deixou bastante contrariado.

Mas Délio não se deixou abater. O contratempo da nomeação frustrada para o TST não o demoveu da rota que sempre trilhara, de absoluta retidão de caráter, de afabilidade no trato com os advogados, de estudo constante do Direito do Trabalho.

Falou-se de retidão de caráter. Símbolo de honestidade, Délio jamais se afastou do rumo que fixara para sua atuação como juiz.

Délio era um estudioso das causas sociais e trabalhistas. Autor de obras jurídicas definitivas, dessas de citação obrigatória, suas ideias estão presentes entre nós e suas lições são imorredouras.

As principais obras jurídicas de Délio Maranhão são as *Instituições de Direito do Trabalho*, o compêndio intitulado *Direito do Trabalho* e os pareceres elaborados em colaboração com Arnaldo Süssekind.

Grande homem, Délio viverá para sempre na memória dos pósteros. Dele, pode dizer-se: *Nemo est laudabilior quam qui ab omnibus laudari potest*. Ninguém é mais digno de louvor do que aquele a quem todos podem louvar.

Délio, porém, era homem de seu tempo e suas ideias são ideias do seu tempo. A doutrina por ele exposta reflete a doutrina dominante, praticamente pacífica, esposada pelos doutrinadores contemporâneos, tanto estrangeiros como nacionais.

As divergências doutrinárias são fecundas no campo do direito. Elas não traduzem menosprezo, por parte dos doutrinadores atuais, do trabalho dos que os antecederam, mas contribuem para o enriquecimento do saber jurídico

e oxigenam o pensar de quantos exercem atividade jurídica. O que se expõe adiante, posto que divergente em parte do pensamento de Délio Maranhão, não reflete intenção menos nobre, mas apenas tentativa de atualizar a doutrina assentada em torno dos temas em debate, espelhados no título do trabalho. Cabe iniciar pelo exame das noções de poder e de dever.

### 2 – NOÇÃO DE PODER (DIREITO PRIVADO)

Em sentido geral, a noção de poder se identifica com a de domínio de fato, força, potência, mas também com a de prerrogativa jurídica. Todavia, não se confunde com faculdade, entendida como a possibilidade jurídica de praticar ou não determinado ato. Ao contrário do direito subjetivo, a faculdade não corresponde a qualquer dever do outro sujeito da relação jurídica. No direito subjetivo, há sempre uma correspondência entre o direito do sujeito ativo e o dever do sujeito passivo, mas na faculdade inexistente correspondência entre a possibilidade de praticar o ato e qualquer dever do outro sujeito. Um bom exemplo de faculdade é a opção pelo regime do FGTS, prevista pelas Leis ns. 5.107, de 13.09.66 (art. 1º), e 5.958, de 10.12.73: o empregado podia ou não optar, independentemente de qualquer dever do empregador. As referidas Leis asseguravam ao empregado a possibilidade de optar pelo regime do FGTS, sem correspondência com qualquer dever do empregador. As leis facultavam a opção. Ao empregado era facultado optar ou não. Para conceder uma faculdade, a lei emprega a expressão “é facultado” (ex.: art. 843, § 1º, da CLT, em cujos termos “é facultado” ao empregador fazer-se substituir pelo preposto em audiência), ou então o verbo “poder” (ex.: art. 469, § 3º, da CLT, em cujos termos o empregador “poderá” transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, em caso de necessidade de serviço).

Do ponto de vista estritamente jurídico, no campo do direito privado, o *Vocabulário Jurídico*, de Gérard Cornu, apresenta para “poder” cinco diferentes definições, das quais se destaca a quarta: “prerrogativa finalista que seu titular recebeu com a missão de exercer no interesse pelo menos parcialmente distinto do seu e cujo exercício se submete ao controle judicial (quando o poder é desviado do seu fim). Ex.: poderes dos titulares da autoridade paterna”<sup>2</sup>. Excluída a referência ao direito de família, esta definição se aplica aos poderes do empregador, valendo salientar a nota de que é exercido em interesse pelo menos parcialmente distinto do de seu titular.

---

2 CORNU, Gérard. Pouvoir. In: *Vocabulaire juridique*. 8. ed. Paris: PUF, 2007. p. 701.

## DOCTRINA

O poder se expressa por meio do direito. Nas sociedades modernas, é pelo direito que o poder se define, se justifica, se estabiliza, se institucionaliza. O direito legitima relações e as torna aceitáveis. Neste particular, merece restrições a definição de Max Weber, que, pela ótica voluntarista, encampa o ponto de vista do detentor do poder, vale dizer, daquele que detém capacidade ou aptidão para realizar seus projetos, levando outras pessoas a agir na conformidade de sua vontade ou seus desígnios. Para Max Weber, poder significa “toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”<sup>3</sup>. No que diz respeito ao direito do trabalho brasileiro, a definição de Max Weber revela-se inadequada, por ampliar excessivamente o âmbito em que o detentor do poder (no caso em tela, o empregador) exerce a possibilidade de impor sua vontade: o exercício dos poderes do empregador, sob controle judicial, encontra limites nos direitos do trabalhador, além de se reconhecer pacificamente, na doutrina e na jurisprudência, em favor do empregado, o *ius resistentiae*. Esta assertiva, insuscetível de discepção, é contraditória em quase todos os compêndios<sup>4</sup>.

Como lembra Alessandro Levi, para que se entenda o significado do conceito de poder, como de resto de qualquer outro conceito jurídico, é necessário considerá-lo no confronto com o conceito de relação jurídica, vale dizer, como situação jurídica subjetiva<sup>5</sup>. Em toda relação jurídica existe um vínculo entre um sujeito ativo e um sujeito passivo (na mesma relação jurídica pode haver vários sujeitos ativos e passivos). Sujeito ativo é, por exemplo, o titular do direito subjetivo. Sujeito passivo é aquele sobre o qual recai o dever jurídico. A norma jurídica pode criar direitos e deveres. O dever jurídico pode ser positivo ou negativo. O primeiro consiste em um *dare* ou em um *facere*. Ex.: pagar salário (art. 459 da CLT); conceder férias ao empregado (art. 134 da CLT). O segundo importa um *non facere* (dever de omissão) ou em sofrer os efeitos do ato praticado pelo sujeito ativo. Ex.: ao empregador é vedado transferir o empregado (art. 469 da CLT); na execução do contrato de trabalho, o empregado está subordinado ao empregador (art. 3º da CLT).

Denomina-se direito subjetivo a possibilidade jurídica que tem o sujeito ativo de exigir o cumprimento do dever pelo sujeito passivo. No direito subjetivo, concretiza-se em favor de alguém um direito objetivo, baseado em uma norma jurídica, em virtude da qual o sujeito ativo pode exigir que, sob pena de sanção, o sujeito passivo cumpra o dever. A prestação é o conteúdo do dever

3 WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. v. I. p. 33.

4 Por todos: DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 100.

5 LEVI, Alessandro. *Teoria generale del diritto*. 2. ed. Pádua: Cedam, 1967. p. 316.

jurídico; incumbe ao sujeito passivo dar cumprimento à prestação a seu cargo. Prestação, portanto, é a ação humana a que o sujeito passivo se obriga, em virtude do direito subjetivo que assiste ao sujeito ativo. Os deveres que assume o sujeito passivo correspondem a um estado de sujeição<sup>6</sup>.

O poder jurídico é a concretização, em favor de um sujeito (ativo) de direito, da possibilidade jurídica, assegurada pelo ordenamento, de modificar situações jurídicas atinentes ao sujeito passivo, mediante atos praticados em um interesse pelo menos parcialmente distinto do de seu titular<sup>7</sup>. O poder é sempre imposto para a realização de um interesse. Se ao portador desse interesse for atribuída a possibilidade de pretender o cumprimento do dever, ele se tornará titular de uma pretensão. O dever correspondente a uma pretensão pode ser designado por obrigação<sup>8</sup>.

O poder jurídico se distingue do direito subjetivo porque neste o sujeito ativo exerce a pretensão em seu próprio proveito, enquanto no primeiro o ato é praticado no interesse de sujeito passivo ou do grupo social, sempre, pelo menos, no interesse do sujeito distinto do titular do poder. Quem exerce poder age no interesse de outrem. Ex.: o poder de comando do empregador. O empresário exerce o poder de comando em proveito do interesse da empresa ou, em última análise, em favor da coletividade, por ser ele necessário à organização do trabalho na empresa.

Característica fundamental a singularizar as figuras jurídicas do direito subjetivo e do poder é a bilateralidade, como assinala Vicente Ráo<sup>9</sup>. No campo específico da relação de trabalho, os poderes do empregador manifestam-se em face de pessoas que se acham em estado de sujeição, ou seja, os empregados, por serem estes juridicamente subordinados àquele.

### 3 – NOÇÃO DE DEVER JURÍDICO

O termo *dever* é polissêmico. Usado em sentido bastante geral, designa ações ou omissões impostas por normas vigentes em esferas importantes da vida social. No uso comum, a palavra é empregada em sentido mais restrito com referência a ações requeridas de alguém que tem de desempenhar funções relativamente duradouras num grupo social, daí falar-se em deveres de um cidadão, de um marido, de um servidor público. O uso do vocábulo está

6 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 91.

7 GAILLARD, Emmanuel. *Le pouvoir en droit privé*. Paris: Economica, 1985. p. 21.

8 TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di diritto privato*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1977. p. 54.

9 RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, s/d. p. 723. v. 2.

geralmente associado a assunto que envolve algum sacrifício, daí não serem consideradas como dever as regras de etiqueta ou de linguagem.

O vocábulo *dever* é de uso comum a vários ramos do saber humano: há um dever moral, um dever político, um dever jurídico.

O dever moral constitui o objeto do estudo da moral. A moral (de *mores*, costumes), também chamada ética, é a ciência das leis que regem os atos humanos e a arte de aplicá-las corretamente às diversas situações da vida. A moral se divide em: a) moral teórica, que é a ciência do dever e tem caráter especulativo, pois trata da natureza, das condições e das consequências da moralidade; e b) moral particular ou aplicada, que é a ciência dos deveres e entra nas minúcias dos preceitos e das regras a observar, com o fim de identificar os diferentes deveres do homem<sup>10</sup>. A relevância atribuída ao dever na ordem moral é de tal ordem que Chateaubriand (1798-1848) não hesitou em escrever que “é o dever que cria o direito e não o direito que cria o dever” (*Mémoires d’outre tombe*) e Augusto Comte (1798-1857) pôde dizer que “ninguém possui outro direito além daquele de sempre cumprir o seu dever” (*Système de politique positive*).

O dever político refere-se ao dever do cidadão de obedecer à lei. Toda lei ou regra é um mandamento. Se alguém formula ou declara o desejo de que eu faça ou me abstenha de fazer alguma coisa, e que infligirá um dano no caso de eu não me sujeitar a esse desejo, a expressão ou manifestação desse desejo é um mandamento. Ao ficar sujeito ao dano se não me conformar com tal desejo, ficarei sujeito ou obrigado ao mandamento, sob o dever de obedecer. Portanto, os termos *mandamento* e *dever* são correlatos. O dano que provavelmente será aplicado em caso de desobediência ao mandamento ou no caso de descumprimento do dever denomina-se *sanção*. Pode dizer-se que o mandamento ou o dever são sancionados ou impostos coativamente ante a possibilidade de sofrer um dano.

Do ponto de vista da ciência do direito, dever pode ser definido, em termos gerais, por “imposição a alguém de fazer ou deixar de fazer alguma coisa”, e dever jurídico como “o vínculo de que deriva a necessidade jurídica de cumprir aquilo a que se está obrigado”<sup>11</sup>.

Segundo o *Vocabulário Jurídico*, de Gérard Cornu, dever é frequentemente sinônimo de obrigação, seja em sentido geral (para designar tudo o que alguém deve ou não fazer), seja em sentido técnico (relação jurídica: dever de

---

10 JASPERS, Ludgero. *Manual de filosofia*. 6. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1932. p. 401 e ss.

11 ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dever. Dicionário jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 181.

## DOCTRINA

reparação a cargo do responsável). Obrigação, em sentido técnico, é o lado passivo do direito pessoal (ou direito de crédito) pelo qual uma ou mais pessoas, os devedores, devem uma prestação (ação ou omissão) a outra (ou a outras), os credores, em virtude da lei, do contrato ou de outra fonte<sup>12</sup>. O dever jurídico se distingue do dever moral porque enquanto o primeiro é exigível, o outro não o é.

Ao sujeito ativo a lei atribui poderes e ao sujeito passivo, deveres, ocorrendo, pois, a sujeição de um ao outro.

A doutrina frisa que “ao direito subjetivo contrapõe-se o dever jurídico”<sup>13</sup> ou que “o lado oposto do direito subjetivo é o dever jurídico”<sup>14</sup>, mas é certo que a existência do dever do sujeito passivo também é identificada quando estamos diante de uma relação de poder. Esta precisão assume especial relevo quando se pensa no ilícito: todo ilícito, penal ou civil, constitui violação de deveres, mas com isso não se quer significar que a tais deveres correspondam direitos subjetivos.

As ações humanas só assumem natureza jurídica quando consistem em relações entre pessoas, “integrando-se no instante em que a bilateralidade pessoal se verifica e conjuga os poderes e os deveres que, assim, torna correlativos”. O que interessa à qualificação das relações jurídicas é a bilateralidade ou multilateralidade dos poderes e deveres distribuídos entre sujeitos diversos. A relação jurídica, que só pode dar-se entre pessoas, gera correlação entre os poderes e os deveres, caracterizada pelo vínculo jurídico que os une e os respectivos sujeitos ativos e passivos<sup>15</sup>.

### 4 – OS PODERES DO EMPREGADOR, NA LIÇÃO DE DÉLIO MARANHÃO

Na execução do contrato individual de trabalho, o empregador exerce poderes em face do empregado. Estes poderes são, de acordo com a corrente doutrinária majoritária, três: o diretivo, o regulamentar e o disciplinar. Diversos autores incluem o poder hierárquico.

A única referência legislativa a poderes do empregador encontra-se na definição contida no art. 2º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho: o empregador “dirige a prestação pessoal de serviços” (poder diretivo ou de direção). Há silêncio total quanto ao poder regulamentar. Quanto ao poder

---

12 CORNU, Gérard. Devoir. Obligation. In: *Vocabulaire juridique, cit.*, p. 307 e 627.

13 AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 249.

14 GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 314.

15 RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos, cit.*, p. 719 e ss.

disciplinar, sem emprego literal da expressão, cabe lembrar o disposto no art. 474 da CLT, que trata da suspensão como penalidade disciplinar.

Segundo Délio Maranhão, “a situação de subordinação é fonte de direitos e deveres para ambos os contratantes. Seja qual for a forma de trabalho subordinado, encontram-se (...) os seguintes direitos do empregador: a) de direção ou de comando (...); b) de controle (...); c) de aplicar penas disciplinares”. O regulamento de empresa está incluído entre as fontes formais (não fala em direito regulamentar)<sup>16</sup>.

Fiel à teoria contratualista que explica a natureza jurídica da relação individual de trabalho, Délio Maranhão não inclui, entre os poderes do empregador, o poder hierárquico, que costuma ser mencionado por diversos doutrinadores, tanto no exterior como no Brasil.

O empregador, como um dos sujeitos da relação de emprego, exerce poderes sobre o empregado. Na verdade, existe um poder: o poder de direção, do qual constituem emanações o poder regulamentar e o poder disciplinar. Não há “poder hierárquico”.

Nos termos do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, o empregador dirige a prestação pessoal de serviços, pois assume os riscos da atividade econômica. Ao conceituar empregado, o art. 3º do mesmo diploma legal pressupõe a prestação de serviços sob a dependência do empregador.

Ditames legais, portanto, garantem ao empregador intervir na esfera jurídica do empregado, dele dependente, para dirigir, para comandar. Poder jurídico exerce, então, o empregador: poder de comando, ou poder de direção, a revestir caráter teleológico, pois é exercido com a finalidade de alcançar os fins perseguidos pelo empreendimento e assegurar a continuidade do exercício da atividade empresarial.

Mediante o exercício do poder regulamentar, o empregador elabora o regulamento interno, ou regulamento da empresa, no qual são fixadas regras destinadas a reger a organização da empresa ou do estabelecimento. Por força do poder disciplinar, o empregador está autorizado a infligir punições de ordem disciplinar ao empregado, em caso de violação, por parte deste, das obrigações derivadas do contrato ou das fontes de direito do trabalho.

Do reconhecimento da igualdade jurídica na formação e na execução do contrato de trabalho resulta a rejeição da concepção hierárquica. Não há hie-

---

16 MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho* (em colaboração com Arnaldo Süssekind, Segadas Viana e Lima Teixeira). 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 1. p. 242 e 167, respectivamente.

rarquia no contrato de trabalho. Hierarquia – conceito compatível apenas com os princípios do direito público e a organização das forças armadas – não se ajusta à noção de contrato. Hierarquia é a palavra de origem grega, formada por *ieros* (sagrado) + *arché* (governo), e pressupõe supremacia de um sujeito sobre o outro. No direito do trabalho brasileiro, não há falar em hierarquia exercida pelo empregador sobre o empregado. O abandono de função, em face do direito administrativo, tipifica delito (Código Penal, art. 323). Se o abandono ocorrer em organização militar, teremos deserção, crime militar (Código Penal Militar, art. 187). Trata-se de relações jurídicas de natureza estatutária. Entretanto, no direito do trabalho (direito privado), o abandono de emprego constitui apenas infração disciplinar (CLT, art. 482, alínea *i*). No campo do direito privado, não há “crime” de abandono de emprego, o que demonstra a incoerência de supremacia ou hierarquia entre os sujeitos do contrato de trabalho.

É certo que, à luz da teoria da organização – estudo da estrutura e do funcionamento das organizações e do comportamento dos indivíduos que a compõem –, não se desconhece que, na grande empresa, o comando deve ser considerado uma das formas de divisão de trabalho. Como todos os grandes conjuntos, a grande empresa pratica a técnica do comando indireto, que funciona por intermédio de escalões de transmissão de ordens. Por isso, o gerente é o superior hierárquico dos trabalhadores que atuam em sua seção ou departamento. Esta forma de hierarquia, contudo, não se confunde com o “poder hierárquico” do empregador, aqui expressamente rejeitado, na análise teórica do contrato de trabalho, considerado como instituto jurídico.

Com a melhor doutrina, Délio Maranhão não se refere ao poder hierárquico, embora autorizados doutrinadores a ele façam alusão, ao discriminarem os poderes do empregador.

### 5 – OS DEVERES DO EMPREGADO, SEGUNDO DÉLIO MARANHÃO

Na lição de Délio Maranhão, “ao direito do empregador de dirigir e comandar a atuação concreta do empregado corresponde o dever de obediência por parte deste; ao direito de controle correspondem os deveres de obediência, diligência e fidelidade (...). O dever de diligência importa para o empregado a obrigação de dar, na prestação do trabalho, aquele rendimento qualitativo e quantitativo que o empregador pode legitimamente esperar (...). Além do dever de obediência (...), impõe-se ao empregado, por força do contrato, o dever de fidelidade que decorre do caráter fiduciário da relação. Tal dever traduz-se num

sentido de lealdade do empregado não só em relação à pessoa do empregador, mas ao próprio empreendimento em que colabora”<sup>17</sup>.

Como se vê, Délio Maranhão atribui ao empregado, na execução do contrato de trabalho, os seguintes deveres: obediência, diligência e fidelidade, além de reconhecer o caráter fiduciário da relação. Cada um desses elementos merece exame isolado.

### *Obediência*

Délio Maranhão sofre influência da doutrina italiana. Ao expor sua lição a respeito dos deveres do empregado, Délio cita Vincenzo Cassi, Lodovico Barassi e Luisa Riva Sanseverino.

Quanto ao dever de obediência, a doutrina italiana frisa que se trata de manifestação da sujeição do empregado ao poder diretivo do empregador. Com o emprego do termo sujeição em sentido técnico, só cabe falar em “dever de obediência”, não em “obrigação de obediência”. A despeito dessa afirmação, diversos autores utilizam a expressão “obrigação de obediência”, como Mario Ghidini e Domenico Napoletano, entre outros.

O Código Civil italiano, no art. 2.104, depois de instituir o dever de diligência, assinala ao empregado o dever de “observar as disposições para a execução e para a disciplina do trabalho impostas pelo empregador e pelos colaboradores dos quais depende hierarquicamente”. A hierarquia na empresa é regulada pelo art. 2.086 do mesmo diploma legal, em cujos termos “o empregador é o chefe (*capo*) da empresa e dele dependem hierarquicamente os seus colaboradores”. Assim, o empregado deve obedecer às ordens que o empregador, no exercício do poder de direção e como superior hierárquico, lhe dá.

Como observa Mario Ghidini, o Código Civil, inspirado por concepções de natureza autoritária, confere ao empregador os poderes de um chefe, investido de supremacia em face do inferior: trata-se, em substância, do *Führerprinzip*, da sociologia nazista. Hoje em dia, ultrapassada aquela etapa histórica, dá-se ao poder que tem o empregador de dar ordens ao empregado conteúdo e fundamento contratual: ao celebrar o contrato de trabalho, o empregado se obriga a seguir as orientações dadas pelo empregador. Este comanda não como chefe, mas como credor de trabalho; o empregado deve obediência não como inferior hierárquico, mas como contratante que, ao estipular o contrato, prometeu obedecer<sup>18</sup>. Aqui, mais uma vez, prevalece a teoria contratualista.

---

17 MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*, cit., p. 242 e 252.

18 GHIDINI, Mario. *Diritto del lavoro*. 5. ed. Pádua: Cedam, 1973. p. 329.

Entretanto, o próprio Código Civil italiano, no art. 1.375, dispõe que o contrato deve ser executado de acordo com a boa-fé. No mesmo sentido, estabelece o Código Civil brasileiro, de 2002, no art. 422, que os contratantes são obrigados a guardar na execução do contrato o princípio da boa-fé. Contrato de trabalho, contrato é. Em sua execução, o empregado deve guardar o princípio da boa-fé. Daí a desnecessidade de impor ao empregado um dever específico de obediência, porquanto a boa-fé, que deve ser observada na execução do contrato, já compreende, em seu amplo significado, o dever que tem o empregado de acatar as ordens do empregador, nos limites impostos pelo contrato e pelas fontes formais do direito do trabalho<sup>19</sup>.

### *Diligência*

Ainda sob a influência da doutrina italiana, Délio Maranhão inclui entre os deveres do empregado a diligência.

A prestação a cargo do empregado deve ser executada com diligência: dispõe o art. 2.104 do Código Civil italiano que “o prestador de trabalho deve usar a diligência requerida pela natureza da prestação devida, pelo interesse da empresa e pelo interesse da produção nacional”. O mesmo Código já dispunha, no art. 1.176: “Ao cumprir a obrigação, o devedor deve usar a diligência do bom pai de família”. Além disso, nos termos do art. 1.175, “o devedor e o credor devem comportar-se segundo as regras de correção”. O código introduziu um critério de avaliação, por assim dizer, técnico, ao precisar que, “no cumprimento das obrigações inerentes ao exercício de atividade profissional, a diligência deve ser avaliada como referência à atividade exercida”, adotando, assim, a tese da diligência objetiva<sup>20</sup>.

O critério da diligência, concebido como medida do comportamento do devedor ao cumprir sua obrigação, contém um complexo de cuidados e cautelas que todo devedor deve normalmente empregar ao satisfazer a expectativa do credor na execução do contrato, levando-se em conta a natureza da relação e todas as circunstâncias de fato que concorrem para defini-lo. Trata-se, portanto, de um critério objetivo e geral e não subjetivo e particular.

O Código Civil brasileiro, de 2002, no já citado art. 422, obriga os contraentes, na execução do contrato, a guardar os princípios de probidade e boa-fé. Aqui, não se trata propriamente de execução de boa-fé do contrato de trabalho, mas, sem dúvida, a probidade deve ser considerada. A probidade, como inte-

---

19 SUPPIEJ, Giuseppe. *La struttura del rapporto di lavoro*. Pádua: Cedam, 1963. II. p. 71.

20 SANSEVERINO, Luisa Riva. *Della impresa: commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. 4. ed. Bolonha: Nicola Zanichelli, 1969. p. 326.

gridade de caráter, honradez, pundonor, obriga o empregado a dar o melhor de si no cumprimento das obrigações que lhe incumbem na execução do contrato de trabalho. O contrato de trabalho deve ser executado com probidade: basta esta consideração para concluir-se pela desnecessidade de um dever específico de diligência, típico do regime corporativo italiano, mas inteiramente superfluo à luz da teoria contratualista. O chamado dever de diligência dá margem essencialmente à adoção de um critério para avaliar a conformidade do comportamento do empregado àquilo que dele se espera na execução do contrato de trabalho, enfim, à consagração de critério de responsabilidade<sup>21</sup>. A falta de diligência pode ser conceituada como desídia, justa causa para a resolução do contrato (CLT, art. 482, alínea e).

### *Fidelidade*

O regime corporativo italiano atribuía ao empregado, na execução do contrato de trabalho, um dever de fidelidade (Código Civil italiano, de 1942, art. 2.105).

O dever de fidelidade não constitui apenas uma aplicação do princípio da boa-fé na execução dos contratos em geral (Código Civil italiano, art. 1.375), mas também, no ordenamento corporativo, uma “homenagem”<sup>22</sup> prestada, mais do que à noção de instituição, à concepção germânica de *Gemeinschaft*, da qual se aproxima a solidariedade corporativa. Realmente, a fidelidade se liga à noção de comunidade. Fidelidade e comunidade são noções interdependentes e inseparáveis. A fidelidade é devida a um dos membros da comunidade ou à própria comunidade inteira. É um conceito jurídico típico do direito das pessoas e escapa à noção patrimonial ou obrigacional da relação de emprego: não pode ser concebida como elemento de uma relação contratual. A ideia germânica de comunhão medieval encontra no antigo *Treudienstvertrag* a origem do contrato de trabalho. Trata-se de um vínculo pessoal, por força do qual um homem livre se submetia a um *Herr*, que se obrigava a um *Fürsorgepflicht*, concebido como contrapeso ao dever de fidelidade. Surge uma relação do tipo senhoril. Relativamente à empresa, seria atribuído ao chefe (*capo*) um poder de *Führung* dos dependentes, para a realização de um fim comum<sup>23</sup>.

Em resumo: o dever de fidelidade vincula o séquito (*Gefolgschaft*) e o guia (*Führer*), que, em contrapartida, assume o dever de assistência. Fidelida-

21 PERSIANI, Mattia. *Contratto di lavoro e organizzazione*. Pádua: Cedam, 1966. p. 214.

22 SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Saggi di diritto civile*. Nápoles: Dott. Eugenio Jovene, 1961. v. II. p. 957.

23 CESSARI, Aldo. *Fedeltà, lavoro, impresa*. Milão: A. Giuffrè, 1957. p. 127.

de e assistência são, em consequência, conceitos inseparáveis, um em face do outro e ambos em face da comunidade em que os sujeitos se acham inseridos.

É no âmbito da comunidade, em vista do comum favor e do imperativo de socorro mútuo, que a fidelidade se expressa, tudo isso abrangido no conceito de colaboração na empresa<sup>24</sup>.

Ultrapassada essa concepção doutrinária, de evidente inspiração nazi-fascista, cuida-se de explicar a fidelidade à luz da teoria contratualista. Luisa Riva Sanseverino, salientando a dificuldade de dar conteúdo jurídico a um conceito de evidente aceção moral, relaciona o dever de fidelidade ao comportamento do trabalhador, que deve ser avaliado segundo critérios de boa-fé e de correção (Código Civil italiano, arts. 1.375 e 1.175, respectivamente). Já que a obrigação de prestar serviços, insita ao contrato de trabalho, caracteriza-se pela subordinação, os critérios de boa-fé e correção se traduzem em fidelidade e subordinação<sup>25</sup>. Mattia Persiani salienta que, em certos casos, o empregado está sujeito a comportamentos que são obrigatórios, ainda que não ordenados pelo empregador. Desta forma, a fidelidade ultrapassa a subordinação, vale dizer, coloca-se além do exercício do poder de direção do empregador, prescindindo do exercício daquele poder. Por essa razão, quanto mais alta a posição do empregado na escala do pessoal a serviço da empresa, mais intensa se faz sentir a sua fidelidade<sup>26</sup>.

No fundo, o dever de fidelidade pode deixar de ser aceito: Giuliano Mazzoni explica que a fidelidade é absorvida pelo conceito de boa-fé e se resolve em uma série de comportamentos que integram o objeto da obrigação de trabalhar de modo característico e peculiar, tal como ocorre com o cumprimento de qualquer outra obrigação<sup>27</sup>. Carlos Smuraglia demonstra que a fidelidade, além de ser tomada em sentido positivo, como leal colaboração com a empresa, apresenta também um aspecto negativo, no sentido de abstenção de qualquer atividade ou comportamento que possam contrastar com os fins perseguidos pela empresa<sup>28</sup>. Gino Giugni afirma, finalmente, que o conceito de dever de fidelidade deve ser considerado superado, substituído pela aplicação da noção da

24 MANCINI, Giuseppe Federico. *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1957. p. 127.

25 SANSEVERINO, Luisa Riva. *Il lavoro nell'impresa*. 2. ed. Turim: UTET, 1973. p. 347.

26 PERSIANI, Mattia. *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., p. 244-245.

27 MAZZONI, Giuliano. *Manuale di diritto del lavoro*. 5. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1977. I. p. 517.

28 SMURAGLIA, Carlo. *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1967. p. 37.

boa-fé contratual<sup>29</sup>. Na atualidade, o papel da fidelidade remete não a estimular o trabalhador a cumprir suas obrigações contratuais, mas a vedar-lhe certas condutas<sup>30</sup>. De fato, o art. 2.105 do Código Civil italiano proíbe o empregado de tratar de negócios, por conta própria ou de terceiros, em concorrência com o empregador, divulgar notícias referentes à organização e aos métodos de produção da empresa, ou delas fazer uso de modo a causar-lhe prejuízo. Em suma, como sustenta Guido Trioni, o conceito de fidelidade se esvai, absorvido pelas noções de boa-fé e de correção<sup>31</sup>.

No que diz respeito ao direito do trabalho brasileiro, as mesmas conclusões a que chegou a doutrina italiana em face da questão da fidelidade encontram aplicação. Desnecessário é incluir a obrigação de fidelidade entre os deveres do empregado, pois a noção de fidelidade, incompatível com a teoria contratualista (já que apresenta feição unilateral, em contrato sinalagmático) pode ser perfeitamente substituída pela boa-fé e pela probidade (Código Civil brasileiro, de 2002, art. 422).

Como lembra Guisepe Ferraro, a propósito da doutrina italiana, o emprego das cláusulas gerais (boa-fé, probidade, correção, etc.) torna-se cada vez mais frequente, já que superada a desconfiança que tradicionalmente acompanhava o reconhecimento da potencialidade de aplicação das referidas cláusulas, que abriam excessivos espaços de apreciação e estimulariam de modo inadequado a criatividade do intérprete<sup>32</sup>. Relativamente à doutrina brasileira, a mesma observação pode ser formulada, sem receio de erro.

### *O elemento confiança (fidúcia)*

Ainda sob influência de Barasi, Délio Maranhão insiste no caráter fiduciário da relação de trabalho subordinado, do qual deriva o dever de fidelidade<sup>33</sup>.

A fidúcia decorreria do caráter *intuitu personae* do contrato de trabalho, em relação à pessoa do empregado, que se obriga a prestar, pessoalmente, os serviços contratados. Já que a prestação de serviços há de ser pessoal, todo contrato de trabalho repousa sobre uma base de confiança. Como o empregador espera daquele em que ele confia um comportamento que corresponda a

---

29 GIUGNI, Gino. Intervenção. In: *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro: atti dele giornate di Salsomaggiore*, abril de 1969. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1970. p. 59.

30 NICOLINI, Giovanni. *Diritto del lavoro*. Milão: Giuffrè, 1992. p. 386.

31 TRIONI, Guido. *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1982. p. 214.

32 FERRARO, Giuseppe. *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*. Pádua: Cedam, 1992. p. 171.

33 MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho, cit.*, p. 252.

esta confiança, ressalta-se, na economia do contrato de trabalho, o elemento fiduciário<sup>34</sup>.

De acordo com o disposto no art. 1.564 do Código Civil italiano, de 1942, em casos de inadimplemento, por uma das partes, de determinada prestação, a outra pode optar pela resolução do contrato, se o inadimplemento provocar a perda de confiança (*fiducia*) na execução das sucessivas prestações. Ressalta Carlos Smuraglia que, onde existe o *intuitus*, surge quase sempre uma relação particular de fidúcia, considerada como confiança nas qualidades do outro contratante, idônea a realizar o interesse do credor<sup>35</sup>.

Na esteira desse entendimento, a doutrina trabalhista brasileira sufragava pacificamente a tese de que, em tema de justa causa para resolução do contrato de trabalho, a conduta do empregado deve implicar violação de seus deveres, “de modo a ficar quebrada ou abalada a confiança que o empregador nele depositava”<sup>36</sup>.

Evaristo de Moraes Filho leciona que a “lesão da confiança” foi o primeiro critério apresentado para fundamentar o conceito de justa causa no término do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Era necessário “encontrar uma fórmula clara e precisa, que abrangesse tanto quanto possível as diferentes hipóteses de ruptura legítima”. Seria justa causa para a resolução de contrato de trabalho “todo fato que legitime o desaparecimento da confiança entre as partes”. Esse critério configura, na visão do autor, “um ponto de vista muito vago e insuficiente, uma vez que se restringe a um campo excessivamente subjetivo e imponderável”<sup>37</sup>, entretanto, foi acolhido por inúmeros julgados na Justiça do Trabalho.

Acontece que o conceito de fidúcia, acoplado ao de fidelidade, representa manifestação da sujeição pessoal do súdito ao suserano, derivação feudal do conceito medieval de *fidelitas*. A concepção da fidúcia se define na Itália como critério de determinação da justa causa para resolução do contrato de trabalho. E não por acaso isto se verifica durante o período corporativo, porque a ideologia que impregna o ordenamento jurídico nesse período encontra na concepção de fidúcia uma elaboração dogmática facilmente utilizada em uma visão autoritária, segundo a qual o conflito entre as classes era resolvido pela imposição dos superiores interesses da produção nacional. A fidúcia se

---

34 MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993. p. 46 e 55.

35 SMURAGLIA, Carlo. *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 37.

36 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. I. p. 557.

37 MORAES FILHO, Evaristo. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 86-88.

## DOCTRINA

torna uma obrigação de colaboração, com ênfase na obrigação de fidelidade. Ora, é evidente a inidoneidade intrínseca dos conceitos de colaboração e de fidelidade para ajustar-se à teoria contratualista da relação de emprego e, em consequência, a inaptidão dessas concepções autoritárias para conviverem em um ambiente político de coloração democrática. Por tal motivo, Alfredo Galasso fala do “mito da fidúcia”, repelindo a tendência a utilizar a fidúcia como instrumento técnico-operativo de fundamentação da justa causa para a resolução do contrato de trabalho. A noção de fidúcia ostenta, em consequência, significado mistificador<sup>38</sup>.

### *Crítica*

O efeito prático da relação dos deveres atribuídos aos empregados na execução do contrato de trabalho reside apenas na possibilidade do exercício do poder disciplinar pelo empregador. A violação de cada um dos deveres constitui falta disciplinar, suscetível de sanção pelo empregador. Na dependência da gravidade, pode ela ensejar a resolução do contrato de trabalho por justa causa. Assim, a violação do dever de obediência constitui indisciplina ou insubordinação (CLT, art. 482, alínea *h*); do dever de diligência: desídia (art. 482, alínea *e*); do dever de fidelidade: negociação habitual por conta própria ou alheia (alínea *c*), violação de segredo da empresa (alínea *g*), ato lesivo da honra e boa fama contra o empregador (alínea *k*).

Este é o entendimento de Délio Maranhão: “(...) do contrato de trabalho derivam para o empregado as obrigações fundamentais de obediência, diligência e fidelidade. Constituem, portanto, justa causa para a resolução do contrato de trabalho todos os atos do empregado que importarem violação dessas obrigações específicas”<sup>39</sup>.

---

38 GALASSO, Alfredo. *La rilevanza dela persona nei rapporti privati*. Nápoles: Jovene, 1974. p. 326-333.

39 MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*, cit., p. 568.

# DÉLIO MARANHÃO: VIDA E OBRA\*

João de Lima Teixeira Filho\*\*

**T**udo o que possa dizer sobre Délio Barreto de Albuquerque Maranhão, como se possível fosse tudo falar, estará sempre muito aquém do que deveria ser dito a seu respeito, de sua exemplar atuação profissional e monumental produção jurídica.

É nessa compreensão que assumo o desafio de, em palestra, celebrar o centenário de nascimento da venerável figura de Délio Maranhão prestando-lhe modesta, mas sincera, reverência à sua impecável vida e obra.

Délio Maranhão nasceu em 26 de abril de 1915, no Rio de Janeiro. Em 1941, casou-se com Heloísa Maria Romano Milanês, sua terna e única companheira de todas as horas e para toda a vida. Dessa sólida e harmônica união resultaram três filhos: os gêmeos Raul e Roberto e a caçula Maria Sílvia.

Délio era um pai afetivo e presente. Assistia TV de mãos dadas com os filhos. Depois de casados, telefonava-lhes todos os dias para saber as novidades e acalmar-se com a notícia de que tudo corria bem. Mas não era usual vê-lo comentar suas atividades profissionais no recesso do lar.

Apesar dos sólidos laços afetivos, nenhum dos filhos seguiu o caminho do Direito. Rumaram para a Economia, Administração de Empresas e Psicologia, respectivamente, e nesses campos tiveram invejável trajetória profissional. Eles proporcionaram a Délio a incontida alegria de ser avô de Antonia, Laura, André, Renata, Eduardo e Marcelo, este, o único advogado trabalhista.

Se é possível sintetizar os traços marcantes de Délio – tarefa para a qual contei com o imprescindível apoio dos filhos –, de plano despontam como pontos salientes a medular honestidade e a acendrada visão humanista.

Sobre o primeiro atributo, Arion Sayão Romita registra, em eloquente homenagem ao Mestre:

---

\* Palestra realizada no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região no evento “Centenário de Nascimento do Jurista Délio Barreto de Albuquerque Maranhão”, organizado pelo próprio Tribunal, no dia 14.05.2015.

\*\* *Consultor e advogado trabalhista no Rio de Janeiro; membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, titular da Cadeira nº 72; autor de livros em Direito do Trabalho.*

## DOCTRINA

“Símbolo de honestidade, Délio jamais se afastou do rumo que fixara para sua atuação como juiz. Juiz honesto é expressão pleonástica. Honestidade é atributo que adere à atividade judicante como a pele adere ao corpo (...). Délio não aceitava pedido das partes, relacionado com processo em que deveria atuar. Se porventura algum desavisado lhe fizesse pedido, dava-se por impedido para funcionar no julgamento. Na verdade, isto não chegava a ocorrer, porque, com o conhecimento geral dessa sua orientação inabalável, ninguém ousava a ele dirigir-se com aquele propósito (...). Certa ocasião, convencido pelos argumentos expostos pelo advogado na sustentação oral em um recurso, ele, que era o relator, fez retirar o processo de pauta para, na sessão seguinte, trazer seu voto com posição contrária àquela que anteriormente acolhera.”<sup>1</sup>

Calheiros Bomfim, estimadíssimo decano dos advogados trabalhistas no Rio de Janeiro e contemporâneo de Délio, também testemunha a respeito desse seu predicado:

“Despedido de vaidade, preocupado em ser justo e fazer justiça, vimo-lo, várias vezes, reconhecer seu erro e mudar de entendimento e de voto. Lhano no trato com os advogados, com as partes e seus pares, possuía, mais que uma natural empatia, meiguice cativante. A atmosfera de carinho e a aura de honestidade que, à sua revelia, formou-se em torno de sua pessoa cercaram-no de respeito e admiração geral (...). Seus votos e sua argumentação nos debates eram ouvidos com profunda atenção. A presença de homens como Délio Maranhão no Judiciário é a garantia de justiça, que, para muitos, depende mais do aplicador da lei do que da lei aplicada.”<sup>2</sup>

Como lembra sua amiga e colega de judicatura na 1ª Região Anna Britto da Rocha Acker, Délio “era um intelectual completo. Passava com agilidade do particular ao geral, alimentando, com visão profunda, a rica trama de seu saber. E dizia o que pensava. E praticava o que dizia. Tranquilamente. Sem agressões”<sup>3</sup>.

- 
- 1 ROMITA, Arion Sayão. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 2, abr./jun. 2011, p. 44.
  - 2 BOMFIM, Benedito Calheiros. Délio Maranhão, juiz perfeito e homem exemplar. *Jornal Trabalhista*, n. 620, ano XIII, de 12.08.96, p. 883-884.
  - 3 ACKER, Anna Britto da Rocha. Délio Maranhão: reminiscências. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*, n. 16, 1996, p. 14.

Ninguém menos que Evaristo de Moraes Filho, que como Procurador do Trabalho conviveu com o notável magistrado, proferiu sentença final e definitiva: Délio “foi o maior juiz do Trabalho que nós já tivemos”<sup>4</sup>.

E Anna Acker endossa e adita: “De todos os juizes brasileiros, e não digo só do trabalho, Délio Maranhão foi, a meu ver, o maior, porque reunia muitas qualidades: era inteligente, preparado, correto e até bonito; seu apelido era Apolo, como o deus”<sup>5</sup>.

Talvez por isso outro ex-integrante desse Tribunal Regional, Christovão Piragibe Tostes Malta, tenha revelado, com graça peculiar, o seguinte sobre Délio: “Suas funcionárias, segundo a lenda que existe, diziam que o Doutor Délio tinha uma porção de qualidades: era um homem cultíssimo, boníssimo, educadíssimo... Tinha apenas um grande defeito, que era ser absolutamente fiel à sua esposa”<sup>6</sup>.

De outra parte, Délio ostentava bem dosada preocupação social. Sonhava com uma sociedade igualitária e justa; uma sociedade em que, se houvesse desigualdade, esta não teria origem na falta de oportunidade, mas na falta de iniciativa e de empenho. Morava numa rua em Botafogo, ao pé da favela D. Marta, e costumava dizer aos filhos, levando-os à janela: “a distância que nós temos daqui para a favela é muito maior do que daqui para a Tijuca”.

Era homem de relacionamento suave. Atencioso com as pessoas humildes. Nutria o hábito de jantar com a família, aos sábados, no Bar Lagoa. Lá chegando fazia questão de dirigir-se ao garçom. Estendia-lhe a mão para um cumprimento sincero, respeitoso e de agradecimento. E assim procedia, sempre, ao entrar e ao sair do estabelecimento. Nunca levantou a voz para qualquer pessoa, e disseminou na família a preocupação de ajudar ao próximo.

Botafoguense, de frequentar o Maracanã, Délio colheu alegrias de um time cujos craques são até hoje reconhecidos e que formaram a base da Seleção Brasileira. Além de torcedor, foi conselheiro do Botafogo e destacado julgador em tribunais desportivos. Desligou-se dessa atividade porque o indignava constatar que nada acontecia com os jogadores de grandes times, restando a penalização apenas para os atletas de pequenas agremiações. Como seria de se esperar, pediu exoneração dessa instância administrativa.

---

4 Disponível em: <<http://www.bvmf.ifcs.ufjf.br/Arquivos/Entrevistas/ENTREVISTA%20Jos%C3%A9%20S%C3%A9rgio.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015. Biblioteca Virtual Evaristo de Moraes Filho.

5 Depoimento em: GALLIAN, Dante Marcello Claramonte (Coord.). *Vida, trabalho, memória II: a história da Academia Brasileira de Direito do Trabalho nas histórias de vida de seus acadêmicos*. Porto Alegre: LexMagister, 2014. p. 56.

6 Depoimento em: GALLIAN, Dante Marcello Claramonte (Coord.). *Vida, trabalho, memória a história da Academia Brasileira de Direito do Trabalho nas histórias de vida de seus fundadores e presidentes*. Porto Alegre: LexMagister, 2012. p. 102.

## DOCTRINA

Esse traço marcante se manifestava não só no círculo mais restrito da família, mas também, como assevera Calheiros Bomfim, “em todo o conjunto de sua obra transparece a preocupação pelo social e econômico, a propensão para que o direito do trabalho não servisse de entrave, mas sim de estímulo à transformação da sociedade”<sup>7</sup>.

A simplicidade de Délio é outro traço marcante. Por volta dos anos 1950, Délio possuía um automóvel Chevrolet 1939. Como todo automóvel antigo, apresentava frequentes entupimentos na alimentação de combustível, a reclamar providenciais batidas no cano para restabelecer o regular fluxo de gasolina. Délio munia-se de improvisado tirador de caroço de azeitona, como se equipamento do carro fosse, para, orgulhosamente, martelar canos e fazer o carro voltar a funcionar em plena rua e sob os olhares de todos.

Délio graduou-se bacharel em Direito em 1937, nos albores de seus 22 anos, pela reputada e então denominada Faculdade Nacional de Direito, da Universidade do Brasil – atual Universidade Federal do Rio de Janeiro –, centro de excelência e de ebulição do pensamento jurídico e estudantil da época. Precisamente em 1937, Getúlio implantava no Brasil o Estado Novo, um ambiente ideologicamente efervescente, mas Délio optou pelo Estado Democrático de Direito e pela linha da conciliação e da construção da justiça social, pregada por Leão XIII e pelas Nações Unidas por meio do Tratado de Versalhes.

Na Faculdade, Délio Maranhão teve Evaristo de Moraes Filho como colega da turma de 1937, e ali conheceu Arnaldo Lopes Sússekind, embora de turma mais nova, que viria a se tornar seu parceiro em muitas empreitadas no mundo do Direito. Surgiam aí as forças motrizes da edificação do Direito do Trabalho, sem olvidar de outros insignes estudiosos das relações capital/trabalho que integravam a escola paulista e a escola baiana de Direito do Trabalho.

Délio era muito recatado. Não se exibia socialmente nem se expunha a modismos. Trajava usualmente roupa cinza e bege. Camisa de manga comprida, sempre. De poucos amigos, os interlocutores mais assíduos, com acesso à sua casa, eram Carlos Mendes Pimentel, Mario Helio Caldas, Geraldo Octávio Guimarães e Benjamin Eurico Cruz. Devotava enorme respeito por Evaristo de Moraes Filho e por Arnaldo Sússekind, com quem viria a dividir obras estruturantes do Direito do Trabalho no Brasil.

Mesmo vivendo e trabalhando num contexto ditatorial, Délio nunca se contaminou com doutrinas totalitárias nem com o sindicalismo pelego.

---

7 BOMFIM, Benedito Calheiros. *Op. cit.*, p. 883.

Como todo profissional marcante, Délio Maranhão era um estudioso. Toda a vida o foi. Dedicado leitor de romances e literatura jurídica estrangeira, lia em francês – sua avó era francesa –, italiano, espanhol e inglês, embora não dominasse completamente esses idiomas. Délio enveredou pelo Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Civil e deleitava-se com o Direito Processual do Trabalho, especialmente pela sua singeleza, celeridade e eficácia – saudosa época em que o Direito Processual nada mais representava que um *Direito para a realização dos demais Direitos*; não um fim em si mesmo. Estava, assim, aparelhado para dominar, com profundidade, o Direito do Trabalho. E ele o sabia. E não conhecia só o Direito positivo. Seu conhecimento se espalhava pela Filosofia do Direito, pela Hermenêutica e a Lógica Jurídica.

Certa feita confessou ter inveja de Evaristo de Moraes Filho, que adquiriu um apartamento ao lado do de Délio só para acomodar impressionante biblioteca particular.

Os livros fascinavam Délio, que os devorava com enorme satisfação e os guardava por todos os cômodos da casa, menos no quarto do casal.

A amplidão de sua cultura humanista, sua orientação filosófica, seu hábito de estudar Direito Civil pelos mestres franceses e italianos, especialmente, mas não apenas, lhe deram não só uma cultura organizada como também método para estudar e escrever. Seu manual *Direito do Trabalho* poderia ter saído da pena de um desses *scholars* das universidades francesas.

Arrebatado pelo ainda incipiente Direito do Trabalho – incipiente e combatido por civilistas – Délio Maranhão é nomeado, em 1941, Juiz Presidente da 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Niterói. A noviça Justiça do Trabalho era, naquele então, instância administrativa do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, incumbida de dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados (DL nº 1.237/1939, art. 1º). Em 1942, foi transferido para a 6ª J CJ-RJ.

Em 1945, Délio foi designado pelo Ministro Alexandre Marcondes Filho, titular da pasta do Trabalho, para debruçar-se sobre a reforma dos dispositivos legais que regiam o processamento dos dissídios coletivos, a fim de imprimí-lhes maior celeridade<sup>8</sup>.

Apenas com a Constituição Federal de 1946 a Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário (art. 94) como um de seus ramos especializados.

---

8 Portaria n 41, de 04.10.1945.

## DOCTRINA

Nessa oportunidade, Délio é convocado pelo Presidente do Conselho Nacional do Trabalho, Geraldo Montedônio Bezerra de Menezes, que fora incumbido pelo Presidente Eurico Gaspar Dutra de estruturar a Justiça do Trabalho em linha com o que a Carta Política de 1946 viria a expressar.

Como relata Anna Acker<sup>9</sup>, Délio foi, na verdade, o autor do anteprojeto que se converteu no Decreto-Lei nº 9.797, de 09.09.1946, para conformar a Justiça do Trabalho à Carta Democrática de 1946: as Juntas de Conciliação e Julgamento, com composição paritária, permaneceram como tais. Os Conselhos Regionais do Trabalho cedem lugar aos Tribunais Regionais do Trabalho e o Conselho Nacional do Trabalho transforma-se em Tribunal Superior do Trabalho, mantido o âmbito competencial desses graus de jurisdição. Adaptação simples e eficaz da CLT: instituiu a magistratura do trabalho de carreira e um conjunto de regras de transição que viabilizaram a entronização da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, sem sobressaltos e com a singeleza dos sábios.

Em 26 de setembro de 1946, Délio Maranhão é nomeado Juiz (hoje, Desembargador) do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região e revigora seu sólido conceito de magistrado justo para todo o Estado do Rio de Janeiro e para o Brasil. Foi eleito Presidente do TRT da 1ª Região em 1951, sendo reeleito por seus pares para cumprir mandato até 1955. Sua gestão foi marcada “pelo alto grau de eficiência e escrupulosa moralidade administrativa”, atesta Calheiros Bomfim<sup>10</sup>.

Em 1957 vem a lume a primeira edição de *Instituições de Direito do Trabalho*, obra imortal de Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão e Segadas Vianna. Este clássico do juslaboralismo nacional, que transcendeu fronteiras, é um livro essencialmente doutrinário, sem perder vínculos com o direito posto. Livro atemporal, revelador de denso histórico, institutos e conceitos fundantes do Direito do Trabalho e, excepcionalmente, de Processo do Trabalho. Por seu intermédio, gerações de juristas hauriram conhecimento especializado. Foi semente da melhor cepa e serviu para fecunda sementeira. Estudantes, advogados, procuradores, magistrados, entre outros, encontravam nas *Instituições* o lenitivo para aplacar suas inquietudes. Prova disso, são as sucessivas 22 edições. Compreenda-se que, à época, a rede de distribuição era precária e inviabilizava a tiragem da obra com a mesma frequência de hoje em dia. A Livraria Freitas Bastos lançou da 1ª até a 10ª edição de *Instituições*, esta em 1987. A partir daí, e já sob o pálio da Constituição Federal de 1988, coube à Editora LTr dar curso da 11ª à 22ª edições, algumas delas com mais de uma tiragem.

---

9 ACKER, Anna Britto da Rocha. *Op. cit.*, p. 13.

10 BOMFIM, Benedito Calheiros. *Op. cit.*, p. 884.

## DOCTRINA

De 1961 a 1962, Délio torna-se Professor de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) e, a partir de 1964, na Escola Brasileira de Administração Pública (EBAP) da Fundação Getúlio Vargas, onde também lecionava Instituições de Direito Privado. Seu carisma, didática e cultura jurídica o transformam em parainfo de inúmeras turmas de formandos. Nesse ambiente que tanto agradava a Délio brota, em 1966, o magnífico *Direito do Trabalho*, compêndio concebido como “livro de texto para a escola”<sup>11</sup>. Didático e enxuto por excelência, porém sem perda de substância técnica e despojado de demonstração de erudição, *Direito do Trabalho* transcendeu em muito o objetivo almejado: as turmas para as quais lecionava.

Délio não incorreu na praga da prolixidade, que consiste em continuar dizendo quando não há mais nada para dizer. Desse defeito não escapam nem os santos. Santa Teresa havia feito uma consulta ao teólogo que a atendia como diretor espiritual, sobre determinado ponto de doutrina. Este lhe deu uma longuíssima resposta, muito rica, mas sem objetividade nem concisão. Santa Teresa lhe agradeceu com a graça e ironia que lhe eram próprias: “(...) lhe agradecemos por nos ter feito compreender tão bem o que não perguntamos”<sup>12</sup>.

Pois o reconhecido poder de síntese de Délio, com riqueza de conteúdo e escrita incomodativamente clara e precisa, como é próprio para quem dissemina conhecimento científico, alçaram o livro ao patamar de obra de referência, uma das mais respeitáveis e consultadas não só por alunos de todos os cursos de graduação como também pela comunidade juslaboralista em geral. Jamais se viu uma obra encarnar tanto atributos de seu autor, a ponto do livro *Direito do Trabalho* ser conhecido, carinhosamente, como “Delinho”.

Aliás, prova maior do respeito dedicado pela comunidade jurídica ao nosso homenageado é que poucos juristas são identificados apenas por seu pré-nome. Muitos são identificados pelo sobrenome. Mas pelo nome só há um. Quando se fala Délio não há, nem pode haver, dúvida de que o destinatário da menção é Délio Barreto de Albuquerque Maranhão. Délio é a síntese perfeita e simples de um ícone, de uma referência necessária em questões sensíveis e complexas que povoam o quadrante das relações capital/trabalho.

Conheci Délio Maranhão na FGV, em 1977, no Curso de Direito do Trabalho e Previdência Social, em nível de extensão, ministrado por ele próprio e pelos magistrados trabalhistas José Fiorencio Júnior e Ivan Rodrigues

11 MARANHÃO, Délio. *Prefácio à 1ª edição de “Direito do Trabalho”*. Rio de Janeiro: FGV, 1966.

12 *Obras completas de São João da Cruz*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 119.

## DOCTRINA

Alves. Délio tinha o dom de prender a atenção da turma por sua fala clara e densa de lições jurídicas. Não raro aquela criatura serena, de cenho tranquilo, inflamava-se em pontos cruciais da história do Direito do Trabalho, da motivação da tutela legal em benefício do trabalhador e do papel que o sindicato tem a desempenhar na defesa nos direitos e interesses da categoria profissional que representa. Exercia uma espécie de encantamento sobre a turma. Interrompê-lo com pergunta mereceria a reprovação de embevecidos alunos. Talvez por isso, ao final da aula, Délio provocasse a turma com perguntas, retirando os inebriados do estado de deslumbre e instigando-os a tomarem posição, sem medo de expressá-la, fosse ela qual fosse. Mestre notável, não por cortesia, mas justo merecimento. Foi o primeiro curso de que tenho notícia a exigir monografia para obtenção do certificado de conclusão, com especificação do grau. Exigência de Délio, segredava-se.

A solidez de conhecimentos jurídicos, honestidade pessoal e intelectual, afabilidade de trato, independência ao julgar e equidistância em relação aos interesses em debate foram alguns dos atributos que renderam a Délio sucessivas convocações para atuar no Tribunal Superior do Trabalho, ainda sediado no Rio de Janeiro. Era, de fato, um Ministro sem investidura no cargo. Participava da Corte e da sedimentação de sua jurisprudência sem, contudo, integrá-la. Aspirava, como é natural e seria justo, efetivar-se na Instância de Cimo da Justiça do Trabalho. Mas, desígnios da política e do critério de livre-escolha, deslocaram para outro candidato a vaga que, por todos os títulos, deveria pertencer a Délio, provocando desagrado geral.

O Plenário do TST prestou-lhe então a homenagem que bem expressa o quanto Délio era querido e respeitado naquela Corte: deu o nome de Délio Maranhão à Biblioteca do próprio TST. Trata-se de honraria que nenhum outro magistrado de 2º Grau recebeu do TST, o que dá a exata dimensão do reconhecimento implícito no ato da Corte. Colhe-se da ata da 24ª sessão plena extraordinária do TST, do dia 9 de outubro de 1969, em notas degravadas e sem revisão dos oradores, a seguinte manifestação, na íntegra, do Ministro Geraldo Starling Soares, falando em nome dos Ministros que integravam a Corte:

“Poucos homens públicos, daqueles que militam na Justiça do Trabalho, e talvez em todo o cenário da Justiça do Brasil, podem ter hoje as glórias que adornam a cabeça, a frente e a inteligência de Délio Albuquerque Maranhão. Por isso, disse que devemos abaixar nossas cabeças, deixar nossos lábios silentes e aguardar aquilo que o destino nos impôs. Isso é o nosso Ministro Délio Albuquerque Maranhão, que de nós se afasta. Falamos Ministro – e ainda há pouco o Presidente disse

## DOUTRINA

‘um de nós’ – porque sempre foi, nesta Casa, não um Juiz convocado, que funciona em substituição às vezes efêmera, às vezes duradoura, e sim aquele que vinha aqui trazer não só a sua presença, não só preencher um lugar vago momentaneamente, mas vinha trazer para nós doutrina, erudição, ensinamentos, saber, integridade, probidade e, sobretudo, consciência de um Juiz. Por isso, Vossa Excelência há de ser sempre, nesta Casa, o Ministro Délio Albuquerque Maranhão, porque será sempre para nós aquele companheiro que, hoje, se afasta, nos deixa, mas nos deixa como se fosse um de nós, da nossa família, que dela se afasta; e não podemos deixar de, nesta oportunidade, prestar-lhe as homenagens da nossa admiração, da nossa amizade, do nosso afeto e do nosso carinho, porque ele faz jus a todos esses elogios, pela sua conduta nesta Casa. Sua Excelência é um grande tratadista, professor, magistrado, aquele que entrou para a Justiça como Juiz, de Juiz a Desembargador, de Desembargador a Presidente de Tribunal Regional, fez todo aquele currículo que lhe trouxe as glórias que hoje exaltamos com tanta alegria e com tanta sinceridade. Sua Excelência, portanto, é aquele de que falamos; é o homem que alcançou tudo que poderia ser alcançado dentro da Justiça; Sua Excelência poderia dizer, como Napoleão, que a sua maior glória não era a de haver vencido 40 batalhas, mas de haver deixado o que o tempo não destruiria e jamais se apagaria da memória dos homens, o seu Código Civil. Quer dizer, aquele que havia dedicado a sua vida aos campos de batalha, entre o fogo e o fragor das lutas, entre o sangue e o sofrimento, deu mais valor à obra da inteligência e da Justiça do que a tudo que havia conquistado. Talvez, tivesse conquistado todo mundo, se não fosse uma das determinações imponderáveis do destino. Este homem, que hoje homenageamos por determinação do eminente Presidente – e falo aqui como representante de todos os meus companheiros nesta Casa –, é o Ministro Délio Albuquerque Maranhão. Portanto, Sua Excelência, a nossa palavra de homenagem e de despedida. Traço o seu perfil de jurista em poucas palavras porque, para dizer sobre sua obra e seu trabalho dentro da nossa Justiça, seria preciso se fizesse até um livro contendo sua biografia, tão vasta e tão grande é a sua obra. Mas também temos que, dentro do seio da sociedade, do meio em que vivemos, situar o cidadão; não é só a função pública que marca o destino do homem, a vida do homem, o roteiro dos seus passos; é o homem dentro do seu lar, daquilo que lhe é sagrado, que para ele é o santuário de seu amor e de seu afeto; daquilo que é o relicário de tudo que possa dar de si. O Ministro Délio Albuquerque Maranhão, para nós, também é aquele pai exemplar, aquele esposo modelar, aquele avô que me disse, quase num colóquio,

## DOUTRINA

que seus sábados e domingos são divididos com seus pequenos netos, e isso mostra que tem dentro de si aquela beleza, aquele encanto, aquele apanágio, tudo que é admirável nas famílias do homem brasileiro: o amor, a dedicação ao seu lar. Esta, pois, Délio Albuquerque Maranhão, a nossa palavra de afeto, a nossa palavra de carinho. Vossa Excelência vai deixar nesta Casa um vazio, mas poderia dizer, como Timóteo, na Bíblia: ‘Combati o bom combate, acabei a carreira e guardei a fé’. Isto tudo Vossa Excelência soube fazer, e o fez com exemplo a todos que aqui vivem, que poderão aqui viver, a todos que possam ingressar na Justiça do Trabalho. Nesta hora, só queremos de sua pessoa, de sua personalidade, que continue a ser autêntico na sua vida, continue a ser autêntico, verdadeiro como aquele homem que tinha o escrúpulo de votar, medo de errar e praticar injustiças e que, às vezes, numa só sessão, modificava seu voto duas, três, quatro vezes, no afã, no desejo ardente, no empenho enorme de jamais dormir sobre o desassossego do temor de haver praticado uma injustiça: esta a nossa palavra de despedida; que seja o seu nome aureolado nesta Casa, como sempre foi, que seja ele aquilo que gostaríamos que fosse, um verdadeiro baluarte. Délio Albuquerque Maranhão pode marchar pela vida a fora, certo de que nós o haveremos de acompanhá-lo com a nossa amizade, nossa admiração, nossa exaltação sempre crescente ao seu nome já laureado.”<sup>13</sup>

Palavras endossadas pelo então Procurador-Geral da Justiça do Trabalho, o sentimento de perda do juiz ideal também invadiu a classe dos advogados, assim traduzido pelo Dr. Nério Battendieri:

“(…) vejo em Vossa Excelência, eminente Ministro Délio Maranhão, aquele juiz que Vossa Excelência soube honrar, pela sua dignidade, que soube honrar o Tribunal pela participação constante da sua inteligência, nos seus luminosos votos, e, principalmente, pelo seu característico resultante do acendrado espírito de justiça, que nunca se poupou uma, duas, três, reiteradas, inúmeras vezes em reconhecer o seu erro, porque bom Juiz, Juiz imbuído desse sentimento de justiça, que nunca teve pejo, mas sempre se glorificou de poder emendar o seu erro.”<sup>14</sup>

No encerramento dessa justíssima homenagem, Délio agradeceu com sua notória simplicidade e concisão. Disse:

---

13 TST, ata fornecida pela Biblioteca Délio Maranhão.

14 TST, ata *cit.*

“Senhor Presidente, não sei o que dizer, nem sei como dizer. Sinto-me esmagado por estas palavras que acabam de ser proferidas a meu respeito. Quero pura e simplesmente dizer muito obrigado e que as lágrimas que não consigo conter possam traduzir o que eu gostaria de dizer e não consigo fazê-lo. Muito obrigado.”<sup>15</sup>

Muito pouco mais de verdadeiro poderia ser dito em relação a Délio por seus pares na flagrância de tão merecedora homenagem<sup>16</sup>.

Após receber em 1968 da Associação dos Magistrados Brasileiros a Cruz do Mérito Judiciário, a maior condecoração com que se distinguem magistrados brasileiros – votação unânime de seus associados –, Délio requereu aposentadoria no cargo de Juiz do TRT da 1ª Região, em outubro de 1969, quando se encontrava no apogeu de sua capacidade intelectual.

Mas novos desafios e alegrias estavam por vir. Em 1970 recebeu a maior láurea atribuída a um jurista no Brasil pelo Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB): o *Prêmio Teixeira de Freitas*. Ao agradecer a honraria, provinda dos advogados, Délio faz mais uma profissão de humildade:

“Qual o juiz, realmente juiz, que, ao se aposentar, submetendo-se ao julgamento do tribunal de sua própria consciência, não apela, intimamente, dessa última sentença, para o tribunal em que ocupou, permanentemente, durante sua magistratura, a posição de réu: o tribunal de advogados, cujo julgamento sem indulgência traduz, afinal, aquela opinião dos sentenciados sobre os sentenciadores de que falava Rui? Se não constituiu mais que um dever elementar ter o juiz, como homem, conservado a dignidade que, segundo Kant, distingue o homem das coisas, não posso deixar de agradecer-vos a oportunidade, que me proporcionastes, de ouvir o que todo juiz que soube ser homem gostaria de ouvir: sua absolvição pelo único tribunal competente para dissipar qualquer resquício de dúvida sobre o acerto do julgamento de sua própria consciência.”<sup>17</sup>

E profere, em seguida, erudita conferência.

Délio integrou várias organizações científicas, entre elas a Academia Nacional de Direito do Trabalho – atual Academia Brasileira de Direito do

---

15 TST, *ata cit.*

16 Muitos anos após, Délio Maranhão imprimiria seu nome na Biblioteca do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, homenagem que talvez nem tenha tido conhecimento em vida.

17 MARANHÃO, Délio. Conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros ao ensejo da entrega do “Prêmio Teixeira de Freitas”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 1971, Brasília, p. 21-22.

## DOCTRINA

Trabalho –, entidade independente que congrega os 100 mais reputados juristas em Direito do Trabalho no Brasil<sup>18</sup>. Foi titular da cadeira nº 62<sup>19</sup>.

Não há como falar-se de Délio sem cogitar de Arnaldo Süssekind. E não por acaso essa homenagem tem lugar no Plenário Délio Maranhão dentro do Fórum Ministro Arnaldo Lopes Süssekind. É uma união indissolúvel. São faces de uma mesma moeda ou elementos diferentes mas de encaixes perfeitos, cujo resultado é um todo esférico, inigualável com vistas à solidificação de bases e aprimoramento constante do Direito do Trabalho no Brasil.

Com a aposentadoria de Arnaldo Süssekind no cargo de Ministro do TST, em 1971, tem início a história da mais respeitável consultoria trabalhista de que se tem notícia no país. Délio e Süssekind unem-se para prestar aconselhamento técnico independente em temas da maior significação jurídica. Felizmente, os pareceres foram editados pela LTr na valiosa coleção *Pareceres sobre Direito do Trabalho e Previdência Social*, em seis volumes, da autoria de ambos<sup>20</sup>. Aí estão reunidos magníficos e desbravadores trabalhos doutrinários que serviram de farol para magistrados e para a própria consolidação de *standards* pretorianos.

O escritório informal dessa Consultoria era a biblioteca da casa de Süssekind. Inteirados da consulta e dos elementos informativos, reuniam-se para afinamento de posições. Em hipótese alguma emitiam parecer contrariando seus escritos. Afastado esse óbice e se convergência de opiniões houvesse, iniciava o debate entre ambos para a estruturação do parecer, a ser redigido por um deles.

Tive pessoalmente a fortuna de participar dessas verdadeiras tertúlias, a convite de meu Mestre Süssekind<sup>21</sup>. Sem margem de erro, posso atestar que foi a experiência profissional mais densa e fecunda que vivenciei. Acompanhar o itinerário do raciocínio lógico e jurídico por eles desenvolvido, as posições doutrinárias passadas em revista e a completa pesquisa jurisprudencial e legislativa infundia a sensação de que nada mais havia a fazer, a não ser transpor para o papel o parecer. Em razão do acúmulo de consultas, fui encarregado de redigir minutas de pareceres sobre temas debatidos aos meus olhos, sempre em conformidade com os fundamentos esgrimidos por Délio e Süssekind. Enorme responsabilidade! Noites indormidas... Mas não poderia imaginar nada mais

18 Disponível em: <<http://www.andt.org.br>>.

19 *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, ano I, n. 1, 1993, p. 10.

20 v. I em 1973, v. II em 1976, v. III em 1979, v. IV em 1981, v. V em 1984 e v. VI em 1988, todas pela Editora LTr, São Paulo.

21 V. depoimento em: GALLIAN, Dante Marcello Claramonte (Coord.). *Vida, trabalho, memória II: a história da Academia Brasileira de Direito do Trabalho nas histórias de vida de seus acadêmicos*. Porto Alegre: LexMagister, 2014. p. 181.

valioso e estruturante profissionalmente. Foi um pós-doutorado oficioso, com Mestres que poucos tiveram a honra de ser por eles orientado.

Um parêntesis necessário: localizo nessa inigualável oportunidade o motivo de ter sido escolhido por Délio ou por Sússekind – sem dúvida com a aprovação de Délio –, para atualizar os capítulos de sua autoria nas edições de *Instituições de Direito do Trabalho*, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Délio, adoecido, não se sentiu em condições de prosseguir na obra. Na verdade, não detectei causa para esta decisão drástica. Busquei acercar-me de Délio a fim de receber instruções sobre como proceder. “Faça o que julgar apropriado, pois confio em você” – foi o que ouvi do Mestre, além da única recomendação para alterar o capítulo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço devido à nova modelagem constitucional tornar especiosas controvérsias pretéritas. Mais não preciso dizer para demonstrar a carga de responsabilidade que me pesou sobre os ombros. Para não macular lições inoxidáveis, desenvolvi o método de identificar com asteriscos os parágrafos ou novas seções inseridas. Até quando foi possível, recebi de Délio palavras de contentamento e estímulo, que guardo como troféu e alívio todas as vezes que diviso *Instituições* na prateleira.

Além dos pareceres, Délio e Sússekind edificaram magnífica construção jurídica, subsequente ao tratado internacional entre Brasil e Paraguai, para reger as relações de emprego, diretas e indiretas, no âmbito do “território comum” correspondente ao empreendimento binacional de Itaipu. Após a superação de problemas de toda ordem pelo entrelaque dos postulados da *lei da nacionalidade*, da *lei do lugar da celebração do contrato* e da *norma mais benéfica*, incidentes sobre uma mesma empresa binacional, os emblemáticos juristas concluíram pela refinada tessitura de normas secundárias, uniformes e diretas, reunidas em dois Protocolos: o “Protocolo sobre Relações de Trabalho e Previdência Social Brasil-Paraguai” e o “Protocolo Adicional para Regular as Relações de Trabalho e Previdência Social dos Trabalhadores Contratados por Locadores ou Sublocadores de Serviços e Empreiteiros ou Subempreiteiros de Obras na Área de Itaipu”. Estes instrumentos homogêneos foram ratificados por ambos os países<sup>22</sup> e tornaram operacional a hidrelétrica num contexto de custos razoáveis, para viabilizar o empreendimento, e de igualdade de tratamento para trabalhadores e prestadores de serviços, que na origem dispunham de ordenamentos trabalhistas e previdenciários distintos entre si. Gigantesco desafio científico de que Délio e Sússekind muito se orgulhavam e que superaram com

---

22 Aprovados no Brasil pelos Decretos Legislativos ns. 40, de 14.05.74, e 76, de 31.10.74, e promulgados pelos Decretos ns. 74.431, de 1974, e 75.242, de 1975, respectivamente.

## DOCTRINA

reconhecido equilíbrio, senso de justiça e competência técnica. Trabalho tão hercúleo mereceu enriquecer as letras jurídicas em obra de Sússekind<sup>23</sup>.

Em 1975, Délio é designado membro da Comissão Interministerial encarregada de atualizar a Consolidação das Leis do Trabalho<sup>24</sup>, sob a presidência de Sússekind. Ardoroso defensor da coexistência da estabilidade com o fundo de garantia, Délio logrou prevalecer seu entendimento no interior da Comissão e, após, nas instâncias governamentais. Não fosse o veto de última hora da equipe econômica de então, seu grande desejo estaria consagrado no texto do Anteprojeto publicado em Suplemento ao DOU nº 82, de 2 de maio de 1979. Decepcionado, mas não vencido, confidenciou-me Sússekind que Délio fizera prevalecer, com moderação, o princípio da nulidade da despedida arbitrária para o representante dos empregados na Comissão de Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), tal como o conhecemos hoje no art. 165 da Consolidação das Leis do Trabalho. Como se sabe, o propósito do governo à época era encaminhar separada e sucessivamente capítulos do Anteprojeto para, depois de aprovados pelo Congresso, serem convertidos em uma nova CLT<sup>25</sup>. Assim, o Capítulo V do Título II da CLT foi atualizado pela Lei nº 6.514, de 22.12.97. O propósito de Délio, nuclearmente alcançado, era que neste artigo residisse o piloto da mudança para, se exitosa a experiência, a proteção ao emprego nele contida ser posteriormente estendida aos empregados em geral. Vingou o germe inoculado, embora sem a disseminação pretendida na estratégia planejada. Mas o esforço valeu – e muito!

A obra de Délio se completa com os seguintes artigos, um brinde à comunidade jurídica:

- A cláusula *rebus sic stantibus* – *A Época*, ano XXXI, julho de 1937.
- O sentido social do direito moderno – *Jornal do Brasil*, 26.05.1940.
- O contrato coletivo de trabalho – *Jornal do Comércio*, 29.09.1940.
- Direito do trabalho e renovação democrática brasileira – *Revista de Crítica Judiciária*, nov./dez. 1942.
- A ação declaratória no processo do trabalho – *Revista do Trabalho*, mar. 1950.

---

23 SÚSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Conflito de leis do trabalho*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1979.

24 Portaria n 3.272, de 08.08.74, do Ministro do Trabalho e Portaria dos Ministros do Trabalho e da Justiça n 542-B, de 19.09.75.

25 SÚSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Comentários à nova Lei de Férias*. São Paulo: LTr, 1977. p. 12-13.

## DOCTRINA

- A revelia no processo do trabalho – *Revista do Trabalho*, nov. 1950
- O sentido social do direito do trabalho – *Revista do Trabalho*, maio 1951.
- Direito processual do trabalho – *Trabalho e Seguro Social*, mar./abr. 1952.
- Judiciário – o anteprojeto do Código Processual do Trabalho e o parecer do ex-Ministro Negrão de Lima – *O Jornal*, de 28.06.53.
- Da cláusula que exclui dos efeitos da sentença normativa os empregados admitidos após o ajuizamento do dissídio – *Revista de Direito Contemporâneo*, julho 1958.
- Introdução, ao livro de Calheiros Bomfim *A Consolidação vista pelo Supremo Tribunal*, jul. 1958.
- Tarefa e salário-mínimo – *Revista do Trabalho*, maio/jun. 1960.
- Da natureza jurisdicional da sentença normativa – *Revista do Trabalho*, jul./dez. 1961.
- Direito do trabalho e política econômica e social – *Revista do Trabalho*, jan./dez. 1962.
- Prefácio ao livro de Ulisses Riedel de Resende *Empregados da Administração Pública Regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho*, Rio de Janeiro: Trab. S.A., 1969.
- A empresa pública e o conceito legal de empregador – *Revista do Tribunal do Trabalho da 1ª Região*, jan. 1970.
- “Discurso” proferido por ocasião do recebimento do “Prêmio Teixeira de Freitas” – *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, ns. 13/14, 1970-1971 e *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, 1971.
- Falta grave no contrato de trabalho – verbete in *Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro*, v. XXII.
- Conceito de trabalhador rural – *Revista LTr*, nov. 1972, p. 857-864.
- Trabalho rural – inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 3º da Lei Complementar nº 16, de 1973 – *Revista LTr*, jun. 1974, p. 509-515.
- Imunidade de jurisdição de organismo internacional – *Revista LTr*, nov. 1974, p. 1.031-1.037.

## DOCTRINA

– Direito do trabalho e multinacionais – *Revista de Administração Pública*, FGV, abr./jul. 1975.

– Indenização de antiguidade e morte do empregado – *Revista LTr*, fev. 1978, p. 304.

– Democracia, Constituição e direito do trabalho – *Revista LTr*, set. 1979, p. 1.115.

– A equivalência entre os sistemas do FGTS e da CLT e a Súmula n. 98, do TST – *Revista LTr*, nov. 1980, p. 1.487.

– Cerceamento de defesa, nulidade e o art. 795 da CLT – *Revista LTr*, jan. 1981, p. 9.

– Grupo de sociedades, empregador único e a chamada solidariedade ativa – *Revista LTr*, fev. 1981, p. 137.

– Indeferimento da prova e anulabilidade processual – *Revista LTr*, jun. 1981, p. 650.

– Prescrição, direito do trabalho e a Súmula nº 198, do Tribunal Superior do Trabalho – *Revista LTr*, jun. 1985, p. 649.

– Sentença normativa e piso salarial – *Revista LTr*, jul. 1985, p. 797.

– A propósito do Enunciado nº 277 do egrégio TST – *Revista LTr*, jul. 1988, p. 775.

– Representante comercial – *Revista LTr*, mar. 1989, p. 272.

– Dos instrumentos trabalhista normativos e do limite de sua eficácia no tempo – relações coletivas de trabalho – *Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*, Coordenação de João de Lima Teixeira Filho, 1989, São Paulo: LTr, p. 388-395.

Considero impróprio pinçar, de tão vasta e densa obra, algumas lições marcantes. Todos os ensinamentos do Mestre o são. Estão aqui referidos e catalogados para as presentes e futuras gerações de cultores do Direito do Trabalho saciarem sua sede de saber. Desse modo, seccionar partes de um todo tão harmônico e impecável só contribuiria para desfocar a obra desse emérito Jurista. Obra que é um convite a permanente revisitação por todos quantos desejem revigorar convicções sobre os fundamentos de tão sensível disciplina jurídica.

Esta exposição, embora muito superficialmente, versou sobre Délio jurista, Délio magistrado, Délio professor, Délio homem do lar e do trabalho...

## DOCTRINA

Mas gostaria de caminhar para o encerramento dessa modesta palestra com uma reflexão sobre a essência do homem Délio, suas qualidades morais. Mister enfatizar o Délio enquanto ser humano portador de uma vida, uma mensagem e um exemplo de vida.

Leon Bloy, escritor e profeta leigo, que viveu uma vida de abnegação cristã e de pobreza como uma vocação assumida, dizia que nesta vida passamos por muitos sofrimentos e tristezas, mas no final das contas *há no mundo uma só tristeza, que é a tristeza de não sermos santos*, a tristeza de não alcançarmos a santidade, que é nossa vocação essencial.

Bloy falava a partir de sua fé cristã. Délio não era confessionalmente um cristão. Dizia-se ou supunha-se um agnóstico. Mas há os cristãos de nome, que provam seu cristianismo apenas com a certidão de batismo, e os cristãos de fato, que demonstram sua fé pelo testemunho de vida. O cristianismo é essencialmente amor e respeito ao ser humano, compaixão pelas suas dores e solidariedade diante de suas carências do corpo e da alma. Délio pertence a esta segunda categoria. De modo que, dizendo-se ou supondo-se um agnóstico, de fato testemunhava com sua vida o que há de mais autêntico no cristianismo, que é o amor ao próximo, a ternura e alegria de viver em paz com sua consciência, e a coerência de vida com seus valores.

Por tudo que visto, por sua solidariedade com o pobre, por seu sentimento tão forte de justiça, pelo seu zelo em proclamar sentenças conforme a justiça, por sua alegria espontânea, por sua humildade esplendorosa, não seria exagerado dizer que Délio foi um homem santo. Não um santo canonizado pela Igreja e elevado à honra dos altares, mas, nada menor que isto, uma alma santa, que, no dia em que deixou este mundo, terá comparecido revestido de alegria na presença de Deus. Um santo agnóstico, conduzido de surpresa, pela morte, à presença de Deus, para ali viver a solidariedade dos irmãos e a felicidade dos justos, na comunhão dos santos. Cumpriu, sem se dar conta disto, a vontade de Deus e seu destino de homem, e o fez com tanta humildade que nem se apercebeu de que seus atos na terra causavam alegria nos céus e por isto se salvou.

A bem da verdade, devo dizer que produzi alguns fechos, mais ou menos grandiloquentes, para esta oração. À medida que os fechos se sucediam, revigorava em mim a percepção de que Délio não faria assim. Imaginei então o que ele diria se presente estivesse entre nós para receber esta merecidíssima homenagem que seu Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região lhe presta. Como que o ouvindo, inverto o que ele diria para nós, se aqui estivesse, e o faço destinatário das palavras singelas que proferiria. Por isso, concluo dizendo com a singeleza que o marcava: Muito obrigado, Délio, por sua exemplar vida e obra!

# O PROCESSO DO TRABALHO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CRITÉRIOS PARA UMA LEITURA DIALOGADA DOS ARTIGOS 769 DA CLT E 15 DO CPC/2015

João Humberto Cesário\*

## 1 – INTRODUÇÃO

A aprovação de um novo código de direito é sempre um momento especial na vida em sociedade. Impõe-se, com ela, a tormentosa tarefa da transição, que implica no estudo e na compreensão dos seus paradigmas, com vistas ao estabelecimento das primeiras balizas que orientarão a comunidade jurídica na aplicação do novo diploma.

A empreitada dos processualistas civis é difícilíssima. Sem que se perca o fio condutor da tradição, essencial à estabilização da vida em sociedade, os estudiosos da matéria devem se debruçar sobre a Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil, doravante chamado neste estudo de CPC/2015), para extrair dela as técnicas processuais que permitirão a eficiente prestação da jurisdição comum.

Ainda mais hercúlea será a atividade dos processualistas do trabalho, já que além de compreenderem os elementos do CPC/2015, deverão promover o necessário diálogo dele com o Processo de Trabalho, almejando potencializar este último sem subtrair-lhe a essência.

A nossa primeira atribuição, nesse sentido, é a de pesquisar o significado e o alcance do art. 15 do CPC/2015, redigido nos seguintes termos:

“Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

---

\* Juiz titular de Vara no Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região; mestre em Direito Agroambiental pela UFMT; coordenador da Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso; professor convidado de Teoria Geral do Processo, Direito Processual do Trabalho e Direito Ambiental do Trabalho na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat) e nas Escolas Judiciais dos TRTs da 5ª, 9ª, 18ª e 23ª Regiões.

## DOCTRINA

Atentamente lido o antedito preceito, que nitidamente almeja enfrentar o aporético assunto das lacunas processuais, pelo menos duas primeiras indagações vêm de imediato à cabeça dos juristas do mundo do trabalho.

A primeira delas é se o art. 15 do CPC/2015 revogaria o art. 769 da CLT. A segunda é qual o sentido que a doutrina e a jurisprudência deverão emprestar às expressões “supletiva” e “subsidiariamente”, tendo em conta o apotegma de que a lei não contém (ou pelo menos não deveria conter) palavras inúteis. Serão sobre essas e outras dúvidas que discorreremos adiante.

### 2 – O ART. 15 DO CPC/2015 REVOGA O ART. 769 DA CLT?

Como é por demais sabido, nos termos do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior, sendo certo que a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior.

Deveras, percebe-se sem grande esforço, ainda que respeitado o paradigma positivista antes indicado (que, diga-se de passagem, já não consegue dar resposta a muitos dos imbróglis normativos contemporâneos), que o art. 15 do CPC/2015 não detém a (des)virtude de revogar o art. 769 da CLT.

Ocorre que a novel legislação processual civil não revoga expressamente a disposição celetista. Note-se que a inteligência do art. 1.046 do CPC/2015 dispõe que ao entrar em vigor o novo Código (o que ocorrerá decorrido um ano da data de sua publicação oficial – art. 1.045 do CPC/2015), as suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada de um modo geral apenas a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (antigo CPC). Outrossim, nas ocasiões em que o CPC/2015 revoga preceitos legais específicos de outras leis, como o faz ilustrativamente no seu art. 1.072, em nenhum momento faz menção ao art. 769 da CLT.

Por outro lado, não é sequer razoável dizer que os arts. 15 do CPC/2015 e 769 da CLT seriam incompatíveis. Antes, eles possuem iniludível potencial dialógico, sendo capazes de coexistirem na perspectiva do mútuo adensamento das suas significações jurídicas, devendo ser descartado, justamente por isso, eventual posicionamento de que o novo preceptivo esgotaria a matéria tratada no antigo.

Sem que se parta desde já para argumentações mais sofisticadas, há de se constatar que o art. 15 do CPC/2015 é um regramento geral, previsto para a

colmatação de lacunas dos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos, ao passo que o art. 769 da CLT é um ditame especial do Processo do Trabalho. Só isso basta para se ter a certeza de que, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a disposição nova (art. 15 do CPC/2015) não revoga nem modifica a disposição anterior (art. 769 da CLT).

### **3 – OS ARTS. 769 DA CLT E 15 DO CPC/2015 NA PERSPECTIVA JURÍDICA DO DIÁLOGO DAS FONTES**

Como visto anteriormente, ainda que encarado o problema do convívio entre os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 pelos esquadros da modernidade jurídica, não se revela defensável o posicionamento de que o primeiro revogaria o segundo. Muito menos correto se mostra tal pensamento quando a aparente antinomia é pensada na perspectiva pós-moderna do diálogo das fontes.

Vale esclarecer que o método do diálogo das fontes foi originalmente construído na Alemanha pelo professor Herik Jayme (Universidade de Heidelberg), tendo sido introduzido no Brasil pelo magistério de Claudia Lima Marques (UFRGS) e desenvolvido no nosso país, entre outros, pelo professor Valerio de Oliveira Mazzuoli (UFMT), podendo ser sintetizado (se isto é possível) nos termos que adiante seguem, por via das palavras de Claudia Lima Marques:

“A bela expressão do mestre de Heidelberg é semiótica e autoexplicativa: di-a-lo-gos, duas ‘lógicas’, duas ‘leis’ a seguir e a coordenar um só encontro no ‘a’, uma ‘coerência’ necessariamente ‘a restaurar’ os valores deste sistema, desta ‘nov-a’ ordem das fontes, na qual uma não mais ‘re-vo-ga’ a outra (o que seria um mono-logo, pois só uma lei ‘fala’), e, sim, dialogam ambas as fontes, em uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e, hoje, em especial, pela luz dos direitos humanos.

(...)

Em seu Curso Geral de Haia de 1995, Erik Jayme ensinava que diante do ‘pluralismo pós-moderno’ de fontes legislativas, a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento jurídico é exigência de um sistema eficiente e justo. A expressão usada antigamente era a de conflitos de leis no tempo, ou direito intertemporal, a significar que, como havia ‘colisão’ entre os campos de aplicação dessas leis, por exemplo, uma lei anterior de 1990, como o Código de Defesa do Consumidor, ou de 2002, como o novo Código Civil brasileiro, e uma posterior, como a lei sobre consórcio, a solução do ‘conflito’ seria a prevalência de uma

e a conseqüente exclusão (ab-rogação, derrogação, revogação) da outra ou outras do sistema.

Nesta visão ‘perfeita’ e ‘moderna’ teríamos a ‘tese’ (lei antiga), a ‘antítese’ (lei nova) e a ‘síntese’ (revogação), a trazer clareza e certeza ao sistema. Os critérios para resolver os conflitos de leis no tempo seriam três: anterioridade, especialidade e hierarquia, a priorizar-se a hierarquia. Erik Jayme alerta, porém, que os tempos pós-modernos não mais permitem este tipo de clareza e ‘monossolução’, sequer a hierarquia dessas leis é clara, mas apenas dos valores constitucionais. Nestes novos tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita e por fim pela convivência de leis com campo de aplicação diferentes, mas convergentes, em um mesmo sistema jurídico, plural, fluido, mutável e complexo. O grande mestre de Heidelberg propõe então uma segunda solução, a coordenação dessas fontes: da retirada do sistema (revogação) ou ‘monólogo’ de uma norma só à convivência das normas, ao ‘diálogo das fontes’.

Como afirmei, ‘diálogo’ em virtude das influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes pela fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo a opção por uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou a solução mais favorável ao mais fraco da relação.”<sup>1</sup>

Atualmente é mais que evidente que as relações sociais são complexas e até mesmo caóticas, não podendo ser explicadas e simplificadas esquematicamente. Muito ao contrário, a dinâmica da vida em sociedade é altamente intrincada, exigindo perspicácia e refinamento daqueles que buscam compreendê-la minimamente. Vale dizer que as soluções para os dissensos demandam construções cada vez mais requintadas, criteriosamente elaboradas com o maior número possível de informações e variáveis.

O universo jurídico, naturalmente, não poderia passar imune a tamanha dinamização. Nesta perspectiva, não há como deixar de dizer que, no caso brasileiro, a Lei de Introdução, construída à sombra do positivismo estrito, já não consegue dar resposta adequada aos impasses normativos. Pensar as anti-

---

1 MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método na nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 27-28.

nomias, tanto as reais quanto as aparentes, pelos critérios estreitos do seu art. 2º, é o mesmo que emprestar soluções analógicas a problemas digitais.

Abre-se lugar contemporaneamente ao método do diálogo das fontes, que ao rechaçar o monólogo legislativo propicia a aplicação conjunta de duas ou mais normas que se ressignificam mutuamente à luz dos direitos humanos, sem que isso necessariamente subtraia a coerência jurídica sistêmica e a integridade do direito.

Não há como negar, neste contexto, que a combinação dialógica dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 (e de outras disposições e microsistemas processuais, como adiante se verá), pensados ao encontro e não de encontro, realizada com cuidado e método científico, pode potencializar a instrumentalidade do Processo do Trabalho, sem nem de longe desnaturar a sua essência.

#### 4 – OS ARTS. 769 DA CLT E 15 DO CPC/2015: ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO DAS CONFLUÊNCIAS E COMPLEMENTARIEDADES

##### *4.1 – Introdução*

Estatui o art. 769 da CLT que “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título [referindo-se ao título X da CLT, que trata do Processo Judiciário do Trabalho]”.

Do seu lado, como já anteriormente visto, o art. 15 no CPC/2015 estabelece que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Não se pode deixar de notar, de início, que ambos os dispositivos se preocupam com o difícil tema da colmatação das lacunas processuais. Um o faz com os olhos especialmente pousados no Processo do Trabalho (art. 769 da CLT) e o outro genericamente nos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos (art. 15 no CPC/2015). Para a adequada compreensão dos dois, com efeito, há que se identificar, primeiramente, o que significa juridicamente uma lacuna e quais são as suas principais espécies.

##### *4.2 – Lacunas no direito: conceito e espécies*

Uma advertência se faz necessária ao início do presente tópico. O tema da colmatação das lacunas está situado entre os mais complexos que existem no

direito. Não existe para ele uma resposta única, pronta, acabada e muito menos perfeita<sup>2</sup>. O seu esgotamento, de resto inatingível, não pode de modo algum ser tido como o objetivo da presente exposição. As palavras que à frente serão alinhavadas, dessarte, se prestarão quando muito ao lineamento da matéria.

De um modo mais amplo, a doutrina até mesmo divaga sobre a existência ou não de lacunas no direito, já que no mínimo seria lícito supor que todas as possibilidades comportamentais estariam explícita ou implicitamente respaldadas ou repelidas pelo ordenamento jurídico. Sem que se despreze tal discussão (absolutamente pertinente no campo da filosofia jurídica), cuida-se de verdadeiro truísmo a ocorrência de lacunas nos domínios do Processo do Trabalho.

Consoante esclarece a professora Maria Helena Diniz, “a expressão lacuna concerne a um estado incompleto do sistema”<sup>3</sup>, assim, as lacunas no direito podem ser vistas, pelo menos em termos pragmáticos, suficientes ao atingimento dos escopos do presente estudo, como a ausência de resposta clara e satisfatória para determinado problema jurídico.

Ainda com estribo no magistério de Maria Helena Diniz, as lacunas podem ser de pelo menos três espécies, denominadas como normativas, ontológicas e axiológicas. Valem citação, por oportunas, as palavras da aludida professora:

“É de se ver, portanto, que a teoria das lacunas não deve ser analisada sob uma consideração estática do direito, porque isso traz como consequência uma visão errônea do fenômeno. O direito deve ser considerado sob o prisma dinâmico, em constante mutação, sendo, assim, lacunoso no nosso entendimento.

Três são as principais espécies de lacunas: 1<sup>a</sup>) normativa, quando se tiver a ausência de norma sobre determinado caso; 2<sup>a</sup>) ontológica, se

---

2 Para ter-se ideia da profundidade do assunto, é oportuna a transcrição das palavras da professora DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 407 e 408: “Sem embargo dessa nossa opinião, que não consideramos um pronunciamento final e definitivo sobre o assunto, entendemos que o termo ‘lacuna’ esconde ideias díspares e antagônicas, sendo bastante nebuloso. Trata-se de uma aporia. Realmente, a lacuna é um *dubium*, uma questão fundamentalmente aporética; densa é a problemática que a envolve. O grande elenco de juristas que abordam o tema, cada qual sob uma perspectiva, dinâmica ou estática, demonstra, cabalmente, que há várias maneiras de conceber uma mesma realidade. A questão recebe várias respostas, segundo a posição ideológica que se adote. As lacunas jurídicas são uma questão sem saída a que não há resposta unânime, devido à pluridimensionalidade do direito, que contém inúmeros elementos heterogêneos, o que dificulta uma abordagem unitária do tema. De forma que, quando o jurista se põe a pensar sobre o que deve ser entendido por lacuna, parece-nos que não pode tomar as posições doutrinárias como definitivas, nem tampouco adotar uma posição, excluindo as demais, mas sim lançar mão de um expediente muito simples: expor o tema sob uma forma problemática. Isto porque, no nosso entender, as diversas doutrinas se completam e não se excluem, pois partem de critérios e premissas diversas”.

3 DINIZ, Maria Helena. *Ibid.*, p. 398.

## DOCTRINA

houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretaram o ancilose da norma positiva; axiológica, ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.”<sup>4</sup>

Em termos doutrinários sérios, como se vê, o problema das lacunas é ainda mais amplo do que poderia parecer, já que elas não se caracterizam apenas no plano da anomia. Existem, para além das lacunas normativas, que surgem do vazio normativo, também as ontológicas e as axiológicas, caracterizadas, respectivamente, nas hipóteses de ancilose e iniquidade do texto legal existente. Transportando-se o assunto para o Processo do Trabalho, tais modalidades de lacuna podem ser exemplificadas nos termos que se seguem.

As lacunas normativas, que são as mais evidentes, podem ser visualizadas com maior facilidade, embora, a rigor, ocorram em duas hipóteses um tanto distintas.

Na primeira delas, que chamamos de lacunas normativas totais, nem a CLT ou a legislação processual trabalhista extravagante possuem regramento sobre determinado instituto do processo. Tal se dá, v.g., com a intervenção de terceiros ou a ação rescisória, já que a legislação tipicamente laboral nada ou muito pouco (no caso da rescisória há uma brevíssima remissão à sua existência no art. 836 da CLT) fala sobre tais fenômenos.

Já na segunda, que chamamos de lacunas normativas parciais, elas ocorrem em um contexto no qual embora a CLT tenha tratado mais cuidadosamente sobre o assunto, ainda assim não o fez de modo exauriente. É o que se dá, por exemplo, com a apelação (*rectius*: recurso ordinário), que embora regrada no art. 895 da CLT, não oferta resposta adequada para todos os pormenores da matéria. Basta lembrar, nesse caso, que a regra celetista não traz consigo qualquer indicação sobre a extensão e a profundidade da devolutibilidade do apelo.

Por outro lado, as lacunas ontológicas, como visto, exsurgem do ancilose da norma positiva existente, que não mais corresponde aos fatos sociais e tecnológicos do seu momento de aplicação. Tal se dá, exemplificativamente, com as regras dos arts. 840 e 847 da CLT, que falam da apresentação oral da petição inicial e da resposta do réu. Embora tais preceptivos ainda possam ser aplicados em homenagem à oralidade que caracteriza o Processo do Trabalho, não se pode perder de vista que de lá para cá passamos pelos adventos da máquina de escrever, dos computadores, da internet, da computação nas nuvens e

---

4 DINIZ, Maria Helena. *Ibid.*, p. 401.

do e-processo, de modo que tais disposições celetistas, por estarem defasadas no tempo, já não são capazes de enfrentar os fenômenos advindos do peticionamento eletrônico tão comum nos dias atuais.

Temos, finalmente, as lacunas axiológicas, derivadas da incapacidade de a regra existente dar uma resposta justa ao tema tratado. Aqui, preliminarmente, faz-se imprescindível esclarecer que a injustiça da norma não pode ser justificada no voluntarismo e no senso pessoal de justiça do magistrado. Antes, a sua demonstração deve ser precedida de argumentação jurídica sólida, de modo a que o discurso jurídico evidencie, com arrimo nos fundamentos que sustentam os tratados internacionais de direitos humanos e o bloco de constitucionalidade interno, que a norma existente destoa dos valores preconizados pelo positivismo ético (pós-positivismo).

Cravada esta imprescindível baliza, um excelente exemplo de lacuna axiológica, em que pese o conservadorismo do TST no tratamento da matéria (*vide*, a propósito, a Súmula nº 417, III, do TST), tem morada no art. 899 da CLT, quando diz que execução provisória trabalhista só vai até a penhora. Como é palmar contemporaneamente, o art. 899 da CLT já não mais comporta a restritividade da sua origem, já que a propriedade, principal bem jurídico do pensamento filosófico liberal, não pode ser tutelada a ponto de comprometer a dignidade humana, que é a premissa axiológica central do Estado Democrático de Direito. É certo, assim, que o art. 899 da CLT deverá ser impregnado da potencialidade dignificante dos arts. 520 e 521 do CPC/2015<sup>5</sup>.

Vencida mais esta etapa do estudo, o nosso próximo passo será o de demonstrar quais são os elementos caracterizadores do Processo do Trabalho, para somente depois tratarmos propriamente do diálogo entre os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 com vistas à colmatação das lacunas do Processo do Trabalho.

#### 4.3 – O núcleo duro do processo do trabalho

O direito processual, como tivemos a oportunidade de assentar no nosso livro *Técnica Processual e Tutela Coletiva de Interesses Ambientais trabalhistas*<sup>6</sup>, antes de ser considerado um utensílio meramente técnico, deve ser considerado como um instrumento ético, cuja essência reside, contemporaneamente, na implementação dos valores preconizados pelo projeto delineado na Carta Constitucional.

---

5 Para aprofundamento na matéria, *vide*: CESÁRIO, João Humberto. *Técnica processual e tutela coletiva de interesses ambientais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 245-248.

6 CESÁRIO, João Humberto. *Ibid.*, p. 119 *et seq.*

## DOUTRINA

Isso importa dizer que a legitimação do processo depende, umbilicalmente, da sua mirada teleológica essencial, pois, para ser digno de credibilidade, ele deve ter objetivos claros, devidamente formatados em conformidade com os fundamentos que inspiram a República, além de possuir, evidentemente, tentáculos suficientes para implementá-los.

Metaforicamente falando, o processo, encarado como método jurídico de resolução justa de conflitos, é um instrumento que trafega por uma estrada única, mas que, a determinada altura, apresenta um trevo capaz de guiá-lo por vários caminhos, que, paradoxalmente, o conduzem a um mesmo destino, situado na realização da justiça. Melhor dizendo, o processo é um só, mas, para imprimir-lhe máxima eficiência o direito o compartimenta em disciplinas autônomas, que num primeiro momento o dividem entre processo comum e processo especial.

No âmbito do processo comum, a preocupação é com a natureza penal ou extrapenal da jurisdição. Tem-se, assim, o Processo Penal, cujo objeto é a tutela da liberdade (e não a promoção da prisão, como se poderia açodadamente imaginar). Tudo o que daí desborda, na sua essência, situa-se nos domínios do Processo Civil.

Mas a questão não se esgota por aí. Para a adequada compreensão do que se deve compreender por processo especial, faz-se necessário realçar a existência de jurisdições extraordinárias, como, entre outras, a trabalhista, que possuem objetivos bastante específicos. Para o atingimento do alvo dessas modalidades jurisdicionais, faz-se imperiosa a pavimentação de caminhos próprios, chamados no direito de processos especiais, como o são, por exemplo, o Processo do Trabalho, o Processo Eleitoral e o Processo Militar. Sintetizando tudo o quanto antes explicado, vale ser colhida a lição de José Frederico Marques:

“O melhor critério para a delimitação da área do Direito Processual Civil é o de fixá-la por exclusão: o que não decorrer de uma lide penal, será processo que cai na órbita do Direito Processual Civil.

Temos, todavia, jurisdições especiais, com processo próprio e peculiar, tais como a trabalhista, a eleitoral e a militar. Poderíamos, por isso, no Direito Positivo brasileiro, falar em Direito Processual Comum (dividido em Direito Processual Civil e Direito Processual Penal) e em Direito Processual Especial, que se ramificaria em três disciplinas:

Direito Processual Trabalhista, Direito Processual Eleitoral e Direito Processual Militar.”<sup>7</sup>

Importa notar que tais modalidades de processos, ditos especiais, são invariavelmente lacunosos, possuindo apenas um núcleo duro, caracterizador das suas peculiaridades, que não pode ser corrompido, sob pena da desnaturação das suas essências. Incompletos, eles estão permanentemente abertos ao diálogo com o processo comum, visando a colmatação das suas lacunas, sendo ciosos, contudo, da preservação daquele mínimo inegociável que lhes garante a autonomia.

Vê-se, portanto, que autonomia não significa isolamento ou independência absoluta, sendo relevante lembrar, a propósito, o escólio de Campos Batalha, que com os olhos pousados na processualística laboral esclarece que “o direito processual do trabalho está em situação de interdependência com as ciências processuais particulares, notadamente com o direito processual civil, com o qual tem muitíssimos pontos de contato”<sup>8</sup>.

Uma vez construído o breve introito anterior, a nossa missão, agora, é a de apresentar o núcleo duro do Processo do Trabalho, ou seja, aquele mínimo inegociável que lhe garante a autonomia. O bom desvencilhamento da tarefa imposta, naturalmente, é imprescindível para estabelecermos adiante os padrões jurídico-processuais que orientarão o juslaboralista na condução do diálogo entre os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015.

É necessário esclarecer, antes de tudo, que o Processo do Trabalho tem no protecionismo a sua pedra angular, pois, como adverte o professor Wagner Drdla Giglio, “o caráter tutelar do Direito Material do Trabalho se transmite e vigora também no Direito Processual do Trabalho”<sup>9</sup>. Ainda segundo o mencionado professor, a superioridade patronal se revela, entre outros motivos, “pela facilidade na produção da prova, especialmente a testemunhal, colhida entre seus subordinados, e pela maior idoneidade econômica para suportar as delongas e as despesas processuais”<sup>10</sup>.

Seguindo a mesma linha, Coqueijo Costa realça que no Processo do Trabalho “*mitiga-se o princípio* teórico da igualdade desde o nascimento da

---

7 MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. ed. rev., atual. e ampl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 1999. v. I. p. 15-16.

8 BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1985. p. 139.

9 GIGLIO, Wagner Drdla. *Direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 66.

10 GIGLIO, Wagner Drdla. *Ibid.*, p. 67.

jurisdição especial do trabalho”<sup>11</sup>, na medida em que “o desequilíbrio dos sujeitos no processo do trabalho impõe a especialização desse processo, como consequência das peculiaridades do conflito individual de trabalho, para corrigir esse desequilíbrio”<sup>12</sup>, arrematando, logo em seguida, que na processualística laboral “a relação processual é tutelar, rompendo com o princípio teórico da igualdade jurídica também no processo”<sup>13</sup>.

Sublinhando tal raciocínio, finalmente, Délio Maranhão deixa claro que “o direito processual do trabalho é todo ele elaborado com o propósito de impedir que o litigante economicamente mais poderoso possa desviar ou retardar os fins da Justiça”<sup>14</sup>.

Assim é que do protecionismo<sup>15</sup> deriva a segunda grande característica do Processo do Trabalho, que é a sua estruturação marcadamente inquisitiva.

Como é por demais sabido, existem tradicionalmente dois modelos processuais, conhecidos como adversarial e inquisitorial. No primeiro as partes são as protagonistas do processo, ficando reservado ao juízo um papel passivo, quase secundário, limitado à prolação da decisão. Já no segundo o Estado-juiz é o grande reitor do processo, a quem a lei confere amplos poderes para que os fins estratégicos da jurisdição sejam alcançados. Fala-se, atualmente, em um terceiro modelo, chamado cooperativo, calcado no constante diálogo entre todos os sujeitos do processo, que seria, inclusive, aquele adotado pelo novo Código de Processo Civil<sup>16</sup>.

---

11 COSTA, Carlos Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. 4. ed. rev., atual. e adap. por Washington Luiz da Trindade. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 19.

12 COSTA, Carlos Coqueijo. *Id.*

13 COSTA, Carlos Coqueijo. *Ibid.*, p. 20.

14 MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2004. v. II. p. 1.383.

15 Aqui, ainda que em rodapé, talvez seja oportuna a citação de mais algumas palavras sobre a incidência do princípio protecionista no Processo do Trabalho, colhidas de GIGLIO, Wagner Drdla. *Op. cit.*, p. 67: “Objetam alguns que o Direito Processual não poderia tutelar uma das partes, sob pena de comprometer a própria ideia de justiça, posto que o favorecimento afetaria a isenção de ânimo do julgador. Não lhes assiste razão, pois justo é tratar desigualmente os desiguais, na mesma proporção em que se desiguam, e o favorecimento é qualidade da lei e não defeito do juiz, que deve aplicá-la com objetividade, sem permitir que as suas tendências pessoais influenciem seu comportamento. Em suma: o trabalhador é protegido pela lei, e não pelo juiz”.

16 Para uma compreensão mais profunda dos três modelos processuais, indicamos DIDIER Jr., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Obtido via internet: <<http://migre.me/oiH7a>>. Acesso em: 23 jan. 2015, do qual se extrai, por oportuno, o seguinte excerto: “Fala-se que, no modelo adversarial, prepondera o princípio dispositivo, e, no modelo inquisitorial, o princípio inquisitivo. (...) Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio dispositivo; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será. A dicotomia princípio inquisitivo-princípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de

É óbvio que o desenvolvimento processual em um Estado Democrático de Direito deve ocorrer em uma perspectiva dialógica e cooperativa. Tal fato, entretanto, não apaga a verdade inescandível de que o magistrado é a autoridade do processo, a ele incumbindo a nobilíssima função de evitar o tumulto processual, podendo tal constatação ser sintetizada com as palavras do professor Daniel Mitidiero, para quem “o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa”<sup>17</sup>, desempenhando, assim, “duplo papel, pois ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão”<sup>18</sup>.

O que interessa ficar claro, de tal arte, é que a estruturação do Processo do Trabalho, embora não rechace a perspectiva democrática do diálogo entre os sujeitos processuais, neles incluído o próprio Estado-juiz, é marcadamente inquisitiva, o que nem de longe implica em autoritarismo. São dignas de reprodução, a propósito, as palavras de Fredie Didier Junior:

“A doutrina costuma relacionar o modelo adversarial-dispositivo a regimes não autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo inquisitivo a regimes autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem frequente na doutrina.

A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais certamente influenciarão a conformação do processo, método de exercício do poder, não há relação direta entre aumento dos poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário.”<sup>19</sup>

Apenas para clarificar a inquisitividade de que é dotado o magistrado trabalhista, importa lembrar, por exemplo, o disposto nos arts. 765 e 878 da

---

poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de ‘inquisitividade’; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a ‘dispositividade’. (...) Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida”.

17 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009. p. 72-73.

18 MITIDIERO, Daniel. *Id.*

19 DIDIER Jr., Fredie. *Op. cit.*

## DOCTRINA

CLT, que empoderam os Juízos e Tribunais do Trabalho com ampla liberdade na direção do processo, determinando que eles velem pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas, e até mesmo promover a execução das suas decisões *ex officio*.

Tamanhos poderes se justificam no caráter protecionista que impregna o Processo do Trabalho, que sem desprestigiar o direito de defesa do empregador, almeja garantir que os direitos trabalhistas de caráter alimentar sejam satisfeitos a tempo e modo. Acerca da estruturação inquisitiva do Processo do Trabalho, tem-se, mais uma vez, a lição de Coqueijo Costa, citando, no reforço do seu pensamento próprio, a doutrina uruguaia:

“Poucas urgências podem ultrapassar a que informa o objeto do processo do trabalho: ‘como no processo penal, o objeto vai mais além de uma realidade configurada por fatos externos e penetra na personalidade mesma do autor’ (ANGELIS, Dante Barrios de. *Los Poderes del juez letrado del trabajo*. In: *Nuevo proceso laboral uruguayo*, p. 152). Daí, os acentuados poderes cautelares reconhecidos ao Juiz do Trabalho, como manifestação dessa urgência geral no processo, incluída no objeto deste.”<sup>20</sup>

Da inquisitividade deflui a terceira grande característica do Processo do Trabalho, que é a concentração dos atos processuais, cuja influência aparece nitidamente na audiência trabalhista, que consoante já explicamos no livro *Audiência na Justiça do Trabalho: Curso Teórico e Prático*<sup>21</sup>, deve ser uma e principalmente contínua.

Insta asseverar, conseqüentemente, que no Processo do Trabalho praticamente todos os atos processuais cognitivos, exceção feita à petição inicial e a citação do réu, são concentradamente praticados durante a audiência. É na audiência, com efeito, que se busca a conciliação (arts. 764, 846 e 852-E da CLT), que o réu apresenta a sua resposta (art. 847 da CLT), que são produzidas a maioria das provas (arts. 848 e 852-H, *caput*, da CLT), que as partes veiculam as razões finais (art. 850 da CLT) e que o juiz prola a sentença (art. 850, *caput*, parte final, da CLT).

Da concentração, naturalmente, resulta a quarta característica primordial do Processo do Trabalho, que é a imediação ou imediatidade. Imediação, como se sabe, significa contiguidade ou proximidade. Percebe-se, dentro desta lógica,

---

20 COSTA, Carlos Coqueijo. *Op. cit.*, p. 20.

21 CESÁRIO, João Humberto. *Audiência na justiça do trabalho: curso teórico e prático*. Cuiabá: JHC, 2012.

## DOCTRINA

que a prática concentrada dos atos processuais diminui a distância existente entre os litigantes, as testemunhas e o magistrado, possibilitando que este último conheça melhor aqueles primeiros, de modo a aferir com maior precisão o grau de lealdade com que atuam em juízo.

A esta altura não é sequer necessário enfatizar, já que intuitivo, que da concentração e da imediatidade resultam a oralidade, que é o quinto atributo marcante do Processo do Trabalho. Pode-se assentar, nesta perspectiva, que os atos realizados durante a audiência trabalhista são construídos em perspectiva claramente dialogada.

É nesse momento privilegiado, por exemplo, que o magistrado conversa diretamente com os contendores, esclarecendo-lhes as vantagens da conciliação, valendo-se, inclusive, dos meios adequados de persuasão para a solução avançada do litígio (arts. 764, § 1º, e 852-E da CLT).

Também é na audiência que o réu apresenta a sua resposta, que na literalidade do art. 847 da Consolidação das Leis do Trabalho, diga-se de passagem, deve ser produzida de maneira oral no prazo de 20 minutos.

Como se não bastasse, é por verdadeira emanção do princípio da oralidade que o juiz ouve as partes, as testemunhas e os informantes diretamente (art. 820 da CLT), fazendo com que a audiência seja o momento máximo da proximidade entre o condutor do feito e os elementos de convicção que lhe são dirigidos.

Importa sublinhar, aliás, que é justamente a natureza acentuadamente dialógica do Processo do Trabalho que lhe possibilita ser o mais simples e informal dos ramos do direito processual, sendo a simplicidade procedimental, com efeito, a sexta pilastra da processualística laboral.

Ao revés do que ainda se pensa na estreiteza da cultura bacharelesca, o processo para ser eficiente não precisa necessariamente ser complexo. A burocracia, a bem da verdade, apenas maltrata a celeridade processual, constituindo-se em verdadeiro entrave ao devido processo sem dilações temporais indevidas (art. 5º, LXXVIII, da CRFB) e ao acesso substancial à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB).

O problema do jurisdicionado, contemporaneamente, não é mais o de formalmente buscar a tutela jurisdicional. O seu verdadeiro drama, paradoxalmente, é o de sair em tempo razoável e com uma resposta justa de dentro do Poder Judiciário depois de deflagrada a ação. Daí a proeminência da celeridade processual, que é a sétima e última grande característica do Processo do Trabalho.

## DOCTRINA

Tal constatação se revela ainda mais importante quando se rememora que o Processo do Trabalho foi desenhado para a satisfação de verbas imantadas de inquebrantável natureza jurídica alimentícia. Assim, seria irracional se pensar na possibilidade de que um processo desta índole pudesse ser formal, complexo e consequentemente lento.

De tudo o quanto antes exposto, importa resumir que são sete as colunas de sustentação que juntas soerguem o edifício do Processo do Trabalho, sendo, assim, consideradas o seu núcleo duro:

- Protecionismo;
- Inquisitividade;
- Concentração dos Atos Processuais;
- Imediação;
- Oralidade;
- Simplicidade Procedimental;
- Celeridade Processual.

É a nutrição destas raízes fundantes que garante ao Processo do Trabalho as mais potentes armas para que ele seja capaz de imprimir concretude ao direito fundamental do cidadão-trabalhador a uma tutela jurisdicional verdadeiramente eficiente. Assim, no diálogo da processualística laboral com o processo comum e mesmo com outros microsistemas processuais, todas as vezes que esse núcleo duro, tomado como um mínimo inegociável, for corrompido, o Processo do Trabalho deixará de existir, aparecendo no seu lugar, consequentemente, um procedimento vulgar, sem prestígio suficiente para ser cientificamente considerado como uma disciplina autônoma do direito, com objeto, princípios e fins próprios.

Superada esta parte do estudo, passaremos, doravante, a propor um método para que o diálogo entre os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 seja feito sem sobressaltos, de modo que, preservada a essência do Processo do Trabalho, possamos enriquecê-lo com tudo aquilo o que há de compatível no Processo Comum.

#### *4.4 – Critérios para o diálogo entre os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015*

Como visto ao longo do presente estudo, os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015, que devem ser estudados dialogadamente, tratam da colmatação

das lacunas do Processo do Trabalho, que podem ser normativas (totais ou parciais), ontológicas ou axiológicas.

Enquanto o primeiro dos mencionados dispositivos legais (art. 769 da CLT) esclarece que “o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título [referindo-se ao título X da CLT, que trata do Processo Judiciário do Trabalho]”, o segundo (art. 15 do CPC/2015) diz que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código [referindo-se ao CPC/2015] lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Do cotejo entre eles surgem algumas perguntas, que devem ser adequadamente respondidas, para que possamos ter clareza sobre o método de combinação dialógica que permitirá a ambos potencializar a eficiência do Processo do Trabalho. Tais indagações, algumas de resposta óbvia e outras nem tanto, são as seguintes:

– É necessário que a disposição utilizada na colmatação das lacunas do Processo do Trabalho esteja em consonância com as características que lhe garantem autonomia científica?

– São apenas as disposições do CPC/2015 que podem ser usadas na colmatação das lacunas do Processo do Trabalho?

– Qual a diferença entre aplicação supletiva e subsidiária de outras fontes processuais para a colmatação das lacunas do Processo do Trabalho?

Serão sobre essas questões que trataremos adiante.

#### *4.4.1 – A colmatação de lacunas e a preservação da autonomia do processo do trabalho*

Já advertimos anteriormente que o Processo do Trabalho possui um núcleo duro que necessita ser preservado para que a sua autonomia não seja comprometida. Essa preocupação está expressamente consagrada no art. 769 da CLT, cuja inteligência esclarece que no preenchimento do vazio processual trabalhista as normas utilizadas não poderão seccionar a medula do Processo do Trabalho. Não é por outra razão que o aludido preceptivo aduz, com tintas fortes, que o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, “exceto naquilo em que for incompatível com as normas do Processo Judiciário do Trabalho”.

Incompleto, com efeito, o Processo do Trabalho está permanentemente aberto ao diálogo com o processo comum, disposto a receber o influxo de tudo aquilo que aumenta a sua eficiência, mas sem abrir mão daquilo que lhe é mais caro, que é o protecionismo, a inquisitividade, a concentração, a mediação, a oralidade, a simplicidade procedimental e a celeridade processual.

Pode-se dizer, nesta perspectiva, apenas para uma breve ilustração do asseverado, que o art. 190 do CPC/2015 terá pouquíssimo ou nenhum espaço de incidência no Processo do Trabalho. Ocorre que tal preceito aproxima-se nitidamente do modelo processual adversarial ao prever a chamada convenção de procedimento entre os litigantes, malferindo de morte a inquisitividade característica do Processo do Trabalho, quando estabelece que uma vez versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, será lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Somente isso, ou seja, a aproximação do aludido dispositivo ao modelo processual adversarial, já é suficiente para demonstrar o potencial corrosivo do mencionado dispositivo sobre a essência do Direito Processual do Trabalho, calcada, entre outras premissas, na inquisitividade. Mas, ainda assim, não custa lembrar que o próprio parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 orienta até mesmo o juiz do cível a controlar a validade das convenções, recusando-lhes aplicação nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade<sup>22</sup>, como aquela do trabalhador desempregado que litiga em face do seu antigo empregador, situação mais que corriqueira na Justiça do Trabalho.

Percebe-se, em arremate, que o art. 769 da CLT, no desempenho de uma mesma tarefa, atua de dois modos aparentemente antagônicos (mas que combinados fazem muito sentido), às vezes como uma cláusula aberta e outras como uma barreira de contenção. No primeiro caso, recebendo de outros ramos do direito processual as regras que completam, complementam e nutrem o Processo do Trabalho; no segundo, repelindo tudo aquilo que o burocratiza e surrupia a sua eficiência.

---

22 É importante frisar que tais conclusões, no sentido da incompatibilidade do art. 190 do CPC/2015 com o Processo do Trabalho, não esmaecem o nosso ponto de vista, firmado em outra obra, de que o próprio Juiz do Trabalho (e não as partes) pode conformar o procedimento trabalhista às necessidades do caso concreto. Para justificar a nossa afirmação, remetemos o leitor ao nosso livro *Técnica Processual e Tutela Coletiva de Interesses Ambientais Trabalhistas* (vide as referências anteriores), especialmente às páginas 123 *et seq.*

### 4.4.2 – O processo do trabalho, o processo comum (civil e penal), as leis processuais extravagantes e os microssistemas processuais

Muito ao contrário do que possa parecer ao intérprete menos criterioso, o Processo do Trabalho, cujas regras estão estabelecidas basicamente na CLT e na Lei nº 5.584/70, não dialoga apenas com o Processo Civil. Antes, está aberto à integração com o Processo Penal, leis extravagantes como a nº 6.830/80 (que trata da execução fiscal), e outros microssistemas processuais como os dos Juizados Especiais Estadual e Federal, bem como o da tutela transindividual de direitos, composto, basicamente, pela Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Note-se, a propósito do Processo Penal, que o art. 769 da CLT deixa claro que será o “Direito Processual Comum” e não o “Processo Civil” que será utilizado como fonte complementar do direito processual do trabalho. Vale repisar, assim, agora com maior destaque, o escólio de José Frederico Marques, para quem se pode falar em “Direito Processual Comum (dividido em Direito Processual Civil e Direito Processual Penal) e em Direito Processual Especial, que se ramificaria em três disciplinas: Direito Processual Trabalhista, Direito Processual Eleitoral e Direito Processual Militar”<sup>23</sup>.

Nesse sentido, sobreleva notar, por exemplo, que o art. 1º do Código de Processo do Trabalho português<sup>24</sup> enfatiza a ideia de que a processualística laboral deve ter as lacunas preenchidas pelo Processo Comum, entendido como tal o Processo Civil ou Penal, sendo certo, ademais, que as normas subsidiárias não se aplicam quando forem incompatíveis com a índole do Processo do Trabalho.

Tal assertiva, aliás, não deveria soar estranha, pois todos aqueles que estudam os autores clássicos sabem muito bem que a doutrina jamais foi refratária à utilização do Processo Penal para a colmatação de lacunas no Processo do Trabalho. Tome-se, como ilustrativo do afirmado, respectivamente, as lições de Coqueijo Costa e Wagner Giglio:

“A interpretação do Direito Processual do Trabalho não pode fugir das regras básicas da interpretação do Direito Processual Civil,

23 MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 16.

24 Importante a reprodução, neste ponto, do mencionado dispositivo legal: “CÓDIGO DE PROCESSO DO TRABALHO. Disposições Fundamentais. Art. 1 Âmbito e integração do diploma. 1. O processo do trabalho é regulado pelo presente Código. 2. Nos casos omissos recorre-se sucessivamente: a) À legislação processual comum, civil ou penal, que directamente os previna; (...) 3. As normas subsidiárias não se aplicam quando forem incompatíveis com a índole do processo regulado neste Código” (Obtido via internet: <<http://migre.me/ojWRP>>. Acesso em: 24 jan. 2015).

com alguma ressonância também na interpretação de certos princípios do Direito Processual Penal.”<sup>25</sup>

“Levado às últimas consequências, o princípio da extrapetição transformaria a petição inicial da ação trabalhista, nos dissídios individuais, em algo muito semelhante à queixa-crime.

Na verdade a defesa dessa aproximação do processo do trabalho ao processo penal não deveria causar espécie, pois encontra apoio não apenas no alto teor de inquisitorialidade do procedimento trabalhista, mas até na máxima latina narra *mihi factum dabo tibi jus*: idealmente, caberia ao empregado, ignorante dos seus direitos, narrar os fatos – data da admissão e do despedimento, funções, salário e horário de trabalho, em essência – incumbindo-se o juízo de apurar o cumprimento ou o descumprimento das obrigações patrimoniais.”<sup>26</sup>

Não se pode negar que o Processo Penal, assim como o Processo do Trabalho, é mais fortemente influenciado pelo modelo inquisitivo do que o Processo Civil, não devendo causar admiração, portanto, a possibilidade de os dois primeiros em alguma medida dialogarem.

Como exemplo de aplicação de disposições processuais penais no Processo do Trabalho, podemos elencar, entre outros, o art. 231 do Código de Processo Penal, que ao permitir às partes a apresentação de documentos em qualquer fase do processo, vai muito mais ao encontro do espírito que orienta o Processo do Trabalho que a regra do art. 434 do CPC/2015, na medida em que esta última estabelece que os litigantes em regra instruirão a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar-lhe as alegações, só podendo a partir de então, nos termos do art. 435 do CPC/2015, trazer outros documentos ao processo por exceção.

Percebe-se neste aspecto específico, quando combinados os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015, que o primeiro, por ser mais amplo, abarca na sua essência o segundo, permitindo que o Processo do Trabalho dialogue tanto com o Processo Civil (de acordo com o indicativo dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015) como também com o Processo Penal (de acordo com o indicativo mais amplo do art. 769 da CLT). Por motivos óbvios, o Processo Civil possui maiores pontos de contato com o Processo do Trabalho do que o Processo Penal, o que de modo algum significa, todavia, que a processualística penal não possa ser útil à colmatação das lacunas processuais trabalhistas.

---

25 COSTA, Carlos Coqueijo. *Op. cit.*, p. 17.

26 GIGLIO, Wagner Drdla. *Op. cit.*, p. 70.

Mas a questão não para por aí. Ocorre que quando levada a sério a doutrina do diálogo das fontes, o imbróglio se torna ainda mais complexo, tomando uma amplitude muito maior que aquela derivada da simples combinação dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015. Ocorre que como já dito anteriormente, o Processo do Trabalho também interage com algumas leis extravagantes, como, por exemplo, a de execução fiscal, e outros microssistemas processuais como os dos Juizados Especiais, da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.

Basta ver, no primeiro dos casos, que o art. 889 da CLT estabelece que “aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título [referindo-se ao título X da CLT, que trata do Processo Judiciário do Trabalho], os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”.

De igual sorte, o Processo do Trabalho não passa imune aos influxos das Leis ns. 9.099/95 e 10.259/01, que dispõem sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais nos âmbitos estadual e federal. Como exemplos mais que conhecidos de disposições destas leis aplicáveis ao Processo do Trabalho, podem ser citados os arts. 10 e 31 da Lei nº 9.099/95 e 17 da Lei nº 10.259/01, que impedem a intervenção de terceiros e a reconvenção no rito sumaríssimo trabalhista, viabilizando, ademais, a requisição de pequenos valores em face da Fazenda Pública independentemente de precatório.

Não custa lembrar, por fim, que a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor constituem um poderoso microssistema para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja aplicabilidade nos processos laborais pode ser detalhadamente compreendida no nosso livro *Técnica Processual e Tutela Coletiva de Interesses Ambientais Trabalhistas*, ao qual remetemos o leitor<sup>27</sup>.

#### 4.4.3 – A aplicação supletiva e subsidiária do CPC/2015 ao processo do trabalho

Demonstrada a amplitude dialógica do Processo do Trabalho, é chegado o momento de concentrarmos esforços na demonstração do que se deve compreender como a aplicação supletiva e subsidiária do CPC/2015 ao Processo do Trabalho.

---

27 CESÁRIO, João Humberto. *Técnica processual e tutela coletiva de interesses ambientais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 164 et seq.

## DOCTRINA

É importante destacar aqui que, enquanto o art. 769 da CLT fala que o direito processual comum será fonte “subsidiária” do Direito Processual do Trabalho, o art. 15 do CPC/2015 estabelece que o novo Código será aplicado “supletiva” e “subsidiariamente” ao Processo do Trabalho.

De tal arte, considerada a máxima de que a lei não contém (ou pelo menos não deveria conter) palavras inúteis, revela-se imperioso que de agora em diante emprestemos sentido jurídico às expressões “supletiva” e “subsidiariamente”, sem que nesta tarefa percamos o significado léxico das aludidas expressões. Antes de nos embrenharmos por tal empreitada, sobreleva advertir que tais vocábulos têm conotação extremamente próxima, sendo comumente usados como sinônimos, razão pela qual é difícil diferenciá-los.

Uma primeira pista para a compreensão de ambos pode ser obtida no parecer da Câmara dos Deputados, exarado durante a tramitação do projeto do CPC/2015 naquela casa legislativa, que a certa altura diz que “aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna; aplicação supletiva, à complementação normativa”<sup>28</sup>.

Com todo o respeito, sem que nem de longe queiramos desmerecer o elogiável trabalho realizado pela Câmara dos Deputados na tramitação do CPC/2015, parece-nos que a diferenciação, a par de não oferecer o melhor tratamento vernacular às mencionadas expressões, igualmente claudica nas suas significações jurídicas.

Há de se notar, primeiramente, que o respeitável parecer, ao dizer que a aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna, enquanto a aplicação supletiva colima a complementação normativa, parece sugerir que neste último caso não haveria lacuna a ser colmatada, o que não se revela apropriado.

Foi justamente por isso que alhures dividimos em totais e parciais as lacunas normativas ligadas ao Processo do Trabalho. Na primeira delas, como já explicamos, nem a CLT ou a legislação processual trabalhista extravagante possuem regramento sobre determinado instituto do processo. Já no segundo caso, elas ocorrem em um contexto em que, embora a CLT tenha tratado mais cuidadosamente do assunto, ainda assim não o fez de modo exauriente. Portanto, em quaisquer das hipóteses, seja na aplicação subsidiária ou supletiva do CPC/2015 ao Processo do Trabalho, estaremos sempre trabalhando no plano do

---

28 Parecer ao Projeto de Lei n. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei n. 5.869, de 1973). p. 196. Obtido via internet: <<http://migre.me/okvxp>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

preenchimento de lacunas, sejam elas normativas totais, normativas parciais, ontológicas ou axiológicas.

Parece-nos, demais disso, que sem embargo da proximidade linguística das palavras “subsidiário” e “supletivo”, a primeira delas seria algo que vem em reforço do que já existe, enquanto a segunda seria aquilo que completa (e não meramente complementa como indica o parecer parlamentar) um espaço totalmente vazio. A prevalecer tal pensamento, o parecer da Câmara, além de maltratar o significado jurídico das lacunas no direito, estaria com os sinais semânticos invertidos ao dizer que a aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna e a aplicação supletiva à complementação normativa.

Mostra-se adequado, nesse momento, valermos-nos do conteúdo dos léxicos. Segundo o dicionário Houaiss<sup>29</sup>, subsidiário é o que ajuda, socorre, reforça, aumenta, contribui, e supletivo é o que serve para completar (e não complementar). Na mesma linha, o dicionário Michaelis<sup>30</sup> esclarece que subsidiário é o que fortalece, que vem em apoio ou reforço, que robustece algo tido como principal, ao passo que supletivo é o que serve de suplemento, que completa (e não meramente complementa).

Ora, se com estribo nos léxicos “subsidiário é algo que vem em apoio ou reforço daquilo que é principal”, enquanto “supletivo é aquilo que completa”, o correto a se fazer, juridicamente falando, é compreender-se que “subsidiário” é o que vem em auxílio de uma regra existente, mas insuficiente para reger plenamente determinada matéria, ao passo que “supletivo” é o que completa um espaço normativo totalmente vazio.

Em resumo: subsidiário é o que complementa; supletivo é o que completa!

Não é inapropriado entender-se, de tal arte, que no plano das lacunas normativas totais o CPC/2015 deve ser usado supletivamente no Processo do Trabalho, sendo certo que no plano das lacunas normativas parciais, ontológicas e axiológicas o CPC/2015 deve ser aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho<sup>31</sup>.

---

29 Obtido via internet: <<http://houaiss.uol.com.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

30 Obtido via internet: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

31 *Vide*, em sentido em oposto ao aqui defendido, filiando-se, portanto, à visão do parecer da Câmara dos Deputados MEIRELES, Edilton. O novo CPC e as regras supletiva e subsidiária ao processo do trabalho. In: MANUS, Pedro Paulo Teixeira (Dir.); ROMAR, Carla Teresa Martins; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (Coord.). *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: RT, v. 40, n. 157, maio/jun. 2014, p. 131: “Em suma, temos que a regra subsidiária visa preencher a lacuna integral (omissão absoluta) do corpo normativo. Já a regra supletiva tem por objeto dar complementação normativa ao que foi regulado de modo incompleto (omissão parcial). Ali falta a regra, aqui a regra é incompleta. Ali, supre-se a ausência da regra; aqui, complementa-se a regra que não esgota a matéria”.

## DOCTRINA

A questão, delicada por natureza, pode ser melhor compreendida com o auxílio da exemplificação, sem que, por motivos óbvios, nem de longe intentemos esgotar a matéria:

– A CLT e a legislação processual do trabalho extravagante não falam sobre o instituto processual da intervenção de terceiros. No caso, portanto, aplicaremos supletivamente ao Processo do Trabalho os arts. 119 e seguintes do CPC/2015, com as ressalvas necessárias, naturalmente.

– A CLT não fala da ação rescisória, salvo uma brevíssima remissão no seu art. 836 que remete a matéria justamente ao Código de Processo Civil. Aplicaremos supletivamente à hipótese, com efeito, os arts. 966 e seguintes do CPC/2015 ao Processo do Trabalho.

– A CLT fala basicamente sobre a prova documental, ainda assim com uma laconicidade assustadora, nos seus arts. 787, 830 e 852-H, § 1º. De tal arte, no caso dessa modalidade probatória (documental), as disposições dos arts. 405 e seguintes do CPC/2015 serão supletivamente aplicadas no Processo do Trabalho.

– A CLT fala sobre a apelação (*rectius*: recurso ordinário) no seu art. 895, mas como ele é insuficiente para compreendermos todos os meandros do tema, como, por exemplo, aqueles ligados ao efeito devolutivo em extensão e em profundidade do apelo, aplicaremos os arts. 1.009 e seguintes do CPC/2015 subsidiariamente ao processo do Trabalho.

– A CLT fala sobre os embargos do devedor no seu art. 884, mas como ele não possui o elástico necessário à compreensão de todos os aspectos do seu processamento, aplicaremos, com as necessárias ressalvas (como, v.g., aquelas atinentes ao prazo e à garantia do juízo), o art. 525 do CPC/2015 subsidiariamente ao Processo do Trabalho.

– A CLT fala sobre as nulidades processuais de modo bastante satisfatório, mas ainda assim incompleto, nos seus arts. 794 a 798. Logo, há no caso iniludível margem para a utilização subsidiária dos arts. 276 a 283 do CPC/2015 no Processo do Trabalho.

– A CLT, como já indicamos anteriormente, possui uma lacuna axiológica no seu art. 899, pois, em claro apego aos valores excessivamente patrimonialísticos do modelo liberal de Estado, acaba por fazer tábula rasa da valorização da dignidade humana, tão cara ao Estado Democrático de Direito. Assim, haveremos de aplicar subsidiariamente ao Processo do Trabalho, em que pese o atual conservadorismo jurisprudencial do TST sobre o assunto (Súmula nº 417, III, do TST), as regras dos arts. 520 e 521 do CPC/2015, especialmente

aquelas que permitem o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos de alienação da propriedade, independentemente de caução, nos casos em que o crédito for de natureza alimentar e o credor demonstrar situação de necessidade ou a sentença estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (no nosso caso do TST) ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos (art. 521 do CPC/2015).

Os exemplos, como é fácil intuir, seriam infinitos. Coube-nos aqui, em uma primeira aproximação do problema, meramente trazer à tona alguns dos seus aspectos, que serão melhor analisados em obras específicas.

### 5 – SÍNTESES CONCLUSIVAS

Revela-se útil, ao final de um trabalho, condensar as suas principais conclusões, tarefa da qual nos desvencilharemos de agora em diante:

- O art. 15 do CPC/2015 não revogou o art. 769 da CLT;
- Os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 devem ser lidos combinadamente, na perspectiva jurídica do diálogo das fontes;
- No Processo do Trabalho existem lacunas normativas totais, normativas parciais, ontológicas e axiológicas;
- O Processo do Trabalho possui um núcleo duro, composto por protecionismo, inquisitividade, concentração dos atos processuais, imediação, oralidade, simplicidade procedimental e celeridade processual, que não pode ser corrompido na colmatação das suas lacunas, sob pena do comprometimento da sua autonomia científica;
- No preenchimento das lacunas do Processo do Trabalho podem ser usadas disposições do Processo Civil, do Processo Penal, de leis processuais extravagantes e outros microssistemas processuais, como os dos Juizados Especiais e o da tutela transindividual de direitos;
- No plano das lacunas normativas totais o CPC/2015 deve ser usado supletivamente no Processo do Trabalho, ao passo que no plano das lacunas normativas parciais, ontológicas e axiológicas o CPC/2015 deve ser aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho.

## DOCTRINA

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1985.

CESÁRIO, João Humberto. *Audiência na justiça do trabalho: curso teórico e prático*. Cuiabá: JHC, 2012.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela coletiva de interesses ambientais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012.

COSTA, Carlos Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. 4. ed. rev., atual. e adap. por Washington Luiz da Trindade. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIDIER Jr., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Obtido via internet: <<http://migre.me/oiH7a>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIGLIO, Wagner Drdla. *Direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2004. v. 2.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método na nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. ed. rev., atual. e ampl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 1999. v. I.

MEIRELES, Edilton. O novo CPC e as regras supletiva e subsidiária ao processo do trabalho. In: MANUS, Pedro Paulo Teixeira (Dir.); ROMAR, Carla Teresa Martins; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (Coord.). *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: RT, v. 40, n. 157, maio/jun. 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

#### *Endereços eletrônicos pesquisados*

Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://migre.me/okvxp>>.

Dicionário Houaiss. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/>>.

Dicionário Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>.

Editora Juspodivm. Disponível em: <<http://migre.me/oiH7a>>.

Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa – Ministério Público. Disponível em: <<http://migre.me/ojWRP>>.

# A REFORMA DO SISTEMA RECURSAL TRABALHISTA PELA LEI Nº 13.015/2014 E O NOVO PAPEL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA JUSTIÇA BRASILEIRA: CONTEXTO, PREMISSAS E DESAFIOS

José Roberto Freire Pimenta\*

## A CRISE ATUAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO E A INEFETIVIDADE DO DIREITO MATERIAL DO TRABALHO NO BRASIL: SUAS CAUSAS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

A promulgação da Lei nº 13.015, de 21.07.2014, ao entrar em vigor em 22.09.2014, significou a mais profunda alteração no sistema recursal trabalhista brasileiro desde a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho.

Embora as modalidades recursais adotadas no processo do trabalho não tenham sido modificadas por essa nova lei, ela, além de promover algumas mudanças localizadas de menor alcance (no agravo de instrumento e nos embargos de declaração), representou uma clara e ousada tentativa de racionalizar e de aperfeiçoar o julgamento dos recursos de natureza extraordinária (recursos de revista e embargos) pelo Tribunal Superior do Trabalho, através:

a) da exacerbação e do aperfeiçoamento dos requisitos técnicos para a interposição dos recursos de natureza extraordinária (de um lado instituindo, no plano legal, critérios e exigências formais que a jurisprudência consolidada do TST já havia consagrado<sup>1</sup>, e por outro lado de se exigir maior rigor na demons-

---

\* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; doutor em Direito Constitucional pela UFMG; professor adjunto III da Faculdade de Direito da PUC Minas, nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho; relator da Comissão de Ministros do Tribunal Superior do Trabalho constituída pelo Ato nº 401, de 06.08.2014, de seu Presidente, Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, com a finalidade de regulamentar, no âmbito da Justiça do Trabalho, a Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, que alterou o Capítulo VI do Título X da CLT, que disciplina os recursos trabalhistas.*

1 Especialmente em sua Súmula n 337 (cuja atual redação, decorrente de sucessivas alterações anteriores, foi aprovada pela Resolução n 185/2012, divulgada no DEJT de 25, 26 e 27.09.2012).

tração do atendimento dos pressupostos intrínsecos de sua admissibilidade), visando tornar mais fácil e célere o seu julgamento e, pelo reforço dos *filtros processuais*, coibir a interposição de recursos descabidos e inúteis (porque visivelmente fadados ao insucesso) e, assim, meramente procrastinatórios;

b) da valorização da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho como um todo<sup>2</sup>, reforçando e assegurando a aplicação do antes já disposto na antiga redação do § 3º do art. 896 da CLT (dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.98) com a providência prevista em seu novo § 4º, que autorizou o Tribunal Superior do Trabalho a, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, determinar o retorno dos autos do recurso de revista já admitido à instância regional, ao constatar a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho que neste ainda não tenham sido objeto de uniformização;

c) do reforço da autoridade dos precedentes regionais e do Tribunal Superior do Trabalho, na mesma linha preconizada pelo novo Código de Processo Civil recém-aprovado pelo Congresso Nacional, e da regulamentação do procedimento para o julgamento concentrado da matéria controvertida objeto dos denominados recursos de revista repetitivos (que caracterizem a existência de uma multiplicidade de feitos fundados em idêntica questão de direito), para enfrentar, de forma molecular e isonômica, o fenômeno da *litigiosidade em massa* que cada vez mais assoberba a Justiça do Trabalho e de assegurar a coerência e a efetividade das decisões judiciais e, em consequência, do próprio direito material trabalhista.

Como se sabe, o projeto que resultou na referida Lei se originou no próprio Tribunal Superior do Trabalho, como produto das discussões realizadas por seus Ministros no período de 16 a 20 de maio de 2011 na primeira edição da “Semana do TST”<sup>3</sup>. Em seguida, o anteprojeto aprovado pelo Órgão Especial desse Tribunal (pela Resolução Administrativa nº 1.411, de 24.05.2011) foi encaminhado ao Congresso Nacional, tendo tramitado a partir da Câmara dos Deputados como o Projeto de Lei nº 2.214/2011. Após as naturais vicissitudes inerentes ao processo legislativo e ao debate democrático de seu conteúdo,

- 
- 2 Hoje reduzidos, na maior parte dos processos, a meras *instâncias judiciárias de passagem*, nas quais cada um de seus órgãos fracionários decide como bem lhe aprouver e sem cogitar do entendimento predominante acerca da questão controvertida no âmbito desse Tribunal Regional.
  - 3 Instituída pela Resolução Administrativa n 1.448/2011 pela louvável iniciativa do então Presidente do TST, Ministro João Oreste Dalazen, para promover, em seu âmbito, “uma ampla e profunda reflexão destinada ao aprimoramento institucional da Corte, sobretudo da sua prestação jurisdicional”, cabendo especificamente ao Grupo de Normatização, que então tive a honra de integrar, “a análise e a elaboração de proposta de revisão das normas internas do Tribunal Superior do Trabalho” e “a discussão e a elaboração de anteprojetos de lei”.

com a aprovação de várias emendas aditivas e supressivas<sup>4</sup>, essa Lei acabou por ser aprovada e sancionada três anos depois da apresentação do Projeto, inaugurando, em boa hora (já que às vésperas da aprovação do novo Código de Processo Civil), uma nova fase do processo do trabalho brasileiro.

E por que foi oportuna essa alteração legislativa? Porque hoje toda a Justiça do Trabalho e, conseqüentemente, o direito do trabalho brasileiro vivem uma profunda e crescente crise de efetividade, em suas dimensões processual e material.

Como já tivemos oportunidade de afirmar em trabalhos anteriores<sup>5</sup>, é absolutamente notório e consensual, nos dias de hoje, que o número de processos judiciais em andamento no Brasil é maior que a capacidade operacional dos órgãos do Poder Judiciário constitucionalmente competentes para sua adequada e tempestiva apreciação e julgamento e que, a cada ano, o número de processos novos aumenta geometricamente, em proporção maior que o aumento eventual

---

4 As duas mais importantes alterações no anteprojeto aprovado pelo TST (a primeira a meu ver negativa e a segunda positiva) consistiram: a) na supressão de todo o art. 896-B da CLT constante da proposta original, com o objetivo de eliminar todas as multas processuais previstas em várias de suas disposições para coibir a utilização maliciosa e procrastinatória dos agravos internos e dos embargos de declaração, mas com a inadvertida, atênica e simultânea supressão da possibilidade, antes expressamente consagrada no antigo § 5º do art. 896 da CLT, em sua redação anterior à nova lei, de o relator, por decisão monocrática, negar seguimento ao recurso de revista interposto contra decisão em consonância com a jurisprudência já consolidada do TST ou quando desatendidos seus pressupostos extrínsecos de admissibilidade, obrigando a aplicação subsidiária do art. 557 do atual CPC, mas, contraditoriamente, não para os Embargos do art. 894 da CLT, que continuou a prever tal hipótese em seu novo § 3º; b) no acréscimo, ao atual art. 896-B da CLT (que era o art. 896-C constante da proposta original do TST e que se limitava a determinar a aplicação ao recurso de revista, no que couber, das normas do CPC relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos), o novo e extenso art. 896-C, que passou a detalhar o procedimento a ser adotado para o julgamento dos recursos de revista repetitivos, combinando a sistemática adotada pelo CPC de 1973 hoje ainda em vigor para os recursos extraordinário e especial repetitivos (em seus arts. 543-B e 543-C, acrescidos, respectivamente, pelas Leis ns. 11.418, de 19.12.06, e 11.672, de 08.05.08) com a instituída pelos dispositivos correspondentes do novo CPC, hoje já aprovado.

Para uma completa e justificada crítica e exposição das outras mudanças no referido Projeto de Lei promovidas pelo Poder Legislativo, veja-se: DALAZEN, João Oreste. Apontamentos sobre a Lei n. 13.015/2014 e impactos no sistema recursal trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 205-206.

5 PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Mauricio Godinho; BORJA, Cristina Pessoa Pereira (Coord.). *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004. p. 337-339; Súmulas vinculantes: uma reapreciação crítica. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FATTINI, Fernanda Carolina; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; BENEVIDES, Sara Costa (Coord.). *O que há de novo em direito do trabalho – homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 462 e ss.

e meramente aritmético do número de juízes e servidores correspondentes<sup>6</sup>. Especificamente em relação à Justiça do Trabalho e conforme estatísticas amplamente divulgadas relativas ao período posterior à promulgação da Constituição de 1988, a cada ano o número de reclamações trabalhistas ajuizadas não cessou de crescer, tendo alcançado o número astronômico de quase 1.800.000 novas ações trabalhistas em 2002 (dados obtidos no *site* do STF na internet).

Isto, ironicamente, intensificou-se justamente depois da Reforma do Poder Judiciário empreendida pela Emenda Constitucional nº 45, de 09.12.04, promulgada com o declarado propósito de enfrentar o déficit de efetividade que, há mais de 10 anos, já se evidenciava, tendo inclusive consagrado expressamente no novo inciso LVIII do art. 5º da Constituição Democrática de 1988, como um dos direitos fundamentais assegurados a todos os cidadãos brasileiros, o direito à “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. No entanto, na década que sucedeu a tão generosa e importante mudança constitucional, a distância entre a esfera normativa e a prática judiciária brasileira não cessou de aumentar.

Com efeito, e como está registrado no Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2011, nesse ano, foram distribuídos, nas Varas do Trabalho brasileiras, 2.110.718 casos novos (6,2% a mais do que em 2010); no mesmo ano, tramitaram nas Varas 3.501.602 processos na fase de conhecimento, correspondentes à soma das novas ações ajuizadas aos resíduos dos anos anteriores<sup>7</sup>. Conforme o Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2012<sup>8</sup>, nesse ano, foram distribuídos 2.239.671 casos novos, 6,11% a mais que em 2011. Em 2013, foram distribuídos 2.239.843 casos novos, 4,70% a mais que no ano anterior<sup>9</sup>. Em 2012, o percentual de conciliações, em todo o país, foi 43,38%<sup>10</sup>. Em 2013, esse mesmo índice caiu para 40,9%<sup>11</sup>.

---

6 Em pesquisa e estudo sociológicos levados a cabo no Estado de São Paulo junto a magistrados da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho, já em 2006, quase 80% dos pesquisados afirmaram que a estrutura de que dispõe a instituição judiciária em que exercem suas atividades é inadequada para atender à demanda de atuação nas suas diversas áreas de competência (HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. A súmula vinculante sob a ótica de juízes de 1ª instância: um estudo exploratório. In: PESSÔA, Leonel Cesarino [Org.]. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: LTr, 2007. p. 93-96).

7 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 13 maio 2013.

8 *Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho*, 2012, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília: TST, 2013, p. 26.

9 *Relatório Geral da Justiça do Trabalho – 2013*, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília: TST, 2014, p. 27.

10 *Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho*, 2012, *op. cit.*, p. 62.

11 *Relatório Geral da Justiça do Trabalho – 2013*, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília: TST, 2014, p. 76.

## DOCTRINA

No mesmo período, o número de Varas do Trabalho e de juízes titulares e substitutos (e de integrantes dos Tribunais Regionais do Trabalho e do TST) nem de longe acompanhou a mesma proporção do aumento do número de processos distribuídos – ou seja, a carga de trabalho individual de cada magistrado trabalhista não tem parado de aumentar. Embora a produtividade anual dos órgãos da Justiça do Trabalho também tenha apresentado um crescimento constante, esse incremento deu-se em percentuais menores que os do aumento dos processos novos, acarretando um gradual mas consistente aumento do resíduo ou do acervo de processos em andamento, bem como do tempo médio de sua tramitação.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, os números são ainda mais dramáticos: numa perspectiva mais distante (cotejando os dados estatísticos de 1983 com os de 2013, como o fez em interessante quadro comparativo o seu atual Vice-Presidente, Ministro Ives Gandra Martins Filho)<sup>12</sup>, é praticamente impossível qualquer termo de comparação, na medida em que, em 1983, foram recebidos 11.080 processos para serem julgados pelos seus 17 ministros de então (cabendo a cada um, portanto, 652 processos novos naquele ano), enquanto que, em 2013, foram recebidos 240.596 novos feitos para seus atuais 27 ministros (perfazendo a média anual, por ministro, de 8911 processos novos).

O crescimento mais expressivo, no entanto, tem ocorrido nos últimos anos: em 2012, foram recebidos no TST 183.303 casos novos (7,94% a mais que em 2011) e 258.637 processos foram distribuídos ao total de ministros (45,4% a mais que em 2011). Havendo cada ministro recebido, em média, 10.777 processos no ano e 1.078 por mês, com um aumento na carga de trabalho individual de 4,81% (correspondente a 16.620 processos para cada ministro, excluídos os ocupantes de cargos de Direção)<sup>13</sup>. Em 2013, foram recebidos no TST 239.644 casos novos (30,74% a mais que em 2012) e a carga de trabalho passou a ser de 19.906 processos para cada ministro (com um aumento, portanto, de 19,77% em relação ao ano anterior)<sup>14</sup>. Em 2014, por fim, chegaram ao TST 244.555 processos novos (ainda assim 2,5% a mais que em 2013, ano em que ocorreu um excepcional aumento no número de casos novos)<sup>15</sup>, tendo-se mantido praticamente a mesma carga de trabalho individual para cada ministro.

---

12 MARTINS FILHO, Ives Gandra. O recurso de revista e a Lei n. 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 197.

13 *Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho* – CESTP, 2012, *op. cit.*, p. 26, 46 e 48.

14 *Relatório Geral da Justiça do Trabalho* – 2013, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília: TST, 2014, p. 27 e 49.

15 *Movimentação Processual do Tribunal Superior do Trabalho* – ano de 2014, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília: TST, 30.01.2015, p. 3.

## DOCTRINA

Em 2012, 13,52% a mais de processos foram julgados no TST em relação a 2011, mas o resíduo de processos, apesar disso, aumentou em 9,17% em comparação com o ano anterior<sup>16</sup>. Em 2013, foram julgados no Tribunal Superior do Trabalho 7,91% a mais de processos que em 2012, mas, a despeito disso, houve um aumento de 27,24% no resíduo de processos em relação a 2012<sup>17</sup>. Em 2014, a produtividade no número de julgamentos no TST teve o expressivo aumento de 12,2% em comparação com o ano de 2013, mas, mesmo assim, houve um aumento de 11,9% no acervo de processos em tramitação<sup>18</sup>.

Do exame do conteúdo da matéria controvertida desse número sempre crescente de processos que chegam anualmente ao TST, no entanto, é possível constatar que eles, em sua grande maioria, inserem-se em dois grupos: o primeiro é aquele constituído por processos cujos recursos claramente foram interpostos sem grandes esperanças de sucesso, seja pelo flagrante desatendimento de seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, seja por tratarem de matérias a cujo respeito à jurisprudência dessa Corte Superior já se pacificou; o segundo é o grupo de dissídios individuais cujo objeto, no todo ou em parte, consiste das hoje denominadas questões de direito repetitivas, decorrentes de alegadas lesões de massa, e que, tendo sido objeto de decisões divergentes nas instâncias ordinárias, ainda não foram objeto de pacificação no âmbito nacional. É evidente que os recursos remanescentes, que não se inserem nos acima descritos, têm por objeto matérias de alta relevância ou repercussão social ainda não pacificadas ou questões de alta indagação jurídica cujo enfrentamento artesanal e ponderado constitui, precipuamente, a razão de ser e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho.

Com relação ao primeiro grupo de processos acima indicado, é fácil constatar que a grande maioria dos recursos de natureza especial e extraordinária interpostos para os Tribunais Superiores e para o Supremo Tribunal Federal mostram-se, *data venia*, flagrantemente desprovidos de fundamentos mais consistentes e compatíveis com os pressupostos legais para sua utilização, revelando, com muita clareza, a real – mas não declarada – intenção das partes de simplesmente fazer uso da *demora fisiológica do processo*<sup>19</sup> para adiar o previsível desfecho da controvérsia.

---

16 *Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho*, 2012, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília: TST, 2013, p. 55 e 67.

17 *Relatório Geral da Justiça do Trabalho – 2013*, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília: TST, 2014, p. 63 e 80.

18 *Movimentação Processual do Tribunal Superior do Trabalho – ano de 2014*, *op. cit.*, p. 3.

19 Assim entendida a simples demora natural e inevitável do processo, que não decorre de nenhum ato abusivo ou procrastinatório de um dos litigantes (sua *demora fisiológica*) e que se diferencia da sua *demora patológica*, causada pela omissão do magistrado ou dos servidores ou por atos procrastinatórios ou de

## DOUTRINA

De forma lúcida e persuasiva, o Juiz do Trabalho da 15ª Região Firmino Alves Lima, ao tratar especificamente da *ratio* que justifica a adoção do procedimento de julgamento dos recursos repetitivos, invocando o magistério de José Carlos Barbosa Moreira, bem descreve essa grave distorção do sistema recursal brasileiro nas suas instâncias de natureza extraordinária, vulnerável à sua utilização, pelos grandes litigantes, como mero obstáculo à concretização do direito fundamental à duração razoável do processo, hoje expressamente consagrado no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição:

“Não é novidade brasileira a preocupação em racionalizar o uso dos recursos processuais, principalmente em matérias já decididas ou com jurisprudência já assentada, evitando-se, assim, a apreciação de demanda recursal inútil. Esta existe quando a providência jurisdicional pretendida não revela qualquer utilidade, eis que o resultado decorrente é perfeitamente previsível, porém, apenas congestiona a máquina judiciária. A demanda inútil consome muitos recursos humanos e financeiros dos órgãos judicantes sem qualquer resultado prático mais relevante, salvo o interesse daqueles que litigam, principalmente os devedores contumazes dotados de grande poderio econômico capaz de sustentar a movimentação de tantas causas. Os recursos especial, extraordinário e de revista são recursos de natureza *excepcional* e não se prestam ao amplo reexame da causa, porém acabam por se tornar, na prática, meios de novas apelações ou novos agravos.

(...)

O que acontece nos dias atuais, e que não parece fazer mais nenhum sentido, é um Tribunal cuja maior missão é a unificação do entendimento do direito laboral permanecer reapreciando continuamente questões idênticas, aos milhares, dia após dia, quando a imensa maioria das questões apreciadas já se encontram pacificadas. Ou seja, a jurisdição extraordinária do Tribunal Superior do Trabalho vem se transformando em mais uma instância ordinária além dos regionais. Quando se verifica a interposição de milhares de recursos de revista buscando revolver matéria fática, ou mesmo pretendendo rediscutir decisões que se encontram

---

litigância de má-fé de qualquer das partes. Veja-se ainda: GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada – controle de admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 33-40, para uma exposição aprofundada, à luz do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e da garantia do direito de ação constitucionalmente consagrados, da contribuição doutrinária do processualista italiano Ítalo Andolina sobre o conceito de *dano marginal por indução processual* (o qual, em síntese, é aquele diretamente causado pela própria duração normal e inevitável do processo e que constitui o tipo especial de *periculum in mora* que a tutela cautelar – aí também incluídas as medidas antecipatórias – foi concebida para enfrentar).

consoantes com matéria sumulada, verifica-se que o instrumento recursal extraordinário passa a ser uma etapa corriqueira dentro de um processo, principalmente na mentalidade dos grandes litigantes. E pouca efetividade é obtida nos rigorosos exames de admissibilidade pelos regionais, quando quase toda a movimentação recursal reproduz-se na apreciação dos respectivos agravos.

Consome-se um precioso tempo e diversos recursos de toda ordem reexaminando causas cujo entendimento jurídico já se encontra firmado, ou mesmo incabíveis para aquela fase processual. Tais recursos poderiam ser melhor aproveitados no exame das causas mais recentes e controvertidas, e que muitas vezes dependem de exame extremamente mais aprofundado. Ou seja, esta cultura recursal, muitas vezes fundada na geração de demanda recursal inútil, visando o proveito de poucos, é totalmente inadequada à própria finalidade do Tribunal Superior do Trabalho, cujo profícuo trabalho deva ser melhor aproveitado em favor de todos os jurisdicionados de uma nação de dimensão continental.”<sup>20</sup>

Vive-se hoje, portanto, uma situação paradoxal: de um lado, o sistema judiciário (composto, essencialmente, pela Justiça Comum Estadual, pela Justiça Federal e pela Justiça do Trabalho) mostra-se incapaz de absorver o crescente número de processos anualmente ajuizados, de modo a dar-lhes solução de mérito que assegure, à parte que tem razão, a tutela jurisdicional efetiva e célere que lhe é constitucionalmente prometida – nesse estado de coisas, a consequência é natural e inevitável: uma Justiça assoberbada por um número excessivo de processos é, necessariamente, uma Justiça lenta e de baixa qualidade; de outro lado, é também notória a existência de importantes *vazios de tutela*, em que as dificuldades de acesso aos serviços judiciais por setores desassistidos e carentes da população inibem a realização da plena cidadania<sup>21</sup>.

---

20 LIMA, Firmino Alves. A Lei n. 13.015/2014 como introdutora dos julgamentos de recursos repetitivos e da teoria dos precedentes no processo trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 131-132.

21 Como bem observa Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, “a ausência de conhecimento dos direitos e a crise de legitimidade vivida pelo Judiciário impedem que um grande percentual da população utilize a justiça estatal para a solução de conflitos vivenciados no cotidiano, procurando resolver os litígios por meio de mecanismos informais. Há, entretanto, setores que usufruem em excesso da justiça oficial, o que explica o aumento de demanda” (A súmula vinculante sob a ótica dos juizes de 1ª instância: um estudo exploratório. In: PESSÔA, Leonel Cesarino [Org.]. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: LTr, 2007. p. 95).

Também na esfera trabalhista é bem conhecida a atuação dos denominados *litigantes habituais*<sup>22</sup>, que correspondem aos empregadores e tomadores de serviços que, de forma deliberada, sistemática e generalizada, adotam uma postura de não quitar os mais elementares direitos e obrigações trabalhistas em relação à totalidade ou à grande maioria dos trabalhadores que lhes prestam serviço (gerando as chamadas *lesões em massa*) e que, em consequência, figuram como reclamados na maior parte das ações trabalhistas ajuizadas nesta Justiça Especial.

Na mesma linha, o i. magistrado trabalhista Marcos Neves Fava aponta, dentre as diferentes espécies de direitos que são tradicionalmente objeto da atuação da Justiça do Trabalho brasileira através de dissídios individuais, o grupo dos direitos trabalhistas comuns, que denomina de *direitos-organismo*, e que, violados em massa por ato único do mesmo empregador, correspondem a um elevado número de trabalhadores interessados. Em razão dessa afronta generalizada, metódica e cotidiana ao ordenamento trabalhista, a proteção exclusivamente individual redonda ineficaz, como demonstra o crescente número de reclamações trabalhistas idênticas contra o mesmo reclamado, sem que isso provoque a correspondente inibição do descumprimento legal<sup>23</sup>.

A ciência processual mais autorizada<sup>24</sup> tem ultimamente acentuado que este quadro de asoberbamento do Poder Judiciário é o resultado de três tipos de litigiosidade: (a) *individual ou “de varejo”*: envolvendo lesões e ameaças a

22 Para o conceito de *litigantes habituais*, consulte-se: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 25 e ss. e 132 e ss.; GALANTER. Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal changes (Por que só os que têm são beneficiados? Especulações sobre os limites das reformas judiciárias). *Law and Society Review*, v. 9, 1974, p. 95; e PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, n. 02, 2001, p. 151-162; e In: *Trabalhos da Escola Judicial do TRT da Terceira Região*, 2001, Belo Horizonte. *Anais dos Trabalhos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região*. Belo Horizonte: Escola Judicial do TRT da 3ª Região, 2001, p. 305-334.

23 Sobre esse terceiro grupo de direitos trabalhistas observa ele, de forma irresponsável, que “a pulverização da luta contra a violação sistêmica do ordenamento em reclamações individuais não resulta profícua, porque possibilita uma cruel matemática: do total de descumprimentos perpetrados, apenas uma parcela deságua em reclamação trabalhista, em regra dos já demitidos, e desta, grande parte dos trabalhadores acaba por aceitar acordo para recebimento parcial de seus créditos. O efeito da equação estimula a manutenção dos descumprimentos, alijando o quadro protetivo e banalizando a interferência jurisdicional” (FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista: teoria geral*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 58-62).

24 THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 189, nov. 2010, p. 24.

direito isoladas, e para as quais tanto o estudo e a dogmática quanto os sistemas judiciários tradicionais foram construídos e desenvolvidos; (b) *a litigiosidade coletiva*: envolvendo direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (Ministério Público, associações representativas, entidades sindicais, etc.); e (c) *a litigiosidade em massa ou de alta intensidade*: que dá margem à propositura de ações repetitivas ou seriais, que possuem como base *pretensões isomórficas*, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa.

Como é evidente, a grande causa da crescente explosão de demandas, nos últimos anos, em nosso país, não está ligada aos dois primeiros tipos de litígios acima citados, já que as controvérsias individuais de caráter meramente eventual nunca atingiram um número capaz de ameaçar a funcionalidade dos sistemas judiciários que, desde o apogeu do liberalismo, foram concebidos exatamente para solucioná-las. De outra parte, as ações que envolvem direitos coletivos e difusos (de natureza indivisível e não individualizável, por natureza) são, por definição, em pequeno número (embora de grande repercussão social). A verdadeira causa da explosão do número de processos verificada no Judiciário brasileiro, nas últimas décadas, está, sem sombra de dúvida, no desvio dos denominados *litígios em massa* para o inadequado canal das demandas e processos individuais, canal esse que é incapaz, por natureza, de dar uma resposta célere, efetiva e adequada para as lesões repetitivas aos denominados *direitos individuais homogêneos* que constituem o seu objeto<sup>25</sup> e que só o novo e alternativo canal processual das ações coletivas ou metaindividuais é capaz de proporcionar<sup>26</sup>.

E qual é a razão fundamental de um número tão elevado de dissídios trabalhistas no Brasil, muito maior do que o verificado nos países mais desen-

25 E que, na concisa e acertada dicção do inciso III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), são “os decorrentes de *origem comum*”.

26 Sobre as transformações estruturais das sociedades de massa contemporâneas, a coletivização de seus conflitos e a necessidade de superação do modelo individualista do processo civil liberal pela construção de um modelo processual alternativo destinado a concretizar o *princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional* e a implantar um sistema de *processo justo e equo*, baseado em princípios e em técnicas procedimentais muito diferentes (dentre as quais assume papel central o denominado *microsistema de tutela jurisdicional coletiva ou metaindividual*), consulte-se o nosso trabalho “A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional”, publicado na obra coletiva *Tutela metaindividual trabalhista a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; e FERNANDES, Nadia Soraggi (Coord.). São Paulo: LTr, 2009, p. 9-50. No mesmo sentido, consulte-se também: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Proteção coletiva aos direitos trabalhistas. *Revista trabalhista direito e processo – Anamatra*, São Paulo: LTr, v. 35, nov. 2010, p. 72-86.

volvidos e mesmo em países de estágio de desenvolvimento econômico, humano e social equivalentes ao nosso? Alguns ilustres autores e especialistas apontam como causas do problema a tendência cultural, que atribuem aos brasileiros, de recorrer sempre ao Estado-juiz para a solução de seus conflitos intersubjetivos de interesses (em contraposição à tendência hoje predominante em outros países desenvolvidos, especialmente nos países anglo-saxões, de resolver esses conflitos pelas vias da negociação coletiva, da conciliação extrajudicial e da arbitragem), bem como o que consideram uma exagerada intervenção do Estado nas relações laborais, consubstanciada em normas trabalhistas de origem estatal que, a seu ver, pecariam por ser excessivamente complexas, abrangentes e detalhadas (o que, por sua vez, aumentaria artificialmente o número de controvérsias e inibiria a solução desses conflitos pelas vias da transação individual e coletiva)<sup>27</sup>. No entanto, não nos parecem ser essas as causas fundamentais do número excessivo de demandas trabalhistas hoje em curso entre nós.

Embora deva ser reconhecida a conveniência da implantação de mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas de intensidade e de complexidade menores (para cuja solução afigura-se mesmo desnecessária, *a priori*, a intervenção do Estado-juiz), bem como a utilidade de racionalizar e modernizar as normas legais trabalhistas para tornar clara e indubitosa, para todos os interessados, a vontade concreta da lei no campo das relações laborais (eliminando controvérsias desnecessárias na interpretação das normas legais e coletivas que disciplinam essas relações), não nos parece que a solução desses problemas seria suficiente para diminuir, na proporção necessária, o enorme número de ações trabalhistas em nosso país. O verdadeiro problema, pura e simplesmente, é que o direito material trabalhista brasileiro tem um baixo índice de cumprimento espontâneo pelos destinatários de seus comandos normativos, muito menor do que qualquer ordenamento jurídico admite como tolerável<sup>28</sup>.

---

27 Esses críticos também apontam como uma consequência indesejável desse estado de coisas o que consideram o custo excessivo da utilização da Justiça do Trabalho para a solução dos litígios trabalhistas. No entanto, desconsideram eles, *data venia*, que a prestação de tutela jurisdicional trabalhista é *serviço público essencial*, e como tal expressão de direito e garantia fundamentais, constitucionalmente assegurados a todos os jurisdicionados que dele necessitem e que, por isso mesmo, não deve necessariamente, dar lucro, nem mesmo ser autossustentável financeiramente. Ademais, essa crítica ignora, indevidamente, a relevante circunstância de que, hoje, nem sequer se pode mais afirmar que a Justiça do Trabalho é, em si mesma, deficitária, em virtude da expressiva arrecadação resultante de sua competência para a execução *de ofício* das contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças por ela proferidas (e das conciliações a elas legalmente equiparadas, nos termos do parágrafo único do art. 831 da CLT), atribuída pelo § 3º do art. 114 da Constituição da República.

28 Todo e qualquer sistema jurídico só será operacional e funcional se as normas jurídicas que o integrarem forem, em sua grande maioria, espontaneamente observadas por seus destinatários. O i. constitucionalista Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática*

Nessa perspectiva, é fácil concluir que chega a ser elementar a causa fundamental de tão elevado número de litígios trabalhistas (sendo relevante observar que sua grande maioria termina, na fase de cognição, com uma sentença de procedência integral ou parcial dos pedidos iniciais do reclamante): é que, no Brasil, as normas materiais trabalhistas deixam de ser cumpridas espontaneamente por seus destinatários em frequência muito maior do que seria razoável em qualquer sociedade capitalista do século XXI. Isso obriga os beneficiários dos direitos por elas instituídos a escolher entre conformar-se pura e simplesmente com essa lesão (o que, como é de conhecimento geral, costuma ocorrer em boa parte dos casos, caracterizando o fenômeno que os processualistas contemporâneos denominam de *litigiosidade contida*) ou recorrer ao Judiciário trabalhista, em busca da tutela jurisdicional a todos constitucionalmente prometida, como contrapartida da proibição estatal da autotutela. Deve-se concluir, portanto, que o número excessivo de reclamações trabalhistas é simples efeito, e não a verdadeira causa do problema.

As empresas razoavelmente organizadas sempre fazem uma análise global da relação custo-benefício, sabendo muito bem quando lhes convém, ou não, cumprir a lei trabalhista<sup>29</sup>. Isso não ocorre apenas em nosso país: nos países desenvolvidos, os agentes econômicos e institucionais, certamente, operam e atuam movidos por objetivos similares e a partir de considerações da mesma natureza. A diferença fundamental é que lá, em última análise, é mais vantajoso (ou melhor, menos desvantajoso) para os empregadores, como regra habitual de conduta, cumprir a legislação trabalhista do que descumpri-la. Essa é, a nosso ver, a questão essencial.

---

constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 239-240) nos adverte exatamente para isto:

“De regra, como já referido, um preceito legal é observado voluntariamente. As normas jurídicas têm, por si mesmas, uma eficácia ‘racional ou intelectual’, por tutelarem, usualmente, valores que têm ascendência no espírito dos homens. Quando, todavia, deixa de ocorrer a submissão da vontade individual ao comando normativo, a ordem jurídica aciona um mecanismo de sanção, promovendo, por via coercitiva, a obediência a seus postulados. Mas essa é a exceção. Como bem intuiu André Hauriou, se não houvesse, em grande parte, uma obediência espontânea, se fosse necessário um policial atrás de cada indivíduo e, quem sabe, um segundo policial atrás do primeiro, a vida social seria impossível.”

- 29 O que, embora insustentável do ponto de vista jurídico, é até compreensível na estrita ótica empresarial, movida essencialmente por considerações de natureza econômica e administrativa, com vistas à maximização da citada *relação custo-benefício*. A responsabilidade maior pela manutenção desse lamentável estado das coisas, evidentemente, é daqueles operadores do direito que, tendo ou devendo ter noção disso, nada fazem para inverter essa equação, de modo a tornar essa relação desvantajosa na prática, mediante a plena e efetiva aplicação das normas jurídicas materiais em vigor, com a rigorosa aplicação de todas as sanções materiais e processuais legalmente previstas para a hipótese de seu descumprimento.

Como já afirmamos reiteradamente em trabalhos anteriores<sup>30</sup>, hoje, o verdadeiro problema do direito do trabalho no Brasil é a falta de efetividade da tutela jurisdicional trabalhista (que torna extremamente vantajoso do ponto de vista econômico, para grande número de empregadores, descumprir, de forma deliberada e massiva, as mais elementares obrigações trabalhistas), criando, por uma decisão estratégica empresarial, uma verdadeira cultura do inadimplemento, em flagrante concorrência desleal com a parcela ainda significativa dos empregadores que cumprem rigorosamente suas obrigações trabalhistas, legais e convencionais<sup>31</sup>.

- 30 PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In: *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*, op. cit., p. 340-343; *Revista do TRT da 15ª Região*, São Paulo: LTr, n. 24, jun. 2004, p. 201-202 e *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 6, ns. 11 e 12, 1 e 2 semestre de 2003, p. 102-104; A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*, op. cit., p. 25-26; e A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Coord.). *Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014. p. 22-24.

No mesmo sentido, veja-se ainda: PIMENTA, José Roberto Freire; PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Uma execução trabalhista efetiva como meio de se assegurar a fruição dos direitos fundamentais sociais. In: ÁVILA, Ana; RODRIGUES, Douglas Alencar; PEREIRA, José Luciano de Castilho (Org.). *Mundo do trabalho – atualidades, desafios e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2014. p. 247-254.

- 31 Esse grave estado de coisas foi analisado pioneiramente na doutrina brasileira por Antônio Álvares da Silva, em seu trabalho “A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da Justiça do Trabalho no Brasil” (In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [Coord.]. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 256-258), no qual disse, com lucidez e precisão, a respeito das normas materiais trabalhistas: “se estas normas não são cumpridas e se o Estado, que prometera a prestação jurisdicional, não as faz cumprir, há um colapso, embora parcial, da incidência do ordenamento jurídico”. E completava: “Se a incidência não se opera, mutilam-se a vigência e a eficácia. A lei se transforma num ente inoperante que, embora existente e reconhecido para reger o fato controvertido, nele não incide em virtude da omissão estatal”. O resultado da inefetividade da tutela jurisdicional é por ele bem apontado: “Cria-se na sociedade a síndrome da obrigação não cumprida, revertendo-se a valoração das normas de conduta: quem se beneficia das leis é o que as descumprir, e não o titular do direito. Quem procura justiça sofre a injustiça, pois o lapsus temporis que se forma entre o direito e o seu exercício, entre o fato jurídico e a fruição de suas vantagens pelo titular, beneficia o sonegador da obrigação que, escudado na demora, não cumpre a obrigação jurídica.

A lesão é múltipla e afeta o próprio conceito de ordem jurídica eficaz, ou seja, a crença, por parte dos cidadãos, de que a vida social se rege efetivamente pelas regras vigentes, podendo tanto o Estado quanto os indivíduos programarem por elas suas condutas no relacionamento social.”

É preciso também reconhecer, por outro lado, como também temos frequentemente ressaltado em palestras e aulas proferidas, que essa situação de baixo índice de cumprimento das normas materiais, no Brasil, não é exclusiva da esfera trabalhista: é notório, no campo do direito penal, o baixo índice de solução dos crimes de homicídio ou o grande número de mandados de prisão não cumpridos; no campo do direito tributário, é também muito elevada a evasão fiscal, em suas múltiplas formas; no direito empresarial, o fenômeno do denominado “caixa dois” é recorrente, com suas variadas e ilícitas consequências; o cancro da corrupção, nas esferas pública e privada, é uma mazela que só agora começa a ser desvendada, em suas lamentáveis e multifacéticas manifestações. Ou seja, o fenômeno do descumprimento consciente e generalizado das normas constitucionais, legais e administrativas em

Quanto mais efetiva a máquina jurisdicional, menos ela vai ter que atuar concretamente, no futuro ou a médio prazo. Simetricamente, quanto mais os destinatários das normas jurídicas souberem que só lhes resta cumprir a lei, por absoluta falta de melhor alternativa, menos será necessário o acionamento da máquina jurisdicional e maiores eficácia e efetividade terão as normas jurídicas materiais. Essa é, portanto, a perspectiva final com a qual os operadores do direito em geral, mas especialmente os que exercem a função jurisdicional do Estado, têm que trabalhar.

Repita-se, à guisa de conclusão parcial: quanto mais eficaz for a jurisdição, menos ela terá que ser acionada. Enquanto o direito processual do trabalho e o Poder Judiciário trabalhista não forem capazes de tornar antieconômico o descumprimento rotineiro, massificado e reiterado das normas materiais trabalhistas, os Juízes do Trabalho de todos os graus de jurisdição continuarão sufocados e angustiados pela avalanche de processos individuais, repetitivos e inefetivos.

Se o excessivo número de reclamações trabalhistas é negativo na ótica do próprio Poder Judiciário trabalhista, como demonstrado, é ele ainda mais pernicioso na perspectiva dos jurisdicionados em geral e, especialmente, dos trabalhadores assalariados para os quais esse ramo especial da Justiça foi instituído. Na perspectiva desses *consumidores da tutela jurisdicional trabalhista*<sup>32</sup>, é ainda mais chocante o contraste entre o conteúdo dos arts. 6º a 11 da Constituição de 1988, que compõem o Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) de seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) e a dura realidade nacional por eles vivida e noticiada pelos meios de comunicação de massa.

Por outro lado, o próprio conteúdo dos dissídios individuais que tramitam na Justiça do Trabalho, nos dias de hoje, tem exigido particular cuidado por parte dos operadores do direito. De um lado, o papel central que assumem as normas-princípio em todos os sistemas jurídicos na atual fase pós-positivista e a implantação do Estado Democrático de Direito no Brasil, a partir do final da década de 80 do século passado, fizeram crescer a consciência de que, mesmo os

---

nosso país sem que, em consequência, se desencadeie a pronta e integral resposta sancionatória legal que o torne desvantajoso para quem o pratica tem raízes históricas, culturais, econômicas e jurídicas bem mais profundas e ainda clama por um enfrentamento mais intenso e efetivo do Estado Democrático de Direito que, a duras penas, ainda se tenta construir e concretizar nas últimas décadas.

32 A adoção preferencial da perspectiva dos *consumidores do serviço jurisdicional* é preconizada pelos mais autorizados processualistas do nosso tempo, a partir da ideia fundamental, expressivamente proclamada por Mauro Cappelletti, de que “o direito e o Estado devem ser vistos por aquilo que são – ou seja, vistos como simples instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas necessidades, e não o contrário” (conforme o seu artigo “Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1982, p. 243-245).

cada vez mais numerosos processos que versam sobre os direitos trabalhistas tradicionais, sistematicamente descumpridos no âmbito dos contratos individuais do trabalho, têm, como seu objeto, verdadeiros *direitos fundamentais sociais*<sup>33</sup>, cujas aparentes natureza patrimonial e expressão meramente pecuniária ocultam, na maioria dos casos, *sua função essencialmente extrapatrimonial* de assegurar ao trabalhador e a seus familiares condições dignas de vida e de subsistência. Se esses direitos trabalhistas, rotineiramente objeto das numerosas e repetitivas reclamações trabalhistas individuais (descumpridos pelo mesmo empregador ou tomador de serviços e *decorrentes de origem comum*, configurando típico exemplo de *direitos individuais homogêneos*), possuem, na verdade, *estatura e função constitucionais*, devem, por isso mesmo, ser beneficiados por uma *tutela jurisdicional diferenciada pela via metaindividual* e, ao mesmo tempo, contar com a eficácia e a proteção especiais que são, a um só tempo, atributo e exigência das normas constitucionais em geral, mesmo nas relações entre particulares (configurando sua concretização plena, específica e em tempo oportuno, na esfera judicial, a um só tempo, exigência e decorrência direta da denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*)<sup>34</sup>.

É nessa ótica que a atuação concreta da jurisdição trabalhista ganha um significado maior: o conteúdo e o resultado das conciliações e das sentenças

33 Sobre os direitos fundamentais em geral e especificamente sobre os direitos sociais como direitos fundamentais de segunda dimensão, consultem-se: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 51-71, esp. p. 57-62; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 514-531, esp. p. 518-519 e 530-531; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 43-68, esp. p. 56-58; MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003. p. 166-199; e MENEZES, Mauro de Azevedo. *Constituição e reforma trabalhista no Brasil: interpretação na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2003. p. 37-55.

34 Sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (a denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*), vejam-se: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 398-406; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, op. cit., p. 246-281; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 431-497; e Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192; SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 193-284; e MARI-NONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 169-175.

Sobre os direitos fundamentais especificamente na esfera trabalhista, consultem-se: SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 11, nov. 2005, p. 1.287-1.303; DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 06, jun. 2006, p. 657-667; e DELGADO, Gabriela Neves. A constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho. *Revista LTr*, v. 72, n. 05, maio 2008, p. 563-569.

da Justiça do Trabalho, bem como de suas respectivas execuções, exercem um profundo impacto na aplicação prática do direito material em vigor. Pode-se mesmo afirmar que, se significativa parcela dos destinatários da legislação trabalhista não a cumpre espontaneamente e a tanto não é obrigada pelo Estado-Juiz, o verdadeiro patamar mínimo dos direitos sociais praticados na sociedade brasileira não será aquele idealmente estabelecido na Constituição e nas normas infraconstitucionais trabalhistas (legais e coletivas), mas sim aquele que decorrer do resultado da atuação (ou da não atuação efetiva) do Poder Judiciário trabalhista<sup>35</sup>. Pode-se assim concluir, desde logo, que a própria existência do direito material, entendida não como mera previsão abstrata de situações da vida, mas como proteção real e concreta dos interesses tutelados, depende da efetividade do direito processual e da atividade jurisdicional para proporcionar a satisfação específica dele<sup>36</sup>.

---

35 Isto é, nada mais nada menos, a demonstração prática da constatação pacífica entre os mais atualizados processualistas contemporâneos, de que a própria existência do direito subjetivo material depende da existência de normas processuais e de um aparato jurisdicional capazes de assegurar sua plena, oportuna e específica fruição por seus titulares, mesmo e especialmente nos casos de não cumprimento espontâneo da norma que o instituiu pelo sujeito que essa mesma norma incumbiu de reconhecê-lo ou de prestá-lo. Isso, aliás, já é absolutamente pacífico nos sistemas processuais dos países filiados à família jurídica do *common law*. Neles, há muito se proclama, sem divergências, que não se pode, verdadeiramente, falar da existência de direitos materiais sem os remédios processuais capazes de assegurá-los contra lesões ou ameaças de lesão – ideia expressa no brocardo *no remedies, no rights*, corrente naqueles sistemas. A esse respeito, Cappelletti e Garth citam I. H. Jacob, que afirma que “são as regras de procedimento que insuflam vida nos direitos substantivos, são elas que os ativam, para torná-los efetivos” (Access to justice in England, seção VI A-D do volume original do Projeto de Florença *apud* CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, *op. cit.*, p. 35 e 69, notas 69 e 140).

36 Já é pacífico, na doutrina mais autorizada, que a simples consagração dos direitos materiais no plano legislativo é insuficiente para assegurar resultados positivos reais a seus beneficiários. Cappelletti e Garth observam que “para os pobres, inquilinos, consumidores e outras categorias, tem sido muito difícil tornar os direitos efetivos”, citando, a seguir, esta incisiva observação do professor norte-americano Marc Galanter (In: Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal changes [Por que só os que têm são beneficiados? Especulações sobre os limites das reformas judiciárias]. *Law and Society Review*, v. 9, 1974, p. 149 *apud* CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, *op. cit.*, p. 68, texto e nota 138):

“O sistema tem a capacidade de mudar muito ao nível do ordenamento sem que isso corresponda a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens tangíveis. Na realidade, a mudança de regras pode tornar-se um substituto simbólico para a redistribuição de vantagens.”

Citam eles ainda a manifestação igualmente crítica de um dos principais centros da Inglaterra de representação judicial dos titulares dos direitos sociais e dos interesses difusos (o Brent Community Law Center de Londres), de que “o problema de (...) execução das leis que se destinam a proteger e beneficiar as camadas menos afortunadas da sociedade é geral”, concluindo, de forma crítica, que:

“Tão grande é o problema e tão fraca a resposta do Governo que é de se questionar se vale a pena continuar fazendo essas leis, uma vez que, como no presente, elas continuarão a ser desrespeitadas. Nessas circunstâncias somos levados a duvidar de que tais leis pretendam ser mais que elaborados exercícios de relações públicas.” (Brent Community Law Center, First Annual Report, London, 1975, p. 30 *apud* CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, *op. cit.*, p. 69, texto e nota 139)

Reitere-se: na medida em que a própria aplicação do direito material pelos tribunais de determinada sociedade (por meio das sentenças ou das conciliações celebradas em juízo) coincidir o mais possível com o conteúdo pleno das normas constitucionais e legais correspondentes, tornar-se-á ela, além de mecanismo de justa pacificação daquele conflito específico que foi submetido à apreciação e ao julgamento do Estado-juiz, também um poderoso instrumento de indução do futuro cumprimento espontâneo das normas por seus destinatários, na perspectiva mais geral da sociedade em que eles estão inseridos. Infelizmente, não é isso que se verifica hoje no dia a dia das relações trabalhistas brasileiras.

As consequências negativas desse estado de coisas transcendem a esfera puramente trabalhista, para chegar ao campo do direito constitucional. Em uma perspectiva mais ampla, paralela e não excludente, enquanto o direito processual e o Poder Judiciário trabalhista não forem capazes de assegurar o cumprimento dos desígnios da Constituição democrática de 1988 (seja em seus princípios, seja em seus capítulos dos direitos sociais fundamentais e da ordem econômica e social) e do direito material do trabalho, os direitos fundamentais de natureza social (os *direitos humanos de segunda geração*, assim chamados desde os já distantes idos do início do século XX) continuarão não passando, na prática, de meras promessas feitas por legisladores (alguns bem intencionados e outros nem tanto) às grandes massas de despossuídos.

Essa situação, por sua vez, configurará a existência de duas *ofensas constitucionais* que se interpenetram: em primeiro lugar, no campo do direito material, uma grave e direta violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, pelo flagrante desrespeito *a seus direitos sociais constitucionalmente assegurados*; em segundo lugar e ao mesmo tempo, na esfera do direito processual, uma não menos grave afronta ao *princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional*, assegurado a todos os jurisdicionados em contrapartida à genérica proibição estatal da autotutela.

A respeito do direito fundamental dos litigantes à efetividade da jurisdição é lapidar o ensinamento de Teori Albino Zavascki, nos seguintes termos:

“Sob a denominação de *direito à efetividade da jurisdição*, queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão para propiciar ao litigante vitorioso a concretização *fática* da sua vitória. O Estado,

monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir – tanto quanto seja possível – a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: *o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo*. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela para garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.

E não basta à prestação jurisdicional do Estado ser eficaz. Impõe-se que seja também expedita, pois que é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável, ‘sem dilações indevidas’.

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa* – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.<sup>37</sup>

Repita-se, com todas as letras: a incapacidade da Justiça do Trabalho de, por sua atuação concreta e, principalmente, pela simples possibilidade de sua atuação, induzir o cumprimento espontâneo das normas trabalhistas pelos empregadores em prol de seus empregados, além de contribuir para seu crescente congestionamento, tem um efeito mais amplo, mais profundo e, conseqüentemente, mais grave, configurando clássico *círculo vicioso*: os direitos humanos de segunda geração (ou os direitos sociais constitucionalmente assegurados), assim como os demais direitos abstratamente consagrados nas normas infraconstitucionais trabalhistas (legais e coletivas), são reduzidos à triste condição de meras promessas demagógicas feitas pelos legisladores às grandes massas, caracterizando aquilo que os constitucionalistas da atualidade, como por exemplo Luís Roberto Barroso<sup>38</sup>, têm incisivamente denominado de *hipocrisia constitucional e legal*<sup>39</sup>.

---

37 ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 146-147; e In: *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 64.

38 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição* – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 280.

39 Este fenômeno, que consiste na criação e na ampliação de direitos materiais apenas no campo legislativo, mas desacompanhadas da paralela e indispensável instituição de garantias e de mecanismos instrumentais capazes de assegurar aos seus titulares a fruição dos correspondentes bens da vida, nos casos de seu não cumprimento espontâneo, pelos destinatários dos comandos normativos, é também

Assim, e como já se referiu anteriormente, ao contrário dos Estados em que a ameaça do processo judicial implica uma ameaça real do autor contra o réu, isto aqui não acontece. Os processos demoram, e é certo que o aumento do tempo de tramitação processual somente favorece aquele que não tem razão.

### OS LITÍGIOS TRABALHISTAS EM MASSA E O NOVO PAPEL DO JUIZ NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS DE MASSAS CONTEMPORÂNEAS. A INCERTEZA DO VERDADEIRO SENTIDO DAS NORMAS MATERIAIS TRABALHISTAS CAUSADA PELA INSTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

Há, no entanto, um outro fator importantíssimo que, nos últimos anos, tem contribuído de forma decisiva para o fenômeno, que se acabou de descrever, de enfraquecimento da efetividade das normas materiais do trabalho em nosso país: a instabilidade da jurisprudência a respeito do real sentido dessas normas, que se reflete na enorme variação do conteúdo das milhares de decisões judiciais sobre casos essencialmente iguais, quanto às questões de direito que constituem o seu objeto.

É preciso, em primeiro lugar, reconhecer que, a continuar prevalecendo a concepção tradicional sobre o papel apenas persuasivo da jurisprudência (em que não se atribui nenhuma força vinculante aos precedentes judiciais dos Tribunais Superiores que versam sobre determinada matéria em discussão), não serão os magistrados prolores dessas múltiplas e diferentes decisões, em milhares de dissídios individuais repetitivos, os primeiros e verdadeiros responsáveis por esse verdadeiro estilhamento do conteúdo do direito material neles controvertido. Ao contrário, esse resultado é absolutamente natural e até mesmo inevitável, na medida em que cada um dos julgadores de cada uma dessas causas individuais se sente absolutamente livre para julgar as mesmas questões de direito neles controvertidas no sentido que lhes parecer o melhor, de acordo com o princípio que lhes assegura o exercício de seu livre-convencimento motivado (que a doutrina e a jurisprudência tradicionais sempre extraíram, até hoje, da dicção clássica do art. 131 do Código de Processo Civil de 1973<sup>40</sup>).

---

conhecido na doutrina como a busca da *legitimação pela mera promessa*. Cappelletti e Garth citam manifestação do professor norte-americano Handler, de que “símbolos (tais como [...] novas leis) são utilizados pelos adversários para pacificar grupos dissidentes, dando-lhes a sensação de que cumpriram seus objetivos, quando, de fato, resultados mais tangíveis são retardados” (*Acesso à justiça, op. cit.*, p. 68, nota 138).

40 “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Por outro lado, é necessário também repelir, por absolutamente incorreta e ultrapassada, a acusação de que essa excessiva variação de entendimentos dos magistrados em cada um desses processos repetitivos a respeito da mesma questão decorreria da manifestação abusiva de seu *ativismo judicial*, o qual os levaria a ultrapassar os limites estabelecidos pelas normas constitucionais e legais editadas pelo Poder Legislativo e a exercer, indevidamente, verdadeiro e arbitrário poder legiferante em suas decisões judiciais, com manifesta afronta aos princípios da separação de poderes e da legalidade constitucionalmente consagrados.

Cumpra perceber, antes de tudo, que o juiz dos dias atuais, mesmo nos países que, como o Brasil, filiam-se aos sistemas romano-germânicos de direito<sup>41</sup>, não é mais e nem pode ser o juiz do Estado Liberal de Direito, construído a partir das concepções e dos dogmas nascidos da Revolução Francesa. Ele é, hoje, um juiz *concretizador da Constituição* e do Estado Democrático de Direito, que tem que aplicar diretamente as normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais e que, ao aplicar as leis, tem que partir das normas constitucionais (em boa parte *normas-princípio*) dotadas de maior generalidade e abstração que as normas-regra do período liberal das codificações, tendo, cada vez mais, que preencher as *cláusulas gerais* e os *conceitos jurídicos indeterminados* presentes nas próprias normas infraconstitucionais, ao decidir cada caso concreto à luz das circunstâncias fáticas a ele peculiares. Em suma, o novo juiz passa a ocupar papel de especial relevância dentro do Estado Constitucional e Democrático de Direito e, ademais, a ele caberá a função de adequar a lei ao caso concreto, humanizando o seu preceito genérico e impessoal.

Como se sabe, e foi magistralmente exposto por Luiz Guilherme Marinoni<sup>42</sup>, os ordenamentos jurídicos implantados na Europa Continental do século XIX, após o triunfo das revoluções liberais, expressaram a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo e a colocação, no centro de sua dogmática, das leis escritas que, uma vez aprovadas pelos representantes do povo congregados em seu Poder Legislativo, representariam, com exclusividade, a vontade geral da nação. Isso, por sua vez, implicou o predomínio da Escola da Exegese no campo da interpretação das normas jurídicas e no movimento em prol da Codificação, com base na pretensão de, através da promulgação

---

41 Sobre a distinção entre os sistemas romano-germânicos de direito (ou sistemas de *civil law*) e os sistemas anglo-americanos de direito (ou sistemas de *common law*), vejam-se: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 33-142 (para os primeiros) e p. 353-508 (para os últimos) e, como um todo, SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999.

42 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010. p. 30-58.

de Códigos abrangentes, regular todas as situações conflitivas em uma dada sociedade, contendo sistemas legislativos claros, coerentes e completos, que prescindiriam e até repeliriam o recurso a princípios que necessitassem de ulterior interpretação ou a conceitos flexíveis, de significado aberto e tidos como duvidosos.

Uma das mais importantes e inevitáveis consequências desse conjunto de concepções liberais foi conferir o poder de criar o direito exclusivamente ao Poder Legislativo e a limitar o Poder Judiciário ao exercício de uma atividade puramente intelectual e cognitiva ao julgar os conflitos intersubjetivos de interesses, que não poderia produzir, nem como necessário desdobramento da interpretação e da aplicação das leis indispensável para sua atividade judicante, quaisquer “direitos novos”. Para a clássica concepção de Montesquieu, o julgamento não poderia ser “mais do que um texto exato da lei”, concluindo, em palavras que até hoje são repetidas, que o juiz deveria ser apenas a *bouche de la loi* (isto é, a boca da lei), ou seja, um juiz passivo e sem qualquer poder criativo ou de *imperium*<sup>43</sup>. Chegou-se ao extremo de, em alguns desses ordenamentos e em nome da segurança jurídica, tentar-se, por lei, proibir expressamente os juízes de interpretar as leis.

A própria história dos séculos XIX e XX, no entanto, especialmente a partir da crise do liberalismo desencadeada pela catástrofe que foi a Primeira Guerra Mundial, ensejou a gradual mas indiscutível superação definitiva desse conjunto de ideias. A expansão das ideias democráticas (com a adoção progressiva do sufrágio universal em detrimento do liberalismo elitista, excludente e censitário dos primórdios dos estados liberais) e a adoção do sistema de partidos políticos (muitas vezes representando programas e ideologias contrastantes, alguns com pretensões totalizantes e outros declaradamente setorializados e clasistas), o surgimento e o predomínio do *neoconstitucionalismo* principiológico e social (de conteúdo democrático e voltado para a concretização dos direitos fundamentais das várias dimensões, mediante a consagração do princípio da supremacia real das Constituições sobre os Códigos) e o abandono da ilusão codificadora em prol da adoção de cada vez mais numerosos *microssistemas propiciadores de tutela material e processual diferenciada* em áreas restritas, mas estratégicas<sup>44</sup>, em busca do avanço econômico e social (de que são expressivos exemplos o próprio direito do trabalho, o direito ambiental e o direito

43 MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 158 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, *op. cit.*, p. 54, nota 69.

44 Fenômeno que teve uma de suas primeiras manifestações, ao final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, na consolidação do direito do trabalho como ramo autônomo do direito, desgarrando-se do tronco do direito civil.

dos consumidores), fizeram surgir uma nova e dinâmica realidade normativa, correspondente ao progressivo surgimento das sociedades democráticas de massas pós-industriais e pós-modernas, que caracterizam, com a denominada revolução digital ainda em curso, esse início do século XXI.

Após o final da Segunda Guerra Mundial, assistiu-se ao gradativo predomínio do denominado *pós-positivismo*, depois da derrota da barbárie nazifascista que, a partir da década de 20 do século XX, havia tentado implantar, com a aparência de legalidade e diante da impotência positivista para enfrentá-la, um sistema político, ideológico e jurídico que, em nome de uma modernidade degenerada e de um *darwinismo social* exacerbado, renegava todas as conquistas da civilização a partir do Iluminismo. O pós-positivismo, como se sabe, essencialmente consistiu em, sem abandonar as conquistas técnicas e civilizatórias do *positivismo jurídico* que o antecedeu, mas com a declarada intenção de trazer de volta para o campo do direito a sua dimensão valorativa, passar a considerar os *princípios* (constitucionais e legais) como verdadeiras *normas jurídicas* positivadoras daqueles valores (aptos, portanto, a serem aplicados de forma direta e imediata, sem a necessidade da intermediação de outras normas jurídicas que sejam *regras*) e em colocá-los no centro do sistema (atribuindo-se-lhes primazia na pirâmide normativa, retirando-os dos clássicos papéis meramente subsidiários que o positivismo jurídico lhes atribuía, como integradores do ordenamento jurídico e de orientadores da interpretação das regras jurídicas), tornando, desse modo, todo o conteúdo da Constituição verdadeiras *normas jurídicas*<sup>45</sup>.

Com isso, as novas Constituições pós-positivistas do segundo pós-guerra passaram a ocupar, verdadeiramente, o centro dogmático do sistema jurídico, com a consagração do princípio de hermenêutica constitucional da *supremacia da Constituição*: as leis só serão válidas se guardarem consonância com as regras e, principalmente, com os princípios constitucionais, cabendo ao juiz o dever de verificar, sempre, essa compatibilidade vertical<sup>46</sup>.

45 Sobre a natureza de verdadeiras normas jurídicas e a primazia conferidas aos *princípios* pela moderna hermenêutica constitucional, vejam-se, entre outros: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional, op.cit.*, p. 236-240, 254, 263-265, 556-558; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 31-37 e 52; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21-43; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35-72 e 113-125; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 165-180 e 183; BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio A. da; DEL NERO, Patrícia Aurélia (Edit.). *Neoconstitucionalismo em perspectiva*. Viçosa: UFV, 2014 p. 27-61.

46 Note-se que os novos sistemas jurídicos pós-positivistas não pretendem ser compostos apenas por normas-princípio. É o que bem observa a respeito Humberto Ávila:

As normas constitucionais dessas novas Constituições passam a ser, ao mesmo tempo, extensas e até mesmo exaustivas em seu conteúdo (abrangendo de forma detalhada matérias que seriam estranhas à estatura e à finalidade constitucionais para a teoria constitucional do Estado Liberal de Direito), mas em boa parte principiológicas e abertas na tessitura e na estrutura de suas normas. Além disso, passam a ser Constituições que, no campo do direito material, consagram direitos fundamentais (que, além de operarem como verdadeiros direitos subjetivos daqueles seus titulares, também têm, simultaneamente, estrutura e função principiológicas, que se projetam por todo o sistema jurídico, por meio das denominadas *dimensão objetiva e eficácia vertical dos direitos fundamentais*<sup>47</sup>) e, no campo do processo constitucional, instituem garantias instrumentais e procedimentais de sua efetivação. Tudo isto passa a exigir, evidentemente, uma nova hermenêutica constitucional (*concretizadora*) e um novo juiz.

O mesmo Luiz Guilherme Marinoni bem descreve esse fenômeno, de maneira exemplar:

“A noção de norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento, típica do direito da Revolução Francesa, não sobreviveu aos acontecimentos históricos. Entre outras coisas, vivenciou-se a experiência de que a lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses da população e aos princípios da justiça.

Assim, tornou-se necessário resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua conformação aos princípios da justiça. Esta ‘substância’ e estes ‘princípios’ foram infiltrados nas Constituições, que perderam os seus resquícios de flexibilidade para se tornarem ‘rígidas’, no sentido de não passíveis de modificação pela legislação ordinária. A Constituição é dotada de plena eficácia normativa e, assim, a lei perde o seu posto de supremacia, passando a se subordinar a ela.

---

“Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer apenas dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e outra sem a uma.” (In: *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 147-148)

47 Sobre as dimensões objetiva e subjetiva e sobre a eficácia vertical dos direitos fundamentais, veja-se, por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 167-171.

A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.”

Em outras palavras, o juiz que, por força da expressa dicção da própria Constituição<sup>48</sup>, tem o dever de aplicar diretamente as normas constitucionais (como se sabe, de redação frequentemente muito mais genérica que a das leis ordinárias, positivadoras muitas vezes apenas de princípios, e não de regras, e que, embora diretamente aplicáveis, muitas vezes não têm seus comandos normativos incompletos colmatados pelas normas infraconstitucionais), vê-se em muitas ocasiões obrigado a completar o sentido das mesmas, de modo a lhes assegurar *o máximo rendimento possível*, em genuína atividade de *construção do direito*<sup>49</sup>.

Paulo Bonavides, ao descrever esse método de concretização das normas constitucionais, e invocando o magistério de Konrad Hesse, ensina que o teor das normas constitucionais, de natureza hoje genérica, flexível e incompleta, só se completa no ato interpretativo do julgador. E esclarece que tal método possui três elementos básicos: a norma que se vai concretizar, a “compreensão prévia” do intérprete<sup>50</sup> e o problema concreto a resolver. Por isso mesmo, conclui que só no momento da aplicação da norma constitucional aberta e multidimensional é que o seu verdadeiro significado será *completado* pelo juiz, a partir dos valores por ela estabelecidos (na forma de *normas-princípio*) e diante das

48 No Brasil, o § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

49 Luís Roberto Barroso (In: *Interpretação e aplicação da Constituição...*, *op. cit.*, p. 103-104), depois de lembrar que a Constituição, por sua natureza, contém predominantemente normas de princípio ou esquema, com grande caráter de abstração, destinando-se a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto, apresenta a clássica distinção entre a mera *interpretação jurisdicional* das normas e a *sua construção*, formulada pelo consagrado constitucionalista norte-americano Cooley:

“Enquanto a interpretação (...) é a arte de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção significa tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma.”

50 Para o importantíssimo conceito da *pré-compreensão*, vejam-se: COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional. In: COELHO, Inocêncio Mártires et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 15-22; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, *op. cit.*, p. 543-544; e PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 76.

especificidades do problema a ser resolvido através de sua incidência e aplicação ao caso concreto<sup>51</sup>.

Canotilho, por sua vez, ao explicar o conceito de *concretização da Constituição*, esclarece que ele se traduz, fundamentalmente, no *processo de densificação de regras e princípios constitucionais*. Acrescenta que “densificar uma norma” significa *preencher, complementar e precisar* o espaço normativo de um preceito constitucional que seja demasiado genérico para ser diretamente aplicado, para que se torne possível a sua utilização para a solução de determinado problema concreto.

O ilustre constitucionalista português afirma que o processo de concretização das normas constitucionais é um trabalho técnico-jurídico diverso da simples interpretação do texto da norma: é, sim, *a construção de uma norma jurídica*. Por fim, observa que a *concretização* implica sempre a necessidade de “introduzir a realidade”, isto é, os elementos não normativos, a análise dos conflitos de interesses e dos resultados no procedimento concretizante<sup>52</sup>.

Esse primeiro fenômeno, portanto, já aumenta exponencialmente o campo de atuação e a correspondente responsabilidade do juiz nas sociedades contemporâneas: ao ter o dever de aplicar diretamente as normas constitucionais por si sós instituidoras e garantidoras de direitos fundamentais (sem a necessidade da intermediação do legislador infraconstitucional), mas de natureza predominantemente principiológica (portanto, muito mais genéricas, flexíveis e meramente indicativas, portanto incompletas, que as normas-regra), exige-se dele, cada vez mais, que passe a ser um verdadeiro “centro de produção normativa”, sendo essencial para a efetiva *concretização* da Constituição.

Ao mesmo tempo, uma significativa mudança na natureza, no conteúdo e na própria estrutura das leis promulgadas nessas sociedades de massas, democráticas, conflituosas, permanentemente submetidas a um intenso e veloz processo de crises e de transformações estruturais e tecnológicas, também torna a atividade judicante mais complexa.

Em primeiro lugar, a própria redação das leis, hoje, não mais corresponde à clareza, à coerência lógico-sistêmica e à completude das normas-regra contidas

---

51 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 556-557. Esse mesmo autor também observa, com acerto e acuidade, que, nas Constituições pós-positivistas em que boa parte de seus dispositivos têm a natureza de normas-princípio (por natureza vazadas em fórmulas amplas, vagas e maleáveis), será inútil e insuficiente a simples *interpretação* dessas normas, com base na técnica da *subsunção*, típica da clássica Hermenêutica positivista.

52 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 201-204, texto e nota 2.

nos Códigos do período de apogeu dos Estados Liberais de Direito, editadas por Parlamentos muito diferentes das casas legislativas de agora, onde a disputa democrática entre vários partidos representativos de diferentes filiações ideológicas e de distintos grupos de interesse frequentemente tem levado à edição de normas legais muitas vezes fragmentárias, contraditórias com outros diplomas legais e com uma redação dificilmente clara e completa (que, se fosse mais explícita e menos ambígua, tornaria impossível a sua aprovação pelo consenso da maioria dos legisladores).

O resultado, como se sabe, ou é a pura e simples falta de edição de uma legislação abrangente sobre temas extremamente importantes e conflituosos da realidade nacional<sup>53</sup>, ou, em outros casos, a promulgação de diplomas legais com redação deliberadamente genérica ou até mesmo ambígua (que terá sido, certamente, a única capaz de obter o número de votos necessários para a sua aprovação no Parlamento), que tem o evidente efeito de postergar o embate entre os vários grupos antagônicos de interesses afetados pela nova legislação para o Poder Judiciário, que acabará tendo que escolher entre os vários sentidos possíveis daquele texto *polissêmico*, à luz da principiologia e da coerência do próprio sistema jurídico-normativo em que ele esteja inserido<sup>54</sup>. Ao mesmo tempo, constata-se uma crescente judicialização de casos sobre matérias que, antes, não eram objeto de disputas judiciais. É a partir dessa nova realidade que surgem denúncias sobre os mal denominados fenômenos da *judicialização da política* ou da *politização da Justiça*, quando, na verdade, são os legisladores que, ao se omitirem de resolver por completo, eles próprios, os conflitos de interesses sobre os quais são instados a legislar, remetem a sua arbitragem final ao Poder Judiciário, postergando o inevitável desgaste político correspondente.

Paralelamente, há também uma outra razão – e esta muito mais legítima e justificável – que tem levado o Poder Legislativo a, alterando a maneira de

53 Como é o caso, em nosso país, da falta, até esta data, de uma lei geral trabalhista sobre as terceirizações, o que obrigou o Tribunal Superior do Trabalho, nas últimas décadas, a consolidar sua jurisprudência predominante sobre o tema nas suas sucessivas Súmulas ns. 256 e 331, conferindo certa estabilidade ao tratamento jurídico da questão.

54 Como também tem sido o caso das decisões da Justiça do Trabalho (e, mais especificamente, da Subseção I em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho – SbDI-1) que têm, em reiteradas decisões por maioria, interpretado o correto sentido e alcance da expressão “atividades inerentes” contida no § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 (Lei sobre Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos), e no art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97 (Lei dos Serviços de Telecomunicações), concluindo que ela não pode ser interpretada como uma expressa autorização legislativa para a terceirização das atividades de *call center* desenvolvidas no âmbito das empresas concessionárias de telecomunicações, mesmo que elas sejam consideradas atividades-fim dessas empresas tomadoras de seus serviços, por ser possível outra interpretação dessa expressão mais restritiva e que não seja incompatível com os princípios e as regras do direito do trabalho brasileiro (mais especificamente os arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, que definem as figuras do empregador e do empregado).

redigir as leis, ampliar o espaço de atuação do Poder Judiciário. O motivo, nesse caso, é que a própria complexidade das sociedades modernas de massas, com transformações tecnológicas, econômicas e sociais cada vez mais velozes, permanentes e imprevisíveis, torna praticamente impossível aos legisladores editarem, com a mesma velocidade, novas leis capazes de acompanhar por inteiro as transformações da realidade e o surgimento das correspondentes novas situações jurídicas que o ordenamento positivo ainda não foi capaz de prever e de disciplinar.

Em tal quadro, se o legislador ainda assim quiser editar leis sobre uma realidade cada vez mais mutável e imprevisível, será obrigado a usar uma técnica de redação das leis bem diversa, que se explica pelo fato de que as necessidades do direito material assumem contornos variados conforme os casos concretos e se transformam diariamente, sendo impossível que o legislador antevêja todas essas necessidades. Dessa forma, para que o Direito possa absorver e resolver de forma adequada a crescente complexidade e a novidade dos casos concretos trazidos a juízo, causadas pelas mudanças das sociedades contemporâneas, ele passa a adotar poros por meio dos quais a realidade social pode penetrar e que lhes dão, também, maior longevidade. Abandonando em primeiro lugar a ilusão de completude que o dogma da codificação pressupunha, o legislador contemporâneo passou a editar leis especiais (frequentemente configurando verdadeiros *microssistemas normativos*), para regular situações específicas que envolvem, como seus titulares, grupos e posições sociais determinados que exigem uma tutela material e processual diferenciadas.

Mas isso não é o principal: a própria forma de legislar sobre essas situações teve que mudar profundamente para enfrentar o perigo, cada vez maior e mais frequente, de envelhecimento e de superação prematuros das disposições legislativas casuísticas, exaustivas e detalhadas de outrora, diante de uma realidade cada vez mais mutável.

Isso se fez, essencialmente, pelo emprego, cada vez mais generalizado e difundido, dos *conceitos jurídicos indeterminados* e das *cláusulas gerais* nos textos legais.

Os primeiros, nas autorizadas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, são:

“palavras ou expressões de sentido impreciso. Nem sempre vêm, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados ou exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o

## DOCTRINA

legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato –, o cuidado de preencher claros, de cobrir os ‘espaços em branco’. A doutrina costuma falar, a propósito, em *conceitos juridicamente indeterminados*.<sup>55</sup>

Luís Roberto Barroso, por sua vez, é igualmente lapidar ao discorrer sobre o tema:

“Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido destinadas a lidar com situações em que o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. Por essa razão, socorre-se ele de locuções como as que constam da Constituição brasileira de 1988, a saber: pluralismo político, desenvolvimento nacional, segurança pública, interesse público, interesse social, relevância e urgência, propriedade produtiva, em meio a muitas outras. Como natural, o emprego dessa técnica abre para o intérprete um espaço considerável – mas não ilimitado ou arbitrário – de valoração subjetiva.”<sup>56</sup>

Já as *cláusulas gerais*, que são um conceito mais amplo e complexo que o *conceito vago*, são *expressões linguísticas em que há, nelas, conceitos vagos e que, além disso, incorporam, em si mesmas, princípios jurídicos*. São, por isso mesmo, um vetor interpretativo de outras normas (assemelhando-se a

---

55 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual* – segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 64. São exemplos de conceitos jurídicos indeterminados contidos na legislação atual as expressões: a) *pessoas de baixa renda*; b) *meios de comunicação*; c) a *relevância do fundamento da demanda* do § 3º do art. 461 do CPC de 1973; d) o *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* do art. 273, I, do mesmo CPC, ou o *abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu* no inciso II do mesmo dispositivo legal.

Para maior aprofundamento sobre a atuação do juiz quando aplica os *conceitos indeterminados* e as *regras abertas*, veja-se: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, *op. cit.*, p. 85-88.

56 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 312.

normas-princípio)<sup>57</sup>. Elas criam uma ponte entre as palavras da lei e o sentido mais amplo de justiça, que existe na comunidade<sup>58</sup>.

A aplicação das leis contendo conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais aos casos concretos de litígios submetidos à apreciação e ao julgamento dos juízes obviamente dá aos mesmos um espaço de atuação e, correspondentemente, um papel constitucional e um grau de responsabilidade bem maiores do que aquele tradicionalmente atribuído ao juiz que atuava no Estado Liberal de Direito<sup>59</sup>. Nos casos em que não ocorra o cumprimento pleno e espontâneo das normas de direito material aplicáveis por seus destinatários e, em decorrência do princípio da demanda, o dissídio daí decorrente seja regularmente submetido ao Poder Judiciário e tais normas não tenham a natureza de *regra* suficiente para regular, por si sós, o litígio, a completa e específica realização da vontade concreta da lei apenas ocorrerá depois da atuação *criativa*, em última análise, dos juízes da causa (ou seja, do Estado-Juiz), ainda que só para *complementar* as normas constitucionais e legais aplicáveis.

Resumindo tudo o que até aqui se disse, nos dias de hoje, o ordenamento jurídico dos Estados Democráticos de Direito opera e é aplicado por seus destinatários em etapas escalonadas de normas jurídicas (de forma semelhante à operação da pirâmide normativa descrita por Kelsen): em primeiro lugar, parte-se da Constituição (que precisa ser interpretada e aplicada através do *método da concretização*, com técnicas específicas e mais refinadas de hermenêutica constitucional, e não mais por mera *subsunção*) e depois se interpreta e se aplica a lei respectiva, mas apenas como as primeiras normas de regulação dos fenômenos sociais; a seguir, passa-se ao momento de sua incidência aos casos específicos, quando as normas constitucionais e legais serão concretizadas e completadas apenas no momento de sua interpretação e de sua aplicação, ou espontaneamente pelas partes interessadas (como ocorre na imensa maioria dos casos, na normalidade das relações sociais) ou pelo juiz (quando, nos casos de

57 São exemplos de *cláusulas gerais* consagradas na legislação atual as expressões: a) a *função social da propriedade*; b) o *poder de direção empresarial*; c) o *bem-comum*.

Nicola Picardi observa com precisão que as *cláusulas gerais* são caracterizadas por vagueza ou imprecisão de conceitos, tendo o objetivo de permitir o tratamento de particularidades concretas e de novas situações inexistentes e imprevisíveis à época da elaboração da norma (PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 2004, p. 46 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, *op. cit.*, p. 153, texto e nota 95).

58 Para maior aprofundamento da questão da crescente adoção, nos dias atuais, da técnica legislativa das cláusulas gerais ou abertas, veja-se: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, *op. cit.*, p. 151-160.

59 Na feliz e expressiva síntese de Marinoni (In: *Precedentes obrigatórios*, *op. cit.*, p. 88), “o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe daquele concebido para unicamente aplicar a lei”.

conflitos intersubjetivos de interesses, surgir a lide posta em juízo, que exigirá do Estado-Juiz a prestação da tutela jurisdicional efetiva constitucionalmente prometida)<sup>60</sup>.

Na feliz observação de Marinoni, e aplicando o que se acabou de acentuar, “se um juiz se vale da cláusula geral para chegar na regra adequada à regulação do caso concreto, a cláusula geral é norma legislativa incompleta e a decisão é a verdadeira norma jurídica do caso concreto”<sup>61</sup>.

Note-se que, em momento algum, o pós-positivismo proclama ou admite que o juiz da causa, ao exercer a sua função jurisdicional, pode ignorar ou contrariar aquilo que está claramente estabelecido *como normas-regra* nas normas constitucionais ou infraconstitucionais. Em tais casos, o princípio de hermenêutica constitucional da *supremacia da Constituição*<sup>62</sup> ou os princípios da *separação de poderes e da legalidade*, igualmente consagrados na Norma Fundamental, incidirão com toda a sua força e plenitude de modo a impedir que o Poder Judiciário profira uma decisão aplicando, no caso concreto, uma *norma de decisão* exclusivamente por ele produzida mas frontalmente contrária aos ditames das *normas-regra* constitucionais e legais aplicáveis àquele caso concreto<sup>63</sup>.

Em suma, somente nesses casos o Poder Judiciário pode atuar para *completar* o sentido final e concreto da norma constitucional ou infraconstitucional que o próprio Poder Legislativo decidiu deixar incompleta – sua atuação,

60 Como bem observa o mesmo Marinoni: “Para Kelsen, todo ato jurídico constitui, em um só tempo, aplicação e criação do direito, com exceção da Constituição e da execução de sentença, pois a primeira seria só criação e a segunda pura aplicação do direito. Por isso, o legislador aplica a Constituição e cria a norma geral e o juiz aplica a norma geral e cria a norma individual. (...) A norma individual faria parte do ordenamento, ou teria natureza constitutiva, apenas por individualizar a norma superior para as partes” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 91, nota 130).

61 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 154.

62 Sobre o princípio de interpretação constitucional da *supremacia da Constituição*, vejam-se, por todos: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 156-167; e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 229-230.

63 É o que também salienta de forma incisiva e com propriedade Humberto Ávila, ao lembrar que as regras não se submetem ao mesmo processo discursivo, argumentativo e justificativo para a sua aplicação que os princípios:

“Quando a Constituição contém um dispositivo que privilegia o caráter descritivo da conduta, ou a definição de um âmbito de poder, há, nesse contexto e nesse aspecto, a instituição de uma regra que não pode ser simplesmente desprezada pelo legislador, ainda que haja internamente alguma margem de indeterminação para a definição de seu sentido. Assim, se a Constituição estabelece regras que proíbem a utilização de prova ilícita ou garantem a presunção de inocência, não cabe ao intérprete desconsiderar essa rigidez e flexibilizar o comando normativo como se ele fora um conselho descartável ou afastável diante de outros elementos.” (In: *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 160)

portanto, é a de um *legislador intersticial* que, na feliz colocação de Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>64</sup>, atua apenas nos *poros* por meio dos quais a realidade social pode penetrar e que mitigam o excessivo apego à letra da lei e permitem ao Poder Judiciário adaptar o direito a mudanças e também às particularidades do caso concreto.

Em outras palavras, o que hoje se reconhece como legítimo e constitucionalmente não só admissível, mas também exigido, é que esse julgador, nos casos em que não houver regra clara capaz de, por si só, solucionar o litígio e em que tenha que aplicar *normas-princípio* constitucionalmente consagradas ou *conceitos jurídicos indeterminados* ou *cláusulas gerais* de que se valeu o legislador, não se abstenha de *completar* o sentido das normas editadas pelo Poder Constituinte ou pelo Poder Legislativo, *construindo* a norma que vai regular o caso concreto, à luz das suas circunstâncias fáticas peculiares.

Se hoje a vinculação estrita dos juízes à letra da lei já não é possível nem desejável, a abertura desse amplo espaço de atuação e de interpretação aos juízes traz, inevitavelmente, um perigo muito grande: a possibilidade de que as mesmas normas jurídicas sejam interpretadas e aplicadas de modo diferente por juízes diversos, trazendo um grau enorme de insegurança jurídica e impedindo que os atores sociais pautem sua conduta e façam suas escolhas de vida com base naquilo que eles razoavelmente considerem ser determinado pela ordem jurídica em vigor. Com isso, o direito como um todo deixa de ser capaz de desempenhar sua função precípua, de ordenar e de regular as relações sociais.

Outro perigo correlato é a consagração do chamado “decisionismo judicial” que o pós-positivismo abomina, proclamando, ao contrário, que, em qualquer conflito de interesses submetido à decisão judicial, só pode haver uma única solução justa à luz dos princípios constitucionais aplicáveis a este caso concreto, tais como compreendidos em determinado momento histórico. Como compatibilizar esse entendimento com a possibilidade de cada juiz de uma determinada causa poder livremente interpretar e aplicar as normas que regulam aquele litígio de acordo com o seu próprio e livre-entendimento pessoal acerca de seu significado e alcance, sem cogitar do entendimento jurisprudencial já consolidado acerca da questão?

É aqui que entra a jurisprudência, como um mecanismo a um só tempo flexibilizador da letra fria da lei (permitindo sua aplicação mais justa a um sem número de situações diversas que nenhum legislador pode prever ao editar uma

---

64 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, *op. cit.*, p. 137-139.

norma, como sempre foi o seu papel tradicional nos sistemas de direito romano-germânicos), mas, através da utilização de mecanismos para sua uniformização e para a observância dos entendimentos jurisprudenciais daí resultantes, também estabilizador do conteúdo das normas jurídicas em vigor, definindo *em um precedente*, para casos concretos substancialmente iguais ao que foi decidido no *leading case*, o único sentido de uma norma jurídica que hoje é, na maioria das vezes, genérica, principiológica e que exige sua complementação através de uma interpretação concretizadora do Poder Judiciário<sup>65</sup>.

### A FUNÇÃO ESTABILIZADORA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A INFLUÊNCIA DA TEORIA DOS PRECEDENTES DOS SISTEMAS DO *COMMON LAW* NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Discorrendo sobre a necessidade da previsão, na lei, de mecanismos que assegurem a uniformização da jurisprudência, há muito já dizia José Carlos Barbosa Moreira<sup>66</sup>, para evitar aquilo que pejorativamente se denomina de “loteria judiciária”, que esta se liga

“ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância –, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e às espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos Tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia constitucional. Nesses limites, e somente neles, é que se põe o problema da uniformização da jurisprudência.

---

65 Lucas Buriel de Macêdo, depois de observar que os precedentes judiciais são importantíssimos para garantir razoabilidade ao direito, considera-os expressamente uma forma de contenção ou de fechamento do processo criativo do juiz como seu aplicador, significativamente acrescido, na atualidade, pelo desenvolvimento dos princípios como normas, evitando o que denomina “uma produção irresponsável de direito jurisprudencial”. E acrescenta, de forma igualmente incisiva:

“Isso mesmo: os precedentes são uma forma de garantir limites à atividade criativa dos juízes, e não de reforçar a criatividade ou de dar mais poderes aos magistrados.” (MACÊDO, Lucas Buriel de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 237, nov. 2014, p. 373-374)

66 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5. p. 5.

Não se trata, nem seria concebível que se tratasse, de impor aos órgãos judicantes uma camisa de força, que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adotada já não corresponde às necessidades cambiantes do convívio social. Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso.”

E aqui se chega ao perigo principal que a adoção de todas essas técnicas hermenêuticas e legislativas destinadas a ampliar o espaço de atuação do julgador nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos faz surgir: a possibilidade de uma mesma situação jurídica substancial regulada apenas parcialmente pelas normas constitucionais e legais gerar, em uma enorme multiplicidade de casos concretos essencialmente iguais, interpretações judiciais diversas, com resultados também diferentes para os litigantes de cada processo. A ofensa ao princípio constitucional da igualdade (ou da isonomia), em tais casos, é evidente e não é diminuída (sendo, na verdade, exacerbada) pela circunstância de que terá ocorrido justamente no âmbito do Poder Judiciário<sup>67</sup>.

Como tem reiteradamente observado com acuidade Marinoni, a admissão da insuficiência da lei e a atribuição de poder ao juiz para ditar a norma capaz de regular o caso concreto não significam que foi gerado um sistema em que o magistrado é livre para criar o direito<sup>68</sup>.

Um sistema jurídico que, ao exigir do juiz que aplique normas constitucionais de natureza principiológica para concretizar direitos fundamentais e

---

67 A esse respeito, é notório ser um dos principais corolários do sistema de *stare decisis*, consagrado nos países de *common law* para assegurar o respeito aos precedentes judiciais anteriores dos seus Tribunais Superiores tanto pelos juizes das demais instâncias a eles vinculados quanto por eles próprios (a não ser nos casos excepcionais de sua revisão ou superação pelo próprio órgão judicial que produziu o precedente – os denominados casos de *overruling*), o princípio consagrado na parêmia *treat like cases alike*, ou seja, em tradução livre, *casos similares devem ser decididos da mesma forma*.

Como se sabe, o nome *stare decisis* vem da parêmia latina *stare decisis et non quieta movere*, que pode ser livremente traduzida por “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”.

68 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 155.

Este mesmo autor é igualmente lapidar ao observar que

“o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe do juiz concebido para unicamente aplicar a lei. Por isto mesmo, o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juizes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições do *civil law* e da *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 172, jun. 2009, p. 226-229)

leis contendo *conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais ou abertas*, na verdade lhe confere e reconhece o poder e a responsabilidade de criar as normas jurídicas para os casos concretos aos quais se apliquem tais normas, não acarreta necessariamente que, para casos iguais, haja uma multiplicidade de normas jurídicas individuais, geradas exclusivamente pelos entendimentos diversos de uma multiplicidade de julgadores.

Também a esse respeito se manifesta de forma incisiva Teresa Arruda Alvim Wambier. Depois de ressaltar que a obtenção da igualdade é objetivo dos sistemas de *civil law* e de *common law* e de lembrar que, nos sistemas romano-germânicos como o brasileiro, a pauta de conduta dos jurisdicionados não está exclusivamente na letra da lei, mas sim “está na lei, enquanto *compreendida* pela doutrina e pelos tribunais”, completa ela com precisão e propriedade:

“Aceitar, de forma ilimitada, que o juiz tem liberdade para decidir de acordo com sua própria convicção *acaba por equivaler a que haja várias pautas de conduta diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados*. Tudo depende de que juiz e de que tribunal tenha decidido o seu caso concreto.

Temos convicção de que o sistemático desrespeito a precedentes compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias ‘leis’ regendo a mesma conduta: um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade. (...)

Ora, de que adianta ter-se uma só lei com diversas interpretações possíveis? Tantas pautas de conduta haverá, quantas forem estas interpretações. É como, repetimos, se houvesse *várias leis* disciplinando a mesma situação.”<sup>69</sup>

Trazendo tudo o que até aqui se disse para a esfera trabalhista e para o cenário de crise crescente da Justiça do Trabalho brasileira, com sua explosão de demandas individuais repetitivas que a cada ano só aumenta, pode-se perceber que aí com certeza está um dos seus principais fatores determinantes: além da já descrita flagrante ofensa ao princípio constitucional da isonomia, a instabilidade da jurisprudência trabalhista a respeito de casos substancialmente iguais estimula a persistência e a expansão da litigiosidade.

Aplicando as citadas colocações de Teresa Wambier na esfera juslaboral, é forçoso concluir que, se diferentes juízes e tribunais trabalhistas interpretam de modo distinto as mesmas normas legais, diferentes titulares do direito material

---

69 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, jun. 2009, p. 144 e 146.

delas objeto terão, na prática, resultados diferentes pela incidência do mesmo dispositivo: será como se, na realidade, existissem diversas leis, de conteúdo diferente, regulando a mesma matéria e regendo exatamente os mesmos fatos.

É preciso também que se perceba que os efeitos gravemente anti-isonômicos de decisões judiciais divergentes sobre a mesma questão de direito e, principalmente, sobre litígios repetitivos essencialmente iguais, também do ponto de vista fático, não afetam apenas os empregados que são partes em cada um desses processos. Também os empregadores serão igualmente afetados: como esperar que um deles cumpra certas normas trabalhistas no sentido pretendido por seus próprios empregados (que, certamente, lhe será mais oneroso) depois de ver que seus concorrentes aplicam-nas em uma linha de interpretação que lhes é mais favorável (e menos onerosa), mas que ainda está sendo adotada como a mais correta pelo menos por parte da jurisprudência de todas as instâncias da Justiça do Trabalho?

Em uma economia de mercado de massas, de acirrada competição e que privilegia a livre-iniciativa, a instabilidade e a conseqüente imprevisibilidade do entendimento judicial sobre as normas trabalhistas em vigor levam, naturalmente, os empregadores delas destinatários a não cumprirem espontaneamente (ou melhor, a cumprirem o menos possível) as obrigações trabalhistas sobre as quais razoavelmente ainda haja controvérsia (ou melhor, sobre as quais ainda estejam sendo proferidas decisões judiciais de conteúdo variado sobre a questão jurídica em discussão).

Ou seja, sem uma clara, rápida e prévia definição do padrão de conduta esperado para cada um dos atores sociais, a norma de direito material sobre a qual ainda persistam dúvidas interpretativas necessariamente terá um baixo nível de cumprimento espontâneo, sendo também inevitável um crescimento diretamente proporcional dos litígios judiciais que tenham por objeto os seus reais significado e alcance, na medida em que os empregados interessados também terão, nas decisões que lhes sejam mais favoráveis, proferidas na mesma ocasião em outros processos, um forte estímulo para que também batam às portas do Judiciário para tentar obter as vantagens que pelo menos parte dos trabalhadores na mesma condição fática e jurídica já estarão obtendo, em seus próprios processos trabalhistas.

O sistema de uniformização de jurisprudência até recentemente adotado no Brasil sempre atribuiu eficácia apenas *persuasiva* aos precedentes jurisprudenciais dos Tribunais, até que se introduziu a súmula vinculante pela Emenda

Constitucional nº 45/04 exclusivamente para o Supremo Tribunal Federal, através do *caput* do novo art. 103-A então acrescentado à Constituição<sup>70</sup>.

Partindo da premissa de que as duas funções primordiais dos pronunciamentos judiciais são, em primeiro lugar, decidir o conflito intersubjetivo de interesses submetido à apreciação e julgamento do juiz natural da causa, mas, também e de modo não menos importante, servir de parâmetro para os comportamentos futuros da sociedade e para as futuras decisões do próprio órgão julgador e dos demais órgãos judicantes<sup>71</sup>, esse sistema tradicional sempre reconheceu a necessidade de se tornar ainda mais explícito o posicionamento dos Tribunais acerca das questões de direito que decorrem de determinadas e específicas circunstâncias fáticas, completando o significado genérico e abstrato das leis, mediante a edição de Súmulas ou Enunciados de Súmula que sintetizassem aqueles reiterados entendimentos. A esses verbetes, no entanto, originalmente se atribuiu, no Brasil, eficácia meramente *persuasiva* em relação aos órgãos jurisdicionais vinculados aos Tribunais que os editavam<sup>72</sup>.

70 “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão e cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

71 A juíza federal Daniela Pereira Madeira observa com propriedade que, “ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, duas normas jurídicas. Uma de caráter individual que constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para análise, e outra de caráter geral que é fruto de sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao direito positivo”, concluindo que “a regra (o cerne ou núcleo do precedente) é equivalente à *ratio decidendi*, sendo que essa regra pode ser delimitada pelo próprio juiz ao proferir a decisão ou pode ser delimitada pelo juiz posterior/sucessivo ao analisar a decisão anteriormente proferida”, em denso e informativo trabalho (A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz [Coord.]. *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* [reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil]. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 529-530).

72 A mesma Daniela Pereira Madeira observa que esse modelo de *súmulas persuasivas* teve início no Brasil em 1963, com a criação da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, com o declarado propósito de atenuar o problema da sua sobrecarga de trabalho, mas sem que esse instituto dispusesse de preceito legal que se lhes conferisse efeito vinculante. Acrescenta ela que esse efeito também não foi previsto no Código de Processo Civil de 1973 quando este criou o instituto da uniformização de jurisprudência com a finalidade de evitar que uma mesma regra de direito seja interpretada de maneira diferente por órgãos de um mesmo tribunal e que previu, como seu desfecho, quando o entendimento de um tribunal fosse revelado pela maioria absoluta de seus membros, a elaboração de uma súmula que teria força de precedente (sem, contudo, haver esclarecido que força seria essa).

Observa a referida autora que essas súmulas adotaram formalmente o mesmo modelo dos assentos portugueses, ou seja, enunciados curtos e de grande abstração, diferentes, portanto, do modelo dos precedentes do *common law*, que prescindem desses verbetes ou enunciados e são constituídos pelo inteiro teor dos julgados, nos quais terá restado consagrada a sua *ratio decidendi* (A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz [Coord.]. *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* [reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil], *op. cit.*, p. 553-555).

## DOCTRINA

Independentemente da natureza meramente persuasiva ou vinculante dessas súmulas, sempre foi consensual, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, que esses enunciados curtos e de grande abstração, que adotaram, formalmente, o mesmo modelo dos assentos portugueses (e que naquele país tinham força de lei até 1985, quando foram julgados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional de Portugal<sup>73</sup>) tinham, como exclusiva função, tornar ainda mais explícito o posicionamento dos Tribunais que haviam firmado esses precedentes acerca das questões de direito que decorrem de determinadas e específicas circunstâncias fáticas, completando o significado genérico e abstrato das leis neles aplicadas. Em outras palavras, elas pretendem sintetizar, em seus enunciados, a explícita *ratio decidendi* (e não os argumentos *obiter dicta*) dos reiterados e sucessivos precedentes sobre a mesma questão controvertida, sistematizando o entendimento consagrado nos julgamentos reiterados sobre a mesma questão, com o declarado propósito de evitar a desigualdade ou a produção de soluções distintas para casos concretos semelhantes.

Nesse modelo, sempre se reconheceu que, enquanto a jurisprudência, nas instâncias ordinárias, tem um papel importante, mas ainda relativamente restrito, pois o exame e o julgamento das questões de fato muito frequentemente são decisivos para determinar a variação no resultado dos numerosos dissídios aparentemente iguais por eles decididos, nas instâncias extraordinárias (ou seja, nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal) o seu papel uniformizador cresce exponencialmente, na medida em que nesses Tribunais, que têm a função precípua de preservar a integridade, a unidade e a coerência da ordem jurídica nacional (constitucional e infraconstitucional), o que se julga, essencialmente, é a tese jurídica (ou a questão de direito) adotada pelas instâncias ordinárias a partir do quadro fático não mais sujeito a redefinição, resultante de sua soberana valoração do conjunto probatório delineado nos autos.

Os recursos de natureza extraordinária, como se sabe, têm três diferentes funções:

a) a *função nomofilática*, por meio da qual o recurso extraordinário tem o papel de buscar a interpretação exata, única e verdadeira da lei (ou melhor, do direito como um todo), a fim de garantir a certeza e a estabilidade jurídica; deve-se buscar, entre as várias interpretações possíveis, a que melhor resolva a lide, à luz dos princípios constitucionais aplicáveis aos fatos daquele dissídio;

---

73 MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil), *op. cit.*, p. 555-556.

## DOCTRINA

b) a *função uniformizadora da jurisprudência*, para controlar a interpretação e a aplicação da lei pelos vários julgadores das instâncias ordinárias, de modo a assegurar o respeito ao princípio constitucional da igualdade: para os mesmos fatos relevantes, o mesmo significado da mesma lei; e

c) a *função paradigmática ou persuasiva*, através da qual os precedentes dos Tribunais Superiores e do STF servem de orientação para o exercício da livre-convicção dos demais julgadores, em prol da estabilidade do sistema judiciário, da celeridade processual e, para os jurisdicionados, em prol da previsibilidade e da igualdade de tratamento.

A profunda mudança que agora se propõe no modelo jurisprudencial brasileiro, causada pela identificação do fracasso das súmulas meramente persuasivas para evitar ou prevenir a explosão de demandas repetitivas a respeito das mesmas questões de direito que devem ser pacificadas pelas decisões dos Tribunais Superiores, restringe-se, como é fácil de perceber, apenas ao terceiro aspecto acima indicado: a função paradigmática dos precedentes jurisprudenciais deixará de ser apenas *persuasiva* para também tornar-se *vinculante* ou *obrigatória* para os demais julgadores vinculados aos Tribunais que os houverem aprovado.

Para melhor compreender essa alteração, é indispensável, porém, compreender qual é a parte ou o elemento da decisão que, constituindo um precedente para as decisões futuras de casos semelhantes, terá efeito *vinculante* ou *meramente persuasivo* (conforme o sistema de precedentes que se adote): de pronto é preciso salientar algo absolutamente incontroverso a esse respeito – não é toda a decisão que gerará o precedente que vinculará ou, ao menos, será elemento de persuasão para os futuros julgadores que decidirem casos similares.

A parte efetivamente *vinculante* ou *persuasiva* da decisão que constituirá o precedente jurisprudencial é o que a doutrina denomina de *ratio decidendi*, conceito que até o momento não teve correspondente no direito processual brasileiro, mas a cujo respeito a doutrina processual dos países de *Common Law* já se aprofundou intensamente, suscitando intensas e complexas discussões a respeito, cujas linhas gerais é preciso expor a seguir.

Teresa Arruda Alvim Wambier, advertindo que isto consiste em drástica simplificação, começa por noticiar que os ingleses chamam de *ratio decidendi a parte efetivamente vinculante da decisão*, esclarecendo que ela é *a proposição jurídica, explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão*, acrescentando a seguir que a *ratio decidendi* pode ser considerada *o núcleo do precedente*, cujas proposições jurídicas devem ser necessariamente seguidas,

num sistema de precedentes vinculantes. Conclui que a regra produzida pela decisão paradigmática (a *rule* – o cerne ou o núcleo do precedente) é equivalente à *ratio decidendi*.

Adverte ela, ainda, que nem todos os fundamentos das decisões judiciais que constituirão um precedente integrarão a sua *ratio decidendi*: por exclusão, tudo o que é dito numa decisão e não integra a *ratio decidendi* é *obiter dicta* ou *gratis dicta* (que, literalmente, significa o que é dito para morrer ou o que é dito gratuitamente, ou seja, o que é dito por nada, inutilmente).

Embora as decisões judiciais nos sistemas de *common law* sejam fundamentadas, e essa fundamentação seja necessariamente constituída por um resumo das provas, das considerações a respeito dos fatos da causa e dos argumentos deduzidos pelas partes, a i. processualista de São Paulo esclarece que “um precedente é um pronunciamento do juiz *sobre o direito* e que as questões de fato não integram o precedente”.

Mas dizer que os precedentes só versam sobre *questões de direito*, evidentemente, não pode e nem quer dizer que os fatos da causa em que foi gerado o precedente judicial são irrelevantes ou indiferentes para determinar o sentido e a aplicabilidade deste aos casos futuros – muito ao contrário. Nesse sentido, Teresa Wambier é lapidar:

“Mas é extremamente importante se dizer que as decisões devem ser lidas e compreendidas à luz dos fatos. Isso nos faz pensar poder-se afirmar que, em certa medida, fatos tidos como essenciais para a decisão seriam parte da *ratio decidendi*. Quando os mesmos fatos ocorrem novamente e são levados a juízo, a mesma solução deve ser dada ao conflito, devendo ser seguido o precedente.”<sup>74</sup>

Daniela Pereira Madeira, por sua vez, começa por definir a *ratio decidendi* (ou, para os norte-americanos, a *holding*), que é a única parte do precedente que, nos países que adotam o *stare decisis*, adquire força vinculante para os casos futuros semelhantes, como o ponto comum de todos os precedentes de uma súmula ou orientação jurisprudencial como tese jurídica, acolhida pelo órgão julgador em cada um dos casos concretos que lhe serviram de precedentes, sendo, em síntese, a regra jurisprudencial que se incorpora ao direito e que deve, a esse título, ser seguida no futuro em casos similares. Acrescenta que é nela que se encontram *os motivos determinantes da decisão judicial* (isto é,

74 Acrescenta ela, em nota, que “os fatos não precisam ser absolutamente idênticos, mas devem permitir o uso da mesma estrutura de pensamento aplicada na primeira decisão (= o precedente)” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, *op. cit.*, p. 133, texto e nota 32).

## DOCTRINA

os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão) ou, em outras palavras, *a regra de direito necessária à decisão* (ou seja, a opção hermenêutica adotada na decisão, sem a qual essa não teria sido proferida como foi).

Expõe ela, a seguir, com base no que ensina a respeito Patrícia Perrone Campos Mello<sup>75</sup>, os dois principais métodos adotados nos países de *common law* para definir e, assim, identificar e delimitar a *ratio decidendi* dos precedentes:

1) *para o método fático-concreto*, ela corresponde à regra extraída de um conjunto de fatos (em qualquer situação em que estejam presentes os fatos relevantes A e B, e presente ou não o fato irrelevante C, o resultado sempre deverá ser X); mais importante do que disse o tribunal é o que ele decidiu acerca de certos fatos; a ênfase maior, aqui, é para a realidade fática; os fatos não precisam ser absolutamente idênticos, mas devem permitir o uso da mesma estrutura de pensamento aplicada nas decisões anteriores que servem de precedente;

2) *para o método abstrato-normativo*, os tribunais, quando decidem o caso concreto, solucionam a lide de um modo mais amplo, enunciando, explícita ou implicitamente, uma regra capaz de solucionar não só a própria demanda em exame mas também outros casos a ela assemelhados que possam surgir no futuro; portanto, ao decidir determinado caso, o julgador deve decidir com base no que é mais adequado para todos os casos que se encontrem dentro de uma apropriada categoria – ou faixa – de similitude, razão pela qual, ao contrário do que considera o primeiro método, os *fundamentos justificantes* (as razões oferecidas pelo tribunal) são mais importantes do que a parte dispositiva dessa decisão individual, tanto para a enunciação da regra vinculante quanto para a determinação de sua generalidade; aqui, ao revés do que ocorre no primeiro método em relação aos fatos relevantes da causa, os fundamentos adotados pelo julgador para a sua decisão são mais importantes.

Acrescenta essa autora que, de qualquer forma, deverá haver *igualdade nos aspectos relevantes do caso a ser julgado e dos precedentes*, situando-se não somente na parte dispositiva da decisão, mas também, e principalmente, na sua fundamentação<sup>76</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, começa por salientar que a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo da decisão que constituiu o precedente, acrescentando que, no *common law*, ela é extraída

---

75 CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 127-130.

76 MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil, *op. cit.*, p. 529, texto e nota 11.

ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Como no sistema do *stare decisis* só a *ratio decidendi* do precedente tem o efeito vinculante ou obrigatório (o que ali se denomina o seu *binding effect*), também relata ele que nos países do *common law* foram desenvolvidos vários métodos ou testes para permitir aos julgadores dos casos futuros identificar os limites e o alcance da *ratio decidendi* do caso anterior que gerou o precedente, aos quais deverá ela ser aplicada *por analogia*.

Relata ele, também, que os dois métodos mais consagrados para tal delimitação no sistema de precedentes norte-americano são:

“a) o teste de *Wambaugh*, para quem a *ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma, acrescentando que, se a inversão hipotética do sentido da proposição de direito que se examina não for capaz de determinar igual inversão do sentido da decisão proferida, permitindo que seja proferida igual decisão à anterior, a proposição objeto desse teste será mero *obiter dictum*;

b) o método de *Goodhart* que, dando maior ênfase aos fatos da causa, propõe que a sua *ratio decidendi* seja determinada mediante a verificação dos fatos tratados como fundamentais (ou *materiais*, na expressão usualmente usada no *common law* em tal contexto) pelo juiz, de modo a que ela seja identificada como a parte da decisão que foi proferida a respeito daqueles fatos considerados *materiais* (ou fundamentais) para o delineamento da *questão de direito* decidida, de modo a assegurar que, no futuro, fatos *relevantes* similares recebam o mesmo tratamento jurídico pelos julgadores.”<sup>77</sup>

Buscando trazer e adaptar esse conceito ao direito brasileiro à vista de suas particularidades, o i. processualista paranaense sustenta que, em nosso país, a *ratio decidendi* deve ser considerada como uma premissa para a solução não simplesmente dos casos, mas também das questões jurídicas que neles foram discutidas, através dos próprios *fundamentos ou motivos determinantes daquela decisão*, adotando-se aqui um conceito claramente mais amplo do que aquele adotado pelos sistemas de *common law*.

Conclui ele que, no direito brasileiro, será mediante a análise da fundamentação da decisão que constitui o precedente que será possível analisar os *motivos determinantes* ou a *ratio decidendi* da mesma, os quais terão os efeitos vinculantes que o sistema processual lhes atribuir, com profundos e transfor-

77 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 221-253.

madores efeitos nos regimes da coisa julgada e da eficácia *erga omnes* dessas decisões paradigmáticas<sup>78</sup>.

É de grande relevância notar que o novo Código de Processo Civil de 2015, hoje já sancionado pela Presidência da República e que entrará em vigor em março de 2016, depois de sua *vacatio legis* de um ano a contar de sua publicação oficial<sup>79</sup>, claramente adota essa concepção de *ratio decidendi* no § 1º, *caput* e seu inciso V, do art. 489, ao estabelecer que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial (...) que (...) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar *seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*”<sup>80</sup>.

Esse novo diploma processual civil brasileiro, aliás, representou, sem dúvida, a vitória dos defensores da adoção da teoria dos precedentes obrigatórios em nosso país, ao inaugurar, no ordenamento jurídico nacional, uma regulação específica dos precedentes judiciais, tendo assim o potencial de, uma vez em vigor, promover uma das mais profundas e radicais revoluções conceituais e práticas de toda a história do sistema jurídico brasileiro.

Com efeito, já na exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, proclamou-se que não se pode tolerar diversos posicionamentos jurisdicionais acerca de uma mesma situação jurídica substancial, em detrimento dos jurisdicionados, seja em relação aos que estão em situações idênticas e recebem um tratamento menos favorável ou àqueles que planejaram sua atuações com fundamento na orientação dada pelos tribunais. Concluiu-se, ali, que a insegurança nas decisões judiciais “gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”<sup>81</sup>.

78 MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem*, p. 253-325.

79 Art. 1.045 do Código de Processo Civil de 2015.

80 Para maior aprofundamento da questão da identificação da *ratio decidendi* e de sua distinção dos fundamentos que constituem *obiter dictum*, nos países de *common law* e também no Brasil, veja-se: MACÊDO, Lucas Buriel de. Contributo para a definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 234, ago. 2014, p. 303-327. No mesmo sentido e com densa abordagem doutrinária, veja-se também: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 259-282.

Para uma clara e erudita exposição do atual significado constitucional dos precedentes judiciais nos Estados Unidos da América e de sua autoridade normativa, veja-se: GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

81 *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010. p. 17.

De forma coerente com essa tomada de posição, a questão foi disciplinada de forma explícita pelos arts. 926 a 928 do novo Código<sup>82</sup>.

O primeiro deles<sup>83</sup> é o mais relevante, por consagrar o *dever geral de tutelar a segurança jurídica nas decisões judiciais, especialmente nas proferidas pelos Tribunais Superiores*. Comentando a redação muito semelhante que se dava ao art. 520 da versão do projeto aprovada na Câmara Federal, Lucas Buril de Macêdo afirma que esse é o dispositivo mais importante sobre a teoria dos precedentes judiciais do novo CPC, por fornecer material suficiente para a construção do *stare decisis* brasileiro e para a institucionalização, no Brasil, dos *precedentes obrigatórios*.

Identifica ele, nesse preceito, a consagração dos seguintes deveres:

“a) *uniformização* – em virtude do qual será inadmissível que qualquer tribunal sustente mais de um entendimento simultaneamente, uniformizando o mais rapidamente possível suas eventuais decisões divergentes;

b) *estabilidade* – pelo qual será necessário respeitar a *ratio decidendi* dos precedentes pelo próprio tribunal que os tiver adotado, evitando-se a sua superação de forma instável ou irracional e exigindo-se, para tanto, uma justificação adequada;

c) *integridade* – em decorrência do qual não se admitirá que os tribunais assumam posicionamentos inconsistentes e conflitivos, devendo manter sua jurisprudência racional, através de precedentes que levem em conta o que antes já foi por eles decidido a respeito e que sua modificação se faça de forma justificada e sem contradições; e

---

82 Como se sabe, essa numeração dos artigos em exame corresponde à que constou da versão final do Código que foi finalmente aprovada no Senado Federal e sancionada pela Presidência da República em 16.03.2015, e que passaram a constituir o Capítulo I (“Disposições Gerais”) do Título I (“Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais”) de seu Livro III (“Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”) de sua Parte Especial. Sua redação corresponde, com algumas alterações, aos arts. 520 a 522 da versão anterior do projeto, aprovada na Câmara dos Deputados e que foi submetida à apreciação final do Senado, com a diferença estrutural de que naquela primeira versão eles constituíam o Capítulo XV (“Do Precedente Judicial”) do Título I (“Do Procedimento Comum”) do Livro I (“Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença”) de sua Parte Especial.

83 “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1 Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2 Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

d) *coerência* – no sentido de que as orientações oferecidas aos jurisdicionados pelos precedentes judiciais devem ser vistas como um produto do Poder Judiciário como um só, coerente e consistente, exigindo-se, em decorrência, que os desvios particulares ou as mudanças desses precedentes sejam substancialmente justificadas.”

A seguir, o § 1º desse dispositivo estabelece que esses precedentes judiciais configuradores da jurisprudência dominante desses Tribunais deverão ensinar a edição, por esses órgãos judiciários, de *enunciados de súmula*, distanciando-se claramente do modelo de precedentes obrigatórios adotado pelos países do *common law*<sup>84</sup>.

Isso, de um lado, corresponde exatamente à concepção peculiar e *expansiva* dos precedentes obrigatórios que equipara a sua *ratio decidendi* aos *motivos ou fundamentos determinantes* da decisão e que, no entender *retro* citado de Luiz Guilherme Marinoni, deverá ser dada ao *stare decisis* no Brasil.

No entanto, por outro lado e para doutrinadores igualmente expressivos<sup>85</sup>, o citado preceito confunde equivocadamente as *súmulas* com os *precedentes judiciais*. Com isso, para esses autores, isso fará surgir o risco de tratar os precedentes (que necessariamente têm uma fortíssima ligação com os fatos relevantes das causas nas quais foram gerados) como textos genéricos e abstratos que, exatamente por isso, sempre exigirão interpretação e que tenderão a ganhar excessiva autonomia em relação às circunstâncias peculiares do processo que ensejou a fixação de sua correspondente *ratio decidendi* e que, reproduzindo os defeitos das *súmulas vinculantes*<sup>86</sup>, teriam um viés autoritário, que impediria a atuação do direito pelos demais órgãos jurisdicionais, dos quais se passaria a

84 Pois, nos países filiados ao *common law*, os precedentes judiciais nascidos do julgamento dos casos específicos são aplicados diretamente aos casos futuros similares, sem necessidade de se consagrar previamente a sua *ratio decidendi* em um enunciado verbal que a sintetize, à semelhança de um texto de lei.

85 MACÊDO, Lucas Buriel de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, *op. cit.*, p. 383-386. Esse autor chega a concluir, incisivamente, nesse artigo que “é natural que a caminhada à direção à fortificação dos precedentes obrigatórios no Brasil passe pelo esquecimento e supressão das súmulas, vinculantes ou não, instituto que só tem razão de ser em um sistema que desconsidera o precedente judicial”.

No mesmo sentido de distinguir súmulas e precedentes judiciais, vejam-se ainda: LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo à súmula vinculante: pela (re)introdução da facticidade ao mundo jurídico. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 234, ago. 2014, p. 275-301; ABBOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 165, nov. 2008, p. 218-230.

86 Para nossas críticas às *súmulas vinculantes* exatamente nesse sentido, vejam-se: PIMENTA, José Roberto Freire. Súmulas com efeito vinculante: uma abordagem crítica. In: BARROS, Alice Monteiro de. *Compêndio de direito processual do trabalho* – obra em memória de Celso Agrícola Barbi. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 470-472; e *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 54, jul.

exigir tão somente o uso renascido e exacerbado dos métodos e dos postulados da Escola da Exegese do século XIX.

É bem verdade que o § 2º desse mesmo dispositivo, ao exigir que os tribunais, ao editar esses enunciados de súmulas, atenham-se às *circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*, tende a atenuar esse problema, por vincular esses verbetes de jurisprudência consolidada aos fatos relevantes que serviram de suporte à adoção da *ratio decidendi* desses precedentes. Porém, persistirá o risco de que isso não ocorra na prática, fazendo nascer, em certos casos, verbetes sumulares desconectados das circunstâncias fáticas que terão sido decisivas para determinar o sentido das decisões paradigmáticas, como infelizmente já ocorreu na experiência passada dos Tribunais brasileiros.

Regulando a forma de cumprimento específico do art. 926 do novo CPC, o *caput* de seu art. 927<sup>87</sup> cria uma verdadeira hierarquia entre os precedentes judiciais e os institutos processuais destinados a assegurar a sua autoridade e efetividade. Ele também deixa muito claro que, tanto nos casos das decisões paradigmáticas proferidas pelos Tribunais em geral, nos incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e no julgamento dos recursos de natureza extraordinária pelos Tribunais Superiores<sup>88</sup> (inciso III), quanto nos casos em que forem aplicáveis as Súmulas do STF, em matéria cons-

---

1994/jun. 1995, p. 245-248; e PIMENTA, José Roberto Freire. *Súmulas vinculantes: uma reapreciação crítica*, *op. cit.*, p. 467-475.

Nesse mesmo sentido crítico, vejam-se, ainda: THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 189, nov. 2010, p. 24-25.

87 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – *os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;*

IV – *os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;*

V – *a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.*”

88 Somos do entendimento de que não pode haver qualquer dúvida razoável quanto à aplicabilidade integral desses arts. 926 a 928 do novo CPC à esfera processual trabalhista. Em primeiro lugar, isto se dá pela aplicação direta do disposto no art. 769 da CLT, que continua em vigor, e que determina a aplicação subsidiária do direito processual comum ao processo do trabalho, nos casos omissos (como aqui ocorre) e exceto naquilo em que for incompatível com as normas processuais trabalhistas (o que, evidentemente, não é o caso). Ademais, agora também incide nesse caso a disposição harmônica e convergente do art. 15 do novo diploma processual civil, a qual é também expressa ao dispor que “*na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições desse Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*”.

titucional, e dos Tribunais Superiores, em matéria infraconstitucional (inciso IV), os demais juízes deverão observar as suas *rationes decidendi*. Mas o que é tão ou mais importante é que o mesmo efeito obrigatório alcançará também a *orientação* (isto é, a *ratio decidendi*) das decisões que configurarem precedentes do plenário ou do órgão especial, que terão o mesmo efeito obrigatório em relação aos demais juízes que lhes estiverem vinculados (inciso V).

Os §§ 2º a 4º desse mesmo art. 927, por sua vez, tratam da hipótese de alteração da tese jurídica adotada em súmula, em julgamento de casos repetitivos ou de jurisprudência dominante ou pacificada do STF e dos Tribunais Superiores (o denominado *overruling*), que só poderá ser feita pelo próprio tribunal que prolatou a decisão anterior ou por outro que esteja em posição hierárquica superior e que, em alguns casos, poderá ter seus efeitos modulados apenas para o futuro ou a partir de uma data específica, “no interesse social ou no da segurança jurídica”. Nesses casos de modificação ou de superação do precedente, será necessária *fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia* (§ 4º do art. 927).

Como se não bastasse a clareza dessas disposições, elas são ainda mais reforçadas pelo que estabelece o § 1º do mesmo art. 927 em análise, que determina que “os juízes e os tribunais observarão o disposto (...) no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”.

Esse art. 489 do novo CPC, por sua vez, depois de estabelecer em seu *caput* (e sem maiores novidades) quais são os elementos essenciais da sentença, reforça visivelmente a eficácia *vinculante* não só das súmulas, mas também dos precedentes judiciais no inciso VI de seu § 1º, ao estabelecer que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Isso, evidentemente, significa que, se os julgadores do novo caso não seguirem enunciado de súmula ou precedente invocados pela parte, só lhes será permitido deixar de aplicá-los em sua decisão, sob pena de ela ser considerada desfundamentada (e, portanto, *nula*), se ali se demonstrar ser o caso de existência de distinção no processo em julgamento (*distinguishing*) ou de superação do entendimento (pelo próprio Tribunal que produziu o precedente em decisão anterior, ou seja, no caso de *overruling*, ou por legislação superveniente, configurando caso de *overriding*). Isso, evidentemente, permite concluir que, nesse novo sistema processual, nunca será possível aos julgadores deixarem

de aplicar o precedente simplesmente por considerarem equivocada a sua *ratio decidendi*, quanto à questão de direito objeto da controvérsia.

Outro poderoso reforço da autoridade das decisões dos Tribunais Superiores que configurarem *precedentes obrigatórios*, também previsto no novo Código de Processo Civil, consistirá no uso generalizado do instituto da *reclamação*, disciplinado nos seus arts. 988 a 993<sup>89</sup>.

Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público (art. 988, *caput*) para garantir a autoridade das decisões do tribunal (inciso II) e para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante *e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência* (inciso IV), podendo a reclamação ser proposta perante qualquer tribunal, competindo o seu julgamento ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir (§ 1º). A hipótese do inciso IV acima referido compreenderá tanto *a aplicação indevida da tese jurídica* quanto *a sua não aplicação aos casos que a ela correspondam* (§ 4º do mesmo art. 988).

Nos termos do citado art. 989, o relator da reclamação, ao despachá-la, requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, a serem prestadas em 10 dias e, se necessário, ordenará a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável, além de determinar a citação do beneficiário da decisão impugnada para apresentar a sua contestação, no prazo de 15 dias.

Se a reclamação for julgada procedente, o tribunal *cassará a decisão exorbitante de seu julgado* ou *determinará medida adequada à solução da controvérsia* (art. 992), cabendo ao presidente do tribunal determinar o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente (art. 993).

## OS NOVOS INSTITUTOS INTRODUZIDOS NO SISTEMA RECURSAL TRABALHISTA PELA LEI Nº 13.015/2014 PARA A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA E PARA A SOLUÇÃO DOS PROCESSOS REPETITIVOS E SUA EFICÁCIA VINCULANTE PARA OS DEMAIS JUÍZES E TRIBUNAIS TRABALHISTAS

Como já dito anteriormente, a Lei nº 13.015/2014 promoveu importantíssimas alterações no procedimento dos recursos trabalhistas de natureza

---

89 E, a nosso ver, também perfeitamente aplicáveis por inteiro ao direito processual do trabalho, nos precisos e convergentes termos dos arts. 769 da CLT e 15 do novo CPC.

extraordinária, mas, principalmente, absorveu e procurou consagrar normativamente, de forma muito clara, tudo o que até aqui se expôs acerca da denominada *teoria dos precedentes*. Ela não apenas estabeleceu expressamente, no novo art. 896-B da CLT, serem aplicáveis ao recurso de revista, no que couber, as normas do Código de Processo Civil de 1973 que, a partir das Leis ns. 11.418/06 e 11.672/08, acrescentando-lhe os arts. 543-B e 543-C, instituíram e disciplinaram, respectivamente, o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, mas, no novo art. 896-C (o qual, cumpre lembrar, foi acrescentado ao projeto original do TST por emenda do próprio Congresso Nacional), adotou toda essa princiologia sobre a força vinculante dos precedentes consagrada pelo projeto do novo CPC que lá já estava tramitando (e que, por ironia, somente acabou por entrar em vigor meses depois)<sup>90</sup>.

Procurando enfrentar o visível e crescente aumento do número de processos repetitivos na esfera trabalhista, por sua vez causador da já descrita cada vez maior fragmentação e diversificação dos entendimentos dos juízos laborais de primeiro e de segundo grau acerca do direito material do trabalho, a referida lei promoveu três grandes alterações na sistemática recursal trabalhista:

a) reforçou a obrigatoriedade, antes já estabelecida pela anterior redação do § 3º do art. 896 da CLT, de os Tribunais Regionais do Trabalho procederem à uniformização de sua jurisprudência, aplicando, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto no CPC de 1973 ainda em vigor, mediante as providências previstas na nova redação dada aos §§ 4º, 5º e 6º do mesmo artigo Consolidado;

b) instituiu, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho e por meio do novo § 13 do art. 896 da CLT, o que o novo CPC de 2015 denomina de *incidente de assunção de competência*<sup>91</sup>, mediante o qual, por iniciativa de um dos membros da sua Seção Especializada em Dissídios Individuais, aprovada pela maioria dos integrantes da mesma, o julgamento de processo cuja matéria seja reputada relevante será afeto a seu Tribunal Pleno;

c) além de estabelecer, no novo art. 896-B da CLT (como já foi referido), a aplicabilidade, no que couber, das normas do CPC de 1973 ainda hoje em vigor que disciplinam o julgamento dos recursos extraordinário e especial

---

90 Sustentando que a Lei n. 13.015/2014 e sua subsequente regulamentação pelo TST são mais um importante componente para a construção do sistema de precedentes obrigatórios brasileiro e discorrendo sobre seus principais institutos e inovações, vejam-se: DIDIER Jr., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de. Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei n. 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 143-195.

91 Veja-se o art. 947 do CPC de 2015, a seguir analisado.

repetitivos, o novo art. 896-C dessa Consolidação desde logo regulamentou detalhadamente o procedimento a ser adotado para o julgamento de recursos de revista repetitivos, definidos como aqueles *fundados em idêntica questão de direito*, mediante a sua afetação para a Seção Especializada em Dissídios Individuais ou para o Tribunal Pleno do TST, por decisão da maioria simples de seus membros e mediante o requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada, *considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal*<sup>92</sup>.

Essas normas legais foram complementadas pelo Ato nº 491/SEGJUD. GP, de 23.09.2014, da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho<sup>93</sup>, editado a partir da proposta elaborada pela Comissão de Ministros do Tribunal Superior do Trabalho constituída pelo seu Ato nº 401, de 06.08.2014, visando fixar parâmetros procedimentais mínimos para dar efetividade à referida Lei e, mais recentemente, pela Instrução Normativa nº 37, aprovada pela Resolução nº 195 do Órgão Especial do TST, de 02.03.2015, que regulamentou os procedimentos em caso de Incidente de Uniformização de Jurisprudência no âmbito dos TRTs, suscitado na forma do art. 896, § 4º, da CLT.

A análise do conjunto dessas normas revela claramente a opção por incorporar, no âmbito dos recursos trabalhistas e em total harmonia com o novo CPC recém-sancionado, a *teoria dos precedentes* já descrita neste trabalho e por consagrar, com absoluta clareza, o efeito *vinculante e obrigatório* das decisões uniformizadoras de jurisprudência tomadas pelos Tribunais em decorrência dos novos institutos, incidentes e procedimentos por elas introduzidos e aperfeiçoados, como se passa a demonstrar a seguir, com relação a cada um deles.

---

92 Conforme bem observa o Ministro Alexandre Agra Belmonte (In: O novo sistema recursal trabalhista [Lei n. 13.015/2014]: influências do projeto do novo CPC. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 29-30):

“O recurso repetitivo é mais um instrumento destinado a racionalizar a utilização do Judiciário. Por meio do exame de recursos representativos de igual controvérsia de massa, é apreciada uma tese destinada a servir de precedente para questões idênticas, por meio da técnica de processamento e julgamento por amostragem, para dar uniformidade aos julgamentos, concentrando a discussão num só órgão e contribuindo para a solução e diminuição do fluxo de casos que são encaminhados aos Tribunais Superiores.

Desta forma, em vez do recebimento descontrolado de recursos veiculando uma mesma tese capaz de ensejar soluções distintas, são selecionados um ou alguns recursos representativos de uma mesma controvérsia, destacando-os para julgamento e firmando a tese a ser seguida nos casos idênticos, o que importa em concentração da discussão e contribui para o descongestionamento. O julgamento do recurso repetitivo objetiva firmar um precedente para servir de paradigma aos demais casos.”

93 A versão definitiva desse Ato foi republicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 14.11.2014, em razão de erros materiais omissivos.

## DOCTRINA

Em primeiro lugar, o Incidente de Uniformização de Jurisprudência no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho é hoje disciplinado de forma conjunta pelos §§ 3º, 4º e 5º do art. 896 da CLT, pelos arts. 3º a 6º do Ato nº 491/SEGJUD.GP/2014 do TST e por todos os artigos (1º a 8º) da Instrução Normativa nº 37/2015 do TST.

Como se sabe, esses dispositivos deixam claro que o Tribunal Superior do Trabalho não procederá ao julgamento imediato de nenhum recurso de revista interposto contra decisão regional publicada a partir de 23.09.2014, data da vigência da Lei nº 13.015, quando se constatar a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema dele objeto<sup>94</sup>, devendo o relator de cada um desses processos determinar sua devolução à Corte de origem, ainda que suscitado IUJ sobre a mesma matéria e no mesmo Tribunal em outro processo, decisão que será comunicada por ofício do Ministro Presidente do TST aos demais Ministros da Corte, para que também suspendam o andamento dos outros processos com recursos de revista de sua relatoria (inclusive aqueles oriundos dos agravos de instrumento providos) que versem sobre idêntica questão jurídica (desde que tempestivos)<sup>95</sup>.

Nos termos do art. 5º da Instrução Normativa nº 37/2015, “o Presidente ou o Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho”, ao ser cientificado dessas providências do TST, “antes de emitir juízo de admissibilidade em recurso de revista, deverá suscitar Incidente de Uniformização de Jurisprudência em todos os outros processos que tratam da mesma matéria, enquanto não uniformizada a jurisprudência interna, e sobrestar a remessa ao TST dos respectivos autos *até o julgamento do IUJ referente ao caso concreto e a reapreciação da questão no órgão fracionário prolator do acórdão originário recorrido*” (grifo nosso).

Da mesma forma, o art. 3º do Ato nº 491/SEGJUD.GP/2014 também já havia sido expresso no sentido de que, “persistindo decisão conflitante com a

---

94 O art. 1º da Instrução Normativa nº 37/2015 considera *dissenso jurisprudencial sobre idêntica questão jurídica no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho tanto a discrepância subsistente de julgados entre órgãos fracionários da Corte, ainda que não uniformizada a matéria* (inciso I) quanto a *divergência subsistente de julgados entre órgão fracionário e o Tribunal Pleno ou o Órgão Especial em decisão uniformizadora, sumulada ou não, ainda que anterior à Lei nº 13.015/2014* (inciso II).

Para esta última hipótese, no entanto, o art. 3º do Ato nº 491/SEGJUD.GP/2014 do TST, em sua parte final, abriu uma exceção, ao dispor que os autos não deverão retornar à instância de origem para sua adequação ao precedente regional se este for conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho – caso em que, evidentemente, esse recurso de revista que houver sido interposto contra decisão regional que, apesar de conflitante com o precedente regional, na verdade estiver em consonância com o verbete jurisprudencial do próprio TST, simplesmente não será desde logo conhecido, por decisão monocrática do relator ou por decisão colegiada da Turma desta Corte Superior.

95 Art. 2º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa nº 37/2015.

jurisprudência já uniformizada do Tribunal Regional do Trabalho de origem, deverão os autos retornar à instância *a quo para sua adequação à súmula regional ou à tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho*”.

Ou seja, ficou claro que, nessa nova sistemática, todas as decisões regionais objeto de recurso de revista que não estejam em consonância com a decisão do respectivo Tribunal Regional do Trabalho proferida no Incidente de Uniformização Regional ou em decisão uniformizadora regional, sumulada ou não, ainda que anterior à Lei nº 13.015/2014<sup>96</sup>, além de não poderem mais servir de paradigma para viabilizar o conhecimento de outros recursos de revista interpostos contra decisões proferidas por TRTs de outras Regiões, por divergência<sup>97</sup>, deverão ser objeto de *retratação* pelo órgão fracionário que prolatou o acórdão originário recorrido.

Essa incisiva opção normativa, no sentido de emprestar os efeitos mais fortes e amplos possíveis ao efeito vinculante da decisão uniformizadora regional, não deve causar estranheza.

Além de a retratação corresponder à ideia central desse incidente, que é a de só se admitir, de agora em diante, que cada Tribunal Regional do Trabalho adote uma única posição acerca da *ratio decidendi* de uma idêntica questão jurídica (tomada pela maioria de seu órgão regimentalmente competente para a uniformização de sua jurisprudência), isso também corresponde com precisão à lógica da nova sistemática procedimental instituída pelo novo § 4º do art. 896 da CLT. Com efeito, esse estabelece que o relator de cada recurso de revista que tenha por objeto a questão jurídica idêntica sobre a qual subsista dissenso jurisprudencial regional ou decisão regional discrepante da decisão uniformizadora regional respectiva determine, em cada caso, o seu retorno (e não que este se limite a suspender o andamento de cada um dos demais processos que versem sobre o mesmo objeto, até que o primeiro IUJ seja julgado no TRT). É de se perguntar: se não fosse para que a decisão originária recorrida fosse reapreciada ou adequada à decisão uniformizadora local, qual seria o sentido de a lei determinar o retorno à origem de cada um desses processos?

Ademais, é preciso lembrar que todo este novo procedimento só se tornou necessário diante da enorme relutância dos Tribunais Regionais do Trabalho,

---

96 A não ser aquelas, repita-se, porventura em consonância com súmula ou orientação jurisprudencial do próprio Tribunal Superior do Trabalho, nos exatos termos da parte final do art. 3º do Ato n 491/SEGJUD.GP/2014 do TST, caso em que não será necessário que o relator do recurso de revista determine o retorno dos autos à origem, bastando que este não seja conhecido, em decisão monocrática ou colegiada.

97 É o que expressamente estabelece o novo § 6º do art. 896 da CLT.

antes da nova lei, de cumprirem o que já era expressamente previsto como seu dever pela antiga redação do § 3º do art. 896 da CLT, já existente desde a promulgação da Lei nº 9.756/98, ao estabelecer de forma expressa que deveriam eles proceder à uniformização de sua jurisprudência conflitante nos termos previstos no Código de Processo Civil de 1973, ainda nesta data em vigor, o que agora foi expressamente reiterado pelo novo art. 896-B da CLT.

Pois bem: o simples exame dos arts. 476 a 479 do CPC de 1973<sup>98</sup>, que hoje ainda disciplinam a uniformização da jurisprudência nos Tribunais<sup>99</sup>, permite concluir que, se os Tribunais Regionais houvessem observado a sistemática procedimental ali estabelecida, simplesmente não existiriam várias decisões regionais ainda divergentes sobre a questão jurídica objeto dos vários recursos de revista admitidos, já que o incidente, na sistemática do CPC, é sempre suscitado previamente à decisão do órgão (turma, câmara ou grupo de câmaras) para o qual o processo foi distribuído.

De qualquer forma, uma vez reconhecida a divergência e proferida a decisão uniformizadora pela maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, esta será objeto de súmula e constituirá *precedente* na uniformização de jurisprudência (CPC, art. 479, *caput*) e *dará a interpretação a ser observada* (CPC, art. 478) – ou seja, não se prevê (e nem seria logicamente possível prever) a possibilidade de o órgão fracionário que suscitou o incidente proferir decisão, no caso concreto, contrária ao que foi decidido pela maioria do tribunal (mesmo que, circunstancialmente, a maioria dos seus integrantes forme maioria contrária à formada no Tribunal como um todo). Como, portanto, seria possível suscitar todo esse procedimento em cada um dos processos trabalhistas, reconhecer-se e proclamar-se que só é possível se admitir a adoção de uma única *ratio decidendi* para determinada questão de direito controvertida, em cada Tribunal Regional do Trabalho (exatamente aquela adotada pela maioria de seus integrantes, em IUJ) e não se determinar a sua principal consequência lógica e jurídica, que seria a substituição da decisão fracionária dissonante, antes porventura proferida em cada processo?

O mesmo raciocínio foi adotado e também evidentemente se aplica, *mutatis mutandis*, para as decisões uniformizadoras proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho nos incidentes de assunção de competência pelo seu Tribunal Pleno (disciplinado pelo § 13 do art. 896 da CLT e pelo art. 7º do Ato nº

---

98 Os quais, repita-se, continuarão em vigor até o término da *vacatio legis* de um ano a contar de sua publicação oficial, do novo Código de Processo Civil de 2015, prevista em seu art. 1.045.

99 E que, a partir da vigência do novo CPC de 2015, será substituído pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, disciplinado em seus arts. 976 a 986.

491/SEGJUD.GP/2014 do TST)<sup>100</sup> e para as decisões proferidas pela Subseção de Dissídios Individuais I ou pelo Tribunal Pleno do TST no procedimento de julgamento de recursos de revista repetitivos (disciplinado pelos arts. 896-C da CLT e 8º a 21 do Ato nº 491/SEGJUD.GP/2014 do TST).

Uma vez proferidas as decisões uniformizadoras pelo Tribunal Pleno ou pela SbDI-1 do TST, tanto no julgamento dos recursos objeto do incidente de assunção de competência quanto daqueles recursos de revista repetitivos, essas *decisões paradigmas* necessariamente deverão ser observadas, em sua *ratio decidendi*, em todos os demais recursos e processos versando sobre idêntica controvérsia – tanto nos ainda pendentes de decisão quanto naqueles em que as decisões originárias objeto dos recursos de revista ou de embargos estejam em dissonância com o precedente firmado. É o que já hoje proclama expressamente o § 7º do art. 543-C do CPC de 1973 (claramente aplicável na esfera processual trabalhista pelo que estabelece o já citado art. 896-B da CLT)<sup>101</sup>, bem como reafirmaram expressamente os arts. 20 (sobre a decisão dos recursos sobrestados ainda não julgados)<sup>102</sup> e 21 (sobre os processos suspensos em que já exista decisão recorrida objeto do recurso de revista relevante ou repetitivo)<sup>103</sup> do Ato nº 491/SEGJUD.GP/2014 do TST.

---

100 “Art. 7 Para os efeitos do § 13 do art. 896 da CLT, a afetação de julgamento ao Tribunal Pleno, em face da relevância da matéria, somente poderá ocorrer em processos em tramitação na Subseção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho.

Parágrafo único. A afetação a que se refere o *caput* deste artigo não pressupõe, necessariamente, a existência de diversos processos em que a questão relevante seja debatida.”

101 “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (...)

§ 7 Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça;

II – serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.” (destaque nosso)

102 “Art. 20. Decidido o recurso representativo da controvérsia, os órgãos jurisdicionais respectivos declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese.”

103 “Art. 21. Publicado o acórdão paradigma:

I – o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem negará seguimento aos recursos de revista sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Tribunal Superior do Trabalho;

II – o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará a causa de competência originária ou o recurso anteriormente julgado, na hipótese de o acórdão recorrido contrariar a orientação do Tribunal Superior;

III – os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo Tribunal Superior. (...)

§ 3 Realizado o juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o Tribunal de origem, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não decididas, cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração.”

É relevante ainda notar que este último artigo do referido ato regulamentador da Lei nº 13.015/2014, em seus §§ 1º e 2º, reiterando o que já estabelece o § 16 do art. 896-C da CLT, admite a possibilidade de o órgão que proferiu o acórdão recorrido em aparente dissonância com o entendimento adotado pela decisão paradigma manter o seu entendimento original, *mas somente se demonstrar ser o caso da existência de distinção* (o *distinguishing* da teoria dos precedentes do *common law*)<sup>104</sup> – o que obviamente quer dizer, *a contrario sensu*, que tal possibilidade lhe será vedada em qualquer outro caso.

Também o novo CPC traz disposições expressas que, quando entrarem em vigor, reforçarão sobremaneira esse efeito *vinculante* das decisões proferidas nos incidentes de julgamento de demandas repetitivas (em substituição, repita-se, ao atual incidente de uniformização de jurisprudência previsto no CPC de 1973)<sup>105</sup>,

104 “Art. 896-C. (...)”

§ 16. A decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos.”

“Art. 21 do Ato n 491/SEGJUD.GP/2014 do TST: (...)”

§ 1 Para fundamentar a decisão de manutenção do entendimento, o órgão que proferiu o acórdão recorrido demonstrará fundamentadamente a existência de distinção, por se tratar de caso particularizado por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.”

105 “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais dos respectivos Estado ou região;

II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1 Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. (...)”

Como se pode observar, a aplicação desse *incidente de resolução de demandas repetitivas* do novo CPC à esfera trabalhista também estenderá o efeito vinculante às decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho neles proferidas (o que mostra a importância da uniformização de seu entendimento, no âmbito de sua competência territorial). A única limitação, como não poderia deixar de ser, está no § 4 do seu art. 976, que estabelece ser incabível esse incidente “quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição da tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”.

Por outro lado, o efeito vinculante originalmente aplicável só na instância regional pela decisão do Tribunal local poderá espalhar-se por todo o território nacional por força do previsto no art. 987 do novo Código que, depois de estabelecer que da decisão proferida no julgamento de mérito desse incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, também dispõe expressamente, em seu § 2, que, se apreciado o mérito do recurso, “a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada em todo o território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.” Esse efeito, como é óbvio, também se aplicará à esfera processual do trabalho com relação às decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho ao julgar os recursos de revista interpostos contra as decisões dos TRTs nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, nos precisos termos do art. 769 da CLT e, a partir de então, também do art. 15 do novo diploma processual comum.

de assunção de competência<sup>106</sup> e de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos<sup>107</sup>, para não falar dos próprios enunciados de súmula e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho<sup>108</sup>.

Também Fredie Didier Junior e Lucas Buril de Macêdo são incisivos ao só admitir que as demais instâncias não apliquem os precedentes produzidos pelas decisões uniformizadoras de jurisprudência dos Tribunais Superiores se for o caso de *distinção* ou de sua *superação* pelo próprio Tribunal que o consagrou anteriormente:

“Muito embora haja a previsão de manutenção da decisão do TRT em sentido contrário, nada obstante a prolação do julgamento de recursos repetitivos, é evidente que *não* é possível que tribunal intermediário mantenha sua decisão em contrário ao posicionamento do tribunal superior *sic et simpliciter*. Não. A desobediência acrítica pura e simples é vedada e não faz qualquer sentido à luz do devido processo legal, da estruturação do sistema recursal e da duração razoável do processo.

---

106 “Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. (...)”

§ 3 *O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. (...)”*

107 Embora o art. 1.040 do novo CPC, ao prever em seu inciso II e em seu § 1 o reexame do processo de competência originária ou do recurso anteriormente julgado nos casos em que o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior e a possibilidade de manutenção do acórdão divergente pelo tribunal de origem não tenha sido suficientemente claro ao definir se isso será ou não sempre possível (ou seja, quando não for o caso de *distinguishing*), o já citado art. 988 do mesmo diploma processual é expresso, em seu inciso IV, ao prever que caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para “garantir a observância (...) de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”, acrescentando ainda, em seu § 4, que as hipóteses previstas nesse inciso IV “compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondem”. Como efeito natural da procedência da reclamação, os arts. 992 e 993 do novo Código estabelecem, respectivamente, que “o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia”, devendo o presidente do tribunal determinar “o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente”.

108 Confirmam-se, a esse respeito, no novo CPC, os já citados arts. 489, inciso VI, e 927, *caput* e seu inciso IV. O primeiro deles, cumpre relembra, considera desfundamentada a decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Já o segundo dispõe que “os juízes e tribunais observarão (...) os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”, sendo fácil de concluir que, pela força combinada do art. 769 da CLT e do art. 15 do novo CPC, esse mesmo efeito beneficiará as súmulas (e orientações jurisprudenciais, por identidade de razões) do Tribunal Superior do Trabalho.

## DOCTRINA

É indispensável que exista alguma circunstância autorizadora da resistência em alterar o *decisum*.<sup>109</sup>

Para evitar que essas decisões de tão drásticos e importantes efeitos metaprocessuais sejam proferidas de modo apressado e sem um contraditório amplo e cuidadoso que abranja todas as questões de direito e de fato relevantes para a produção da *ratio decidendi* mais justa e abrangente possível, o novo sistema processual andou bem em prever vários mecanismos:

a) em primeiro lugar, esses incidentes não se limitarão unicamente ao julgamento do processo que deu origem ao requerimento de um dos julgadores competentes para propor a sua instauração; para permitir que sejam examinados outros processos que tragam novos elementos úteis para a prolação da decisão uniformizadora, está prevista a possibilidade de afetação de um ou mais recursos representativos da controvérsia para o seu julgamento conjunto, seja dentre aqueles já em tramitação no próprio Tribunal Superior, seja dentre os que ainda estejam tramitando no Tribunal de origem – ou seja, visa-se muito mais o julgamento da questão de direito que exige a uniformização do que o de cada processo individualmente considerado<sup>110</sup>;

b) para permitir o exame mais amplo e aprofundado possível de questões cuja relevância transcenda a pessoa dos litigantes de cada processo afetado ou que tenham conteúdo técnico-especializado mais intrincado, a discussão da matéria poderá ser ampliada por iniciativa do relator do Incidente, solicitando, aos Tribunais Regionais do Trabalho, informações a respeito da controvérsia<sup>111</sup>, admitindo-se a manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples<sup>112</sup>, ou ouvindo-se, em audiência pública, depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria<sup>113</sup>;

c) para assegurar que o precedente judicial produzido no incidente de uniformização tenha efeitos vinculantes os mais amplos possíveis e não permitir que frequentemente sejam proferidas futuras decisões sobre a mesma questão que não apliquem sua *ratio decidendi* apenas porque baseadas em fundamentos

---

109 DIDIER Jr., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei n. 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, *op. cit.*, p. 158.

110 Vejam-se, nesse sentido, os §§ 1, 2 e 4 do art. 896-C da CLT e os arts. 8, segunda parte, e 11, inciso III, do Ato n. 401/2014 do TST.

111 Art. 896-C, § 7, da CLT.

112 Art. 896-C, § 8, da CLT.

113 Art. 16 do Ato n. 401/2014 do TST. Estas mesmas possibilidades também se encontram previstas no novo CPC de 2015, no seu art. 927, § 2, para a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos.

distintos daqueles examinados de forma fundamentada na decisão uniformizadora nele proferida, o conteúdo do acórdão paradigma deverá abranger a análise de todos os fundamentos suscitados à tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários<sup>114</sup>.

Como válvula de segurança contra o excessivo engessamento da jurisprudência provocado pelo efeito vinculante indubitavelmente conferido aos precedentes constituídos pelas decisões paradigmas dos Tribunais Superiores, foi prevista a possibilidade do uso, pelos julgadores dos casos futuros que tenham por objeto a mesma questão de direito objeto de uniformização, da técnica das distinções (como já se disse, o *distinguishing* do direito anglo-saxão) tanto pela Lei nº 13.015/2014, no âmbito trabalhista, quanto pelo novo CPC de 2015, no processo comum em geral<sup>115</sup>.

Previu-se, ainda, a possibilidade de revisão da decisão uniformizadora pelo próprio Tribunal que a tenha proferido (o denominado *overruling*, dos sistemas de *common law*), “quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica” (§ 17, primeira parte, do art. 896-C da CLT), sendo que o novo CPC também prevê que, nos casos de *revisão de tese* ou de *superação do entendimento* pelo próprio Tribunal que o adotou, os órgãos julgadores não ficarão obrigados a seguir a anterior decisão uniformizadora (arts. 489, inciso VI, 947, § 3º, 985, II, parte final, e 986 do CPC de 2015)<sup>116</sup>.

Merece, por fim, ser destacada, por sua extrema relevância, a possibilidade expressa de que a decisão de revisão da súmula ou do precedente judicial

114 Art. 17 do Ato n 401/2014 do TST, que antecipou o que também dispuseram, no mesmo sentido, o art. 983, § 2, com relação ao conteúdo do acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas, e o art. 1.038, § 3, do novo CPC, com relação ao acórdão proferido no incidente de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

115 Vejam-se os já citados § 16 do art. 896 da CLT (o qual permite a não aplicação da decisão paradigma aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo em que aquela foi proferida) e o § 1 do art. 21 do Ato n 491/SEGJUD.GP/2014 do TST (que prevê a possibilidade de o julgador de outro processo não aplicar o precedente jurisprudencial “por se tratar de caso particularizado por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa”) e o inciso VI do art. 489 do novo CPC (que admite a possibilidade de não aplicação de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte desde que o julgador, em seus fundamentos, demonstre a existência de distinção no caso em julgamento).

Outra possibilidade de distinção (esta prévia ao julgamento de um processo afetado ao incidente de julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos) está prevista nos §§ 9 a 13 do art. 1.037 do novo CPC, o que também se previu, para idêntica situação no incidente de julgamento dos recursos de revista repetitivos, no art. 19 do Ato n 491/SEGJUD.GP/2014 do TST.

116 Para um aprofundado e empírico estudo das razões que levaram à alteração dos precedentes da Corte Suprema norte-americana na segunda metade do século XX por *overruling*, veja-se: BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare indecisus: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

anterior pelo próprio Tribunal que os tenha produzido respeite “a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado” (§ 17 do art. 896-C da CLT), estando também previsto no novo CPC de 2015, em seu art. 927, § 3º, que, “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de recursos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”<sup>117-118</sup>.

Para que todos os precedentes judiciais possam ser validamente vinculantes, é, sem dúvida, indispensável a sua mais ampla divulgação possível, devendo os tribunais dar publicidade a eles, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores<sup>119</sup>.

### VIRTUDES, RISCOS E PERSPECTIVAS DESSA PROFUNDA MUDANÇA DE PARADIGMA, NA ESFERA TRABALHISTA

De tudo o que até aqui se expôs, é possível concluir que uma nova e complexa fase se inaugura no direito processual brasileiro, tanto na esfera civil quanto na trabalhista, com a edição do novo Código de Processo Civil de 2015 e da Lei nº 13.015/2014, que veio alterar significativamente o tratamento dado pela CLT aos recursos trabalhistas. Na esfera do processo do trabalho, a intensificação dos filtros processuais para a admissibilidade dos recursos de natureza extraordinária e a introdução dos postulados e das técnicas próprias da

---

117 A mesma preocupação também se manifesta a seguir no § 4º do mesmo art. 927 do novo CPC, ao dispor que “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

118 Veja-se ainda: BRANDÃO, Cláudio. *Reforma do sistema recursal trabalhista: comentários à Lei n 13.015/2014*, op. cit., p. 25 e 173-184, para maior aprofundamento sobre os efeitos vinculantes das decisões paradigmas proferidas no incidente de julgamento (por ele denominados “um verdadeiro efeito cascata”), a técnica de distinção (*distinguishing*) e a revisão ou superação, total ou parcial, dos precedentes vinculantes (*overruling* e *overriding*).

Também sobre as técnicas do *distinguishing*, do *overruling* e do *overriding* no direito norte-americano e no Supremo Tribunal Federal brasileiro, consultem-se ainda: DIDIER Jr., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de. Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei n 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, op. cit., p. 146-152 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 326-445.

Especificamente sobre o *overruling* ou a ab-rogação do precedente judicial em uma perspectiva eminentemente doutrinária, consulte-se: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, op. cit., p. 387-465.

119 Nesse sentido, vejam-se os arts. 6º e 22 do Ato n 491/SEGJUD.GP/2014 do TST e os arts. 3º e 7º da Instrução Normativa n 37/2015 do TST, bem como o art. 927, § 5º, do novo CPC de 2015.

denominada *teoria dos precedentes* constituem inegáveis virtudes, mas também suscitam riscos e desafios que não podem ser ignorados.

Do lado positivo, não se pode deixar de reconhecer que o novo sistema recursal trará um significativo reforço da autoridade das decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, em virtude do efeito vinculante conferido às suas decisões uniformizadoras de jurisprudência, pondo fim às excessivas fragmentação e oscilação dos entendimentos jurisprudenciais sobre as mesmas questões de direito, aumentando, na mesma proporção, a previsibilidade, a segurança jurídica e a efetividade na decisiva esfera do direito material do trabalho. Com isso, é de se esperar que sejam especialmente beneficiados os trabalhadores, ou seja, a parte hipossuficiente para a qual, afinal de contas, é editada a legislação trabalhista<sup>120</sup>, na medida em que cada vez menos serão obrigados a recorrer à Justiça do Trabalho para obter o cumprimento de direitos constitucionais e infraconstitucionais que ainda hoje dependem de interpretações jurisprudenciais controvertidas e que, a partir de agora, contarão com a concretização assegurada pelos *precedentes vinculantes* instituídos pelo novo sistema processual.

Outra nota positiva desse novo sistema é, sem dúvida, a concretização do princípio constitucional da isonomia no campo das relações materiais trabalhistas e das decisões judiciais proferidas pela Justiça do Trabalho, na medida em que a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência dos tribunais sem dúvida assegurarão que, em última análise, casos substancialmente iguais realmente sejam tratados de forma igual, na aplicação das normas legais e constitucionais aplicáveis aos empregados e aos empregadores a elas submetidos.

Uma outra previsível consequência prática da uniformização e da estabilização da jurisprudência trabalhista em nosso país muito provavelmente será a substancial diminuição do número hoje excessivo de processos trabalhistas individuais desnecessários e repetitivos que inundam a Justiça do Trabalho, complementando e potencializando o efeito preventivo já produzido pelo *microsistema de tutela metaindividual* previsto no processo comum (Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor)<sup>121</sup> e de indubitável e

120 Na medida em que os empregadores, que contam com a *autotutela* que lhes é assegurada pelo princípio constitucional que assegura a *livre-iniciativa* e, legalmente, pelo denominado *poder de direção empresarial*, via de regra prescindem da intervenção judicial para exercerem seus direitos, no dia a dia das relações empresariais e laborais.

121 Como se sabe, logo depois da promulgação da Constituição de 1988 foi editado o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) que, além de disciplinar a tutela dos direitos e interesses dos consumidores tanto no plano individual quanto no plano metaindividual, estabeleceu um verdadeiro *microsistema de tutela dos direitos ou interesses coletivos*, ao dar, através de seu art. 110, nova redação ao art. 1.º da Lei da Ação Civil Pública (compatibilizando esse preceito com o princípio da

frequente aplicação subsidiária na esfera processual trabalhista. A nosso ver e ao contrário do que já se tem dito após a promulgação do novo CPC, no qual se introduziram os institutos de resolução das demandas e recursos repetitivos, esse *microsistema* subsiste integralmente, não havendo qualquer razão lógica ou jurídica para não se admitir a sua aplicação aos processos cíveis e trabalhistas em geral, devendo ser usado em combinação com esses novos e promissores instrumentos processuais.

Em outras palavras, os dois sistemas têm a mesma finalidade: permitir o tratamento molecular e isonômico, em um único processo ou em um único incidente processual, da questão de direito controvertida que o sistema processual tradicional só era capaz de enfrentar de forma atomizada em demandas individuais repetitivas, produzindo resultados frequentemente caóticos, incoerentes e imprevisíveis, incapazes de atender às necessidades de previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e justiça que a tutela jurisdicional de um verdadeiro Estado Democrático de Direito deve atender. A única e relevante diferença, evidentemente, é que o sistema de tutela metaindividual atua *preventivamente*, através de uma ou de poucas ações coletivas que, mediante substituição processual, enfeixarão nelas a defesa dos direitos de uma universalidade definida ou indefinida de substituídos, evitando ou tornando desnecessária a utilização, por estes, dos processos individuais, enquanto que os vários incidentes agora instituídos atuarão *curativamente*, após a inundação do Judiciário por essas numerosas, idênticas e repetitivas demandas individuais com idêntico objeto, concentrando num único procedimento a solução também unificada e isonômica da mesma questão de direito comum a todos esses processos. Os resultados dessas duas vias processuais, como é evidente, não se contradizem e nem atrapalham uma à outra, podendo, ao contrário, se combinadas, estancar e esterilizar essa avalanche de lides potenciais ou reais acerca da mesma questão de direito.

É de se observar ainda que o próprio incidente de assunção de competência previsto no novo CPC no seu art. 947 e, na esfera trabalhista, no novo § 13 do art. 896 da CLT c/c o art. 7º do Ato nº 491/SEGJUD.GP/2014 do TST,

---

*não taxatividade da ação civil pública* que já decorria do art. 129, III, da Constituição e ampliando consideravelmente o campo de abrangência dos direitos e interesses metaindividuais tuteláveis pela ação civil pública) e ao também acrescentar, por seu art. 117, novo art. 21 à mesma Lei n. 7.347/85 (estabelecendo que são aplicáveis, no que for cabível, à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, os dispositivos do Título III do CDC, que disciplina exatamente a defesa individual e metaindividual do consumidor em Juízo).

Tem especial importância, nesse contexto, o disposto no art. 83 do CDC, que estabelece ser admissível toda e qualquer ação capaz de propiciar a adequada e efetiva defesa dos direitos e interesses protegidos por esse Código, individuais ou metaindividuais, o que agora obviamente se aplica a todos os direitos que contam com a via metaindividual para sua proteção.

além de seu efeito precípua e mais evidente de produzir um *precedente vinculante* (nos termos do inciso III de seu art. 927<sup>122</sup> e do § 3º de seu art. 947<sup>123</sup>) a respeito da questão de direito relevante objeto do recurso afetado, terá também, por sua própria natureza, *um efeito essencialmente preventivo*, na medida em que tal incidente é admissível quando o julgamento do recurso ou do processo de competência originária envolver relevante questão de direito com grande repercussão social, *mas sem repetição em múltiplos processos* (art. 947, *caput*, do novo CPC), o que equivale a dizer que ele será utilizado antes que se torne realidade a multiplicação e o afluxo, ao Judiciário, das numerosas demandas repetitivas acerca da relevante questão de direito que serão, em última análise, a justificativa de sua instauração.

O § 4º desse mesmo dispositivo é ainda mais claro ao salientar que esse instituto deverá ser usado para prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, quando ocorrer relevante questão de direito. Na esfera trabalhista e na mesma linha, o art. 7º do Ato nº 491/SEGJUD.GP/2014 do TST, ao tratar da afetação do julgamento ao Tribunal Pleno, em face da relevância da matéria, dos processos em tramitação na Subseção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, também prevê a utilização desse mesmo instituto de forma preventiva, ao dispor, em seu parágrafo único, que “a afetação a que se refere o *caput* deste artigo não pressupõe, necessariamente, a existência de diversos processos em que a questão relevante seja debatida”.

Ao lado dessas inegáveis virtudes, o novo sistema recursal trabalhista enfrentará sérios riscos que, caso se tornem realidade, poderão produzir uma imensa frustração e graves distorções na prestação da tutela jurisdicional trabalhista a todos constitucionalmente prometida.

O primeiro e mais imediato perigo é, evidentemente, não se admitir e nem se aplicar, com a firmeza e a coerência necessárias, o *efeito vinculante* inerente às decisões uniformizadoras dos Tribunais Superiores, o qual é a base e a razão de ser do novo sistema de precedentes e sem o que todo o imenso esforço de racionalização do sistema recursal e de produção de decisões paradigmas redundará em nada, convertendo-se em um imenso desperdício de tempo e

---

122 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

III – *os acórdãos em incidente de assunção de competência* ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;”

123 “Art. 947. (...)”

§ 3 *O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.*”

de energia de todos os operadores do direito que dele participarem e de causa de uma enorme frustração de todos os jurisdicionados que tiverem tido seus processos suspensos pelo período de tempo necessário para a produção dos precedentes judiciais que tenham por objeto, no todo ou em parte, as matérias naqueles feitos discutidas.

Outro grave perigo que ameaça esse conjunto de inovações reside na falta de julgamento, no prazo para tanto fixado<sup>124</sup>, dos incidentes de resolução de demandas e de julgamento de recursos repetitivos (na maior parte das vezes afetando vários outros pedidos iniciais cumulados que nada têm a ver com o pedido inicial objeto da decisão uniformizadora), tornando inútil a suspensão e determinando a retomada, como demandas individuais, dos processos afetados e de todos os outros numerosos processos trabalhistas que versem sobre as mesmas questões objeto dos incidentes de resolução de demandas e de julgamento de recursos repetitivos (na maior parte das vezes afetando vários outros pedidos iniciais cumulados que nada têm a ver com o pedido inicial a ser objeto da decisão uniformizadora). Além do já apontado desperdício de tempo e de energia de todos os interessados, com grave ofensa ao princípio constitucional que assegura a razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), poderá também provocar a progressiva paralisia do sistema judiciário trabalhista, com resultados desastrosos não só para o direito fundamental de acesso à justiça como também para a própria efetividade dos direitos materiais trabalhistas.

Como também já se advertiu anteriormente, se as decisões uniformizadoras forem proferidas sem a adequada instrução do incidente respectivo, isto é, sem a seleção de um acervo suficientemente significativo e variado de casos idênticos capazes de abarcar a totalidade dos argumentos relevantes para a solução da questão controvertida e para o correspondente julgamento do litígio, correrá ela o risco de ser, por um lado, injusta e mal ajustada às peculiaridades fáticas e jurídicas da questão de direito a ser decidida e, por outro, inútil para

---

124 O Ato n 491/SEGJUD.GP/2014 do TST assim dispõe, a respeito do incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos disciplinado pelos arts. 896-B e 896-C da CLT:

“Art. 14. Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de um ano e terão preferência sobre os demais feitos.

§ 1 Não se dando o julgamento no prazo de um ano, cessam automaticamente a afetação e a suspensão dos processos.

(...)”

No novo CPC de 2015, o seu art. 980, quanto ao incidente de resolução de demandas repetitivas, e os §§ 4 e 5 do art. 1.037, quanto ao incidente de julgamento dos recursos extraordinários e especial repetitivos também trazem disposições semelhantes (fixando o mesmo prazo de um ano para o julgamento dos incidentes, sob pena da automática cessação da afetação e da suspensão dos processos deles objeto).

sua finalidade precípua de tornar mais certo e previsível o conteúdo do direito material aplicável, em decorrência do correspondente e indevido aumento das possibilidades de *distinção* nas decisões proferidas em futuros casos idênticos com base em questões de fato ou de direito que não tiverem sido consideradas pela *decisão paradigma*, possibilitando que, nesses casos futuros, não seja aplicada a sua *ratio decidendi*.

Em sentido contrário, a utilização de enunciados demasiado genéricos e abstratos para sintetizar em súmula a *ratio decidendi* de cada precedente uniformizador (o qual, como se sabe, deve ser necessariamente ligado às circunstâncias fáticas peculiares e relevantes dos litígios que levaram à sua prolação)<sup>125</sup> acarretará o perigo oposto ao acima indicado, qual seja a uma indevida extensão da aplicação desses precedentes a casos que tenham por objeto fatos e litígios substancialmente diversos daqueles que serviram de base à sua edição, com as inevitáveis distorções e injustiças decorrentes, daí, evidentemente, a importância de que o enunciado da súmula seja fiel e bem ajustado à *ratio decidendi* dos precedentes (ou do precedente) que tiverem levado à sua edição e que seja sempre observada, para efeito de futura aplicação dessa súmula, a existência de identidade dos fatos relevantes que ensejaram o surgimento de controvérsia sobre a mesma questão de direito.

Por outro lado, uma aplicação demasiado literal, servil e automática dos enunciados dessas novas súmulas pelas demais instâncias judiciais, correspondente a uma ressurgida Escola da Exegese (agora baseada não nos textos da lei, mas sim nos textos dos enunciados da jurisprudência consolidada), também poderá empobrecer demasiadamente a atividade jurisdicional e impedir o surgimento e a aplicação de novas visões e entendimentos sobre as questões de direito já objeto desses precedentes, tornando, na prática, quase impossível que qualquer novo olhar sobre essas mesmas questões chegue ao exame e ao julgamento dos Tribunais Superiores, para que esses procedam, eventualmente, à *revisão ou à superação* desses entendimentos.

Resta, por fim, enfrentar uma última e não menos crucial questão suscitada pela adoção, no sistema recursal brasileiro (comum e processual do trabalho), da teoria dos precedentes e seu inevitável corolário, *o efeito vinculante* das decisões uniformizadoras da jurisprudência: os seus efeitos mais gerais necessariamente terão, em última análise, um sentido conservador, impedindo a livre-discussão das questões de direito e a futura adoção, pelos demais julga-

---

125 Exatamente por isso, aliás, o § 2º do art. 926 do novo CPC de 2015 corretamente estabelece que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

dores brasileiros, de posições mais avançadas e progressistas, com o objetivo de serem mais consentâneas com a evolução da sociedade?

Parece-nos que não necessariamente. Afinal, não é automático, nem absolutamente inevitável, que as decisões judiciais de primeiro e de segundo graus sejam mais avançadas que as proferidas pelos Tribunais Superiores e pelo Supremo Tribunal Federal, nem no Brasil e nem, muito menos, nos demais países de *civil* e de *common law*.

A experiência constitucional dos Estados Unidos da América pode servir de suporte a essa afirmação. Com efeito, embora em vários momentos de sua história a Corte Suprema norte-americana tenha proferido decisões marcadamente conservadoras<sup>126</sup>, em outros, mais recentes, ela assumiu um papel até

126 Os mais marcantes exemplos do papel excessivamente conservador das decisões da Corte Suprema norte-americana, segundo sua doutrina mais autorizada, foram as decisões proferidas nos casos:

a) *Dred Scott*, de 1857, da lavra do Presidente da Corte Suprema *Roger B. Taney*, no qual a maioria sulista da Corte, não reconhecendo que *Dred Scott*, como ex-escravo foragido para um território da União onde a escravidão era proibida, mesmo assim não tinha perdido essa condição e, portanto, como não era um cidadão, não tinha direito de ação para pleitear o reconhecimento judicial de que tinha adquirido sua liberdade, proclamou inconstitucional uma lei do Congresso norte-americano que proibia a escravidão em todos os territórios federais situados ao norte do paralelo que formava a fronteira sul do Estado do Missouri, proclamando que o Poder Legislativo federal não tinha competência legislativa para tanto, concedida pela Constituição Federal; essa decisão, que indignou a opinião pública dos Estados do Norte, contribuiu significativamente para a polarização que acabou resultando, três anos depois, na eclosão da Guerra Civil entre os estados do Norte e do Sul norte-americanos;

b) *Lochner v. New York*, de 1905, no qual, por cinco votos contra quatro, em voto redigido pelo *Justice Rufus Peckham*, considerou-se inconstitucional uma lei do Estado de New York que estabelecia que, em certos tipos de atividades, incluindo panificadoras, nenhum empregador poderia exigir de seus empregados mais do que 60 horas de trabalho por semana, ao fundamento de que esta lei inconstitucionalmente interferia com a liberdade do empregador e do empregado de contratarem as condições que resolvessem livremente ajustar, liberdade que lhes seria garantida pela Cláusula do Devido Processo Legal substantivo da Décima Quarta Emenda à Constituição Federal norte-americana; nessa decisão, o voto da maioria descreveu leis como esta, “limitando o número de horas pelas quais homens adultos e inteligentes podem trabalhar para ganhar a vida”, como “meras interferências indevidas nos direitos do indivíduo”;

c) Uma sucessão de decisões, também por maioria de cinco votos a quatro, proferidas em 1935, da lavra do então Presidente da Corte Suprema *Charles Evans Hughes* (ex-candidato republicano à Presidência da República em 1916, derrotado pelo democrata Woodrow Wilson), que consideraram inconstitucionais várias leis propostas pelo Presidente Franklin Roosevelt (inclusive a lei que instituiu o *National Industrial Recovery Act* que, dentre outras medidas, limitava a competição econômica abusiva entre as empresas, proibia a elevação artificial dos preços dos seus produtos pela limitação deliberada de sua produção e assegurava aos trabalhadores norte-americanos a limitação da duração semanal de seu trabalho e um salário mínimo nacional) e aprovadas por ampla maioria pelo Congresso norte-americano como peças fundamentais do programa presidencial denominado *New Deal* que visava retirar o país da crise da Grande Depressão; o fundamento central dessas decisões foi de que elas significavam uma indevida interferência do Governo Federal nas atividades econômicas, o que estaria vedado pela cláusula da Constituição que assegura “a liberdade de comércio”.

Para uma detalhada descrição desses casos e de seu contexto histórico, político e jurídico, consulte-se a obra do Presidente da Corte Suprema norte-americana no período de 1986 a 2005 (após nela ter atuado como *Associate Justice* de 1972 a 1986): REHNQUIST, William H. *The Supreme Court, revised and updated*. New York: Vintage Books, 2002. p. 53-64, 107-108 e 116-119.

mesmo contramajoritário, mas acentuadamente transformador e progressista, julgando inconstitucionais várias leis estaduais e reformando várias decisões das demais instâncias da Justiça norte-americana que tinham um conteúdo fortemente conservador<sup>127</sup>.

Em suma, estamos em nosso país, a partir de agora, ingressando em um terreno novo e desconhecido, mas não devemos simplesmente ignorar a profunda revolução conceitual e procedimental promovida pela nova sistemática dada aos recursos trabalhistas pela Lei nº 13.015/2014 e pela consagração da teoria dos precedentes, tanto por ela quanto pelo novo CPC de 2015.

O sucesso ou o fracasso dessa nova sistemática processual dependerá, principalmente, do uso ponderado, mas decidido, que os operadores do direito (advogados, membros do Ministério Público e magistrados) lhe derem, no dia a dia das lides forenses. Como já disse Anatole France, mais vale uma lei sofrível

---

127 Embora ao final da década de 30 do século passado a natural mudança na composição da Corte Suprema, com o passar do tempo, já tenha alterado substancialmente o sentido e o conteúdo de suas decisões, foi na década de 1950 que ela, sob a Presidência do *Chief Justice* Earl Warren (nomeado em 1953 pelo presidente republicano Dwight Eisenhower), assumiu um papel de claro *ativismo judicial* no combate às leis sulistas de segregação racial, bem como na defesa das liberdades civis, especialmente na decisão dos seguintes casos:

a) *Brown vs. The Board of Education*, de 1954, que representou a revisão (o *overruling*), por unanimidade, do precedente anterior de 1896 do caso *Plessy v. Ferguson* (no qual então se entendeu que as leis dos Estados do Sul, aprovadas após a sua derrota na Guerra Civil, determinando a segregação entre brancos e negros nos prédios e demais instalações públicas [como escolas ou restaurantes] não era inconstitucional por violar a Cláusula da Igual Proteção da Décima Quarta Emenda também aprovada ao final da Guerra Civil, desde que fossem iguais as condições e as instalações oferecidas a cada raça – a doutrina que ficou conhecida como *separados mas iguais*), em decisão redigida por *Earl Warren* sustentando que a segregação legalmente determinada em escolas públicas por si só e sempre violava a referida Cláusula da Igual Proteção, sendo, pois, inconstitucionais as leis dos Estados do sul que assim estabeleciam;

b) *Gideon vs. Wainwright*, de 1963, no qual precedente anterior também foi revisado (*overruled*) por unanimidade, para se proclamar que um acusado de crime em Cortes estaduais também tem direito a um advogado indicado pelo próprio julgador e pago pelos cofres públicos, assegurado pela Sexta Emenda à Constituição Federal a todos os acusados em Cortes federais que não tenham recursos financeiros para contratar um advogado;

c) *Heart of Atlanta Motel vs. United States*, de 1964, no qual, também por unanimidade, considerou-se constitucional a norma contida no *Civil Rights Act* (a importantíssima lei federal sobre direitos civis proposta por John Kennedy e sancionada por seu sucessor Lyndon Johnson que proibiu discriminação com base em raça, cor ou sexo em locais públicos e hotéis ou similares, bem como na contratação, promoção ou dispensa de empregados) que proibia a discriminação em locais públicos, hotéis e similares, considerando-a autorizada pela norma constitucional que autoriza o Congresso norte-americano a regular o comércio interestadual.

Também para uma descrição mais detalhada desses casos e de seu contexto histórico, político e jurídico, consulte-se a já citada obra do Presidente da Corte Suprema norte-americana: REHNQUIST, William H. *The Supreme Court, revised and updated*, *op. cit.*, p. 194-197 e 203-204; bem como RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969) – revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

## DOCTRINA

aplicada por bons juízes do que o contrário. Acrescentava ele, ademais, que os juízes têm uma grande vantagem sobre as leis: estas são mortas; eles, vivos.

Em vez de simplesmente criticar as inovações aqui expostas, cumpre a todos os interessados em assegurar e em incrementar a efetividade das normas materiais trabalhistas e da tutela jurisdicional prestada pela Justiça do Trabalho brasileira se empenharem em fazer funcionar esse novo sistema da melhor forma possível, de modo a minimizar os riscos já apontados e a concretizar os seus generosos propósitos de proporcionar a todos os jurisdicionados a isonomia, a celeridade, a previsibilidade e a coerência nas decisões judiciais, notas características e essenciais do Estado Democrático de Direito a todos prometido pela Constituição de 1988.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 165, nov. 2008, p. 218-230.

*Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual – segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio A. da; DEL NERO, Patrícia Aurélio (Edit.). *Neoconstitucionalismo em perspectiva*. Viçosa: UFV, 2014.

BELMONTE, Alexandre Agra. O novo sistema recursal trabalhista (Lei nº 13,015/2014): influências do projeto do novo CPC. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 17-40.

BRANDÃO, Cláudio. *Reforma do sistema recursal trabalhista: comentários à Lei nº 13.015/2014*. São Paulo: LTr, 2015.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

## DOCTRINA

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra, Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1982, p. 233-245.

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional. In: COELHO, Inocêncio Mártires et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

*Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho*, 2012, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília, 2013.

DALAZEN, João Oreste. Apontamentos sobre a Lei nº 13.015/2014 e impactos no sistema recursal trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 204-263.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELGADO, Gabriela Neves. A constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho. *Revista LTr*, v. 72, n. 05, maio 2008, p. 563-569.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 06, jun. 2006, p. 657-667.

DIDIER Jr., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei nº 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 143-195.

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

FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista: teoria geral*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

GALANTER. Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal changes (Por que só os que têm são beneficiados? Especulações sobre os limites das reformas judiciárias). *Law and Society Review*, v. 9, 1974.

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada – controle de admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. A súmula vinculante sob a ótica de juizes de 1ª instância: um estudo exploratório. In: PESSÔA, Leonel Cesarino (Org.). *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: LTr, 2007.

## DOCTRINA

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo à súmula vinculante: pela (re)introdução da facticidade ao mundo jurídico. *Revista de Processo*, v. 234, ago. 2014, São Paulo: RT, p. 275-301.

LIMA, Firmino Alves. A Lei nº 13.015/2014 como introdutora dos julgamentos de recursos repetitivos e da teoria dos precedentes no processo trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 112-142.

MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, v. 234, ago. 2014, São Paulo: RT, p. 303-327.

\_\_\_\_\_. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 237, nov. 2014, p. 369-401.

MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições do *civil law* e da *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, n. 172, jun. 2009, São Paulo: RT, p. 175-232.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. O recurso de revista e a Lei nº 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 106-203.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003.

MENEZES, Mauro de Azevedo. *Constituição e reforma trabalhista no Brasil: interpretação na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2003.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Proteção coletiva aos direitos trabalhistas. *Revista trabalhista: direito e processo – Anamatra*, São Paulo: LTr, v. 35, nov. 2010, p. 72-86.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, n. 02, 2001, p. 151-162; e In: *Trabalhos da Escola Judicial do TRT da Terceira Região*, 2001, Belo Horizonte. *Anais dos Trabalhos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região*. Belo Horizonte: Escola Judicial do TRT da 3ª Região, 2001, p. 305-334.

## DOUTRINA

\_\_\_\_\_. A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Coord.). *Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014.

\_\_\_\_\_. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi. *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. São Paulo: LTr, 2009.

\_\_\_\_\_. Súmulas com efeito vinculante: uma abordagem crítica. In: BARROS, Alice Monteiro de. *Compêndio de direito processual do trabalho – obra em memória de Celso Agrícola Barbi*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002; *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 54, jul. 1994/jun. 1995, p. 245-248.

\_\_\_\_\_. Súmulas vinculantes: uma reapreciação crítica. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FATTINI, Fernanda Carolina; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; BENEVIDES, Sara Costa (Coord.). *O que há de novo em direito do trabalho – homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

\_\_\_\_\_. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Mauricio Godinho; BORJA, Cristina Pessoa Pereira (Coord.). *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004; *Revista do TRT da 15ª Região*, São Paulo: LTr, n. 24, jun. 2004, p. 199-255 e *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 6, ns. 11 e 12, 1º e 2º semestre de 2003, p. 100-153.

\_\_\_\_\_; PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Uma execução trabalhista efetiva como meio de se assegurar a fruição dos direitos fundamentais sociais. In: ÁVILA, Ana; RODRIGUES, Douglas Alencar; PEREIRA, José Luciano de Castilho (Org.). *Mundo do trabalho – atualidades, desafios e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2014.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court, revised and updated*. New York: Vintage Books, 2002.

*Relatório Geral da Justiça do Trabalho – 2013*, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília, 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969) – revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Antônio Álvares da. A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da Justiça do Trabalho no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

## DOUTRINA

SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 11, nov. 2005, p. 1.287-1.303.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999.

THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 189, nov. 2010, p. 9-52.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, jun. 2009, p. 121-174.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

# A TERCEIRIZAÇÃO PRECARIZANTE E A (IN)CAPACIDADE EMANCIPATÓRIA DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO

Luiz Felipe Monsores de Assumpção\*

## 1 – UMA INTRODUÇÃO

Vem de Boltanski e Chiapello (2009) uma das mais lúcidas e completas descrições do que foi registrado como a “crise e transformação do capitalismo”, que teve como origem a exaustão do modelo taylorista de organização do trabalho. Eles demonstram que sob a perspectiva da centralidade do trabalho, enquanto categoria estruturante da sociedade, da crise do paradigma tayloriano se irradiou uma verdadeira onda de críticas à própria sociedade capitalista.

Situada a partir do final da década de 1960, a experiência europeia acerca desse período de desestabilização do sistema capitalista atravessou toda a década de 1970, desaguando num processo de renovação do capitalismo que se deu à custa da “desconstrução do mundo do trabalho” (BOLTANSKI; CHIAPELLO, 2009, p. 239).

A reestruturação do sistema capitalista, baseada no que se convencionou chamar de “acumulação flexível”, produziu uma série de fenômenos importantes, que, desde a gestão dos modelos de produção – toyotismo – passando pela terciarização<sup>1</sup> da atividade industrial, reconfigurou sobremaneira as relações

---

\* *Economista e bacharel em Direito; especialista em Direito do Trabalho e Legislação Social (Unesa); mestre e doutorando em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF); auditor-fiscal do trabalho; professor do Centro Universitário Geraldo di Biase.*

1 A expressão “terciarização”, a despeito da semelhança, distingue-se da “terceirização”. Esta, como se sabe, traduz entre nós as várias facetas do *outsourcing*, enquanto que aquela remete ao deslocamento de diversas atividades situadas anteriormente no setor secundário (indústria), para o terciário (comércio e prestação de serviços). No âmbito das representações das categorias profissionais no Brasil, verifica-se este fenômeno pela flagrante discrepância, por exemplo, com a nomenclatura “padrão” dos sindicatos de trabalhadores da construção civil, atividade considerada uma subespécie da prestação de serviços, inclusive para efeitos estatísticos (CAGED/MTE), que ainda obedecem à estratificação prevista no quadro a que se refere o art. 577 da CLT: “Indústria da Construção e do Mobiliário”.

de trabalho, chegando mesmo a solapar as bases principiológicas do próprio Direito do Trabalho.

O liberalismo, como doutrina, reaparece noutros tons: (neo)liberalismo, mais preocupado em dar respostas ao que Boltanski e Chiapello chamam de “crítica estética”, de caráter geracional, e associada às expectativas de autor-realização pessoal não apenas dos operários, já imersos numa sociedade do trabalho que não os atende em suas pretensões de autonomia, mas também dos estudantes, ainda por nela ingressar.

Boltanski e Chiapello enumeram e descrevem as várias facetas da transformação do mundo do trabalho. São mudanças na sua organização interna (duração do trabalho, intensidade do trabalho, divisão do trabalho, individualização salarial, etc.), bem como no “tecido produtivo”, com o *outsourcing*, gênero que tem na terceirização a síntese da produção em rede, cuja versão laboral (*externalisation*) tornou-se sinônimo de precarização das relações de trabalho.

No Brasil, a “vaga neoliberal” (CARDOSO, 2003) nos atingiu com década de atraso, e ainda hoje sentimos os efeitos de sua inércia. Ao menos no que tange ao sistema de garantias e proteção do emprego, as transformações das relações de trabalho em *Terrae Brasilis*, nas duas últimas décadas, produziram um cenário menos dramático do que na Europa. Nalguma medida, credita-se à ação do Novo Sindicalismo<sup>2</sup> no âmbito do processo de redemocratização, e sua influência na reformulação constitucional dos direitos sociais, nomeadamente os trabalhistas, que pela primeira vez na nossa história republicana, com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), deixara de ser um mero apêndice da ordem econômica.

De fato, em que pesem as contradições que volta e meia se mostram no sistema político-jurídico de proteção do trabalhador brasileiro (ASSUMPÇÃO, 2015), causadas pelos embates que se dão na tumultuosa fronteira que separa as garantias individuais trabalhistas e a autonomia negocial das representações categoriais (econômicas e profissionais), o fato é que as novas configurações institucionais que modelam o nosso sistema de relações de trabalho, a despeito de patrocinares, dentro e fora da ação estatal, formas de ocupação precarizantes, não se legitimaram a ponto de desqualificar nossa legislação de sustento, mormente a setuagenária CLT.

---

2 A denominação é usada para recortar o período situado entre 1978 e 1989 (SCHÜRMANN, 1998), considerado um episódio raro de autonomização e espontaneidade na história sindical brasileira, que se caracterizou pela incorporação do discurso político pró-democracia, pela revisão da estrutura sindical herdada do corporativismo Estado-novista, pela criação das centrais sindicais e pela cisão do movimento operário em função das estratégias de luta, distintas em relação ao grau de aproximação com o Estado.

A sobrevivência do legislado sobre o negociado e, com isso, a preservação da base principiológica do Direito do Trabalho brasileiro inscrita na CLT contrariam, ao menos por ora, a aposta de Jeammaud na desintegração global dos princípios trabalhistas (ASSUMPÇÃO, 2014), que por aqui foram perpetuados por Américo Plá Rodriguez (2005), a começar pelo princípio da alteridade, encarregado de impedir que o trabalhador compartilhasse os riscos do empreendedor capitalista.

Mas é verdade que o período compreendido entre o início da década de 1990 e o final do primeiro triênio da década passada se caracterizou pelo esforço regulatório do Estado na reprodução e/ou redimensionamento de algumas das novas formas de organização do trabalho vistas na Europa durante os anos 1970 e 1980, como foi o caso dos contratos a tempo parcial, dos contratos por prazo determinado (Lei nº 9.601/98) e dos contratos temporários (Lei nº 6.019/74 e Instrução Normativa nº 03/97).

Viu-se também a postura absenteísta da Justiça do Trabalho, no âmbito da ação coletiva dos sindicatos de classe, a ponto de comprometer a autonomia desses entes coletivos, e o direito à autotutela dos grupos profissionais (SILVA, 2008).

Mesmo a Inspeção do Trabalho, elevada havia menos de 10 anos à mesma estatura republicana das demais inspeções federais, experimentou uma reconfiguração político-institucional que levou à mitigação do seu poder de polícia. Era “o novo perfil da fiscalização do trabalho”, interpretada por alguns como uma tentativa válida para produzir o “cumprimento sustentado da lei” (PIRES, 2009), e por outros como a evidência de um processo de desqualificação das instituições de proteção do Direito do Trabalho no Brasil (FILGUEIRAS, 2012).

Observou-se, também por aqui, o fenômeno da terciarização do que até então eram atividades industriais, produzindo uma maciça terceirização das ocupações, com o conseqüente entrelaçamento de vários e distintos estatutos profissionais. Além disso, a rejeição categórica à contratação por interposta pessoa<sup>3</sup>, representada pelo texto do Enunciado nº 256 do Tribunal Superior

---

3 No Brasil, a relação de emprego se configura a partir de uma condição “de fato”, seguindo a lição da Mário de la Cueva. Essa relação sociojurídica é considerada um tipo de contrato-realidade, sendo que os polos – empregado e empregador – estariam unidos por um liame compromissário denominado subordinação jurídica. O poder empregatício (PORTO, 2009) impresso na subordinação jurídica seria, então, determinante para identificar o que tanto Boltanski quanto Supiot chamam de “empregador real”, personagem sobre o qual (deve) recair a responsabilidade pelo atendimento dos direitos trabalhistas do empregado. A legislação trabalhista brasileira impõe que o empregador real coincida com o empregador formal do contrato de trabalho. A contratação por interposta pessoa é proibida no Brasil justamente por representar a transferência do poder empregatício para alguém distinto da figura jurídico-formal do empregador. Nesse sentido, o contrato temporário (Lei n. 6.019/74) seria a única exceção à regra do empregador real, razão pela qual sua utilização ainda é bastante restrita por aqui.

do Trabalho (TST), teve sua expressão atenuada pela jurisprudência que lhe sucedeu: a Súmula nº 331, que flexibilizou o impedimento à terceirização, introduzindo a distinção entre atividade-fim e atividade-meio<sup>4</sup> como critério supostamente objetivo de separação entre as terceirizações lícitas e ilícitas.

Conquanto a conservação do princípio da primazia da realidade (RODRIGUEZ, 2002) tenha evitado o extremismo de um “civilizamento” generalizado das relações de trabalho (VIANA, 2001), o fato é que as terceirizações no Brasil, ainda que não representassem pura e simplesmente a contratação por interposta pessoa, sempre estiveram associadas à precarização das condições de trabalho. As evidências vinham tanto do Direito Coletivo do Trabalho, com a fragmentação das representações das categorias profissionais, com a redução da capacidade de barganha dos sindicatos, o esfriamento do ímpeto associativista e a dificuldade de manutenção de conquistas históricas, como do sistema de proteção individual, cujas facetas mais vulneráveis eram, de fato, a terceirização do risco ocupacional e a ausência de garantias para o crédito salarial (ALEMÃO, 1997).

Mas o tipo ideal de empregador celetista – a empresa – não monopolizou o *outsourcing* da mão de obra no Brasil. Além de modelos contratuais *sui generis*, como o contrato de estágio e de aprendizagem, e da utilização sem justa medida do empresário individual, que de tão saliente tornou-se vernáculo – pejetização –, formas associativas não empresariais passaram a ser utilizadas como elos da cadeia de subcontratações. Destacam-se, dentre todas, as sociedades cooperativas, nomeadamente as de trabalho ou mão de obra.

O objetivo deste ensaio é, enfim, examinar os fundamentos de uma relação que se faz amiúde, associando a atuação das cooperativas de trabalho, no particular, ao fenômeno da precarização do emprego no Brasil. Porém, espera-se fazer tal exame sem a exclusividade da perspectiva jurídica – algo com que Carelli (2002) já se ocupara, com sucesso –, mas dentro de um contexto histórico e conceptual do próprio movimento cooperativista, do qual se fará menção desde Robert Owen e as experiências em New Lanark, sem prejuízo do seu exame sob o viés de uma ontologia dos mecanismos de defesa social frente à mercadorização dos fatores de produção, apoiado na tese da ficção da sociedade de mercado proposta por Karl Polanyi (1980).

A apreciação jurídica das cooperativas de trabalho será reintroduzida, ao final, para inserir as conclusões dessa análise preliminar ao contexto atual,

---

4 Segundo tal distinção, a terceirização lícita implicaria na transferência, para uma contratada (prestadora de serviços), de atividade ou setor da empresa contratante que não coincidissem com sua “atividade-fim”. Nesse sentido, não se poderia, por exemplo, terceirizar os motoristas de uma empresa de transportes, os médicos de um hospital ou os professores de uma escola.

inovado pela Lei nº 12.690/2012, a fim de especularmos sobre a presença germinal da parassubordinação no Brasil, e de um estrato ocupacional subalterno representativo da “dualização do salariedade”, tal como decreta Supiot (2003).

## 2 – O CASO DO COOPERATIVISMO DE TRABALHO COM A PRECARIZAÇÃO DO EMPREGO NO BRASIL

Embora se perceba atualmente uma relativa inflexão na trajetória da crítica ao cooperativismo de trabalho no Brasil, devido, certamente, à intensa expectativa pelo que ainda há de vir, após a publicação da Lei nº 12.690/2012<sup>5</sup>, a literatura juslaboralista e sociológica vem há anos descrevendo os descaminhos das cooperativas de trabalho, como um dos principais fenômenos ilustrativos da precarização do emprego no Brasil.

A trajetória errática e contraditória da regulação do cooperativismo brasileiro, retratada em primeira mão por Luis Amaral (1938), bem que poderia justificar um certo mal de origem (ASSUMPTO; ANDRADE, 2014), e o descompromisso com os princípios que nortearam os “pioneiros de Rochdale” (HOLYOAKE, 1900) como a grande tônica da nossa experiência cooperativista.

Mas não se pode creditar exclusivamente à regulação geral em vigor (Lei nº 5.764/71) o grande erro de percurso cometido pelo cooperativismo de trabalho no Brasil, cuja guinada ocorrera ainda na primeira metade da década de 1990. Em verdade, o mérito recai sobre uma lei supostamente bem intencionada: a Lei nº 8.949/94, que criou uma ilha de exclusão no próprio estatuto de proteção do trabalhador brasileiro – a CLT.

O assunto que encabeçava o Projeto de Lei (PL) nº 3.383/92 era assim descrito: “Acrescenta parágrafo ao art. 442 da CLT para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados”, o que não condizia com a proposta de redação do tal parágrafo (único), que estendia a inexistência de vínculo empregatício também em face dos tomadores de serviço das cooperativas.

A propósito de corrigir um problema de técnica legislativa, foi formulada uma emenda substitutiva restringindo a exceção do vínculo empregatício apenas às cooperativas de trabalho. A alteração parecia fazer sentido, vez que somente as cooperativas de trabalho ou mão de obra teriam como objeto a prestação de serviços. Contudo, limitações regimentais impediram que prevalecesse a emen-

---

5 Trata-se da lei que dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho, institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho – Pronacoop e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

da, tendo sido restaurada a proposta inicial, excluindo o vínculo empregatício dos cooperados com as sociedades cooperativas e seus tomadores de serviço, seja qual for o ramo de atuação.

Note-se que a exclusão do vínculo empregatício entre os cooperados e as sociedades cooperativas às quais pertençam já era prevista na chamada “Lei Geral do Cooperativismo” brasileiro (Lei nº 5.764/71, art. 90). A novidade ficou por conta da extensão da “blindagem” também aos tomadores de serviço.

A justificativa do PL nº 3.383/92 declara que o país está imerso numa “crise econômico-social”, que aumenta a sensação de “insegurança dos trabalhadores”. Ele particulariza a situação de desemprego no campo, que contribuiria para o aumento da “legião de boias-frias” e do “êxodo rural”.

O projeto também afirma que são muitas as opiniões entre empresários e empregados de que a TERCEIRIZAÇÃO (assim, em caixa alta), reconhecida como uma alternativa de flexibilização, seria sinônimo de “excelência empresarial”, e que a “substituição da mão de obra das empresas” seria a solução para a recessão instalada no país.

Mas o PL também reconhece que, “sob o ponto de vista do direito, a terceirização não consegue equacionar a questão da relação empregatícia”, problema cuja solução viria através da alteração proposta na CLT. Não obstante, a argumentação jurídica se limitou a reproduzir a situação de “trabalhador autônomo” dos associados de cooperativas de trabalho, conforme dispunha o Decreto nº 357, de 07.12.91, que aprovava o Regulamento de Benefícios da Previdência Social.

O argumento jurídico apresentado no PL nº 3.383/92 também se estendeu à jurisprudência. A “extensa lista de julgados dos nossos tribunais”<sup>6</sup> representaria o entendimento dominante da Justiça do Trabalho, e nesse sentido o projeto de lei proporcionaria mais segurança jurídica, na medida em que tal entendimento estaria positivado em lei. O curioso é que nenhum dos excertos jurisprudenciais reunidos no PL se referia à hipótese de reconhecimento do vínculo empregatício entre cooperados e tomadores de serviços (de cooperativas), mas tão só entre os cooperados e a própria cooperativa a que pertencem.

Não houve apresentação de emendas e, por conseguinte, os “debates” parlamentares foram praticamente inexistentes, limitando-se às comissões temáticas da Câmara dos Deputados, onde o projeto foi aprovado com extrema facilidade.

---

6 Expressão usada pelo Deputado Chico Vigilante, na relatoria do projeto na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

Decerto que o projeto que redundou na alteração da CLT faz associações importantes entre “terceirização”, “flexibilização” e “crise econômico-social”, além de reproduzir que a terceirização implicaria na “substituição da mão de obra interna das empresas”.

Mas apesar de o cenário reproduzido sugerir uma visão global da conjuntura econômica brasileira, o projeto foi proposto como solução para uma situação muito particular no meio rural.

Há um consenso na literatura jurídica de que a motivação política por trás do projeto era, de fato, o fortalecimento das ações em favor da reforma agrária, protagonizadas àquela altura pelo MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra). Martins (2008) descreve que as cooperativas de produção patrocinadas pelo MST possuíam associados que prestavam serviço, por empreitada, para proprietários de terras vizinhas ao assentamento. Relata o autor que, “após se desligarem da cooperativa, [os cooperados] ajuizavam ação na Justiça do Trabalho”, e conseguiam lograr êxito na pretensão de terem o vínculo empregatício reconhecido com o MST (MARTINS, 2008, p. 31).

É provável que o cenário descrito por Martins dê conta apenas de parte do problema visualizado pelos propositores do PL nº 3.383/92. Em seus estudos do MST, Borges (2009) esclarece que o Sistema Cooperativista dos Assentados (SCA) tornou-se um projeto nacional, com a pretensão de se tornar um modelo de “empresa cooperativista” (BORGES, 2009, p. 6), com uma hierarquização funcional em vários níveis, com elevada especialização na divisão do trabalho, com sofisticada integração vertical e que abrangeria não só produtores rurais assentados como também os não assentados. Portanto, várias são as situações que podem ser projetadas a partir dessa perspectiva: proprietários assentados que desistiam da sua gleba, mas que se mantinham na condição de cooperados, atuando em terras alienadas a outros assentados, ou até a adquirentes de fora do assentamento; adesão de associados não proprietários, mas que se integravam ao esforço coletivo da produção; adesão de associados não proprietários, e que atuavam noutras instâncias da cadeia que se estendia da produção ao comércio.

Tais hipóteses parecem consistentes com o mosaico de desvios possíveis, considerando que se trata de um cooperativismo de produção, que assume como pressuposto a propriedade da terra, mas que admite a possibilidade de associar indivíduos que não a possuam. Fazia, pois, todo sentido incluir no projeto de lei os vários tipos de sociedades cooperativas existentes, não se restringindo apenas às de trabalho, pois, afinal de contas, não era o caso das Cooperativas de Produção Agropecuária (CPAs).

## DOCTRINA

A pergunta que se poderia fazer é a seguinte: por que não se alterou a Lei Geral do Cooperativismo (Lei nº 5.764/71) em vez da CLT?

Porque seria muito mais significativo (e simbólico) criar uma exceção à proteção do emprego no próprio estatuto do empregado brasileiro, como ocorre com os trabalhadores domésticos (CLT, art. 7º), com os trabalhadores que laboram por empreitada para o “dono da obra” (CLT, art. 455 c/c OJ nº 191 do TST), e de forma menos abrangente, mas talvez ainda mais significativa, com certos trabalhadores em face do sistema de proteção quanto à duração do trabalho (CLT, art. 62)<sup>7</sup>.

Inserir um elemento de exceção justamente no capítulo destinado à contratualização da relação de emprego revela a tentativa de criar um óbice substancial à constituição desse contrato, na expectativa de se poder afastar, ainda que de forma parcial, a teoria especial das nulidades do Direito do Trabalho (GOMES; GOTTSCHALK, 2002).

A medida política, embora endereçada às relações de trabalho no campo, fora acolhida com alegria no meio urbano. A quantidade de cooperativas de trabalho criadas no país cresceu do dia para a noite. Muitas delas tiveram origem a partir da dissolução de sociedades empresárias, como se os empreendedores, “acometidos de uma epifania de solidariedade coletiva”, abrissem mão da ética capitalista individualista (ASSUMPÇÃO; ANDRADE, p. 161).

Não havia, de fato, forma mais barata e maciça de terceirização. As cooperativas se alojaram em todos os espaços em que era possível estabelecer uma relação de trabalho. Elas também se aninharam no setor público, sendo mesmo provável que tenha se tornado o terreno mais fértil em que poderiam se desenvolver. Diga-se isto porque a relação de prestação de serviços para a Administração Pública oferece uma dupla proteção. De um lado, a já mencionada exclusão celetista; de outro, a sólida posição da jurisprudência trabalhista em favor da gestão pública, que não reconhece a formação do vínculo empregatício, sem que a condição do concurso público seja satisfeita (Súmula nº 363 do TST).

Foram criadas cooperativas de trabalho tão variadas quanto é possível à imaginação humana conceber – multifuncionais, regionais, nacionais e até internacionais. Em Resende, Município do interior do Rio de Janeiro, havia uma cooperativa de serviços públicos que prestava serviços para a prefeitura, que no final da década de 1990 contava com 1.500 “associados”, número que

---

7 A CLT exclui da limitação da jornada de trabalho os trabalhadores que realizam serviços externos, desde que sejam incompatíveis com a fixação da jornada, além dos que exercem cargos de gestão que os assemelhem à própria figura do empregador.

comparado à estatística de emprego mais recente, de janeiro de 2014, representa quase 5% da massa de trabalhadores formais contratados naquele Município<sup>8</sup>. Se empresa fosse, tal cooperativa estaria entre as 10 maiores empregadoras de toda região Sul-Fluminense do Rio de Janeiro.

Mesmo hoje, a decretação de ilicitude de um episódio de terceirização, seja no âmbito judicial ou no campo de atuação da Inspeção do Trabalho, não é tarefa fácil. Mas diante da evidência do abuso que se observou Brasil afora, a reação não tardou a chegar, e ela veio do meio jurídico.

Os fundamentos jurídicos do PL nº 3.383/92 eram, de fato, pífios. O argumento normativo vinha de outra instância do nosso sistema de proteção social – a Previdência –, que, a despeito da importante interface com a regulação do trabalho, com ela não se confunde. O argumento jurisprudencial, cujo valor reside na tentativa de captar a tendência do sistema de justiça na apreciação, sob condições controladas, dos conflitos que emergem num determinado cenário de interações sociojurídicas, não era compatível com a proposta legislativa.

Mas a estratégia fora bem traçada, pois o óbice “formal” ao reconhecimento do vínculo empregatício do trabalhador cooperado não se situava no aparato negocial da prestação de serviços. Era a própria condição de cooperado que excluía a relação de emprego protegida pela CLT.

Diga-se isto porque as sociedades cooperativas pressupõem uma *affectio societatis*, que é uma expressão superlativa do ânimo associativo presente nas formas empresariais de associação de pessoas. Basta se pensar numa empresa sem empregados, e que por isso os próprios donos, detentores de participações societárias idênticas, prestam serviço, pessoalmente, para uma determinada tomadora.

A condição de cooperado surge como um óbice formal, porquanto seu *status* depende de atos jurídicos formais de volição, tanto individuais, de associação, quanto coletivos, de constituição societária. Mas, uma vez superadas essas “formalidades”, seu novo *status* reconfigura o próprio sujeito-trabalhador, tornando-o substancialmente incapaz de polarizar uma relação de emprego. A condição de cooperado penetra na subjetividade do trabalhador, como a menoridade no jovem de 14 anos, que a despeito de poder dispor de *animus*

---

8 Segundo dados do Caged. Conferir em: <[http://bi.mte.gov.br/bgcaged/caged\\_perfil\\_municipio/index.php](http://bi.mte.gov.br/bgcaged/caged_perfil_municipio/index.php)>. A comparação feita com número de empregos em 2014 é, de fato, desproporcional, pois é um dado comprovado que a partir da virada do milênio o nível de emprego no Município de Resende sofreu um incremento notável, visto que a região contígua ao Município de Porto Real se tornou um importante polo automobilístico, assimilando, ainda em 2012, mais de 6.000 empregados, segundo dados da Firjan.

e capacidade física para se apresentar laboriosamente para a sociedade, sua condição de trabalhador não pode, por ela, ser assimilada.

O caminho poderia ser o mesmo socorro técnico fornecido ao nosso jovem de 14 anos: a aplicação integral do regime geral de nulidades do Direito do Trabalho<sup>9</sup>. Contudo, a constituição da relação de emprego firmada com o associado de cooperativa não é obstada por nulidades, como seria o caso do trabalhador menor, ou do empregado público não concursado, hipóteses em que o trabalhador seria empurrado para uma espécie de limbo jurídico. Em vez disso, a idealização do trabalhador cooperado, verdadeiramente livre e capaz de superar os perversos termos de troca do valor-trabalho impostos pela sociedade capitalista, se sobrepõe ao trabalhador oprimido pelo poder empregatício mirado pela CLT. Por que socorrer esse trabalhador, concedendo-lhe o amparo de um estatuto de resistência individual, se ele dispõe do melhor modelo de resistência coletiva até então conhecido?

As perspectivas laborais traçadas por Supiot (2003) refletiam uma tendência preocupante de indeterminação do elo subordinativo, tão valioso para a relação de emprego. Demonstrava-se que a técnica do “feixe de indícios”, utilizada pelo Judiciário para decidir acerca da existência da subordinação, já não dava conta de iluminar com segurança a vasta “zona gris” representada pelas novas formas de trabalho. Supiot apontou para um vetor que representava, na prática, o retorno ao paradigma liberal clássico, na medida em que se reforçava o pressuposto da liberdade contratual como fundamento do seu caráter compromissório.

Previa-se a fragilização de um dos mais importantes princípios informadores do Direito do Trabalho: a primazia da realidade, pois a segurança jurídica, representada pela previsibilidade das decisões judiciais, dependia da preservação dos efeitos jurídicos previstos (e desejados) quando da formalização dos contratos.

Mas a crítica do sistema jurídico brasileiro à precarização do emprego, causada pela “geração espontânea” de cooperativas de trabalho pelo país, demonstrou o quão arraigados estavam os fundamentos do nosso Direito do Trabalho.

O princípio da primazia da realidade foi erguido como o principal fundamento de combate da tendência precarizante impulsionada pela proliferação

---

9 A jurisprudência construiu o entendimento de que os contratos de trabalho firmados com menores de 16 anos, embora nulos de pleno direito, produziriam reflexos no mundo jurídico, inclusive frente ao sistema previdenciário (DELGADO, 2007).

de cooperativas de trabalho. Expressões como “fraudoperativas” ou “cooper-fraudes” passaram a fazer parte do glossário jurídico brasileiro não só entre os tratadistas, mas também nas decisões judiciais.

A resposta do meio jurídico foi interessante por duas razões. A primeira é que, numa rara experiência interdisciplinar aplicada, o Direito do Trabalho estendeu o emprego do princípio da primazia da realidade não apenas à dinâmica da relação de trabalho, espaço-tempo adequado ao uso da técnica do “feixe de indícios”, mas ao próprio fenômeno do associativismo. Embora reinterpretado a partir de categorias jurídicas ramificadas, o processo de formação das associações cooperativas precisou ser observado casuisticamente em sua dinâmica histórica. A observação constante do fenômeno permitiu a formação de certas hipóteses que se sustentavam em bases não jurídicas, mas que foram determinantes para a construção de teses que predominaram no âmbito da teoria da prova, no processo judicial trabalhista.

A segunda razão diz respeito à superação, ao menos circunstancial, das contradições epistemológicas do próprio direito. A resistência político-jurídica que surgiu do “tripé institucional de defesa do trabalhador” (PIRES, 2009), representado pela Justiça do Trabalho, Inspeção do Trabalho e Ministério Público do Trabalho, não se estruturou a partir de um “ativismo” de fundo ideológico, o que fundamentaria o conjunto decisório e propositivo em bases decisionistas (SCHMITT *apud* AGUILLAR, 2001). De fato, ela veio do exercício de uma pretensão científica que, a despeito dos diversos matizes, surge de uma plataforma comum: a objetivação (e não transformação) de uma dada realidade social.

Se a precarização do emprego se mantém num gabarito de objetividade, a resistência também deveria se estruturar da mesma forma. Características remuneratórias, expressões do poder diretivo, distribuição do tempo do trabalho, por exemplo, ascenderam de seu *status* de simples indícios, tornando-se quase termos de uma cadeia de causalidade, requisitos de verossimilhança para a verificação objetiva da relação de trabalho, mediante subordinação direta com o tomador de serviços. Por outro lado, a autenticidade do fenômeno associativo foi submetida ao cumprimento objetivo dos princípios do cooperativismo, à oferta de provas cabais do acesso à informação por parte dos associados e, principalmente, da *affectio societatis*.

O estado da arte do debate acadêmico sobre os desvios do cooperativismo de Trabalho no Brasil, amplíssimo de trabalhos de boa estrutura, facilitou a criação de um roteiro comum, que balizou a atuação institucional de defesa do emprego. As cartilhas da Inspeção do Trabalho, como o “Manual de Cooperativas”, procuraram padronizar a ação fiscalizadora do Estado, papel semelhante

atribuído ao sistema de unificação jurisprudencial da Justiça do Trabalho e de uniformização das ações do Ministério Público do Trabalho.

O movimento institucional de resistência influenciou a forma pela qual os grupos de interesse empresarial abordavam o tema do cooperativismo. As federações de indústrias preconizavam alguma cautela, enquanto não viesse regulação mais sólida com relação ao tema das terceirizações. O Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), no intuito de impulsionar o cooperativismo empreendedor, produziu material com conteúdo teórico de tão boa qualidade que chegou mesmo a ser usado como referência para treinamento da Auditoria-Fiscal do Trabalho.

Quase concomitantemente vieram os primeiros indícios de uma mudança de concepção política, na forma de projetos de lei voltados à revogação do parágrafo único do art. 442 da CLT, dentro dos quais se destaca o de nº 142/03, de autoria do Deputado Aloysio Nunes Ferreira, do PSDB, partido que se convertera no principal braço político do neoliberalismo no Brasil.

O movimento de resistência freou o ímpeto da precarização do emprego pela via das cooperativas de trabalho, na medida em que a ação institucional do Estado, através da Justiça do Trabalho, Inspeção do Trabalho e Ministério Público do Trabalho, conseguiu formular critérios objetivos tanto para identificar as relações de subordinação, no âmbito da terceirização, quanto para evidenciar o caráter empresarial de boa parte dessas sociedades cooperativas.

Contudo, o processo de criação dessa “frente de batalha” contra a precarização do emprego foi conduzido segundo a tese do desvio de finalidade das cooperativas de trabalho, e não de sua negação ontológica. Até hoje se preserva, no imaginário institucional que circunscreve o mundo do trabalho, a possibilidade – em tese – de haver uma cooperativa de trabalho que atue segundo os princípios do cooperativismo. Reconhece-se, todavia, que se trata de um evento raro, se comparado com outras expressões de organização cooperativista que tendem a ser mais “autênticas”, como seria o caso das cooperativas de crédito, de consumo e de produção.

Em verdade, em se tratando de uma resistência fundada no discurso jurídico, não se poderia negar, *a priori*, a possibilidade de se constituírem cooperativas de trabalho, até porque tal previsão vem disposta na nossa Lei Geral do Cooperativismo. Por isso mesmo, a validade do discurso jurídico, a despeito de sua influência no âmbito da práxis da experiência cooperativista brasileira, não foi capaz de desconstruir a concepção teórica de que as cooperativas de trabalho

representam possibilidades emancipatórias dos trabalhadores, consistindo, elas mesmas, em formas de resistência da classe trabalhadora.

As bases desse ideário também sustentam o discurso político. Da mesma forma que em 1992 um projeto de lei considerou as cooperativas de trabalho a “fórmula mágica” de combate ao desemprego, a tese salvacionista da sociedade do trabalho, a partir do cooperativismo de mão de obra, poderia ser reintroduzida no futuro, inclusive dissociada de um contexto de crise.

Isto se deu, de fato, em 2012, num momento em que já se tinha a convicção de que as políticas econômicas anticíclicas adotadas pelo Brasil haviam desviado os efeitos da crise econômica mundial, deflagrada em 2008, e de que estávamos sustentando níveis de ocupação que nos aproximavam do pleno emprego. A Lei nº 12.690/2012 veio se somar à Lei Geral do Cooperativismo brasileiro, vindo a regular, com exclusividade, as cooperativas de trabalho, dando-lhes “nova vida”<sup>10</sup>.

### 3 – COOPERATIVAS DE TRABALHO: POSSIBILIDADE DE EMANCIPAÇÃO DA CLASSE TRABALHADORA?

Por pressuposto, partilho da crítica formulada por Boltanski (2009), que põe em dúvida a tese da diluição das classes sociais (ROSANVALLON, 1995). Considero também que elas se formam como consequência de um processo histórico, dialético e reflexivo, e que as identidades de classe se constituem através de um lento e laborioso processo de construção de equivalências (BOLTANSKI, 2009, p. 238-239). Por conseguinte, que as classes se estruturam a partir de clivagens de natureza socioprofissional, mantendo o trabalho como elemento central da organização social.

Tomando a representação da sociedade como um “conjunto de classes sociais no âmbito de um Estado-nação” (BOLTANSKI, 2009, p. 213), penso que todos os movimentos que constituem a sua dinâmica não poderiam ser adequadamente interpretados como resultado da sinergia entre “incluídos” e “excluídos”. Nesse sentido, ainda parece legítimo se falar em interesses próprios de uma classe trabalhadora, que se antagonizam sistemicamente aos daqueles que se distinguem como “capitalistas” (PIKETTY, 2014, p. 51-55), em especial os termos de troca do valor-trabalho, isto é, o salário.

---

10 Conferir artigo publicado por Paul Singer, em 16 de julho de 2012, na *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/54751-vida-nova-para-as-cooperativas-de-trabalho.shtml>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

## DOCTRINA

Sendo assim, ao largo da discussão acerca da validade ou utilidade da análise da dinâmica social, a partir da perspectiva da “luta de classes”, o fato é que as transformações sociais que porventura ocorram podem ser examinadas sob a perspectiva dos interesses dos grupos profissionais. Nesse sentido, o objetivo deste tópico é refletir sobre a possibilidade de o movimento cooperativista conspirar, ou não, em favor de tais interesses, a despeito de o discurso político predominante no Brasil endossar o caráter emancipatório do trabalhador, atribuído ao modelo associativo-cooperativista.

O tratado de Luis Amaral (1938) registra que o cooperativismo é o “evangelho em ação”. Tal alegoria parece denotar a influência da doutrina socialista-cristã *saintsimoniana*, ao menos no âmbito do estatuto moral que balizava a experiência cooperativista dos pioneiros de Rochdale (HOLYOAKE, 1900). Mas a existência de um suporte moral estruturante está presente noutro importante movimento: o owenismo, que a despeito de sua inclusão na historiografia sindical daqui e alhures, chegando mesmo a ser reconhecido como o “iniciador do movimento sindicalista moderno” (POLANYI, 1980, p. 171), não se constituiu originariamente como uma expressão dos interesses mobilizados pela classe trabalhadora.

O owenismo, epíteto conferido à doutrina de Robert Owen, cujas bases sustentaram a construção de uma “sociedade utópica” na vila operária de New Lanark, não se distinguiu, em seus primeiros anos (1800 a 1812), de outras experiências paternalistas do empresariado industrial inglês dos séculos XVIII e XIX, no que tange aos propósitos de atender aos “anseios do povo comum, esmagado pelo surgimento das fábricas” (POLANYI, 1980, p. 171).

As condições de vida no trabalho na fábrica têxtil de propriedade de Owen não a tornavam tão distinta das demais, inclusive quanto aos baixos salários, longas jornadas de trabalho e emprego de crianças, sobretudo órfãs (ALMEIDA, 2010). O que singularizava a gestão de Owen, além da preocupação acima da média com a segurança e o meio ambiente da fábrica, era a melhoria das condições de “vida fora do trabalho” (ANTUNES, 2009), isto é, a maneira pela qual os operários viviam e se conduziam em comunidade, criavam seus filhos, sustentavam suas famílias e administravam seus lares. Owen expressava sua preocupação com a degradação moral dos trabalhadores, para o quê concorria de forma determinante o alcoolismo.

O laboratório de Owen em New Lanark é anterior à experiência dos pioneiros de Rochdale, sendo as *Villages of Co-operation* e o *Labour Exchange* owenita havidos como experimentos pioneiros de cooperativismo de produção (agrícola) e de consumo, respectivamente. Há, de fato, uma conexão bastante

visível entre os dois episódios: New Lanark e Rochdale, haja vista que parte dos membros integrantes da cooperativa de Lancashire era oriunda da vila operária mantida por Owen.

Além da constatação de que se trata de uma experiência bem sucedida, se comparada com as cooperativas owenitas, a preferência por identificar, na experiência dos pioneiros de Rochdale, o modelo de ignição do cooperativismo pode ser explicada, de um lado, pelo caráter paternalista original da proposta owenita; de outro, por uma doutrina que motivou o mote atribuído em 1820 por Engels, de que a experiência de New Lanark se tratava de um socialismo utópico.

No primeiro caso, os pioneiros de Rochdale se distinguiram por terem constituído seu próprio código moral, objetivado na forma de um estatuto em que elencavam alguns princípios que, mais adiante, iriam se tornar os fundamentos do cooperativismo moderno. Tal disposição requereu improvável habilidade, inclusive intelectual, além de autoconfiança e notável espírito de solidariedade, o que na opinião de Holyoake não eram características da classe trabalhadora britânica (HOLYOAKE, 1900). A experiência de New Lanark é diferente porque os trabalhadores foram assimilados ao ideário owenita, bem como ao estatuto moral formulado segundo as concepções socialistas e espirituais de Robert Owen.

No segundo, a despeito da melhoria das condições estruturais de habitação, saúde e educação na vila owenita e da experiência comunitária de autogestão direcionada, precipuamente, para o aumento do poder de compra dos trabalhadores, a condição proletária dos trabalhadores era mantida em evidência, como um traço indelével da sua identidade operária. A crença de Owen, até certo ponto transgressora, mas provavelmente equívoca acerca do capitalismo, era a de que a partir da autogestão das suas vidas fora do trabalho, na conformidade de um código moral, calcado no princípio da cooperação, cada operário poderia resistir à reificação imposta pela fábrica, poderia manter-se íntegro em sua identidade, poderia se tornar o “senhor da máquina” (POLANYI, 1980, p. 171).

Considerando seu fundamento ideológico, é totalmente compreensível, portanto, que o movimento owenita tenha se aproximado muito mais do sindicalismo que do cooperativismo. É bem verdade que durante os primeiros esforços (*the first efforts*) dos tecelões operários de Lancashire, concentrados em financiar a cooperativa de consumo, eles negociaram com os patrões o adiantamento de salários usando estratégias agressivas, incluindo a ameaça paredista (HOLYOAKE, 1900, p. 4). No entanto, o horizonte almejado pelos probos pioneiros de Rochdale não era outro, senão a melhoria da condição de vida pela via do empreendedorismo, o que deveria implicar, em última análise,

na superação da sua condição de assalariados<sup>11</sup>. O cooperativismo fundado nos princípios insculpidos pelos pioneiros de Rochdale é, em essência, um modelo de gestão.

O cooperativismo pressupõe, no entanto, um tipo específico de associativismo: o mutualismo (ALEMÃO, 2009), bem distinto do associativismo classista, que caracteriza o sindicalismo. Ambas as espécies de associativismo foram identificadas como formas de resistência da classe operária europeia, durante o século XIX. Mas entre elas a coexistência era difícil, “ora de identificação, ora de afastamento” (ALEMÃO, 2009, p. 28).

O mutualismo consiste num associativismo de viés pragmático, funcional, e voltado para os interesses da própria associação. O associativismo classista se opõe com frequência ao mutualismo em razão da ausência da têmpera político-ideológica, fundamental para o desenvolvimento e consolidação da “consciência de classe”. Numa síntese, o associativismo classista se voltava para a melhoria das condições de vida *no* trabalho, enquanto que o associativismo mutualista se preocupava com as condições de vida *fora do* trabalho (ALEMÃO, 2009).

De todo modo, ambas as formas de associativismo são consideradas manifestações de autoproteção da sociedade (POLANYI, 1980), fenômeno este absolutamente inexorável, haja vista a impossibilidade de se constituir, no mundo da vida, o tipo de sociedade idealizada pelo capitalismo liberal *laissezfaireano*.

Para Karl Polanyi, uma economia de mercado (autorregulável), fundamento do sistema capitalista, só é possível se concebermos a existência de uma sociedade de mercado. Ocorre que a sociedade de mercado não poderia *ipso facto* existir, salvo enquanto ficção, eis que não seria viável que uma sociedade se estruturasse a partir de seu sistema econômico, colonizando a ordem social, como se esta lhe fosse um mero acessório (POLANYI, 1982, p. 87). Uma sociedade constituída desta forma não teria futuro, estando condenada à aniquilação.

---

11 Convém aqui fazer um importante registro. A superação do assalariamento diz respeito ao cooperativismo invocado como forma de empreendedorismo coletivo e autogerido, cujo discurso, salvo a experiência das SCAs/MST, não costuma prevalecer entre as representações de trabalhadores, pois foi apropriado pelas representações dos interesses empresariais, com destaque para o microempresariado, cujas ações em seu favor no Brasil são protagonizadas pelo Sebrae. No caso do cooperativismo de produção, a associação para aquisição de insumos, aperfeiçoamento da oferta e/ou beneficiamento de produtos, por pressupor o domínio da terra, exclui naturalmente o assalariamento. No caso do cooperativismo de consumo, que com o passar do tempo se especializou enormemente (crédito, habitação, automóveis, etc.), o traço empreendedor estará condicionado à projeção da oferta de produtos para a comunidade, o que supõe o caráter permanente da *affectio societatis*, pois a manutenção do negócio dependerá da reintrodução constante dos recursos capitalizados e incrementados das sobras líquidas obtidas.

## DOCTRINA

Imaginar uma sociedade de mercado implica em considerar que todos os elementos que compreendem o sistema produtivo, entre os quais a terra, o trabalho e o dinheiro, tenham sido concebidos e/ou produzidos para serem postos à venda no mercado. Noutros termos, que a terra, o trabalho e o dinheiro sejam considerados mercadorias.

“Todavia, o trabalho, a terra e o dinheiro obviamente não são mercadorias. O postulado de que tudo o que é comprado e vendido tem que ser produzido para a venda é enfaticamente irreal no que diz respeito a eles. Em outras palavras, de acordo com a definição empírica de uma mercadoria, eles não são mercadorias. Trabalho é apenas um outro nome para a atividade humana que acompanha a própria vida, que, por sua vez, não é produzida para a venda, mas por razões inteiramente diversas, e essa atividade não pode ser destacada do resto da vida, não pode ser armazenada ou mobilizada. Terra é apenas outro nome para a natureza, que não é produzida pelo homem. Finalmente, o dinheiro é apenas um símbolo do poder de compra e, como regra, não é produzido, mas adquire vida através do mecanismo dos bancos e das finanças estatais. Nenhum deles é produzido para a venda. A descrição do trabalho, da terra e do dinheiro como mercadorias é inteiramente fictícia.

(...)

Ora, em relação ao trabalho, à terra e ao dinheiro não se pode manter um tal postulado [que são mercadorias submetidas a um mercado autorregulado]. Permitir que o mecanismo de mercado seja o único dirigente do destino dos seres humanos e do seu ambiente natural, e até mesmo o árbitro da quantidade e do uso do poder de compra, resultaria no desmoronamento da sociedade.” (POLANYI, 1980, p. 85)

É verdade que o credo liberal fortalece a ficção, que de fato opera seus efeitos, como se houvesse uma separação institucional entre as esferas econômica e política. O trabalho, a terra e o dinheiro são postos à venda, como se fossem mercadorias produzidas para o mercado, e seus preços – salários, aluguéis (e outras rendas da terra) e juros ou lucros – submetidos à ação da “mão invisível”. Mas, como visto,

“(…) nenhuma sociedade suportaria os efeitos de um tal sistema de grosseiras ficções [sociedade de mercado, mercantilização da terra, do trabalho e do capital, e *laissez faire*], mesmo por um período de tempo muito curto, a menos que a sua substância humana e natural, assim como

a sua organização de negócios, fosse protegida contra os assaltos desse moinho satânico.” (POLANYI, 1980, p. 85-86)

Nesse contexto, todos os tipos de manifestação intervencionista, sejam os que emergem dos movimentos sociais, da ação dos grupos de pressão, atravessados ou não pelo aparato político-administrativo estatal, são reações necessárias de caráter pragmático. Para Polanyi, o próprio *laissez faire* teria nascido de um ato de intervenção estatal e, portanto, seria historicamente falcioso considerá-lo uma cria do liberalismo.

Frise-se que as várias formas de autoproteção da sociedade – independentemente das aderências aos interesses que, porventura, caracterizem este ou aquele estrato social – são, em verdade, reações à mercadorização da terra, do trabalho e do dinheiro. Em sendo assim, seria plausível, portanto, identificar para qual dessas mercadorias fictícias o ímpeto de defesa se orienta, determinando o vetor de atuação dessas formas de autoproteção.

Embora protagonizadas e/ou mobilizadas por trabalhadores assalariados, as experiências cooperativistas de New Lanark e de Rochdale priorizaram os interesses relacionados ao consumo. Durante a trajetória do owenismo noutros cantos, inclusive nos Estados Unidos, viram-se germinar as cooperativas de produção agrícola, que se tornaram viáveis a partir da cotização para a compra coletiva de insumos, o que concorria para a redução dos custos de produção, e o aumento das chances de submeter suas mercadorias à venda a preços mais competitivos.

Em ambos os casos, percebe-se que o esforço cooperativista está voltado imediatamente<sup>12</sup> para a defesa do poder de compra, do dinheiro, e não do trabalho (assalariado).

O cooperativismo de produção agrícola não pressupõe, necessariamente, a propriedade da terra, embora a posse seja condição fundamental. Sendo assim, a cotização é dirigida essencialmente para a redução dos custos da produção, ainda que a escala não seja alterada. O resultado prático imediato é a assunção de uma posição de vantagem no momento em que tais mercadorias são postas

---

12 Em termos teleológicos, o cooperativismo se orienta para a melhoria das condições de vida do indivíduo, independentemente do seu *locus* na estratificação socioprofissional que define uma sociedade de classes. Um pequeno proprietário de terra e um operário de fábrica podem se inserir no esforço cooperativista, e ainda assim não se poderia afirmar que, imediatamente, tal esforço venha etiquetado como uma forma de defesa da terra ou do trabalho. Isto não significa, contudo, que a coletivização do trabalho não seja, em si mesma, uma forma de negar a sua mercadorização, na medida em que proscreve o trabalho alienado. Mas sob a perspectiva dos modelos de defesa social, a inalienação do trabalho coletivo parece estar mais relacionada à arquitetura do empreendimento cooperativista do que a um suposto *télös* calcado no direito de resistência da classe trabalhadora.

à venda, com retorno na forma de lucros maiores e/ou dinheiro mais rápido. Mesmo que a propriedade da terra seja uma realidade, o esforço centrado na aquisição coletiva de insumos não garante, como efeito imediato e necessário, o incremento da produtividade, e com ele o aumento da renda da terra. Isto pode ocorrer, evidentemente, como resultado da acumulação de capital e do reinvestimento em capacitação, gestão, qualidade dos insumos e tecnologia<sup>13</sup>. Tal mobilização em nada, ou muito pouco, se distancia da atividade empresária como a conhecemos, fazendo com que a ideia de uma “empresa cooperativista”, propósito do Sistema Cooperativista dos Assentados (SCA/MST), não seja algo que contradiga os princípios do cooperativismo, salvo pelo tratamento eufemístico dado ao lucro<sup>14</sup>.

A experiência dos pioneiros de Rochdale se distingue apenas quanto ao ramo de atividade. Num primeiro momento, a cooperativa de consumo se volta para a melhoria do poder de compra dos próprios membros. Adiante, como menciona Holyoake (1900), o “armazém” se torna acessível aos membros da comunidade<sup>15</sup> e vira um negócio. Se o desemprego de alguns dos integrantes ocorreu devido à “falta de diplomacia” junto aos patrões, quando dos esforços iniciais de financiamento do projeto, o sucesso do empreendimento levou ao desemprego voluntário de seus membros, que passaram a ter mais tempo para se dedicarem à cooperativa.

O cooperativismo, como episódio de um associativismo do tipo mutualista, não constitui um exemplo de defesa imediata do trabalho, mas do dinheiro. Como experiência histórica, os cooperativismos de consumo e de produção propuseram a negação ou superação do trabalho alienado e, obviamente, do assalariamento. Se os movimentos de defesa do trabalho estão, de fato, centrados nos termos de troca e na condição de vida “dentro do trabalho”, então o tipo de emancipação proposto pelo associativismo cooperativista não configura uma pretensão exclusiva da classe trabalhadora, tampouco se opõe às regras do jogo capitalista. Isso, aliás, já havia sido mencionado por Luis Amaral (1938), quando afirma que “o cooperativismo não proscreve o capitalismo, apenas

---

13 O volume desse reinvestimento pode suscitar a diversificação do ramo de atividade, da produção agrícola para a agroindústria, por exemplo.

14 A Lei Geral do Cooperativismo brasileiro (Lei n. 5.761/71), a despeito de excluir o propósito do lucro (art. 3) e a distribuição de benefícios às quotas-partes, salvo a correção monetária do capital investido (§ 3, art. 24), emprega o conceito de “sobras líquidas do exercício” (art. 28) para admitir a constituição de fundos e a devolução das sobras aos associados (IV, art. 21). Por sua vez, dada a natureza do objeto das cooperativas de serviço, a Lei n. 12.690/2012 se refere expressamente às “retiradas” dos associados (art. 7, I), hipótese não vedada pela Lei n. 5.761/71.

15 De fato, a “preocupação com a comunidade” é o sétimo princípio cooperativista elencado no estatuto da associação de Rochdale.

o impede de gerir, por seus próprios interesses, a organização do trabalho” (ASSUMPÇÃO; ANDRADE, 2014).

Ivan Alemão registra que alguns líderes da doutrina anarcossindicalista, ainda na virada dos séculos XIX e XX, proclamavam a inaptidão do mutualismo e do cooperativismo como expressões emancipatórias da classe trabalhadora:

“O anarquista português Neno Vasco (1984, p. 121-122), que viveu no Brasil de 1901 a 1911, em 1920 pregava a rejeição às práticas mutualistas e cooperativistas dos sindicatos, o que acabaria com as indefinições de atribuições existentes entre as associações. Para ele, a mutualidade e as cooperativas valiam bem menos do que a resistência, a ação direta sindical. Vasco considerava mesmo que a mutualidade facilitava a exploração capitalista, pois reduzia os recursos dos trabalhadores à medida que estes, pela associação cooperativa e de socorros mútuos, aprendiam a fazer em face das necessidades da vida com o minguado fruto de seu trabalho. O autor destaca que o mutualismo e o cooperativismo, mais do que o corporativismo, incentivavam a burocracia parasitária. Segundo ele, essa burocracia, quando muito, se prestava a ser usada como obra feita, como organismo de Estado, por algum governo revolucionário, desconfiado da liberdade e das iniciativas populares. Já os sindicatos, de acordo com Vasco, pelo contrário, educavam o proletariado para a luta contra o capitalismo e pela solidariedade.” (ALEMÃO, 2009, p. 29-30)

A evolução do associativismo mutualista, segundo a experiência brasileira, parece confirmar as predições de Neno Vasco. As sociedades de socorro mútuo, consideradas uma forma embrionária de previdência, foram posteriormente assimiladas pelo Estado capitalista, fato que concorreu para a atenuação da responsabilidade dos patrões em relação aos seus empregados, quanto aos danos causados em decorrência do trabalho<sup>16</sup> (ALEMÃO, 2009, p. 30).

Quanto ao cooperativismo, reduzido à sua essência de modelo de empresa autogerida, assumiu seu distanciamento teleológico do associativismo classista<sup>17</sup>, moldando-se aos mais diversos objetos, a ponto de em 1932, com o Decreto nº 22.239, terem sido elencadas 16 espécies de cooperativas, entre elas a de trabalho.

---

16 A esse respeito, vale o registro de que a tese da responsabilidade patronal sobre os danos causados aos trabalhadores, durante o seu tempo de empregado, já se consolidara na Inglaterra desde 1897, com o *Workmen's Compensation Act*.

17 Registre-se que o Decreto nº 1.637/1907, que regulamentava a criação de sindicatos profissionais, também regulava a criação e o funcionamento das sociedades cooperativas.

Tomando como referência a classificação do *Bureau International du Travail*, publicada nos anos 30 do século passado, o cooperativismo profissional surge como uma das quatro grandes categorias do cooperativismo, ao lado da habitação, consumo e produção agrícola.

Entretanto, se o associativismo cooperativista pode ser compreendido como um mecanismo de defesa em face da mercadorização do dinheiro, cujas consequências se travestem em déficits de moradia, consumo, crédito, saúde, etc., como atribuir às cooperativas de trabalho o mesmo papel?

A Lei nº 12.690/2012 reúne sob o gênero “trabalho” tanto as cooperativas de produção quanto as de serviço. Sabe-se que o trabalho que anima a produção coletiva projeta suas energias para dentro da própria cooperativa. O fruto desse trabalho coletivo, cuja propriedade é da (própria) coletividade, aproveita o conceito empírico de mercadoria, visto que são bens cuja produção foi destinada ao mercado. O resultado financeiro do trabalho realizado não possui natureza de salário, pois o propósito é remunerar todo o processo de realização da mercadoria.

O caso das cooperativas de serviço (art. 4º, II) se distingue ontologicamente das demais experiências cooperativistas, justamente porque o trabalho realizado pelos associados é alienado a terceiros, obedecendo à mesma lógica do trabalho assalariado. O trabalho coletivo se limita à gestão do negócio, cujo objeto – o trabalho – é posto à venda no mercado, reproduzindo a ficção mencionada por Karl Polanyi, que impõe à sociedade a autodefesa e a criação de modelos de resistência social, dentre as quais o cooperativismo.

Pode-se objetar, como no argumento do PL nº 3.383/92, que o cooperativismo (inclusive o profissional) seria a “fórmula mágica” para o desemprego. A cooperativa de serviço teria a função, portanto, de facilitar a oferta de trabalho no mercado, como que aproximando a mercadoria do consumidor, um dos propósitos do cooperativismo de produção, conforme salienta Luis Amaral (1938).

No entanto, se o cooperativismo deve ser considerado um mecanismo de defesa social do poder de compra – do dinheiro –, a que interesses as cooperativas de serviço atendem? Aos dos detentores da força de trabalho ou daqueles que a tomam?

Um dos desdobramentos do associativismo mutualista foram as chamadas “ordens profissionais” (ALEMÃO, 2009), que agregam as profissões liberais, segundo a definição proposta por Coelho (1999, p. 23-24). Mas obedecendo à mesma dinâmica de aproximação com o Estado, as ordens profissionais conseguiram, pela via da regulação legislativa, circunscrever um território de

atuação exclusiva. Entretanto, não delegaram à ação dessa interferência legal no mercado, à guisa de um monopólio da *expertise* profissional<sup>18</sup>, a garantia de melhores termos de troca para o trabalho. Preferiram fazê-lo através do aparato regulatório estatal, pela via da fixação legal de patamares salariais de contratação.

Nos primórdios do sindicalismo, a mobilização classista não era dirigida para o “inimigo” capitalista. A estratégia para a conquista de salários mais dignos era bem mais a coerção voltada aos próprios trabalhadores, impondo-lhes que não aceitassem salários abaixo de determinado patamar (ALEMÃO, 2009). Contudo, tal estratégia teve duração curta, como registra Ivan Alemão:

“Com o aumento do exército industrial de reserva e a exploração da mais-valia relativa, a possibilidade de os sindicatos interferirem direta e unilateralmente na lei de oferta e procura ficou extremamente reduzida. O aumento da oferta de trabalhadores, fruto do trajeto do campo-cidade, adicionado às necessidades tecnológicas de fazer com que um único trabalhador produzisse a mesma quantidade que antes dependia de vários para ser obtida, propiciou não só a desvalorização dos salários, mas também o risco da redução de empregos.” (ALEMÃO, 2009, p. 28)

Excetuando a “reserva de mercado” das corporações de ofício, cuja natureza nada tem a ver com desvios da livre-concorrência, não se conhece qualquer episódio de sucesso que possa ser atribuído à atuação classista dos trabalhadores, na tentativa de melhorar os termos de troca do trabalho assalariado, através de mecanismos de interferência na relação entre oferta e demanda de mão de obra<sup>19</sup>.

18 Aqui a referência é com as corporações de ofício, que, a despeito de corresponder a um tipo de organização do trabalho pré-capitalista, eram relativamente eficazes em amortecer as flutuações do valor do trabalho tomado por terceiros. Isto era possível por conta dos mecanismos de retenção da *expertise* profissional dentro das corporações, o que criava nichos de atuação exclusiva, algo que era facilitado, de fato, pela compleição estamental da sociedade feudal.

19 Não considero que os modelos de sindicalismo que admitem o “estabelecimento fechado” (*closed shops*), ou outros sistemas que garantem a contratação exclusiva de trabalhadores sindicalizados, se estabeleçam como formas de interferência no mercado de trabalho, produzindo falhas semelhantes às que são identificadas em cenários monopolistas. Primeiramente, porque o estabelecimento fechado não exclui o acordo para fixação dos salários, não sendo, pois, resultado de uma determinação unilateral e irresistível das representações de trabalhadores. Em segundo lugar, porque tais sistemas resultam de formulações positivadas através da legislação estatal, e não propriamente da qualidade das intervenções supostamente provocadas no mercado de trabalho, através da mobilização dos trabalhadores. Em terceiro, conseqüência lógica da objeção anterior, a contratação compulsória de trabalhadores sindicalizados, a julgar pelas experiências semelhantes no Brasil, está longe de garantir a unidade e fortaleza dos “trabalhadores em ação” (VIANA, 2005).

Ora, se a atuação classista dos trabalhadores através do sindicalismo foi incapaz, ao longo da história, de gerar mecanismos de proteção do salário, manipulando as relações entre oferta e demanda da “mercadoria” trabalho, não há razão para crer que as cooperativas de trabalho possam lograr êxito onde os sindicatos falharam.

O propósito das cooperativas de serviço é facilitar a oferta de mão de obra. Mas o efeito sobre a taxa de desemprego, principal argumento político em defesa desse tipo de cooperativa, depende do quão atraente seja essa “mercadoria”, o que não é definido pela exclusividade da *expertise* (do que se ocuparam as ordens profissionais), mas do valor pelo qual a mercadoria-trabalho é oferecida no mercado. Quanto menor o seu valor, mais competitiva será a sua oferta.

#### 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS: A REINTRODUÇÃO DA CRÍTICA JURÍDICA

O fato de o cooperativismo não atuar em defesa do trabalho, mas do dinheiro, não o desqualifica como mecanismo de resistência social que eventualmente, mas não exclusivamente, atenda às pretensões emancipatórias da classe trabalhadora, embora o faça, como já se viu, pela via da superação do assalariamento<sup>20</sup>. As cooperativas de mão de obra, profissionais ou de serviço, ao contrário, não podem nem mesmo ser consideradas como manifestações de autoproteção da sociedade.

Em alguma medida, as conspirações contra o liberalismo miram sempre o desnudamento da ficção mercantil da terra, do trabalho e do dinheiro. No caso das cooperativas de serviço, dá-se justamente o contrário: a confirmação da lógica do trabalho-mercadoria.

Ainda pior é o fato de que, obedecendo aos mecanismos do mercado, a ação do cooperativismo de trabalho, na modalidade de prestação de serviços, isola-se no propósito de facilitar a obtenção de trabalho, pela via da oferta eficiente da mão de obra associada. Incapaz de provocar uma “falha de mercado” que favoreça seus cooperados, a posição de vantagem das cooperativas de serviço, no âmbito do mercado de mão de obra, só se sustenta à custa do preço atraente do trabalho oferecido a terceiros. Submeter esse trabalho ofertado ao menor preço possível determina, portanto, o desempenho dessas cooperativas.

As cooperativas de trabalho, da espécie “serviços”, enquanto mecanismo de autoproteção social, são uma impossibilidade ontológica. Sua única

---

20 V. nota n 10.

ligação com os princípios herdados dos pioneiros de Rochdale é, se tanto, a autogestão. A experiência brasileira, no âmbito da práxis do cooperativismo de serviços, caracteriza-se pela inserção de trabalhadores no mercado de trabalho à margem do garantismo constitucional trabalhista (SILVA, 2011). Se por um lado a resistência promovida pelo nosso sistema jurídico freou o ímpeto precarizante do emprego, impulsionado pela alteração da CLT, por outro consolidou os elementos objetivos que serviram de suporte para a ação institucional de defesa dos trabalhadores, mas que passam ao largo de qualquer reflexão sobre a ontologia do cooperativismo de trabalho<sup>21</sup>.

A Lei nº 12.690/2012 propôs ajustes em sintonia com o discurso jurídico de resistência à precarização do emprego. Tais ajustes visaram satisfazer as exigências impostas pelos princípios do cooperativismo objetivados pelo direito. No particular, o princípio da “retribuição pessoal diferenciada”<sup>22</sup>, supostamente uma medida de ascensão social proporcionada pelo cooperativismo.

Mas, ao fazê-lo, a Lei nº 12.690/2012 consolidou um modelo de inserção do trabalhador no mercado de trabalho à margem da proteção do emprego. Um modelo regido pela lógica do trabalho-mercadoria; a prevalência do direito *ao* trabalho em detrimento do direito *do* trabalho.

É possível que a obrigatoriedade de incorporar certos direitos típicos da relação de emprego às retiradas dos associados (art. 7º da Lei nº 12.690/2012) arrefeça o ímpeto do uso fraudulento das cooperativas, tirando de cena a única falha de mercado provocada por esta espécie de cooperativismo: o *dumping* “social”. Contudo, a supremacia da retribuição pessoal ofuscou outros princípios, em especial os relacionados à *affectio societatis*, obnubilando as demonstrações objetivas do *animus* cooperativista, como o delito de *marchandage* (MAILLARD et al *apud* BOLTANSKI, 2009). Isto significa que, no âmbito

---

21 Um dos princípios objetivados pelo direito é o “princípio da dupla qualidade”. Em essência, a negação do trabalho alienado impõe ao *status* de cooperado uma subjetividade de duplo aspecto: individual e coletiva. O trabalho do associado é realizado em favor de si próprio, mas também do seu “alterego coletivo”: a cooperativa (ASSUMPCÃO; ANDRADE, 2014). Por esta razão, não se poderia conceber que os frutos desse trabalho não sejam apropriados integralmente por esse sujeito complexo. No entanto, o esforço de objetivação do discurso jurídico, certamente inspirado pelos termos do art. 4 da Lei n 5.764/71, reduziu o princípio da dupla qualidade a uma relação de clientela. Nesse sentido, o princípio da dupla qualidade estaria atendido se na medida em que o cooperado presta serviço para a cooperativa a cooperativa também lhe presta serviços.

22 Também em essência, trata-se dos efeitos, em favor dos associados, da atuação da cooperativa enquanto mecanismo de resistência social. No particular, como defesa à mercadorização do dinheiro. No âmbito do cooperativismo de trabalho, o atendimento ao princípio da retribuição pessoal diferenciada tomou como parâmetro o sistema de garantias da relação de emprego. Na prática, tal medida se limitava a uma comparação entre o retorno financeiro do trabalhador cooperado e o piso salarial da categoria profissional correspondente, fixado em instrumento normativo.

do cooperativismo, apenas a dinâmica da prestação de serviços deve constituir objeto de análise das instituições de controle estatal. Mas, nesse aspecto, o nível de exposição das cooperativas de serviços perante o Judiciário, ou a Inspeção do Trabalho, não as diferencia de qualquer empresa de prestação de serviços.

Mas se o “encarecimento” da remuneração dos associados cria um obstáculo à constituição de cooperativas de fachada, o acesso destas aos certames licitatórios, que visam à prestação de serviços à Administração Pública (art. 10, § 2º, da Lei nº 12.690/2012), as coloca em posição de vantagem frente às sociedades empresárias, no que tange aos sempre cobiçados espaços de convivência com os gestores públicos. Contrariou-se a tese bem fundamentada por Carelli (2002), baseada no princípio constitucional da isonomia, não apenas em virtude da exceção do sistema de proteção do emprego, mas do regime fiscal diferenciado.

Se o *télos* do cooperativismo, em especial o de trabalho (serviços), não condiz com qualquer pretensão emancipatória do trabalhador, a análise jurídica identifica na Lei nº 12.690/2012 a possibilidade de consolidação de um estrato ocupacional a que Supiot chama de “emprego subvencionado” (BOLTANSKI, 2009, p. 255). A título de proteger o trabalhador cooperado, a regulamentação das cooperativas de trabalho incorporou uma série de exigências formais, que incrementam o rendimento do trabalho, além de vedações categóricas, como o uso de cooperativas de trabalho para intermediação de mão de obra, como se tais vedações já não estivessem incorporadas na fundamentação das decisões judiciais e administrativas.

Em verdade, tais ajustes diminuem a importância dada ao exame do *animus* associativista, e o incremento do custo de “manutenção” dos associados parece ser a contrapartida à inclusão da parassubordinação ao rol positivado das novas e precárias formas de trabalho no Brasil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMÃO, Ivan. *Garantia do crédito salarial*. São Paulo: LTr, 1997.

\_\_\_\_\_. *OAB e sindicatos: importância da filiação corporativa no mercado*. São Paulo: LTr, 2009.

ALMEIDA, Olga Maria de Azevedo. *Utopias realizadas – da New Lanark de Robert Owen à Vista Alegre de Pinto Basto*. Porto, 2010, 121 f. Dissertação. Disponível em: <<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/55238/2/TESEMESOLGAALMEIDA000124431.pdf>>.

AMARAL, Luis. *Tratado brasileiro de cooperativismo*. São Paulo: Empreza Graphica da Revista dos Tribunaes, 1938.

## DOCTRINA

ASSUMPCÃO, Luiz Felipe M. de. Reflexões sobre a perspectiva europeia acerca do futuro do direito do trabalho, a partir da experiência doutrinária brasileira. *Episteme Transversalis*, Volta Redonda, v. 6, n. 1, 2014. Disponível em: <[http://www.ferp.br/revista-episteme-transversalis/edicao\\_6/Artigo2.pdf](http://www.ferp.br/revista-episteme-transversalis/edicao_6/Artigo2.pdf)>.

\_\_\_\_\_. Turno ininterrupto de revezamento, autonomia negocial coletiva e princípio protetivo: algumas notas sobre a Súmula nº 423 do TST. Trabalho apresentado no III Simpósio de Pesquisa do UGB, Volta Redonda, RJ, nos dias 27 a 30 de janeiro de 2015. *Anais do III Simpósio de Pesquisa e Práticas Pedagógicas do UGB, 2015*. Disponível em: <<http://www.ferp.br/anais-simposio/arquivos/2015/CIENCIASHUMANASEAPLICADAS/LUIZFELIPEMONSO-RESASSUMPCAO.pdf>>.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, Maria Cecília Lopes de. Cooperativismo (d)e trabalho: algumas reflexões sobre o instituto após o advento da Lei nº 12.690/12. *LTr – Suplemento Trabalhista*, São Paulo, n. 34/14, p. 159-164.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BORGES, Juliano Luis. MST: do produtivismo à agroecologia. *Anais do I Seminário Nacional Sociologia & Política da UFPR, 2009*. Disponível em: <<http://www.humanas.ufpr.br/site/evento/SociologiaPolitica/GTs-ONLINE/GT7%20online/mst-produtivismo-JulianoBorges.pdf>>.

BRASIL. *A institucionalização do cooperativismo no Brasil*. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br>>. Acesso em: 23 maio 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20112014/2012/Lei/L12690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2012/Lei/L12690.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. *Manual de cooperativas*. Brasília, DF: MTE, SIT, 2001. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/geral/publicacoes.asp>>. Acesso em: 23 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. *Mensagem de veto da Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Msg/VEP-331.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Msg/VEP-331.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2013.

CARDOSO, Adalberto Moreira. *A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003.

CARELLI, Rodrigo. *Cooperativas de mão de obra: manual contra a fraude*. São Paulo: LTr, 2002.

COELHO, Edmundo Campos. *As profissões imperiais: medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro (1822-1930)*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008*. Salvador, 2012. 473 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson; PINTO, José A. R. (Atual.). *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HOLYOAKE, George Jacob. *The history of Rochdale pioneers*. 10th. ed. London Swan Sonnenschein: New York, 1900.

## DOCTRINA

- MARTINS, Sergio Pinto. *Cooperativas de trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PIRES, Roberto Rocha C. Estilos de implementação e resultados de políticas públicas: fiscais do trabalho e o cumprimento da lei trabalhista no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 3, 2009, p. 735-769.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Rio de Janeiro: Campus, 1980.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- SCHÜRMAN, Betina. *Sindicalismo e democracia: os casos do Brasil e do Chile*. Brasília: UnB, 1998.
- SILVA, Sayonara Grillo C. L. da. Mudanças normativas e sindicalismo – transformações recentes. *Revista LTr Legislação do trabalho*, São Paulo, v. 75, n. 9, p. 1.041-1.052, set. 2011.
- \_\_\_\_\_. *Relações coletivas de trabalho – configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.
- SUPIOT, Alain et al. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005. v. I.
- VIANA, Márcio Túlio. O novo papel das convenções coletivas de trabalho: limites, riscos e desafios. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 67, n. 3, p. 47-63, jul./set. 2001.

# TERCEIRIZAÇÃO E INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA: EM BUSCA DE NOVOS PARÂMETROS DE RESPONSABILIZAÇÃO

Luísa Lacerda\*

## INTRODUÇÃO

A década de 1970, com o recrudescimento da corrente ultraliberal da análise da economia, foi marcada pela tentativa de desconstrução do primado do trabalho e emprego. A permanência do trabalho e, principalmente, do emprego no centro da organização da vida econômica inviabilizaria a aplicação do modelo de império do mercado econômico, estruturado pelo pensamento neoliberal<sup>1</sup>.

A crise capitalista de 1973, quando eclodiu o choque do petróleo, trouxe também a crise do modelo fordista e o desmontamento do sistema toyotista de gestão da força de trabalho, marcado pela substituição da rigidez pela flexibilidade. Enquanto o fordismo pressupõe a existência de grandes massas de trabalhadores vinculados a funções pouco especializadas, propondo uma minuciosa separação de tarefas e uma integração vertical entre as empresas, o toyotismo, dominado pela crescente inovação tecnológica, visa elevar a produtividade do trabalho e a adaptabilidade da empresa a contextos de alta competitividade no sistema econômico e de insuficiência de demanda no mercado consumidor, organizando as empresas de forma horizontalizada e descentralizada, em rede de empresas prestadoras de serviço. Na organização fordista/taylorista, a empresa concentrava todas as atividades sob sua responsabilidade, assim como organizava seus trabalhadores sob sua dependência e seus comandos diretos. No modelo toyotista, o empregado é marcado pela ideia de multifuncionalidade, atribuindo ao mesmo trabalhador maior número de tarefas e de funções, enquanto a empresa preocupa-se apenas com sua atividade principal, delegando a prestadoras de serviço suas atividades periféricas.

---

\* *Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro; advogada.*

1 DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2007. p. 31.

Os impactos dessa nova forma de gestão sobre o mercado de trabalho foram profundos. Com o objetivo principal de redução de custos, o trabalho se tornou algo desimportante na nova estrutura e na nova dinâmica do capitalismo e o emprego um inevitável – pelo menos de acordo com o pensamento liberal – anacronismo<sup>2</sup>.

O fenômeno da terceirização surge justamente nesse cenário. Como forma de gestão empresarial, a terceirização pode ser entendida como o processo pelo qual há a transferência de serviços ou atividades especializadas, que seriam originariamente executadas dentro da própria empresa, para terceiros que detenham melhores condições técnicas de realizá-las. Construiu-se, portanto, um modelo de “empresa enxuta”, que estaria preocupada apenas com sua atividade-fim, delegando para outras empresas os serviços secundários e acessórios.

No entanto, devemos ressaltar o seguinte aspecto: enquanto que, mundialmente, o maior argumento para utilização da terceirização é o aumento da competitividade das empresas por meio da flexibilização da produção e aumento da qualidade dos produtos, no Brasil, o maior argumento apresentado pelo empresariado é a redução de custos, que acaba se transformando, ou transparecendo, o principal objetivo desta prática.

Por meio de um simples cálculo matemático, podemos perceber as consequências desse raciocínio. A terceirização implica necessariamente em exercício de atividade econômica por outra empresa, uma vez que os serviços anteriormente realizados dentro da “fábrica” são agora delegados a terceiros. Essa outra empresa, evidentemente, buscará o lucro, uma vez que exerce atividade empresarial. Assim, além do gasto com os empregados dessa empresa, deverão ser pagos os lucros e os custos operacionais da empresa interposta. Matematicamente, é impossível a redução dos custos, senão por meio da flexibilização dos direitos trabalhistas.

O cálculo acima nos mostra que a terceirização muitas vezes é usada para camuflar a existência de uma intermediação de mão de obra, que nada mais é do que o mero fornecimento de mão de obra por meio de uma empresa intermediadora com o objetivo de subtrair direitos trabalhistas. É o costume da *marchandage*, surgido no início da Revolução Industrial e proibido na França desde 1848 pelos incontestáveis prejuízos que traz ao trabalhador. Nessa modalidade, não há a transferência de atividades periféricas para empresas especializadas, mas a locação de uma mão de obra não especializada, que, apesar de contratada formalmente pela intermediadora, é gerida pela tomadora.

---

2 DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo... op. cit.*, p. 32.

A distinção entre a prática da terceirização e da intermediação de mão de obra é de extrema importância, uma vez que causa diferentes consequências para os trabalhadores, devendo haver, portanto, diferentes responsabilidades dos agentes envolvidos.

### TERCEIRIZAÇÃO E INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA – PARÂMETROS DIFERENCIADORES

Muitas vezes será tênue a linha entre terceirização e intermediação de mão de obra se tivermos em mente o parâmetro nebuloso atualmente utilizado pela Súmula nº 331 do TST de atividade-meio e atividade-fim. Na prática, a identificação do que é nuclear e o que é acessório em uma empresa é tarefa difícil para os operadores do direito que, por vezes, não têm conhecimento técnico sobre a atividade desenvolvida, não podendo, portanto, aferir a importância de determinado serviço para a essência da empresa. A consulta aos documentos societários da entidade empresarial também não nos oferece resposta, uma vez que são listadas inúmeras atividades, de grande abrangência, tornando tarefa árdua a identificação de sua atividade nuclear. Além do mais, estando presentes a subordinação e a pessoalidade em uma atividade-meio, estará caracterizada a intermediação de mão de obra.

Portanto, a resposta sobre estarmos diante de terceirização ou intermediação será encontrada na análise, principalmente, de existência de subordinação entre o empregado da terceirizada e a empresa tomadora, assim como na especialização da empresa contratada.

Devemos lembrar que, modernamente, não se fala apenas em subordinação jurídica, marcada, principalmente, pelo controle direto sobre o modo de prestação dos serviços, mas também em uma outra dimensão: a subordinação estrutural. A nova organização do trabalho exige uma análise mais aprofundada, com atenção para a inserção objetiva do trabalhador na essência da atividade empresarial, pouco importando se receba ou não suas ordens diretas, mas se a mesma o acolhe, estruturalmente, em sua dinâmica de organização e funcionamento<sup>3</sup>.

Se o serviço prestado se insere na organização produtiva da empresa, obviamente não haverá autonomia na sua execução, já que a responsável por organizá-la será a empresa contratante, que tem esse serviço como essencial à realização de sua atividade, o que revela que aquele trabalhador está estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador.

---

3 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 294.

Na busca por melhores parâmetros para diferenciar a terceirização da intermediação, Rodrigo de Lacerda Carelli apresenta um feixe de elementos a ser observado, na prática, para tentarmos identificar a ocorrência de intermediação de mão de obra. Ele ressalta que nenhum desses elementos é por si só determinante, devendo haver uma convergência para a verificação ou não de fraude<sup>4</sup>.

Os componentes do feixe de indícios – ou elementos – são os seguintes: 1) organização do trabalho pela contratante (gestão do trabalho); 2) falta de especialidade da empresa contratada (*know-how* ou técnica específica); 3) detenção de meios materiais para a realização dos serviços; 4) realização de atividade permanente da tomadora, dentro de estabelecimento próprio da contratante; 5) fiscalização da execução do contrato pela contratante; 6) ordens e orientações procedimentais por parte da contratante; 7) prevalência do elemento “trabalho humano” no contrato; 8) remuneração do contrato baseada em número de trabalhadores; 9) prestação de serviços para uma única empresa tomadora; e 10) realização subsequente de um mesmo serviço por empresas distintas, permanecendo os mesmos trabalhadores. Segundo o autor, esses indícios podem ser reduzidos a apenas três, que serão mais detidamente analisados a seguir: (i) gestão da mão de obra pela tomadora, (ii) especialização da prestadora do serviço e (iii) prevalência do elemento humano no contrato<sup>5</sup>.

### *1 – Gestão do trabalho pela tomadora de serviços*

A gestão do trabalho indica a existência de subordinação jurídica do empregado da terceirizada com a empresa tomadora.

Apesar de a subordinação, no caso da terceirização, não derivar do contrato de trabalho, já que se procura velar o vínculo de emprego por meio de uma empresa interposta, a gestão do trabalho, ou seja, a determinação do modo, tempo e forma que o trabalho deve ser realizado indica, por aplicação do princípio da primazia da realidade, a ocorrência de intermediação de mão de obra. O motivo é claro: se a empresa contratante confia parte de suas atividades a outra empresa que possui maior especialização naquela área, de acordo com os propósitos da terceirização, não faz sentido que haja fiscalização do trabalho por parte da tomadora, que terá, inclusive, incapacidade técnica para tanto. Ressalta-se, aqui, que não nos referimos à fiscalização do resultado do trabalho, que é plenamente possível, mas da forma como esse trabalho é

4 LE GOFF, Jacques. *Droit du travail et société*. 1- Les relations individuelles de travail. Paris: Presses Universitaires de Rennes, 2001. p. 157 *apud* CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão de obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 124.

5 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 124, 125.

executado, o que cabe exclusivamente ao verdadeiro empregador, ou seja, à empresa terceirizada. Verificando a existência de subordinação direta com a contratante, é clara a existência de uma interposição de empresa para fuga do vínculo jurídico empregatício direto com os trabalhadores<sup>6</sup>.

Devemos estar atentos, nesse elemento, ao conceito de subordinação estrutural. Dessa forma, é dispensável que se verifique se o empregado da terceirizada recebe ou não ordens da empresa tomadora. A constatação de que aquela atividade está inserida na estrutura da empresa é suficiente para caracterizar a subordinação com a tomadora.

Assim, é forte indício de ocorrência de intermediação de mão de obra a indicação, nos contratos, da quantidade de trabalhadores e quais funções deverão exercer, já que caberia à empresa contratada organizar a maneira como o serviço seria prestado. Da mesma forma, não pode a empresa contratante determinar o horário de trabalho de empregados que não são seus, muito menos a realização de horas extras, já que isso caracteriza forte interferência no trabalho desenvolvido<sup>7</sup>.

### 2 – Especialização da empresa contratada

Elemento indispensável à caracterização da terceirização é a especialização da empresa contratada na atividade a ela delegada. Esse elemento decorre do próprio conceito de terceirização, que pressupõe a entrega de atividades a empresas especializadas naquele ramo específico para que a tomadora possa se concentrar em suas atividades nucleares.

A empresa contratada precisa deter um saber-fazer (*know-how*) específico, distinto daquele que detém a contratante e imprescindível para a realização das tarefas terceirizadas<sup>8</sup>. Essa especialização deve ser diferente daquela detida pela tomadora e seus empregados diretos ou, pelo menos, de uma qualidade tão superior que justifique a terceirização da atividade, pois se a empresa possui maior ou igual especialização em determinada área não haveria motivos para utilizar a terceirização.

Essencial também que a empresa contratada detenha os meios materiais para realização dos serviços. Uma empresa terceirizada que utiliza o maquinário da tomadora representa forte indício de intermediação de mão de obra,

---

6 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 125.

7 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 125, 128.

8 LE GOFF, Jacques. *Op. cit.*, p. 156 *apud* CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 136.

já que demonstra que quem possui capacidade técnica é a contratante, sendo a contratada necessária apenas para fornecer a mão de obra necessária à realização da atividade.

### *3 – Prevalência do elemento humano no contrato de prestação de serviços*

Devemos verificar também, no caso concreto, se o contrato firmado entre terceirizada e tomadora se cumpre com o mero emprego de mão de obra, ou se há necessidade de um conhecimento técnico específico da contratada, com o uso de uma estrutura de apoio operacional e de meios materiais próprios para a execução do trabalho<sup>9</sup>. No primeiro caso, estaremos diante de um indício fortíssimo de intermediação de mão de obra.

Nesse sentido, deve-se analisar como foi estipulada a remuneração da suposta prestação de serviços: se estivermos diante de um simples cálculo baseado no número de trabalhadores que serão postos à disposição da contratante, seus respectivos salários e demais encargos sociais, estará, muito provavelmente, desvirtuada a terceirização.

Outro fator a ser observado é a permanência de trabalhadores laborando para a contratante, realizando o mesmo trabalho, nas mesmas funções, mesmo após o fim do contrato com determinada empresa prestadora de serviços e a contratação de uma outra empresa. Esse fato comprova a existência de personalidade e de subordinação na prestação de serviços, que torna aquele trabalhador essencial à estrutura da empresa<sup>10</sup>.

Apesar de ser forte indício de ocorrência de fraude na terceirização, observamos esse cenário diuturnamente, em especial nos órgãos e nas entidades públicas, nos quais as empresas de atividade de limpeza e conservação, portaria e vigilância se sucedem, mas os trabalhadores continuam os mesmos. Pela necessidade de realização de licitação, a Administração Pública não pode escolher quem lhe prestará o serviço e, muitas vezes, a empresa que é atualmente responsável por determinada atividade não consegue vencer a licitação subsequente.

No entanto, a chegada de uma nova empresa não significa a chegada de novos trabalhadores, que permanecem nos mesmos lugares mudando apenas de uniforme. Seja pela confiança gerada pelos antigos trabalhadores, seja pelo conhecimento prático adquirido, muitas vezes a Administração deseja a

9 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 139.

10 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 142 e 143.

permanência dos trabalhadores do contrato anterior. Esses trabalhadores são obrigados, então, a rasgar seus contratos com a antiga empresa para serem contratados pela empresa vencedora da licitação, e são muitas vezes coagidos a pedirem demissão ou, quando são demitidos, não recebem as verbas rescisórias devidas, uma vez que essas empresas não costumam ter patrimônio razoável para efetuar o pagamento dessas parcelas.

Isso demonstra, além da pessoalidade e da subordinação na prestação desse tipo de serviço, a dependência econômica dessas empresas em relação à Administração Pública, além de sua fragilidade estrutural. Em geral, essas empresas não mantêm contratos com muitas tomadoras, o que torna impossível a realocação desses empregados em outros contratos.

Outro indício de intermediação é a presença, no contrato de prestação de serviços, de cláusulas relativas a exigências pessoais quanto aos trabalhadores da contratada, que deverá contratar seus empregados segundo padrões específicos da própria contratante. Isso demonstra que o que interessa para a contratante é a mão de obra da contratada, e não a sua especialidade<sup>11</sup>.

### TERCEIRIZAÇÃO, INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA E PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: LADOS DA MESMA MOEDA?

Como bem argumenta Maria da Graça Druck de Faria<sup>12</sup>, não podemos contrapor redução de custos e qualidade, produtividade e competitividade, uma vez que, para atingir os novos padrões de competição nacional e internacional, o “tripé” custos, qualidade e produtividade é a principal sustentação do modelo. No entanto, como já foi afirmado no presente trabalho, a prática brasileira de terceirização tem priorizado, quase que exclusivamente, a redução de custos como forma de adquirir a competitividade necessária, o que acaba por sacrificar os direitos dos trabalhadores, como será analisado a seguir.

É importante observarmos que grande parte dos estudos e pesquisas apontam a terceirização como a responsável por essas consequências. Isso acontece porque a distinção entre terceirização e intermediação de mão de obra é uma construção essencialmente jurídica, enquanto que esses trabalhos são elaborados, em sua maioria, por sindicatos, sociólogos, economistas e estatís-

---

11 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 146.

12 FARIA, Maria da Graça Druck de. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica – um estudo do Complexo Petroquímico da Bahia*, set. 1995. 271 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1995. p. 145.

ticos. Assim, os dados que são apontados em estudos sobre terceirização serão aqui utilizados para ilustrar a precarização causada pelo uso da intermediação de mão de obra.

*1 – Subtração de direitos dos trabalhadores*

A subtração de direitos dos trabalhadores intermediados é consequência lógica do principal motivo para utilização da intermediação de mão de obra: a redução de custos. A partir do momento em que uma empresa repassa a outra a contratação de trabalhadores, a diminuição nos custos só pode vir por meio do sacrifício aos seus direitos, uma vez que, além de arcar com as despesas relativas à contratação (salários, FGTS, férias, etc.), deve arcar também com o lucro do intermediador. Dessa forma, a única maneira de essa conta significar redução de custos para a empresa tomadora é por meio da subtração de direitos trabalhistas.

Um estudo realizado, em setembro de 2011, pela Subseção do DIEESE/CUT Nacional, pela Secretaria de Relações do Trabalho da CUT e pela Secretaria de Saúde da CUT revela que em dezembro de 2010 a remuneração dos trabalhadores terceirizados – que são, na verdade, intermediados – foi 27,1% menor que a dos empregados tipicamente contratados. Além disso, o nível salarial desses trabalhadores está concentrado em faixas salariais menores, enquanto que os empregados diretos da tomadora estão mais distribuídos nas diversas faixas salariais, alcançando patamares salariais muito distantes da realidade de um trabalhador intermediado<sup>13</sup>.

Em relação à jornada de trabalho, esse grupo de trabalhadores realiza, formalmente, uma jornada de três horas a mais semanalmente. Dizemos “formalmente” porque esses dados não levam em conta as horas extras ou o banco de horas realizados que não são objeto do levantamento realizado pelo MTE (Ministério do Trabalho e Emprego) e que, de acordo com o relatado pelos dirigentes sindicais, são maiores e mais intensos entre os terceiros. De acordo com o referido estudo, se a jornada dos trabalhadores intermediados fosse igual à jornada de trabalho daqueles empregados contratados diretamente, seriam criadas cerca de 801.383 vagas de trabalho<sup>14</sup>.

---

13 Dados retirados de Subseção DIEESE – CUT Nacional, Secretaria das Relações de Trabalho/CUT, Secretaria da Saúde do Trabalhador/CUT. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*. DIEESE/CUT: São Paulo, 2011. p. 6.

14 Dados retirados de Subseção DIEESE – CUT Nacional, Secretaria das Relações de Trabalho/CUT, Secretaria da Saúde do Trabalhador/CUT. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*. DIEESE/CUT: São Paulo, 2011. p. 6. Disponível em: <[http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie\\_terceirizacao\\_cut.pdf](http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf)> Acesso em: 20 mar. 2014.

## DOCTRINA

Os dados relativos ao tempo de emprego revelam a alta rotatividade dos terceirizados – 44,9% contra 22% dos diretamente contratados. Esse fato tem uma série de consequências para o trabalhador, que alterna períodos de trabalho e períodos de desemprego, resultando na falta de condições para organizar e planejar sua vida, inclusive para projetos pessoais, como formação profissional<sup>15</sup>. Além disso, muitos não conseguem nem ao menos completar um ano de tempo de serviço em uma mesma empresa, não podendo nunca gozar de seu direito a férias, o que causa prejuízos à sua saúde física e mental.

Observamos não só perdas salariais, mas também de benefícios. Em geral, os terceirizados não possuem benefícios como vales-refeições, assistência médica, participação nos lucros e resultados, além de outros. Verifica-se, ainda, diminuição de cerca de 70% dos benefícios sociais<sup>16</sup>.

Esses trabalhadores enfrentam dificuldades não só durante a execução do contrato de trabalho, mas também no momento de sua extinção, uma vez que as empresas terceirizadas muitas vezes desaparecem e os trabalhadores não recebem as verbas resilitórias devidas. Assim, além do desemprego repentino, esses trabalhadores precisam lidar com a falta de pagamento e com a baixa perspectiva de regularização da situação, já que o atual sistema de responsabilização da tomadora não é suficiente para garantir seus direitos.

Observa-se que essa consequência não é exclusiva da intermediação de mão de obra, apesar de preponderante, uma vez que atinge também a terceirização considerada lícita.

### 2 – Precarização do meio ambiente de trabalho

Uma das maiores repercussões da precarização das relações de trabalho causada pela intermediação de mão de obra é identificada nas condições ambientais e de segurança no trabalho. Nesse aspecto, essa prática está associada, em cerca de 32% dos casos, à ausência de equipamentos de proteção individual, menos segurança e maior insalubridade<sup>17</sup>. Além disso, estima-se que quase a metade das empresas contratadas não oferece programas de treinamento a seus empregados.

Verifica-se uma elevada incidência de acidentes de trabalho graves e fatais entre os trabalhadores intermediados. Estima-se que, de cada 10 acidentes de trabalho ocorridos no Brasil, oito são registrados nas empresas intermediadas,

---

15 *Idem, ibidem*. p. 6.

16 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 172.

17 FARIA, Maria da Graça Druck de. *Op. cit.*, p. 148.

e, nos casos em que o acidente resulta em morte, quatro entre cinco ocorrem nas empresas fornecedoras de mão de obra<sup>18</sup>.

No setor elétrico, mais da metade da força de trabalho é intermediada, e a incidência de mortes no trabalho para esses trabalhadores supera em três vezes a dos empregados contratados diretamente pela empresa tomadora. No ano de 2008, a taxa de mortalidade da força de trabalho do setor elétrico foi de 32,9 mortes por grupo de 100 trabalhadores. Para os intermediados, a taxa ficou em 47,5 contra 14,8 para os empregados do quadro próprio das empresas<sup>19</sup>.

Estudo realizado em 2010 pela subseção do DIEESE do Sindieletrô Minas Gerais confirma a situação de maior vulnerabilidade dos trabalhadores terceirizados: o número de trabalhadores acidentados nas empresas contratadas é quase o dobro dos trabalhadores diretos<sup>20</sup>.

Dados da Federação Única dos Petroleiros da CUT indicam que de 1995 a 2010 foram registradas 283 mortes por acidentes de trabalho no sistema Petrobras, das quais 228 ocorreram com trabalhadores intermediados, além do número também elevado de mutilações e adoecimentos. Somente em agosto de 2011, oito trabalhadores dos quadros das contratadas morreram vítimas de acidentes de trabalho<sup>21</sup>.

Além do elevado índice de mortes e acidentes do trabalho, outro fator ligado à precarização do meio ambiente do trabalho nas empresas intermediadoras de mão de obra é o não pagamento ou pagamento a menor dos adicionais de insalubridade, periculosidade e noturno.

### *3 – Ruptura do sistema protetivo trabalhista*

Para a compreensão desse tópico, é necessário lembrarmos a clássica distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. A primeira expressão tem caráter genérico, abrangendo todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer identificada em trabalho humano. É, portanto, gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de trabalho existentes no mundo atual, como a relação de emprego, o trabalho autônomo, o estágio, o trabalho voluntário, o trabalho avulso, etc.<sup>22</sup>.

18 Gazeta do ES, 2005 *apud* de Subseção DIEESE – CUT Nacional. Acesso em: 21 mar. 2014. *Op. cit.*, p. 14.

19 Dados retirados da página *online* da Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região. Disponível em: <<http://www.prt3.mpt.gov.br/imprensa/?p=3859>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

20 Subseção DIEESE – CUT Nacional. *Op. cit.*, p. 15. Acesso em: 21 mar. 2014.

21 Subseção DIEESE – CUT Nacional. *Op. cit.*, p. 15. Acesso em: 21 mar. 2014.

22 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso... op. cit.*, p. 275.

Já emprego é apenas uma espécie da relação de trabalho, correspondendo a um tipo legal específico.

A distinção entre as duas modalidades é essencial no tocante à proteção conferida aos trabalhadores que se encontram em cada situação, uma vez que, caracterizada a relação de emprego, incidirá todo o sistema de garantias asseguradas pelo Direito do Trabalho. Isso não quer dizer que os outros trabalhadores estejam completamente desprotegidos, dado que o sistema jurídico-trabalhista – especialmente depois da EC nº 45/04, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho para as causas oriundas das relações de trabalho – também se ocupa dos vínculos por elas estabelecidos. Alguns direitos trabalhistas, como o meio ambiente de trabalho saudável, são conferidos a todo e qualquer trabalhador, independentemente da relação jurídica estabelecida.

No entanto, o sistema jurídico-trabalhista é baseado nas figuras empregado-empregador, que formam a espinha dorsal do Direito do Trabalho<sup>23</sup>. A partir das definições dos arts. 2º e 3º da CLT, reconhece-se a relação jurídica empregatícia e se assegura desenvolvimento aos princípios, regras e institutos justralhistas, conferindo a devida proteção ao empregado que é, naturalmente, parte hipossuficiente da relação<sup>24</sup>. A intermediação de mão de obra, ao colocar um intermediário entre esses dois polos, rompe esse liame, destruindo todas as garantias conquistadas pelo trabalhador no decorrer de séculos de luta.

Com a intermediação de mão de obra, o trabalho é tratado como uma mera mercadoria abundante e descartável para aquele que se apropria da força de trabalho – o tomador de mão de obra, que pode dispensá-lo sem qualquer ônus, e também para o intermediador, que, apesar de manter um vínculo jurídico-trabalhista formal com esses trabalhadores, sempre encontra no mercado outros trabalhadores dispostos a cederem sua força laboral.

#### *4 – Segregação, discriminação e exclusão social*

A afirmação do valor do trabalho nas principais economias capitalistas ocidentais desenvolvidas foi um dos mais notáveis marcos de estruturação da democracia social no mundo contemporâneo. Por meio dessa afirmação, o sistema capitalista pôde incorporar as grandes massas populacionais à sua

---

23 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 162.

24 Não falamos aqui em uma hipossuficiência ou inferioridade pessoal, cultural ou educacional, mas aquela determinada pela relação jurídica, já que o empregado vive constantemente em busca da permanência da relação de emprego, pois não pode prescindir daquele trabalho para sua sobrevivência e da sua família, precisando, portanto, submeter-se ao feixe de obrigações, ordens e orientações impostas por seu empregador.

dinâmica operativa, segundo um padrão de desenvolvimento econômico e distribuição de riquezas<sup>25</sup>.

Ao mesmo tempo em que o emprego é importante instrumento de inclusão na sociedade capitalista, do ponto de vista econômico e social, é também veículo de afirmação individual, familiar, social e econômica desses indivíduos, uma vez que sua posição perante o trabalho exerce grande influência nas suas relações sociais.

Podemos identificar claramente a segregação, discriminação e exclusão social causadas pela intermediação de mão de obra, que, ao dividir, desintegrar, diferenciar e fragmentar o trabalho, cria um abismo entre os trabalhadores que permanecem contratados como efetivos na empresa tomadora e os subcontratados, que, principalmente por viverem em condições muito precárias de trabalho, são tratados como trabalhadores de segunda classe<sup>26</sup>. Os empregados das tomadoras tendem a construir uma elite, enquanto que os intermediados, com os quais trabalham lado a lado e, muitas vezes, realizando a mesma função, são considerados desclassificados, desprovidos de direitos elementares que o trabalho assalariado deveria garantir<sup>27</sup>.

Uma das formas mais comuns de discriminação e segregação pelas empresas que se utilizam de mão de obra intermediada é a delimitação de espaços diferenciados, que pode ser física ou, como ocorre na maioria das vezes, por meio de identificações, como uniformes ou crachás<sup>28</sup>. Essa distinção entre os empregados efetivos e os intermediados não é utilizada como mera distinção de funções, mas como geradora de diferentes *status* dentro da mesma empresa<sup>29</sup>.

Maria da Graça Druck<sup>30</sup> defende que as diferenças de tratamento também se tornam evidentes quando se examina, por exemplo, as medidas de conforto e higiene adotadas na área da empresa contratante. Na imensa maioria dos casos, os funcionários intermediados não utilizam os mesmos banheiros ou vestiários que os empregados das contratantes, utilizando áreas próprias cedidas pela tomadora ou *containers* e sanitários provisórios. As refeições, em geral, também são feitas em locais separados, em refeitórios compartilhados pelos empregados da subcontratada.

---

25 DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo... op. cit.*, p. 120.

26 FARIA, Maria da Graça Druck de. *Op. cit.*, p. 223, 224.

27 *Idem, ibidem.* p. 222, 224.

28 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 207.

29 *Idem, ibidem.* p. 209.

30 FARIA, Maria da Graça Druck de. *Op. cit.*, p. 201.

Todos esses fatores atingem não só as questões financeira e de saúde do trabalhador, mas os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, em relação ao seu aspecto de vedação à discriminação, que exigem que seja respeitado o mínimo necessário quanto a condições e direitos trabalhistas que possibilitem a vivência digna do indivíduo e de sua família. Sendo todos iguais em dignidade, deve ser concedido o mesmo tratamento a todo trabalhador, independentemente de sua condição de empregado efetivo ou de subcontratado, sendo vedada, obviamente, a sujeição desses últimos a tratamentos humilhantes, vexatórios e degradantes.

### *5 – Fragmentação da classe trabalhadora*

A primeira observação referente à consequência de fragmentação da classe trabalhadora é que ela está presente não só na intermediação de mão de obra, que apresenta todas as outras consequências nefastas aos trabalhadores, mas também na terceirização.

No entanto, apesar de não ser exclusiva, essa característica é ainda mais marcante na intermediação de mão de obra, que traz para o interior da fábrica trabalhadores com altos índices de rotatividade, menor qualificação e piores condições salariais e de trabalho, estabelecendo um conflito de culturas com os empregados efetivos da contratada. Esses trabalhadores são reunidos pelo trabalho que realizam, já que, em grande parte dos casos, realizam as mesmas funções, mas separados pelas entidades profissionais a que pertencem, pelas empresas que os contratam e pelas condições em que realizam seu trabalho<sup>31</sup>. No caso da terceirização, é mais incomum o trabalho realizado dentro do estabelecimento da tomadora, o que impede a multiplicação de sindicatos no espaço de uma mesma empresa. Além disso, como os trabalhadores da terceirizada desempenham tarefas especializadas, não desenvolvidas, ou desenvolvidas em qualidade muito inferior, pela empresa contratante, sua representação sindical será de fato diferente da dos trabalhadores pertencentes ao quadro da tomadora, evitando o conflito de representatividade.

Esse efeito é resultado da forma de organização sindical brasileira e da própria estrutura da terceirização, que coloca, lado a lado, no mesmo local de trabalho, funcionários vinculados juridicamente a diferentes empresas. Como a organização sindical no Brasil é por categoria, definida como o conjunto de empregados que, em virtude do exercício de trabalho ou profissão iguais, similares ou conexas, possuem interesses jurídicos e econômicos próprios ou coincidentes, a representação sindical é baseada na atividade econômica do

---

31 *Idem, ibidem.* p. 227.

empregador. Assim, no caso dos trabalhadores terceirizados e intermediados, o sindicato representativo da categoria será aquele referente à atividade econômica da empresa que os contrata, e não daquela em que efetivamente exerce suas funções, fazendo com que convivam no mesmo espaço fabril múltiplas entidades sindicais, com posições ideológicas das mais diversas.

Tem-se, portanto, um quadro de completa desunião dos trabalhadores, que, sem força coletiva e cada vez mais individualizados e rivalizados, passam a defender direitos diversos, em condições diferentes, reduzindo a solidariedade e a coesão social e trazendo ainda mais precarização das condições de trabalho.

Assim, será necessária uma reforma em nossa organização sindical a fim de que seja possível romper com a barreira social que separa os trabalhadores contratados pelas empresas tomadoras e aqueles contratados pelas empresas terceirizadas e intermediadas, estruturando um sindicalismo horizontalizado e organizando os “sindicalmente desorganizados”<sup>32</sup>.

### NOVOS PARÂMETROS DE RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS – EM BUSCA DE MAIORES GARANTIAS

#### *1 – O atual cenário de regulamentação*

O fenômeno da terceirização não encontra regulamentação por lei; é prática que se difundiu sem previsão em lei específica, podendo ser encontradas apenas algumas leis, decretos e súmulas que regulamentam alguns aspectos comerciais e trabalhistas do fenômeno, mas de forma insuficiente. Como exemplos, temos a Lei nº 6.019/74, que trata do trabalho temporário; a Lei nº 8.863/94, que ampliou a terceirização de vigilância para toda a área de vigilância patrimonial, pública ou privada, inclusive para a pessoa física; e a Lei nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, trazendo grande impacto para a terceirização ao prever a irresponsabilidade da Administração pela inadimplência do contratado em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais.

Consequência dessa falta de regulamentação não poderia ser outra senão o prejuízo aos milhões de trabalhadores terceirizados que se veem em uma atividade sem regulamentação e, portanto, com poucas garantias aos seus direitos.

---

32 *Idem, ibidem.* p. 71.

## DOCTRINA

Lamentavelmente, o Projeto de Lei nº 4.330/04<sup>33</sup>, recentemente aprovado na Câmara dos Deputados e encaminhado para deliberação no Senado Federal, que pretende regulamentar a prática da terceirização, no lugar de proteger os trabalhadores, trará, se convertido em lei, ainda mais prejuízos a uma mão de obra que já é muito precarizada. Ao abandonar o conceito de “atividade-fim” e adotar o de “serviços técnicos especializados”, o PL autoriza a terceirização em qualquer atividade do setor privado, baseado, unicamente, na especialização da empresa terceirizada, sem estabelecer qualquer limite ao tipo de serviço que poderia ser alvo dessa prática, expandindo de forma indiscriminada aquilo que precisa, urgentemente, ser restringido.

Apesar de defendermos a insuficiência e a nebulosidade dos conceitos “atividade-fim” e “atividade-meio”, o critério de especialização da empresa terceirizada não pode ser o único a ser observado. É necessário analisar o feixe de indícios que apontamos neste trabalho, lembrando sempre que nenhum dos elementos é, por si só, determinante para diferenciarmos a terceirização lícita da fraudulenta.

O PL veda expressamente a prática da intermediação de mão de obra e, ao dispor sobre a não formação de vínculo entre os empregados da contratada e a contratante, ressalva os casos em que estejam configurados os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, sendo também uma forma de proibi-la. Ao trazer a previsão de que a contratada é a responsável pelo planejamento e pela execução dos serviços, assim como pela direção do trabalho realizado por seus empregados, usa outro critério importante para distinguir a terceirização da intermediação: a gestão da mão de obra pela contratante.

Contudo, o critério acima leva em conta apenas o conceito de subordinação jurídica, renegando a moderna concepção de subordinação estrutural, essencial às novas formas de relação de emprego, que atenta para a inserção objetiva do trabalhador na essência da atividade empresarial, deixando de fazer importante evolução no tema.

Em relação à responsabilidade da empresa tomadora, o PL nº 4.330/04, em seu art. 15, prevê a responsabilidade solidária, o que é um avanço em relação à atual forma de responsabilidade subsidiária da Súmula nº 331 do TST. No entanto, sendo a responsabilidade subjetiva ainda regra em nosso ordenamento, apenas por previsão expressa poderíamos concluir ser objetiva essa responsabilidade. Assim, o PL deixa de avançar em um ponto de extrema

---

33 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

relevância para assegurar os direitos desses trabalhadores. O PL também não faz qualquer distinção entre a responsabilidade da contratada na terceirização e na intermediação de mão de obra.

Outro ponto problemático do Projeto de Lei é a autorização expressa para que empresas prestadoras de serviço subcontratem outras empresas para a realização desses serviços, o que geraria uma terceirização em cadeia, trazendo para uma relação tradicionalmente bilateral (empregado e empregador) quatro ou mais participantes, implicando em maiores dificuldades para a identificação do real empregador e para sua responsabilização.

O PL traz avanços em seus arts. 12 e 13, ao assegurar igualdade de direitos entre os empregados terceirizados e os do quadro da contratante em relação à alimentação, transporte, atendimento médico, treinamento e meio ambiente do trabalho.

O art. 14, ao tratar da assunção dos serviços terceirizados por outra empresa, também progride ao dispor que a nova empresa deve assegurar a manutenção dos salários e demais direitos previstos no contrato anterior. Além disso, permite que as férias sejam concedidas nos últimos seis meses do período aquisitivo. No entanto, conforme será demonstrado, defendemos que o ideal é reconhecer que, nesses casos, há o fenômeno da sucessão de empresas, o que é mais favorável ao trabalhador por permitir a incidência do princípio da continuidade da relação de emprego.

Assim, conclui-se que, apesar de o Projeto de Lei nº 4.330/04 trazer alguns avanços em relação à Súmula nº 331 do TST, ele peca ao permitir a ampliação da terceirização para qualquer atividade da empresa e por não avançar com uma melhor distinção entre a terceirização e a intermediação de mão de obra e com uma melhor forma de responsabilização das empresas envolvidas a fim de resguardar os direitos desses empregados.

A referida Súmula é, na falta de lei específica sobre o tema, o principal instrumento jurídico regulador na área, o que traz, evidentemente, problemas em relação à “dificuldade contramajoritária”<sup>34</sup>. O TST aplica a Súmula nº 331 como verdadeira norma geral e abstrata, editada sob a égide do princípio democrático e majoritário, sem atentar para a sua função típica e primordial de aplicação

---

34 A expressão foi cunhada em obra clássica da teoria constitucional norte-americana: BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Embora se trate de expressão criada inicialmente para tratar da complexa relação entre a democracia e a jurisdição constitucional, ou seja, quando o Poder Judiciário declara a inconstitucionalidade de uma lei elaborada pelo Poder Legislativo, que representaria a vontade da maioria, utilizaremos aqui essa expressão para demonstrar que o TST efetivamente legisla, afrontando a separação de poderes e o princípio majoritário.

da lei, e de julgar em vez de legislar. Quando muito, o tribunal deveria julgar o caso concreto de acordo com as suas especificidades, ainda que baseado em cláusulas abertas, como princípios e regras dotados de conceitos jurídicos indeterminados e em interpretações sistemáticas extraídas do ordenamento, mas nunca formular regras gerais e abstratas.

Assim, a responsabilidade do tomador de serviços na terceirização segue o atual cenário colocado pela Súmula nº 331: a contratante responde de forma culposa, presumindo-se sua culpa *in eligendo* e *in vigilando*, e subsidiária, pois, de acordo com o entendimento do TST, o agente imediato do dano seria a empresa terceirizada, enquanto a tomadora é apenas agente mediato, sendo necessário primeiro esgotar a tentativa de se responsabilizar aquela.

A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, no entanto, representa grande barreira aos trabalhadores, que só podem buscar a responsabilização da empresa tomadora depois de constatar, após longo decurso de tempo, que a empresa pela qual foram contratados não era idônea e não possuía bens para arcar com as dívidas trabalhistas, ou pior, que essa empresa já nem existe mais e seus sócios não podem mais ser encontrados, precisando começar do zero a tentativa de execução de suas dívidas.

Já em relação à responsabilidade da contratante na intermediação de mão de obra, uma vez constatada a contratação de trabalhadores por empresa interposta, a Súmula entende que se deve formar o vínculo diretamente com a tomadora. A responsabilidade do empregador aparente (contratada) e do empregador oculto (contratante) seria, por óbvio, solidária, uma vez que ambas as empresas praticaram fraude com o objetivo de impedir a aplicação dos direitos trabalhistas, demandando a aplicação do art. 9º da CLT, segundo o qual são nulos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT.

No entanto, os juízes trabalhistas e até mesmo os ministros do TST muitas vezes não se preocupam em fazer a distinção entre terceirização e intermediação de mão de obra, que, como vimos, é essencial para definir a ocorrência ou não de fraude. Encontramos decisões recentes neste Tribunal que entendem que, mesmo nos casos em que estaria configurada a segunda prática, o “tomador de serviços”, que é, na verdade, tomador de mão de obra, responderia apenas subsidiariamente<sup>35</sup>.

---

35 Nesse sentido: RR – 15300-67.2004.5.06.0002, Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda, Órgão Julgador: 5ª Turma, DEJT 14.05.2010.

De forma ainda mais espantosa, encontramos decisões que, apesar de reconhecerem a existência de intermediação de mão de obra, entendem que, sendo reconhecido o vínculo com a tomadora de serviços, não haveria que se falar em responsabilidade solidária da empresa contratada, ignorando que, apesar de, por aplicação do princípio da primazia da realidade, o empregador real ser a empresa contratante, ambas contribuíram para a prática da fraude, sendo inadmissível excluir a responsabilidade da empresa intermediadora de mão de obra<sup>36</sup>.

Diante de todo o exposto, não há dúvidas de que é urgente uma regulamentação do tema, com novos parâmetros de responsabilização aptos a garantir os direitos dos trabalhadores terceirizados e intermediados, que hoje são obrigados a realizar uma saga na Justiça do Trabalho em busca de seus direitos, cujo resultado é, muitas vezes, negativo.

Cabe destacar que em 16.05.2014 o plenário virtual do STF reconheceu repercussão geral do tema no Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 713211. O Ministério Público do Trabalho, por meio da Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região, ajuizou ação civil pública contra Celulose Nipo Brasileira S/A – Cenibra sustentando a ilegalidade das terceirizações praticadas, por estarem vinculadas à atividade-fim da empresa. Após obter decisão desfavorável em todas as instâncias, a reclamada interpôs recurso extraordinário, no qual sustenta a fragilidade dos conceitos “atividade-fim” e “atividade-meio”, defendendo, ainda, que o TST, ao considerar ilícita a terceirização da atividade-fim, proíbe um comportamento sem nenhum amparo legal, violando os arts. 5º, II, da CF e 104 do CC.

O Ministro Luiz Fux, relator do processo, fundamentou a repercussão geral do tema “diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão de obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos”.

---

36 Nesse sentido: RR – 117000-93.2003.5.04.0029, Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva, Órgão Julgador: 2ª Turma, DEJT 14.05.2010. Acórdão: “(...) Quanto à pretendida condenação solidária, num primeiro aspecto, é importante frisar que a responsabilidade solidária ocorre quando qualquer um dos devedores é responsável integralmente pelo débito. Portanto, o credor pode cobrar a dívida em juízo, propondo a ação contra todos ou contra qualquer um dos devedores isoladamente. Aliás, está expresso no art. 265 do Código Civil que tal responsabilidade somente ‘resulta da lei ou da vontade das partes’. Além disso, não se verifica a identidade de interesses e administração das empresas reclamadas, não se caracterizando a existência do grupo econômico a ensejar a responsabilidade solidária. Nem mesmo se verifica previsão legal ou contratual de responsabilidade solidária na hipótese. Assim, considerando-se que a irregularidade na contratação do reclamante ensejou o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a tomadora dos serviços (Caixa Econômica Federal), não há falar em responsabilidade solidária da segunda reclamada (Probank Ltda.) (...)” (grifado).

### *2 – Responsabilidade do tomador de serviços na terceirização – novos parâmetros em consonância com uma leitura constitucionalizada do Código Civil*

Quando estamos diante de descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada na terceirização, é fácil concluir que a empresa contratante falhou, ou porque escolheu mal (culpa *in eligendo*), não observando devidamente a idoneidade financeira da contratada, ou porque não verificou o cumprimento das obrigações legais (culpa *in vigilando*), não exercendo a fiscalização que, como beneficiária da prestação de serviços, seria de sua responsabilidade. Desse modo, não só a empresa contratada, empregadora dos trabalhadores, mas também a empresa contratante, tomadora dos seus serviços, contribuíram para a ocorrência do dano: a primeira porque não adimpliu as verbas trabalhistas devidas e a segunda porque não tomou as precauções necessárias, não fiscalizou corretamente as obrigações legais trabalhistas existentes durante a execução do contrato.

A tomadora enquadra-se, portanto, no art. 186 do Código Civil, segundo o qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Por sua vez, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo (art. 927 do CC). Estamos, portanto, diante de modalidade de responsabilização subjetiva, a qual exige a comprovação do dano, do nexo causal e da culpa para que haja responsabilização, sendo a última, sem dúvidas, aquela que pode trazer maiores dificuldades para a garantia dos direitos daquele que sofreu o dano.

De início, a dificuldade de demonstração da culpa atendia ao interesse liberal que rejeitava a limitação da autonomia privada, salvo nas hipóteses em que seu uso era manifestamente inaceitável. No entanto, o desenvolvimento do capitalismo industrial e a proliferação de acidentes ligados às novas tecnologias agravaram essa dificuldade, atraindo a intolerância social e a rejeição pelo próprio Poder Judiciário. Exigir que a vítima comprovasse a culpa em acidentes dessa natureza era absolutamente injusto diante de seu desconhecimento sobre o maquinário do empregador e da sua condição de vulnerabilidade no momento do acidente. Todos esses fatores acabaram por assegurar à prova da culpa o apelido de “prova diabólica”<sup>37</sup>.

---

37 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 17.

## DOUTRINA

Da mesma forma, exigir que o trabalhador terceirizado comprove a culpa da empresa contratante é praticamente impossível. Esse trabalhador pouco ou nada sabe sobre escolha de empresas e fiscalização de contratos, caracterizando prova realmente diabólica a exigência de comprovação da omissão ou da negligência de uma empresa, à qual nem ao menos pertencia.

Na tentativa de evitar as dificuldades trazidas pela prova diabólica, as presunções de culpa foram, ao longo do tempo, instituídas pela jurisprudência, defendidas pela doutrina ou prevista nos próprios textos normativos. Não se trata aqui de ignorar o elemento culpa, mas tão somente inverter o ônus da demonstração em benefício da vítima, uma vez que impor “demonstrações de fatos que, por sua própria natureza, pelas próprias circunstâncias que o cercam, impossibilitam à vítima qualquer prova; [e isso] é o mesmo que negar-lhe qualquer reparação”<sup>38</sup>.

A presunção de culpa da contratante no caso da terceirização é, portanto, a forma mais justa de se assegurar os direitos dos trabalhadores, significando uma solução intermediária, que impede as injustiças perpetradas pela severa exigência da prova da culpa ao mesmo tempo em que impede a acolhida da responsabilidade objetiva.

Diante do exposto, conclui-se que não há razão para acolher a tese da responsabilidade subsidiária defendida pelo TST na Súmula nº 331, IV. Uma vez constatada a culpa, presumida no caso da terceirização, há responsabilidade direta de indenizar pelo dano causado, não havendo motivo para conceder um benefício de ordem não previsto na legislação<sup>39</sup>. Aplica-se ao caso o art. 942 do CC, segundo o qual os autores de uma ofensa respondem solidariamente pela reparação. Assim, se a empresa contratante não se desincumbir do ônus de provar que não houve culpa responderá solidariamente com a contratada pelas verbas trabalhistas e previdenciárias inadimplidas, podendo o trabalhador exigir o pagamento total do débito de qualquer uma das duas.

Parte da doutrina<sup>40</sup> defende que a responsabilidade da tomadora, mesmo nas hipóteses de terceirização lícita, seria objetiva por aplicação do art. 932, III (responsabilidade da comitente por atos de seus prepostos), e do parágrafo único do art. 927 (cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividade de risco).

---

38 JOSSEERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. LXXXVI, 1941, p. 555 *apud* SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 31.

39 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 56.

40 Nesse sentido, ver: CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas... op. cit.*; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil – responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. III.

Apesar de mais favorável ao trabalhador, essa posição parece-nos insustentável diante do atual regime de responsabilização do Código Civil.

Defendendo o enquadramento na hipótese do art. 932, III, Rodrigo Carelli defende:

“[Isto porque] a tomadora de serviços nada mais é do que a comitente (‘aquela que incumbe alguém, mediante o pagamento de uma comissão, de executar certos atos em seu nome e sob sua direção e responsabilidade’) que entrega um trabalho a ser realizado por uma preposta, ou seja, a empresa contratada.”<sup>41</sup>

No entanto, o autor não observou bem o conceito de preposto que tem, por essência, a subordinação. Nesse sentido, Sergio Cavalieri define preposto como “aquele que presta serviço ou realiza alguma atividade por *conta* e sob *direção* de outrem”<sup>42</sup>. Há, portanto, uma relação de dependência entre o preponente e o preposto, de sorte que este último recebe ordens do primeiro, estando sob o seu poder de direção e vigilância<sup>43</sup>.

Analisando o conceito de preposto conclui-se não ser possível enquadrar a terceirização lícita nessa hipótese, uma vez que admitir que a empresa terceirizada esteja sob o poder de direção e vigilância da tomadora seria assumir a ocorrência de intermediação de mão de obra, fenômeno que difere da terceirização em causas, consequências e, portanto, na responsabilização do tomador. Na terceirização não há como a contratante dirigir o trabalho da contratada, mesmo porque lhe faltará especialização técnica, já que um dos pressupostos para a caracterização de uma terceirização lícita é justamente a especialização diversa ou muito superior da terceirizada para a realização de uma determinada atividade. Cabe à contratante fiscalizar apenas o resultado do serviço prestado, sendo inadmissível a direção do trabalho da contratada. Não há, portanto, como se falar em relação de preposição.

Em relação à aplicação do parágrafo único do art. 927, o mesmo autor defende que o “simples fato de entregar uma atividade para a realização por outrem já implicaria em risco para os direitos dos trabalhadores, impondo a responsabilidade objetiva”<sup>44</sup>. Essa, no entanto, não é a posição da melhor doutrina

---

41 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas... op. cit.*, p. 58.

42 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 202.

43 *Idem, ibidem*. p. 202.

44 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas... op. cit.*, p. 58.

civilista, que defende que esse dispositivo aplica-se apenas àquelas atividades “que trazam risco elevado, risco provável, verdadeiro perigo de dano”<sup>45</sup>.

A indefinição quanto às atividades abrangidas pela cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco gera, ainda, muita dúvida na doutrina e na jurisprudência, principalmente diante do argumento de que qualquer atividade humana importa, em alguma proporção, risco aos direitos alheios<sup>46</sup>.

Diante da abertura da cláusula, Anderson Schreiber conclui que o objetivo do parágrafo único do art. 927 é “impor responsabilização com base no elevado risco produzido por certa atividade, o que não se verifica em qualquer espécie de prestação de serviços, mas apenas naquelas hipóteses em que houver uma alta possibilidade de dano”<sup>47</sup>.

A terceirização, quando realizada de forma correta, sem que caracterize intermediação de mão de obra, não traz risco elevado, provável ou verdadeiro perigo de dano para seus trabalhadores. Como já exposto neste trabalho, as consequências de precarização das condições de trabalho, em regra, não são verificadas na terceirização de serviços, mas na intermediação de mão de obra.

Alguns autores<sup>48</sup> defendem, ainda, a responsabilidade objetiva por abuso do direito (art. 187 do CC), porque se por um lado é lícito terceirizar – desde que respeitados os parâmetros já abordados nesse trabalho –, já que a prática é amparada pelo princípio da livre-iniciativa (art. 170 da CF), por outro não lhes é dado abusar desse direito contratando prestadoras de serviços economicamente inidôneas e incapazes de assegurar os direitos dos trabalhadores.

De fato, não há como negar a ilicitude na contratação de empresas terceirizadas inidôneas, que não sejam aptas a arcar com suas obrigações trabalhistas. No entanto, não há como se admitir uma responsabilização objetiva baseada em uma presunção de inidoneidade, como é a proposta dessa teoria, que considera todas as empresas terceirizadas inidôneas. Além disso, ao falar de ilicitude, a própria teoria nos remete à responsabilidade subjetiva, já que na objetiva não é necessário aferir a ilicitude do ato, mas apenas o dano e o nexo causal. A contratação de empresas inidôneas seria, portanto, a culpa *in eligendo* da contratante, conforme defendido acima.

---

45 SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 23.

46 *Apud* SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 23.

47 SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 25.

48 Nesse sentido, ver: LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos fundamentais e responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços – inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93.*

Conclui-se, portanto, que, apesar de mais favorável à satisfação dos direitos dos trabalhadores terceirizados, diante do atual sistema de responsabilização do Código Civil, não é possível sustentar a responsabilidade objetiva da tomadora de serviços. Estamos diante, portanto, de mais um motivo para que sobrevenha a necessária regulamentação do fenômeno, já que só a lei poderia prever uma nova hipótese de responsabilidade objetiva.

### *3 – Responsabilidade na intermediação de mão de obra – o abuso do direito e a responsabilidade objetiva*

A intermediação de mão de obra, por ser prática verdadeiramente fraudulenta com o objetivo de ocultar a verdadeira relação empregatícia e subtrair direitos trabalhistas, deve ensejar outras formas de responsabilização, de forma a trazer maiores garantias para esses trabalhadores que já vivem em condições de trabalho extremamente precarizadas.

Primeiramente, configurada a ocorrência de intermediação de mão de obra, aplica-se o disposto no art. 9º da CLT, segundo o qual são nulos os atos praticados com a intenção de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos direitos previstos na CLT, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de mão de obra, previsão encontrada, inclusive, na Súmula nº 331, I. Esse resultado é consequência lógica da intermediação, uma vez que ela estará caracterizada justamente quando concluirmos que há, na verdade, não a prestação de serviços, mas o fornecimento de mão de obra, que preenche os requisitos necessários à configuração da relação de emprego com a empresa tomadora.

Há, portanto, um empregador aparente, a empresa terceirizada com a qual o trabalhador possui o vínculo jurídico, e o empregador oculto ou dissimulado, o tomador de mão de obra, que, apesar de não ser formalmente empregador, gere a mão de obra e se beneficia de seu trabalho como se fosse. Ao contrário do que ocorre na terceirização de serviços, no caso da intermediação de mão de obra, por ser ato essencialmente fraudulento, a responsabilidade do tomador deverá ser objetiva.

Após uma longa evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa, a responsabilidade objetiva, ao lado das presunções de culpa, surgiu como forma de garantir a reparação por danos mesmo em casos em que seria impossível a demonstração da culpa do autor do dano. Nesse sentido, Anderson Schreiber<sup>49</sup> defende que a essência da responsabilidade objetiva da contemporaneidade é

---

49 SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 31.

“não a de uma responsabilidade por risco, mas a de uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fator de imputação subjetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima.”

Examinando a noção de preposição exposta no tópico anterior, conclui-se que a intermediadora de mão de obra nada mais é do que preposta da tomadora, uma vez que o serviço da primeira é executado sob a direção da segunda, sendo a atividade realizada no seu interesse. Por esse motivo, um dos elementos indicadores de intermediação de mão de obra é a gestão da mão de obra pelo tomador. Por conseguinte, a empresa contratante responderá de forma objetiva com base no art. 932, III, do CC.

Além da responsabilidade objetiva por fato de outrem, a tomadora de mão de obra responde objetivamente, também, por abuso do direito, definido no Código Civil, em seu art. 187, como ato ilícito. O fundamento principal dessa cláusula de responsabilidade objetiva é permitir a responsabilização por um ato que, apesar de formalmente legal, é utilizado por seu titular em desvio da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito, ou seja, a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e econômicos<sup>50</sup>.

Importante ressaltar que nosso Código Civil adotou a teoria objetiva do abuso do direito, segundo a qual, para sua caracterização, basta que esteja presente o uso anormal ou antifuncional do direito, não sendo necessário que se indague se o ato foi praticado deliberadamente com o interesse de prejudicar alguém.

O excesso manifesto de que trata o art. 187 do CC deve ser percebido como “o seu anormal exercício, assim entendido aquele que se afasta da ética e da finalidade social ou econômica do direito”<sup>51</sup>. Nesse sentido, a função social do Direito é limite do exercício de todo e qualquer direito subjetivo. Portanto, a empresa que contrata outra com o objetivo de subtrair direitos trabalhistas não observa um dos fins sociais de todo o empreendimento econômico, que é a valorização do trabalho humano e a justiça social (art. 170 da CF)<sup>52</sup>, incorrendo, portanto, em abuso do direito, o que acarreta sua responsabilização objetiva.

---

50 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 161.

51 *Idem, ibidem*. p. 165.

52 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas... op. cit.*, p. 58.

Diante do exposto, reconhecida a existência de intermediação de mão de obra, deve-se formar o vínculo jurídico com o tomador, que responderá, de forma objetiva, ou por fato de outrem (arts. 932, III, e 933 do CC) ou por abuso do direito (arts. 187 e 927 do CC). Como a empresa intermediadora também foi causadora dos danos, uma vez que era o empregador aparente e, portanto, o responsável formal pelo adimplemento das obrigações trabalhistas, deverá responder, solidariamente, pela reparação (art. 942 do CC).

### *4 – A responsabilidade da Administração Pública*

A doutrina brasileira, em todas as áreas jurídicas, é uníssona em afirmar que a Constituição Federal de 1988 adotou, em seu art. 37, § 6<sup>o</sup><sup>53</sup>, a teoria do risco administrativo, ou seja, a responsabilidade objetiva da Administração Pública e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

A tese da irresponsabilidade do Estado, característica dos Estados liberais, predominou em quase todo o mundo na metade do século XX, podendo ser traduzida nos postulados *the king can do no wrong* ou *le roi ne peut mal faire*, que manifestavam a teoria da intangibilidade do soberano, responsável por torná-lo insuscetível de causar qualquer dano<sup>54</sup>. Com o surgimento do Estado de Direito e da ideia de que deveriam ser atribuídos ao Estado os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas, a tese da irresponsabilidade foi dando lugar a uma evolução da noção de responsabilidade do Estado, que culminou com a adoção pelos Estados modernos da teoria do risco administrativo.

A responsabilidade objetiva da Administração Pública tem como fundamento a relação vertical entre Estado e particular, marcada por uma desigualdade entre as partes. Nesse sentido, afirma José dos Santos Carvalho Filho:

“Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos

---

53 Art. 37, § 6, da CF: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

54 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 502.

da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos.”<sup>55</sup>

Diante disso, passou-se a considerar que à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um maior risco, surgindo a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado<sup>56</sup>.

Dispõe o art. 37, § 6º, da CF que o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, venham a causar a terceiros. Isso porque sua atuação se consubstancia por seus agentes, pessoas físicas capazes de manifestar a vontade do Estado. A expressão “nessa qualidade” remete à necessidade de que o agente estatal esteja no exercício de suas funções ou, pelo menos, agindo a pretexto de exercê-la, não respondendo o Estado, evidentemente, pelos danos causados no correr de sua vida particular.

Assim, para que seja configurada a responsabilidade do Estado, basta que estejam presentes três pressupostos: o fato administrativo, o dano e o nexo causal, não havendo que se cogitar de culpa, o que atenua as dificuldades e impedimentos que o particular teria que suportar ao buscar a reparação por condutas de agentes estatais.

O primeiro pressuposto, o fato administrativo, é definido como “qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva<sup>57</sup>, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público”<sup>58</sup>. Na terceirização, o fato administrativo é, portanto, a escolha e a contratação da empresa terceirizada.

O segundo pressuposto, o dano, é, na terceirização e na intermediação de mão de obra, o prejuízo causado aos trabalhadores. Esse prejuízo pode ser quanto ao inadimplemento das verbas trabalhistas devidas, danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho, dentre outros direitos trabalhistas que sejam desrespeitados.

---

55 *Idem, ibidem.* p. 504.

56 *Idem, ibidem.* p. 504.

57 Em relação à modalidade de responsabilidade do Estado por condutas omissivas, a doutrina diverge. José dos Santos Carvalho Filho defende que só haverá responsabilização quando presentes os elementos que caracterizem a culpa. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 518. Em sentido contrário, Sergio Cavalieri Filho defende que, no caso de omissão específica, ou seja, quando o Estado tinha o dever de agir, mas, por omissão, cria a situação propícia para a ocorrência do evento danoso, a responsabilidade é objetiva, uma vez que o art. 37, § 6º, da CF engloba tanto a conduta comissiva quanto a omissiva. In: CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 251-252. Esse assunto não será aqui aprofundado, uma vez que a escolha e a contratação da empresa terceirizada pela Administração Pública são, sem dúvidas, conduta comissiva do Estado.

58 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op cit.*, p. 511.

## DOCTRINA

O último pressuposto, o nexo causal, significa que ao particular lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal. Ora, não há dúvidas de que o prejuízo dos trabalhadores terceirizados se originou da má contratação feita pela Administração, que não tomou as precauções necessárias no momento da escolha da empresa terceirizada ou no decorrer da execução do contrato.

Diante desses pressupostos, a defesa do Estado poderá se basear apenas na: i) inexistência do fato administrativo, ii) inexistência de dano, ou iii) ausência de nexo causal entre o fato e o dano, configurada nos casos de força maior, caso fortuito ou fato exclusivo da vítima ou de terceiro. Obviamente, se o autor da ação alega a existência do fato, do dano e do nexo de causalidade, caberá ao Estado réu a contraprova sobre tais alegações<sup>59</sup>.

Conclui-se, portanto, que na terceirização, assim como na intermediação de mão de obra, estão presentes todos os pressupostos necessários à ocorrência da responsabilização do Estado, a qual deverá ser objetiva por expressa previsão constitucional.

Em relação a essa responsabilidade ser primária ou subsidiária, José dos Santos Carvalho Filho entende que:

“O que é importante é verificar a conduta administrativa. Se a Administração concorreu com a pessoa responsável para o resultado danoso (o que ocorre algumas vezes por negligência ou omissão administrativa), haverá realmente solidariedade; a Administração terá agido com culpa *in omittendo* ou *in vigilando*, podendo ser demandada juntamente com o autor do dano.”<sup>60</sup>

No caso da intermediação de mão de obra, não há dúvidas de que a Administração foi a causadora do dano: a mera adoção dessa prática, rechaçada por nosso ordenamento jurídico, já causará danos ao trabalhador e a toda a sociedade, uma vez que sua consequência é a precarização das condições de trabalho, que causa os inúmeros prejuízos estudados no capítulo IV deste trabalho.

Em relação à terceirização, embora seja prática lícita, se a empresa prestadora de serviços é economicamente inidônea e incapaz de assegurar os direitos dos trabalhadores, é de se concluir que a Administração concorreu para a ocorrência do dano ao não tomar as devidas precauções na hora da escolha da empresa ou por não ter havido a devida fiscalização durante a execução do

---

59 *Idem, ibidem*. p. 513.

60 *Idem, ibidem*. p. 521.

contrato. É o que o administrativista chamou acima de culpa *in omittendo* ou *in vigilando*.

No entanto, ao usar esses conceitos, o doutrinador esquece que a responsabilidade da Administração é objetiva, não havendo de se cogitar de qualquer modalidade de culpa, nem mesmo para analisar se a responsabilidade deverá ser primária ou subsidiária. A responsabilidade primária do Estado estará caracterizada quando o dano tiver sido causado por um de seus agentes, devendo ser observada, portanto, junto da análise do terceiro pressuposto para a responsabilização do Estado: o nexa causal, que estará configurado justamente, conforme explanado acima, quando o particular lesado demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal.

Assim, tendo sido a empresa prestadora de serviços, ou a intermediadora de mão de obra, causadora do dano, junto da Administração Pública, ambas deverão responder solidariamente pelos prejuízos, na forma do art. 942 do CC.

Importante, ainda, lembrar que a norma constitucional considera responsáveis objetivamente também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Estão incluídas nessa categoria as pessoas privadas da Administração indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas com personalidade de direito privado), quando se dedicam à prestação de serviços públicos, e os concessionários e os permissionários de serviços públicos, como é o caso das empresas de transporte coletivo, de fornecimento de água, de distribuição e fornecimento de energia elétrica e outras dessa natureza<sup>61</sup>.

Desse modo, se qualquer dessas pessoas jurídicas terceirizar um de seus serviços, responderá objetivamente na forma do art. 37, § 6º, da CF, e não na modalidade culposa do Código Civil exposta no item 2 deste capítulo. Em relação à intermediação de mão de obra, a responsabilidade será igualmente objetiva, com fundamento seja no dispositivo constitucional, seja nos dispositivos do Código Civil expostos no item acima.

Especificamente no que concerne à intermediação de mão de obra, a regra de formação do vínculo jurídico-trabalhista diretamente com a tomadora, quando essa é a Administração Pública, encontra óbice no art. 37, II, da CF, que exige a prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, sob pena de nulidade absoluta da relação jurídica surgida (art. 37, § 2º, da CF). No entanto, isso não significa que esses trabalhadores estarão desprotegidos: deve-se harmonizar a vedação ao reconhecimento do

---

61 *Idem, ibidem*. p. 507-508.

vínculo empregatício com outros inúmeros princípios e regras constitucionais tão relevantes quanto a regra vedatória, em especial com o princípio da isonomia (arts. 5º, *caput* e inciso I, e 7º, XXXII, da CF), afastando-se os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela intermediação de mão de obra<sup>62</sup>.

Por conseguinte, ao trabalhador intermediado devem ser asseguradas todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador dos serviços, ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador intermediado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho<sup>63</sup>. Nesse sentido é o entendimento da OJ nº 383 da SDI-1.

Lembrando que, conforme defendemos, a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dessas verbas será objetiva e direta, respondendo de forma solidária com a empresa intermediadora de mão de obra.

Em sentido contrário ao que dispõe o preceito constitucional, o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 consagrou a tese da irresponsabilidade do Estado ao prever que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. O referido dispositivo da Lei de Licitações é, portanto, claramente inconstitucional, uma vez que contraria a teoria do risco administrativo adotado pela Constituição.

No julgamento da ADC 16, que pretendeu a declaração de constitucionalidade do referido dispositivo em razão da edição da Súmula nº 331, V, do TST, que, de acordo com o autor, nega vigência ao comando normativo expresso na norma ao prever a responsabilidade subsidiária da Administração Pública caso comprovada sua conduta culposa, o Supremo Tribunal Federal não endossou a tese de irresponsabilidade da Administração. No entanto, foi de encontro ao preceito constitucional ao admitir a responsabilização apenas quando, no caso concreto, ficasse comprovado que a inadimplência dos direitos trabalhistas teve como causa a falta de fiscalização pelos órgãos ou entidades públicos contratantes, exigindo, portanto, a prova da culpa da Administração.

A decisão do STF merece críticas não só pela clara afronta ao dispositivo constitucional, mas também pelos prejuízos que causa aos trabalhadores terceirizados e intermediados, já que, além de consagrar a responsabilidade culposa do Estado, exige que esses trabalhadores façam a prova da culpa, uma vez que a decisão entendeu pela não inversão do ônus da prova, contrariando, assim, toda

---

62 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso... op. cit.*, p. 444-445.

63 *Idem, ibidem*. p. 445.

a evolução ocorrida na doutrina e na jurisprudência em torno das presunções de culpa com o fim de evitar o problema da prova diabólica. Cabe ressaltar que a decisão do Supremo não fez qualquer diferenciação entre terceirização e intermediação de mão de obra para fins de responsabilização do Estado, sendo necessária a comprovação da culpa em ambas as práticas.

Além disso, há uma tendência mundial de adoção da responsabilidade objetiva como regra não só para o Estado, mas também para os particulares. Nesse sentido, Anderson Schreiber defende que a cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco (art. 927, parágrafo único, do CC) aboliu definitivamente a ideia da prevalência da culpa no sistema brasileiro<sup>64</sup>. Seguindo o mesmo entendimento, Maria Celina Bodin defende que,

“de acordo com as previsões do Código Civil de 2002, pode-se dizer que, comparativamente, a responsabilidade subjetiva é que se torna residual, tantas são as hipóteses de responsabilidade que independem da culpa. (...) inteira searas do direito de danos, antes vinculadas à culpa, hoje cumprem o objetivo constitucional de realização da solidariedade social, através da ampla proteção aos lesados, cujos danos sofridos, para sua reparação, independem completamente de negligência, imprudência, imperícia ou mesmo da violação de qualquer dever jurídico por parte do agente. São danos (injustos) causados por atos lícitos, mas que, segundo o legislador, devem ser indenizados.”<sup>65</sup>

A adoção da responsabilidade objetiva como regra atende, portanto, menos a uma contribuição do responsável para a criação ou incrementação do risco e mais à necessidade de se assegurar à vítima o direito a alguma reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima<sup>66</sup>.

Ora, se quanto à responsabilidade dos particulares, que constituem, pelo menos em regra, relações jurídicas caracterizadas pela igualdade entre as partes, a tendência já é a objetivação, mais motivos ainda para que a responsabilidade do Estado seja objetiva, não havendo espaços para exceções, como ocorreu com a decisão do Supremo na ADC 16.

Em que pesem as críticas, a decisão do Supremo tem efeito *erga omnes*, não podendo, portanto, ser desrespeitada pelos juízes trabalhistas. Estamos

---

64 SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 23.

65 MORAES, Maria Celina Bodin de. Problemas em torno da cláusula geral de responsabilidade objetiva *apud* SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 23.

66 SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 29, 31.

diante de mais um motivo que evidencia a urgência em ser aprovada uma lei específica para a regulamentação da terceirização, com os necessários balizamentos da prática e com modalidades de responsabilização em consonância com os princípios e normas constitucionais.

### *5 – Responsabilização por sucessão de empregadores*

Como já defendido neste estudo, um dos fatores que indicam a ocorrência de intermediação de mão de obra é a permanência de trabalhadores laborando para a contratante, realizando o mesmo trabalho, nas mesmas funções, mesmo após o fim do contrato com determinada empresa prestadora de serviços e a contratação de uma outra empresa. No entanto, apesar de ser forte indício de existência de fraude, esse problema é verificado também nas terceirizações lícitas, principalmente na área de vigilância.

Os direitos trabalhistas não adimplidos relativos ao contrato de trabalho anterior poderão ser postulados na Justiça do Trabalho, sendo invocada tanto a responsabilidade da empresa prestadora de serviço ou intermediadora de mão de obra como a da tomadora, nas modalidades já defendidas nos itens acima.

No entanto, esses não são os únicos problemas vividos por esses trabalhadores. O princípio da continuidade da relação de emprego é desrespeitado a cada nova empresa que recebe esses trabalhadores, mas sem assumir as responsabilidades pelo antigo contrato de trabalho. Um dos maiores prejuízos da não aplicação do princípio da continuidade é quanto ao direito a férias: devido a essa constante troca de empresas, muitos empregados não conseguem nem ao menos completar um ano de tempo de serviço em uma mesma empresa, o que os impede de gozar de seu direito a férias, causando prejuízos à sua saúde física e mental.

Ademais, o princípio da continuidade da relação de emprego é necessário para que a ordem justralhista consiga cumprir satisfatoriamente o objetivo de assegurar ao trabalhador melhores condições de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade. A permanência da relação de emprego provoca uma tendência de elevação dos direitos trabalhistas, seja pelo avanço da legislação ou da negociação coletiva, seja pelas conquistas contratuais alcançadas pelo trabalhador devido a promoções recebidas ou vantagens agregadas ao desenvolvimento de seu tempo de serviço no contrato<sup>67</sup>. Como no Direito do Trabalho vige também o princípio da inalterabilidade contratual

---

67 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso... op. cit.*, p. 202.

lesiva, uma vez conquistadas essas vantagens, o empregado não poderá ser obrigado a delas abrir mão.

A continuidade do emprego é importante, ainda, para a afirmação social do trabalhador, já que, quando submetido a um contrato precário, provisório, de curta duração, fica sem o lastro econômico e jurídico necessário para se impor no plano de suas demais relações econômicas na comunidade<sup>68</sup>.

A solução para o problema de não continuidade da relação de emprego desses trabalhadores está em reconhecer a ocorrência de sucessão de empregadores quando, na terceirização ou na intermediação de mão de obra, for verificado que os trabalhadores da antiga prestadora dos serviços foram contratados pela atual empresa responsável por essa tarefa para continuar desempenhando as mesmas funções.

A sucessão de empregadores é figura que encontra previsão nos arts. 10 e 448 da CLT, sendo definida por Mauricio Godinho Delgado como “o instituto justralhista em virtude do qual se opera, no contexto da transferência de titularidade de empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de créditos e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos”<sup>69</sup>. Os dois pressupostos para a sua configuração são, portanto, a transferência de uma unidade econômico-jurídica e a continuidade na prestação laborativa.

O art. 10 da CLT dispõe que qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados. No mesmo sentido, o art. 448, também da CLT, dispõe que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

A primeira observação que deve ser feita acerca desses dois dispositivos é a utilização do termo “empresa”, e não “sociedade empresária”. Os comercialistas definem “empresa” como a atividade empresarial exercida, enquanto que “sociedade empresária” seria a pessoa jurídica responsável pelo desenvolvimento dessa atividade. Nesse sentido, tecnicamente, quem sofre mudanças na propriedade ou na estrutura jurídica é a sociedade empresária, e não a empresa.

A doutrina trabalhista, no entanto, defende que a utilização desse termo assume o caráter funcional de enfatizar a despersonalização do empregador e insistir que o vínculo do empregado é formado com a atividade por ele desenvolvida, ou seja, com a empresa, independentemente de seu efetivo titular<sup>70</sup>.

---

68 *Idem, ibidem.* p. 203.

69 *Idem, ibidem.* p. 405.

70 *Idem, ibidem.* p. 406.

Além disso, a imprecisão e a generalidade das expressões utilizadas pelos dispositivos permitiram que a jurisprudência adaptasse o instituto da sucessão de empregadores de forma a abranger as novas situações surgidas no mundo do Direito do Trabalho, como é o caso da terceirização e da intermediação de mão de obra.

Nesse sentido, no RR-138900-22.2009.5.12.0055<sup>71</sup>, julgado em 26.10.2011, os Ministros da Sexta Turma do TST entenderam pela configuração de sucessão de empregadores no caso de terceirização quando há a continuidade da prestação laboral pelo empregado para o mesmo tomador e na mesma localidade, determinando a impossibilidade de alteração do contrato de trabalho em prejuízo ao empregado, diante do princípio da irredutibilidade salarial.

Assim como o acórdão do TRT da 12ª Região, o Ministro-Relator entendeu ser inquestionável que a sucessão não se dá somente quando há a transferência da propriedade jurídica ou a alteração na titularidade da empresa, mas também com a continuidade da exploração do mesmo negócio por uma outra empresa distinta e sem nenhum vínculo jurídico com a anterior, como ocorre no caso da terceirização.

Apesar de no Direito Comercial a sucessão entre empresas ser fenômeno que ocorre em processo de fusão, incorporação, cisão ou transformação da empresa, pressupondo sempre uma vinculação comercial entre duas pessoas jurídicas, mediante operação societária, no Direito do Trabalho esse conceito está vinculado aos efeitos concretos no contrato de trabalho, orientados pela norma contida nos arts. 10 e 448 da CLT.

Dessa forma, em casos como esses, embora as empresas prestadoras de serviço sejam diversas, o labor executado pelos trabalhadores é sempre o mesmo, exercido no mesmo local e para o mesmo tomador de serviços, inexistindo

---

71 No mesmo sentido é o seguinte julgado: TST, RR – 738923-63.2001.5.02.5555, Relator: Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Órgão Julgador: 6ª Turma, DEJT 21.09.07: Ementa: “RECURSO DE REVISTA DA SPTRANS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FRAUDE. O reconhecimento de fraude na despedida do reclamante com a imediata recontração pela segunda reclamada não é passível de reexame, pois exigiria revolvimento de fatos e provas, proceder vedado pela Súmula n 126 do TST. A indicação de afronta aos arts. 5 , XX, LV, 30, V, e 37, II, da CF não impulsiona a revista, por não ocorrer de forma direta e literal. O mesmo se diga quanto à Súmula n 331, II, do TST. Recurso de revista não conhecido. RECURSO DE REVISTA DA ELETROBUS. SUCESSÃO E TERCEIRIZAÇÃO. A tese de que houve confusão entre sucessão e terceirização não se verifica, pois o Tribunal Regional concluiu pela fraude na demissão e contratação do reclamante por outra empresa para execução das mesmas funções, no mesmo local de trabalho. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. Diante da constatação da fraude, não foi validada a negociação coletiva celebrada, o que não caracteriza afronta ao art. 7 , VI e XXVI, da CF. ART. 453 DA CLT. INDENIZAÇÃO LEGAL. O Tribunal Regional não examinou a questão à luz do pagamento de indenização prevista na parte final do art. 453 da CLT. Recurso de revista não conhecido”.

solução da prestação laboral. Verifica-se, portanto, a sucessão de empregadores com a manutenção da mesma atividade econômica.

A decisão atentou para a fragilidade do empregado no processo de terceirização, muitas vezes marcado pela transação de direitos irrenunciáveis, como o FGTS e a irredutibilidade salarial. Isso porque, na busca da manutenção do emprego, o empregado se queda inerte diante dos inúmeros direitos dos quais precisa abrir mão para que seu contrato seja absorvido por outro empregador, pois não tem força para buscar a manutenção da estrutura original de seu contrato.

O acórdão deixou claro a importância de se reconhecer a sucessão de empregadores no seguinte fragmento:

“A livre-iniciativa e da autonomia privada não pode (*sic*) se sobrepujar a princípios fundamentais, quando necessário essas garantias mínimas, em especial quando se busca observar o *princípio da continuidade da realização de emprego e da irrenunciabilidade*.

Não é possível recepcionar a terceirização de serviços numa situação em que se proporciona a precarização da relação de trabalho, *na medida em que a implementação de tal processo produtivo deve estar em consonância com a garantia dos direitos básicos do empregado*.

Diante da *fragilidade do empregado nesses processos de troca do prestador de serviços*, sua conduta não pode ser outra a não ser a aceitação viciada do novo contrato, sob pena de se ver desempregado, já que em regra a empresa anterior não mais estará interessada em manter o vínculo de emprego, vinculada que estará a outras tomadoras de serviço, que, por sua vez, num ciclo constante, acabam por exercer influência para a manutenção nos cargos dos empregados da antiga prestadora.”<sup>72</sup> (grifado)

Não poderia ser mais acertada a decisão da Corte trabalhista, que possibilitou, ao adotar essa teoria, a proteção aos direitos de milhares de trabalhadores que se veem constantemente nessa situação. Por conseguinte, seja na terceirização de serviços, seja na intermediação de mão de obra, o período em que o trabalhador permanecer prestando serviços na mesma função, na mesma localidade e para o mesmo tomador, mesmo se houver mudança das prestadoras de serviço, deve ser considerado como um só contrato de trabalho, operando-se a automática transferência de direitos e obrigações contratuais para a empresa sucessora.

---

72 TST, RR – 138900-22.2009.5.12.0055, Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Órgão Julgador: 6ª Turma, DEJT 04.11.2011.

### CONCLUSÃO

Vimos, nesse estudo, que a terceirização surgiu em meio à crise do padrão fordista, tendo sido criada por um pensamento neoliberal que buscava uma maior flexibilidade na produção, substituindo a rigidez do modelo fordista/taylorista, buscando um modelo de “empresa enxuta” com maior competitividade no mercado por meio da redução de custos, qualidade, produtividade e competitividade.

Por outro lado, o objetivo maior da intermediação de mão de obra é a redução de custos, o que, por uma simples lógica matemática, só pode ocorrer com o sacrifício dos direitos dos trabalhadores e a precarização das relações de trabalho.

Não há, portanto, motivo para proibir a prática da terceirização, mas não podemos aceitar de forma alguma a existência da intermediação de mão de obra, responsável por violar um sem-número de direitos fundamentais do trabalhador, ao colocá-los em condições de trabalho extremamente precarizadas. Por outro lado, também a atual forma de responsabilização das empresas na terceirização tem trazido prejuízos aos trabalhadores.

Nesse sentido, a falta de regulamentação legal específica sobre o tema deixa os trabalhadores terceirizados e, principalmente, os intermediados quase que totalmente desprotegidos. Os parâmetros jurídicos propostos pela Súmula nº 331 do TST, embora insuficientes para dar conta de todas as situações jurídicas encontradas na prática e para garantir os direitos desses trabalhadores, são aplicados pelos juízes trabalhistas e aceitos pela doutrina quase que sem nenhuma reflexão.

Da mesma forma, o Projeto de Lei nº 4.330/04, apesar de promover alguns avanços, não é suficiente para proteger esses trabalhadores, trazendo, inclusive, retrocessos ao permitir a terceirização em qualquer atividade da empresa.

Isto posto, uma lei específica sobre o tema deve priorizar, principalmente, a diferenciação correta entre terceirização e intermediação de mão de obra e novos parâmetros de responsabilização das empresas tomadoras aptos a conferir maiores garantias a esses trabalhadores que veem seus direitos constantemente sonogados.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E SITES CONSULTADOS

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

## DOCTRINA

\_\_\_\_\_. *Terceirização e intermediação de mão de obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIEESE – CUT Nacional, Secretaria das Relações de Trabalho/CUT, Secretaria da Saúde do Trabalhador/CUT. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*. DIEESE/CUT: São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie\\_terceirizacao\\_cut.pdf](http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2014.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. Relatório Técnico – *O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil*. Disponível em: <[http://www.portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03\\_2007.pdf](http://www.portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03_2007.pdf)>. Acesso em: 25 fev. 2014.

FARIA, Maria da Graça Druck de. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica – um estudo do Complexo Petroquímico da Bahia, set. 1995*. 271 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas. 1995.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Sindicado dos Metalúrgicos do ABC. *Os trabalhadores e a terceirização*. CUT: fev. 1993. Disponível em: <[http://www.smabc.org.br/Interag/temp\\_img/%7B96806CC9-4FF2-48A5-9324-82EE0E45F30C%7D\\_Trabalhadores%20e%20a%20Terceiriza%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://www.smabc.org.br/Interag/temp_img/%7B96806CC9-4FF2-48A5-9324-82EE0E45F30C%7D_Trabalhadores%20e%20a%20Terceiriza%C3%A7%C3%A3o.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2014.

<<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

<<http://www.prt3.mpt.gov.br/imprensa>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

# TERCEIRIZAÇÃO: O PROJETO DE LEI Nº 4.330/2004

**Ricardo Peake Braga\***

## 1 – TERCEIRIZAÇÃO – ASPECTOS GERAIS METAJURÍDICOS

O tema da terceirização é marcado pela polêmica. Seu debate vem permeado de maniqueísmos em que, de um lado, estariam os empresários, ansiosos por mais segurança jurídica e menores custos, e, de outro, os sindicatos de trabalhadores, contra uma suposta precarização e perda de direitos.

A discussão desse tema deve começar pela definição prévia de como deve ser a ordem econômica de um país, de como deve ser estruturada a atividade econômica em uma sociedade.

As economias capitalistas do mundo vêm observando o rápido e enorme desenvolvimento tecnológico, com novas técnicas de produção, novas formas de gerenciamento e uma especialização cada vez maior das atividades. É passado o modelo escorado em grandes conglomerados industriais, que abarcavam toda a cadeia produtiva. O modelo hoje é o oposto, no qual as empresas buscam cada vez mais colocar-se no mercado e obter vantagem competitiva através da especialização, inovação e eficiência.

Assim, a terceirização desponta e cresce como forma de se buscar serviços mais especializados, inovadores e eficientes, nos quais as empresas procuram concentrar suas atividades em um número menor de tarefas, focando naquilo que é seu *core business*, isto é, o núcleo central de sua razão de ser, ou seja, sua verdadeira vocação e especialidade.

Isso permite o surgimento de novas pequenas empresas, criadas por empreendedores que vislumbram a oportunidade de prestar serviços às grandes companhias, com mais eficiência e qualidade que essas grandes companhias obteriam se o fizessem internamente.

---

\* *Diretor de Relações Institucionais do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP); presidente da Sexta Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP; membro da Comissão de Direito Processual do Trabalho da OAB/SP; membro da Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo; advogado.*

## DOCTRINA

Grandes empresas começam a desmontar áreas inteiras, preferindo contratar empresas externas para as atividades antes realizadas pelas áreas encerradas. Com isso, os empregos vão se desconcentrando, ou seja, passam a existir menos vagas nas grandes empresas e mais vagas nas pequenas empresas especializadas. É a chamada terceirização.

Naturalmente, com os trabalhadores pulverizados em pequenas empresas, em vez de concentrados em grandes conglomerados, os sindicatos de trabalhadores passam a ter mais dificuldades na arregimentação e mobilização de seus integrantes. Há mais categorias, há mais empresas, há situações cada vez mais diversas, tudo isso levando a uma perda de representatividade e dificuldade de compreensão das necessidades dos trabalhadores.

Ao mesmo tempo, surgem empresas especializadas em recrutamento e locação de mão de obra para serviços de baixa qualificação, que conseguem contratar trabalhadores com menores custos que as grandes empresas (salários mais baixos, menos benefícios) e locar essa força de trabalho para as grandes empresas, para atividades como limpeza e serviços gerais de baixa qualificação técnica.

A reação é imediata, tanto por parte dos sindicatos, que veem suas bases de representação pouco a pouco derreter, como por parte de economistas e pensadores apegados a uma visão do capitalismo ainda atrelado ao modelo industrial anterior à revolução tecnológica iniciada no final do século XX e em plena atividade.

Segundo essa linha de pensamento, a estrutura econômica de um país deve estar escorada em algumas poucas grandes empresas, que servirão como motores e condutoras do progresso econômico, amparado em grandes financiamentos públicos (através de bancos estatais fomentadores de desenvolvimento) e numa regulação concentradora. Essa é a visão que deu origem, no Brasil, ao chamado “capitalismo de estado”, iniciado ainda no regime militar, mantido após a redemocratização, e ampliado nos governos Lula e Dilma (principalmente neste último).

Para os adeptos desse entendimento, a pulverização das atividades econômicas deve ser evitada a todo custo, seja porque vai de encontro à dialética entre capital e trabalho, seja porque enfraquece o poder de barganha dos trabalhadores em suas relações com as empresas.

O Direito do Trabalho, por sua vez, tem como escopo histórico a proteção dos trabalhadores, mediante o intervencionismo legal na relação

entre trabalhador e empresa, estabelecendo padrões mínimos de condições de trabalho e de proteção contratual.

Naturalmente, portanto, os operadores do Direito da área trabalhista (juízes, Ministério Público, fiscais, advogados) tendem a enxergar a terceirização como uma ameaça ao *status quo* conquistado, na medida em que poderia ser utilizada exclusivamente para a diminuição de custos trabalhistas.

E, com efeito, muitas vezes a terceirização vem mesmo sendo utilizada apenas para a redução de custos trabalhistas, e não como instrumento de especialização de atividades que resultaria em melhoria de qualidade e produtividade.

Mas, num contexto de economias integradas mundialmente (globalização econômica), a rejeição pura e simples do modelo mais eficiente e dinâmico, seja por razões ideológicas, seja por boas intenções de caráter humanista, simplesmente resultará no ostracismo econômico mundial, perda de eficiência interna e, num segundo momento, desemprego e pobreza.

Nesse quadro, há que verificar o que diz a Constituição Federal, como estatuto jurídico a nortear e regular a ordem econômica de nosso país.

Luís Roberto Barroso preleciona que a livre-iniciativa é um dos fundamentos do Estado brasileiro, “inscritos logo no art. 1º, ao lado da soberania, cidadania, dignidade humana, valores sociais do trabalho e pluralismo político. A livre-iniciativa é uma expressão da ideia geral de liberdade e faz parceria com outros princípios constitucionais relevantes, como o da legalidade e o da autonomia da vontade. Nesse sentido, ela transcende uma dimensão puramente econômica, significando que a regra geral, em todos os domínios, é que as pessoas sejam livres para suas escolhas existenciais, profissionais, filantrópicas, de lazer, etc.”<sup>1</sup>.

E, prosseguindo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal esclarece: “Além de ser um princípio fundamental do Estado brasileiro, a livre-iniciativa é também um princípio geral da ordem econômica. Isso significa uma clara opção por um regime de economia de mercado – que gravita em torno da lei da oferta e da procura –, e não de uma economia planificada, na qual os agentes econômicos são obrigados a seguir as diretrizes estatais”.

---

1 BARROSO, Luís Roberto. *Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira*. Artigo publicado no sítio eletrônico Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199284,71043-Estado+e+livre+iniciativa+na+experiencia+constitucional+brasileira>>.

Sem embargo, a Constituição Federal de 1988 é famosa por sua ambiguidade em vários temas, e a ordem econômica não é exceção. Com efeito, a ordem econômica brasileira, a teor do art. 170 da Carta Magna, é fundada “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”. Assim, conforme opinião média dos principais doutrinadores, teria havido uma adoção clara do constituinte pelo capitalismo de matiz social-democrata<sup>2</sup>, isto é, que tem como regra a liberdade econômica, mas admite e até mesmo preconiza a intervenção estatal para complementar e regular as atividades econômicas dos particulares.

É este equilíbrio, nem sempre de fácil delimitação, que deve nortear a análise do projeto de lei que busca regular a chamada terceirização.

O Direito do Trabalho não pode servir de empecilho ou como dificultador da eficiência econômica, simplesmente rejeitando a terceirização, mas, sim, deve buscar regulá-la, de forma a buscar, tanto quanto possível, conciliar a eficiência das atividades empresariais com a garantia de padrões mínimos razoáveis para os trabalhadores contratados pelas empresas terceirizadas. Em outras palavras, deve-se buscar um arcabouço legislativo que desestimele o mau uso da terceirização, transformando-a em mero instrumento de redução de gastos trabalhistas, em vez de instrumento de eficiência, produtividade e especialização.

Essa será a tônica que norteará a presente análise do Projeto de Lei nº 4.330/04, em tramitação no Congresso Nacional.

## 2 – SITUAÇÃO JURÍDICA ATUAL

Ives Gandra Martins Filho<sup>3</sup> distingue duas grandes espécies de terceirização, *verbis*:

“a) prestação ou fornecimento de bens e serviços – A empresa prestadora de serviços ou fornecedora de bens realiza em sua sede (ou fora das dependências da tomadora de serviços), com seu equipamento e com seus empregados, determinado serviço ou produz determinado

---

2 SILVA, Bruno Mattos e. *Limites constitucionais à ação estatal na economia*. Artigo publicado no sítio eletrônico do Senado Federal. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iv-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-estado-e-economia-em-vinte-anos-de-mudancas/intervencao-do-estado-na-economia-do-dirigismo-a-regulacao-limites-constitucionais-a-acao-estatal-na-economia>>.

3 MARTINS FILHO, Ives Gandra. *O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas*. Artigo publicado no sítio eletrônico da Editora JC. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2012/03/0-phenomeno-da-terceirizacao-e-suas-implicacoes-juridicas/>>.

bem, acessório do processo produtivo, entregando o produto acabado para a empresa tomadora dos serviços, como pode ocorrer, v.g., com as atividades de contabilidade, informática ou medição de consumo de água e luz, ou os insumos da indústria automobilística;

b) fornecimento de mão de obra – A empresa terceirizada contrata, treina e fornece à empresa principal mão de obra especializada, que, mesmo sendo dirigida e subordinada à empresa terceirizada, trabalha nas dependências da empresa principal, eventualmente com equipamento da própria empresa beneficiária do labor, como pode ocorrer, v.g., nos casos de copa, cozinha, vigilância, asseio e conservação.

A diferença essencial entre as duas modalidades está no local de trabalho do empregado: enquanto na prestação de serviços típica ele trabalha na empresa terceirizada e com equipamento da terceirizada, entregando apenas o bem ou prestando serviço, na locação de mão de obra ele labora nas dependências da empresa tomadora dos serviços, ombro a ombro com os empregados diretos da empresa principal.”

Normalmente, as controvérsias e ações judiciais dizem respeito à segunda espécie, isto é, aquela em que os serviços são prestados pelo trabalhador na sede da empresa tomadora, e não na sede da empresa contratada (que é formalmente empregadora).

Contudo, nem a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) – principal referência jurídica sobre o tema no Direito brasileiro – faz distinção quanto a este ponto. A grande diferenciação feita pela Súmula nº 331 é aquela entre terceirização de atividades-fim e de atividades-meio.

Basicamente, referida Súmula considera lícita a terceirização de atividades-meio e ilícita a terceirização de atividades-fim. Na atividade-meio, apesar de lícita a terceirização, é prevista a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços; na terceirização de atividades-fim, consideradas ilícitas, o vínculo empregatício se estabelecerá diretamente com a tomadora, para todos os fins.

Tal regra vem servindo, mal ou bem, como norte para as decisões da Justiça do Trabalho. Contudo, há muitas situações em que não é fácil distinguir ou delimitar o que é atividade-fim e o que é atividade-meio. Há muitas atividades em que há uma grande zona cinzenta, tornando virtualmente impossível tal separação, o que gera uma grande insegurança jurídica, tanto para os empregados como para as empresas.

Um exemplo é a atividade de construção de edifícios. Aparentemente, seria fácil dizer que a atividade-fim de uma construtora é aquela relacionada à

construção. Contudo, na prática, tal atividade hoje é dividida em um sem-número de etapas, como terraplanagem, fundações, estrutura, divisórias, janelas, acabamentos, etc., cada uma delas executada por empresas especializadas e distintas.

Vale dizer: seria ilegal a uma construtora contratar uma empresa especializada em fundações para fazer essa parte da obra? Ou contratar uma empresa especializada em esquadrias metálicas para outra parte da obra, e assim por diante?

E assim ocorre em vários outros setores. Está claro que a distinção entre atividade-fim e atividade-meio vem se tornando problemática como critério de distinção entre terceirização lícita e terceirização ilícita.

O egrégio TST promoveu uma audiência pública com a finalidade de buscar elementos para um novo regramento do tema. Contudo, após inúmeras audiências e debates, pouco se avançou na busca de parâmetros e critérios que pudessem servir para melhor tratar do tema.

Paralelamente, o Ministério Público do Trabalho vem promovendo inquéritos civis e ajuizando ações civis públicas, para obrigar as empresas a suspenderem a terceirização de suas atividades-fim (com todas as dificuldades daí decorrentes em determinados setores), muitas vezes obtendo liminares ou decisões que impõem pesadas multas para as empresas que o fizerem.

Nesse quadro, os setores empresariais mais suscetíveis ao tema vêm pleiteando junto ao Congresso Nacional a edição de legislação que regule a questão, eliminando a insegurança jurídica que paira hoje sobre o tema.

Para completar a situação quase caótica em que se encontra o assunto, o Supremo Tribunal Federal está analisando um recurso extraordinário sobre essa questão, à luz do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal. Trata-se do princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Segundo a recorrente, não existe lei que proíba a terceirização no Brasil, seja ela de atividade-meio ou de atividade-fim, pelo que não cabe à Justiça do Trabalho regular o assunto. Permitir que o Judiciário trabalhista – ainda que sob a forma de súmula – normatize tal matéria constituiria grave afronta à separação de poderes, não admitida pela Constituição.

Nesse quadro, parece não haver dúvida de que é urgente uma regulamentação sobre o tema.

### 3 – PL Nº 4.330/04 – VISÃO GERAL

Primeiramente, esclarece-se que a presente análise considera o texto do PL nº 4.330/04 tal qual aprovado pela Câmara dos Deputados, após inúmeras

emendas ao texto originalmente apresentado pelo Deputado Sandro Mabel em 2004, cujo relator foi o Deputado Arthur Oliveira Maia.

O PL nº 4.330/04 é, em linhas gerais, receptivo à terceirização. Admite-a para qualquer tipo de atividade, não adotando a distinção entre atividade-fim e atividade-meio. É o que afirma seu art. 4º, *verbis*:

“É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta lei, não se formando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, exceto se configurados os requisitos dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.454, de 1º de maio de 1943.”

Andou bem o PL ao abandonar a distinção entre atividade-meio e atividade-fim. Tal critério não contempla muitas situações e era fonte geradora de grandes incertezas para as empresas contratantes e de injustiças para os trabalhadores das atividades-meio, que ficavam desamparados de qualquer proteção.

Por outro lado, o PL é claro ao ressaltar a ilegalidade da terceirização quando presentes os elementos caracterizadores do vínculo empregatício. É o que dispõe expressamente o § 1º do art. 4º do PL nº 4.330/04:

“§ 1º Configurados os elementos da relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada, a contratante ficará sujeita a todas as obrigações dela decorrentes, inclusive trabalhistas, tributárias e previdenciárias.”

Contudo, mesmo após as várias emendas ao texto original, inclusive a vedação à mera intermediação de mão de obra (§ 3º do art. 4º do PL nº 4.330/04), ainda transparece que o modelo de terceirização imaginado pelo PL nº 4.330/04 é aquele de fornecimento de mão de obra, ou seja, o projeto perde a oportunidade de sinalizar que a terceirização desejada é aquela voltada para a especialização e eficiência, e não a mera substituição de mão de obra.

Além dessa questão conceitual, há vários pontos que merecem aperfeiçoamento durante sua discussão no Congresso Nacional e que serão objeto do capítulo seguinte deste parecer.

Por este motivo, considerando a insustentável situação de enorme insegurança jurídica atualmente vigente em que a matéria vem sendo, na prática, regulada por súmula do TST, sem qualquer amparo legal, o PL nº 4.330/04, tal como aprovado pela Câmara, representa inegável avanço frente à situação atual, tanto para as empresas como para os trabalhadores terceirizados.

Contudo, o texto pode ainda ser aperfeiçoado em alguns pontos específicos, conforme se verá a seguir.

#### 4 – PL Nº 4.330/04 – ASPECTOS ESPECÍFICOS

##### *4.1 – Quarentena (art. 2º, § 2º, inciso III, do PL nº 4.330/04)*

O PL proíbe a terceirização quando a pessoa jurídica contratada cujos titulares ou sócios nos últimos 12 meses tenham prestado serviços à contratante na qualidade de empregados ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se referidos titulares sejam aposentados.

Claramente, a vedação tenta coibir a chamada “pejotização” e desincentivar que uma empresa contrate ex-funcionários como PJ.

Contudo, a contratação de empresas abertas por ex-funcionários nem sempre é uma pejotização. Ao contrário, muitas vezes um empregado qualificado em determinado assunto vislumbra uma oportunidade no mercado e decide abrir uma empresa especializada em determinada atividade, para um nicho de mercado. E um de seus potenciais clientes será, evidentemente, sua ex-empregadora.

Para coibir a chamada pejotização, basta a previsão constante do inciso I, imediatamente anterior, que proíbe a contratação de pessoa jurídica cujos sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade. Em outras palavras, caso se configurem os elementos do vínculo empregatício, a terceirização será ilícita. Assim, desnecessário o período de quarentena previsto no PL.

Na verdade, transparece claramente aqui que o PL nº 4.330/04 não teve em mente empresas *start-ups* especializadas e inovadoras, preocupando-se apenas com aquelas cujo escopo será atender à necessidade de mão de obra de outras.

##### *4.2 – Responsabilidade solidária da tomadora dos serviços (contratante)*

O Projeto de Lei (art. 14 do PL nº 4.330/04) adota a regra da responsabilidade solidária da tomadora dos serviços (contratante), pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa contratada, no tocante aos trabalhadores envolvidos na prestação de serviços (art. 10º do PL nº 4.330/04), salvo se a contratante fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada, quando então a responsabilidade passa a ser subsidiária.

## DOCTRINA

Trata-se de medida salutar, que incentiva a empresa contratante a zelar pelo cumprimento, pela empresa contratada, da legislação trabalhista e pelo pagamento dos valores devidos a seus trabalhadores.

Não há por que se estabelecer, como querem alguns, a responsabilidade solidária em qualquer situação. É mais justo e não traz qualquer prejuízo aos trabalhadores que, em primeiro lugar, seja cobrada a empregadora e, havendo o inadimplemento, aí sim a empresa contratante seja chamada à responsabilidade.

### *4.3 – Definição de empresa prestadora de serviços e seus requisitos (art. 2º, III, do PL nº 4.330/04)*

O texto original do PL restringia seu campo de incidência ao contrato de prestação de serviços e as relações de trabalho dele decorrentes, aos contratos em que o prestador de serviços fosse “sociedade empresária que contrate empregados ou subcontrate outra empresa para a execução do serviço”.

Felizmente, tal regra foi abandonada. Não há mesmo razão para que apenas as sociedades empresárias possam atuar como prestadoras de serviços terceirizados. Também sociedades simples costumam ser contratadas para a prestação de serviços terceirizados. Exemplos disso são as sociedades de advogados contratadas em regime de partido para assessoria jurídica a uma empresa, ou contadores autônomos contratados para cuidar da contabilidade de empresas.

Contudo, de forma contraditória, o art. 6º, III, do PL nº 4.330/04 acabou mantendo a exigência de apresentação, pela empresa contratada, do “registro na Junta Comercial”. Ora, tal registro, em regra, é exclusividade de sociedades empresárias. As sociedades não empresárias são registradas em cartórios de títulos e documentos, e as de profissionais liberais em seus conselhos profissionais (ex.: OAB). Provavelmente, trata-se de um esquecimento, devendo esse item ser adequado oportunamente.

Outro requisito inicialmente previsto, mas que acabou abandonado na redação final, era o capital social mínimo, o qual seria crescente conforme o número de empregados da contratada. A exigência de capital mínimo provavelmente buscava evitar o surgimento de empresas de fachada e a chamada pejetização (constituição de microempresas exclusivamente para a prestação de serviços sem encargos trabalhistas).

Contudo, esse tipo de critério pouco ou nada protege os trabalhadores. Se fixados em níveis baixos, o requisito torna-se praticamente inócuo para tal finalidade; caso sejam elevados, acabar-se-ia por desvirtuar o próprio instituto, impedindo a contratação de pequenas empresas altamente especializadas e efi-

cientes, inclusive empresas recém-constituídas por profissionais recém-egressos das universidades com espírito empreendedor (*start-ups*).

Para proteger o trabalhador de eventual inadimplência de sua empregadora, foi instituído um depósito em garantia (art. 5º, III, do PL nº 4.330/04). Lembre-se que já há a previsão da responsabilidade solidária da empresa contratante. Assim, a exigência de capital mínimo era mesmo arbitrária e inócua, pelo que correta sua supressão.

#### *4.4 – Vedação de cláusula de proibição de contratação do trabalhador pela empresa contratante*

O PL proíbe que os contratos de terceirização proíbam a contratação, pela empresa contratante, de empregado da empresa contratada (art. 5º, § 3º, do PL nº 4.330/04). Trata-se da chamada cláusula de *non-soliciting* ou não contratação, que o PL considera “nula de pleno direito”.

Este dispositivo é um grave erro e, mais uma vez, revela uma visão ultrapassada do fenômeno da terceirização. O modelo ideal da terceirização é que seja focado em atividades altamente especializadas, nas quais a empresa terceirizada detenha um *know-how* de alta *performance*. Assim, absolutamente legítimo que a empresa contratada (terceirizada) procure proteger-se contra o assédio a seus colaboradores pela empresa contratante.

A empresa terceirizada muitas vezes dá a seus trabalhadores um treinamento altamente técnico e especializado, pelo que, sem uma cláusula de *non-soliciting*, haverá um claro desincentivo ao investimento no treinamento e qualificação dos trabalhadores.

Assim, esse parágrafo merece ser suprimido.

#### *4.5 – Outras responsabilidades das empresas contratantes*

Além da responsabilidade solidária (ou subsidiária, conforme o caso), o Projeto de Lei prevê outras obrigações e responsabilidades para as empresas contratantes. São garantidas aos trabalhadores terceirizados as mesmas condições de higiene, segurança, salubridade, atendimento ambulatorial, transporte e alimentação disponibilizadas aos empregados da contratante (arts. 12 e 13, ambos do PL nº 4.330/04).

A empresa contratante deverá também observar o mesmo regime já estipulado pelo art. 31 da Lei nº 8.212/91, retendo na fonte 11% do valor bruto da nota fiscal, a título de contribuições previdenciárias (art. 17 do PL nº 4.330/04).

## DOCTRINA

Com isso, busca-se minimizar o risco de problemas com os recolhimentos previdenciários dos trabalhadores e prejuízos à Previdência Social.

São disposições salutares, que devem ser mantidas.

### *4.6 – Comunicações aos sindicatos e enquadramento sindical*

O art. 7º do PL nº 4.330/04 impõe a obrigação de comunicação, pela empresa contratante, ao sindicato da respectiva categoria profissional, o(s) setor(es) envolvido(s) no contrato de serviços terceirizados.

Caso a empresa terceirizada seja da mesma atividade econômica da contratante, os trabalhadores envolvidos serão representados pelo mesmo sindicato dos empregados da contratante, sendo-lhe aplicáveis as respectivas convenções e acordos coletivos.

A medida poderá gerar algumas dúvidas, quando as atividades tenham uma natureza mais especializada que aquelas desenvolvidas pela empresa contratante.

Novamente aqui o Projeto de Lei parece ter em mente apenas um tipo de terceirização, a saber, aquele em que o trabalhador atua com exclusividade e nas dependências da empresa contratante.

### *4.7 – Empresas estatais*

Durante as discussões na Câmara dos Deputados, aprovou-se dispositivo (art. 1º, § 2º, do PL nº 4.330/04) que exclui as empresas estatais do âmbito de incidência da nova regulamentação.

Tal medida, em que pese possa prejudicar a eficiência na gestão dessas empresas, tenta preservar a obrigação legal de concurso público para a contratação de empregados – evitando que tal regra seja contornada através da terceirização – e dificulta a interferência política sobre os trabalhadores dessas empresas.

Contudo, novamente aqui o Projeto de Lei parece ter em mente apenas um tipo de terceirização, a saber, aquele em que o trabalhador atua com exclusividade e nas dependências da empresa contratante. Seria conveniente que fosse criado um novo dispositivo, que incluísse a contratação de serviços terceirizados pelas empresas estatais, desde que voltados para atividades especializadas.

## 5 – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que:

## DOUTRINA

a) a ausência de regulamentação sobre a terceirização é fonte geradora de enorme insegurança jurídica para empresas e trabalhadores;

b) é urgente a regulamentação do assunto através de lei federal;

c) o PL nº 4.330/04, com as emendas sofridas durante as discussões ocorridas na Câmara dos Deputados, acolhe a terceirização de forma ampla, admitindo inclusive aquele voltado para a mera transferência da condição de empregador para empresas prestadoras de serviços, sem que isso esteja necessariamente relacionado à maior especialização ou eficiência da atividade; e

d) não obstante, o texto, tal como aprovado na Câmara dos Deputados e remetido ao Senado, representa um avanço e uma melhoria em comparação com a situação atual, tanto para empresas como para trabalhadores terceirizados, que passaram a contar com proteção legal em vários aspectos.

