

Revista Eletrônica
do Tribunal Regional
do Trabalho da Bahia



Ano VI | nº 8 | Janeiro 2017

REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA BAHIA
Ano VI, número 8, janeiro de 2017

PRESIDENTE:

Desembargadora Maria Adna Aguiar do Nascimento

VICE-PRESIDENTE:

Desembargadora Maria de Lourdes Linhares

CORREGEDOR REGIONAL:

Desembargador Esequias Pereira de Oliveira

VICE-CORREGEDORA REGIONAL:

Desembargadora Nélia de Oliveira Neves

DIRETOR DA ESCOLA JUDICIAL:

Desembargador Norberto Frerichs

CONSELHO EDITORIAL:

Ministro Cláudio Brandão

Desembargador Edilton Meireles de Oliveira Santos

Juíza Andréa Presas Rocha

Juiz Luciano Dórea Martinez Carreiro

Juiz Murilo Carvalho Sampaio Oliveira

Juíza Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

Juiz Aloisio Cristovam dos Santos Júnior

Juíza Maria da Graça Antunes Varela

Juiz Guilherme Guimarães Ludwig

EDITOR GERENTE:

Juiz Murilo Carvalho Sampaio Oliveira

ORGANIZAÇÃO:

Ana Lúcia Aragão

Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia / Tribunal
Regional do Trabalho da 5ª Região. Escola Judicial. - Ano 1, n. 1
(dez. 2012-).- Salvador, 2012-

Ano 6, n. 8, jan. 2017 (online). Acesso: <http://escolajudicial.trt5.jus.br/revista-eletronica-edicao-atual>

Semestral

Título anterior: Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT5.

ISSN 2317-9155

1. Direito do trabalho. 2. Processo trabalhista. 3. Jurisprudência trabalhista –
Brasil. 4. Justiça do Trabalho - Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho
(5. Região)

CDU 34:331(81)(05)

REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA BAHIA

Ano VI, número 8, janeiro de 2017

Apresentação

O Tribunal Regional do Trabalho, por meio da Escola Judicial, lança mais uma edição da sua Revista Eletrônica, com 25 textos acadêmicos selecionados pelo Conselho Editorial, de acordo com os critérios do edital, dentre muitos outros que nos foram encaminhados.

A revista contempla uma gama variada de temas ligados à área trabalhista, a exemplo dos efeitos do CPC na esfera do direito processual do trabalho, temas afetos aos direitos fundamentais e relação de emprego, dumping social, terceirização, o trabalho do oficial de justiça, conciliação e vínculo empregatício de médicos.

Algumas mudanças foram implementadas na revista, a exemplo da criação da figura do editor gerente, bem como inaugura a seção “jurisprudência comentada”. Pretende-se, assim, obter maior qualificação para a revista, ampliando sua atuação e reconhecimento no meio acadêmico.

No espaço dedicado à prosa e poesia dos magistrados e servidores do TRT, seremos brindados, nesta edição, com a poesia do magistrado Marcelo Prata.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Maria Adna Aguiar

Desembargadora Presidente do TRT5

REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA BAHIA

Ano VI, número 8, janeiro de 2017

Na celebração dos seis anos de existência, a Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (Bahia) segue sua trajetória de periódico eletrônico especializado na área trabalhista no âmbito nordestino. Esta oitava edição, fácil e gratuitamente acessível na internet, colabora nos debates mais atuais e polêmicos do juslaboralismo nacional, seja em termos de direito material do trabalho, seja em termos de direito processual.

Seu primeiro desafio é tentar repetir o sucesso da edição anterior. Provavelmente, o êxito da sétima edição foi resultado do ineditismo no plano nordestino e da raridade no plano nacional de uma revista eletrônica trabalhista com a temática exclusiva dos impactos do CPC/2015 à Justiça do Trabalho.

Na atual e maior edição, são vinte e cinco artigos e uma jurisprudência comentada, selecionados dentre os muitos textos recebidos para exame. Vale o registro que os artigos foram avaliados e aprovados pelo Conselho Editorial nos termos do edital, cabendo o agradecimento especial aos valorosos colaboradores Andréa Presas, Guilherme Ludwig, Maria da Graça Antunes Varela, Silvia Isabelle e Aloísio Cristovam, bem como ao incansável labor da servidora chefe da Escola Judicial, Ana Aragão.

Logicamente que os textos sobre os efeitos do CPC vigente na área trabalhista ainda predominam, mas os temas de direitos fundamentais e relação de emprego, dumping social, terceirização, o trabalho do oficial de justiça, conciliação e vínculo empregatício de médicos são bem trabalhados nos textos publicados.

No período vindouro, espera-se prosseguir na qualificação acadêmica desta revista eletrônica, reforçando sua tradição no âmbito nacional. Para isso, algumas mudanças já aconteceram (novo layout, nova página, criação da figura do editor, dentre outras) e outras acontecerão na direção de implantar o Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER) e alcançar o selo QUALIS da Fundação CAPES do Ministério da Educação.

Oxalá que tal horizonte de projetos seja logo a realidade do amanhã.

Salvador, dezembro de 2016.

Murilo C. S. Oliveira
Editor Gerente da Revista

Sumário

Sessão Verve Literária.....8

Artigos

Marchandage e trabalho temporário: a perda de uma chance de protagonismo pelo direito do trabalho

Aldacy Rachid Coutinho.....9

Violações a direitos fundamentais na aplicação da regra geral de competência territorial no processo do trabalho

Andrea Marques Silva.....27

Súmula 26 do TRT da 5ª Região. A necessidade de enfrentamento do entendimento do STF

Antônio Souza Lemos Júnior.....52

A aplicação do regime jurídico especial da fraude à exceção fiscal no processo do trabalho

Ben-Hur Silveira Claus e Júlio César Bebber.....64

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o direito processual do trabalho

Ben-Hur Silveira Claus.....95

Atribuições do oficial de justiça do trabalho à luz da nova sistemática processual

Dino David Correia Santos.....127

Teletrabalho: conceito, aspectos jurídicos e proposições

Fernanda Caribé Seixas.....141

Hora extraordinária noturna in itinere

Geovane de Assis Batista.....157

Terceirização – Análise da estrutura desta relação triangular de trabalho e busca de soluções para utilização sem violação de direitos laborais

Gilberto Rodrigues Martins.....174

Novo código de processo civil e desconsideração da personalidade jurídica: impactos no processo do trabalho

Guilherme Guimarães Feliciano.....190

Os honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho e o Novo Código de Processo Civil	
<i>José Arnaldo Oliveira</i>	206
Trabalho médico: personalidade jurídica, cooperativismo e fraude	
<i>Juliana Botelho Huff</i>	214
<i>Dumping Social nas relações de trabalho: a insuficiência do modelo de reparação individual e a busca por um novo viés coletivo de resolução de conflitos</i>	
<i>Juliana Oliveira de Abreu</i>	239
Incidente de assunção de competência e o processo do trabalho	
<i>Leonardo Carneiro da Cunha</i>	257
A Resolução nº203/2016 do Tribunal Superior do Trabalho e o Art. 805 do Novo Código de Processo Civil: incompatibilidade ao processo do trabalho de acordo com a Constituição de 1988	
<i>Manoel Jorge e Silva Neto</i>	272
O Incidente de descon sideração da personalidade jurídica no CPC de 2015 e seus reflexos no processo de execução trabalhista	
<i>Marcelo Rodrigues Prata</i>	279
O contrato de trabalho e o direito ao equilíbrio econômico-financeiro à luz da Emenda Constitucional 45	
<i>Marcus Menezes Barberino Mendes</i>	293
Aqui todo o cuidado é pouco! A renúncia e a transação nas conciliações dos dissídios individuais da Justiça do Trabalho.	
<i>Moacyr Araújo Côrtes</i>	302
Negócios processuais: aplicação ao processo do trabalho – análise principiológica	
<i>Rafaella Souza Oliveira Costa</i>	315
O Processo Judicial eletrônico e o “ <i>Jus Postulandi</i> ” na Justiça do Trabalho	
<i>Renato de Souza Cardel</i>	334
A inclusão das pessoas com deficiência intelectual – síndrome de down – no mercado de trabalho	
<i>Sheila Gomes dos Santos</i>	348
Eficácia dos direitos fundamentais sociais e das liberdades sociais	
<i>Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale</i>	367
Ensaio sobre a cegueira: cumulação dos adicionais de salário e proteção à saúde do trabalhador	
<i>Valdete Severo</i>	389

<i>Dumping</i> Social no direito do trabalho contemporâneo	
<i>Victor Emílio Feital Soares</i>	406
O Princípio da norma mais favorável e o prazo prescricional da pretensão relativa aos depósitos do FGTS	
<i>Vinícius Lantyer Oliveira Esquivel</i>	420
Jurisprudência Comentada.....	436

ALÉTHEIA

Marcelo Rodrigues Prata¹

Caminho pelas ruas enquanto olhares me perseguem
Será o véu que os incomoda?
Retirá-lo é uma opção?
Talvez, mas qual o véu deve ser levantado?
Pertencço a uma Gente e a uma Fé,
Não posso arrancá-lo sem perder minha Identidade.
A Loucura está em todos nós, não se lhe combate com
Mais Insensatez.
Salve a Loucura Santa de FRANCISCO DE ASSIS, VAN GOGH
e AMY WINEHOUSE !
Que venham em sua Divina Dança aos intolerantes
Desvelar.

¹ Juiz Titular da 29ª Vara do Trabalho de Salvador. Mestre em Direito pela PUC/SP. Aprovado no Curso de Especialização em Processo – Pós-Graduação “Lato Sensu”, promovido pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Graduado em Direito pela UCSAL. Professor do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Faculdade Farias Brito. Autor de diversos artigos e livros.

***Marchandage* e trabalho temporário: a perda de uma chance de protagonismo pelo Direito do Trabalho**

*Aldacy Rachid Coutinho*¹

As razões para a adoção do modelo regulatório do trabalho temporário são idênticas às desde sempre apresentadas para propositura de mudanças legislativas no âmbito das relações de trabalho subordinado. Variam em um espectro que segue desde uma pretensão de renovação completa na Consolidação das Leis do Trabalho até a incorporação de medidas pontuais que, uma vez adotadas, vão minando pouco a pouco a integridade e a unidade do sistema jurídico trabalhista, acarretando por um lado a incidência do fenômeno da fragmentação das relações jurídicas e, de outra parte, rompendo critérios tradicionais de fixação de condicionantes jurídicos, tais como o tempo de vigência e execução do contrato de trabalho para a extensão quantitativa das férias (hipótese do contrato por tempo parcial). As justificativas deduzidas para a propositura do Projeto e os fundamentos para a aprovação da regulamentação da terceirização (PL 4330/2004 – PLC 30/2015) não fogem à regra.

Um olhar sobre o passado, no que representou a posição da doutrina jurídico-laboral a partir das publicações nos cinco anos que se seguiram à adoção da lei do trabalho temporário (1973-1977) e o silêncio legislativo em torno de regras proibitivas expressas de *marchandage*, bem como uma mirada em outras realidades contemporâneas como medidas de *insourcing* propostas, particularmente nos Estados Unidos da América, podem auxiliar na tomada de consciência crítica de como se está a demandar, outra vez mais, uma cumplicidade indevida por parte do Direito do Trabalho, que, ao invés de assumir seu papel de protagonista na construção de uma efetiva cidadania trabalhadora, acaba tendo que se debater em torno de lutas pela preservação do mínimo civilizatório conquistado aos trabalhadores.

O Direito do Trabalho é instado a oferecer respostas, assegurar soluções para aspectos concretos da realidade (quase sempre perversa) econômica, em decorrência sobretudo de um mecanismo de projeção, segundo o qual seria exatamente esse ramo do direito o responsável por atravancar o aprimoramento de regras jurídicas que pautam a ação econômica voltada à mais ampla liberdade no mercado, por conta, de um lado, de seu extremado rigor na imperatividade de suas normas e, de outro, no tratamento de indisponibilidade de direitos, ou seja, ambos reveladores de um (dito) inconsistente protecionismo que se apresentaria como inadequado às demandas atuais das formas de gestão (reestruturação produtiva) e à crise do capitalismo.

¹ Mestre e Doutora. Professora Associada da Universidade Federal do Paraná. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Trabalho Vivo.

Além disso, alega-se que o excessivo ‘custo Brasil’² dificultaria a concorrência em um mercado globalizado, elevando os preços das mercadorias, bem como gerando situações de desemprego, que acarretam o enfrentamento da dificuldade de (re)inserção no emprego. Demanda-se do Direito do Trabalho não somente maior flexibilidade, como alternativas de opção na adoção de marcos regulatórios que sejam mais convenientes para cada específica situação de trabalho.

Desta forma, toda e qualquer proposta de mudança legislativa vem acompanhada da marca de um suposto aprimoramento evolutivo, mas que representa tão só avanço nos traços de precarização, mediante aberturas de incentivo para os agentes econômicos: o contrato de trabalho a prazo determinado da Lei 9.601/98 reduz custos trabalhistas; o contrato a tempo parcial previsto no art. 58-A da CLT³ que retoricamente se posiciona em favor da empregabilidade de segmentos vulneráveis como mulheres e estudantes, mas, no fim e ao cabo, abre espaço para redução de direitos como a extensão do número de dias de férias; um período de alargamento temporal iniciado dentro do regime de compensação da jornada, a partir da Lei 9.601/98, altera a redação do art. 59 da CLT para fazer incluir o lapso de 120 (cento e vinte) dias e, posteriormente, com o banco de horas que determina a compensação no prazo de um ano, por meio de reedições de Medidas Provisórias, desde a primeira, MP 1.709, de 6 de agosto de 1998, até a última, MP 2.161-41, de 24 de agosto de 2001. É de lembrar-se, ainda, da suspensão do contrato de trabalho prevista no art. 476-A da CLT, incluída pela Medida Provisória – MP 2.161-41, de 24 de agosto de 2001, durante um período de dois cinco meses para garantia de capacitação diante de contingências negativas financeiras das empresas que gravitam diante da necessidade de *downsizing*, dentre tantas. Todas as mudanças atendem pretensões de maleabilidade regulatória da força de trabalho por necessidades de interesse do capital diante de fluxos instáveis da demanda por bens e serviços no mercado.

Vozes não bradam, nem ecoam, pretendendo, por exemplo, alterar dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho que fazem referência à Segurança Nacional, quase todos inseridos ao tempo da ditadura civil-militar.⁴

Mas, atualmente, são sobretudo as pressões para externalização da produção vinculadas à regulamentação e ampliação da terceirização⁵ para toda e qualquer atividade que pautam as articulações políticas, embora igualmente fomentem mobilizações sociais de resistência.

O que se não compreende ou não se quer compreender, é a própria realidade do sistema econômico capitalista. O sistema capitalista é um dado histórico e temporalmente determinado,

² O custo Brasil é apontado por José Pastore e disseminado como sendo da ordem de 101,99%; o percentual, todavia, é contestado por diversos juslaboralistas e, por todos, Arnaldo Sussekind, que aponta 55,71%. Ver SUSSEKIND, Arnaldo. História e perspectivas da Justiça do Trabalho. *Rev. TST*, Brasília, vol. 67, n. 94, out/dez, 2001. p.15-27.

³ Inserido por força da Medida Provisória 2.161-41, de 24 de agosto de 2001.

⁴ Art. 311, “c”; art. 472 [...] § 3º; art. 482, parágrafo único; art. 528; art. 910.

⁵ Para as manifestações críticas e contrárias, por todos, ver <http://blogdaboitempo.com.br/dossies-tematicos/dossie-terceirizacao/> Acesso em 25ago2015; especialmente VIANA, Márcio Túlio. O que é a terceirização? Disponível em <http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/01/o-que-e-a-terceirizacao/> Acesso em 25ago2015

embora tenda a ser identificado em um processo de naturalização como eterno. A exploração do trabalho com a extração da mais-valia é condição necessária para a manutenção do sistema. Não haverá capitalismo sem luta de classes, sem interesses antagônicos (conflito) entre capital e trabalho, sem trabalho produtivo, sem trabalho vivo e morto, sem trabalho alienado, sem trabalho não pago, sem trabalho assalariado. E somente se adotarmos um olhar ingênuo, sonharmos com uma utopia ou se abandonarmos qualquer possibilidade de se manter uma visão crítica em torno da manipulação retórica ideológica que a envolve, é que o prognóstico de uma sociedade do conhecimento, em uma sociedade sem empregos ou uma sociedade constituída apenas por empreendedores, se fará realidade.

O capitalismo é divisão de proprietários e não proprietários, capital e trabalho. E trabalho é força de trabalho, capacidade de trabalhar, disponibilidade do tempo socialmente necessário que tem um preço ditado no mercado enquanto valor de troca: trabalho é mercadoria.

Para Karl Marx, a mercadoria é o que é produzido para satisfazer as necessidades humanas, de subsistência ou da fantasia (necessidade e desejo), direta (meio de subsistência) ou indiretamente (meio de produção), sendo produzido para obtenção de lucro. O que se vende, por meio de um contrato de trabalho, não é a atividade em si, nem o resultado dela, mas a força de trabalho, assim entendida como sendo a capacidade, a habilidade de uma pessoa em trabalhar e produzir mercadorias. Essa força de trabalho é, em si, considerada uma mercadoria, com valor de troca, comprada e vendida no mercado de trabalho. É o que o capitalista precisa para obter lucro: comprando uma mercadoria (força de trabalho) que possa criar um valor maior do que o seu próprio valor; com a teoria da exploração, explica-se a força de trabalho, o trabalho produtivo, a mercadoria, extração da mais-valia, a obtenção do lucro. Eis a lógica do capitalismo:

[...] El trabajo como proceso consiste en las energías de inteligencia de una persona comprometida en la producción. Como mercancía, el trabajo consiste de un objeto producido para su venta, es decir, 'la fuerza de trabajo' o capacidad de trabajo de un obrero. El precio normal de mercado de la mercancía fuerza de trabajo es un salario que permite que la mercancía sea producida regularmente; es decir, un salario suficiente como para permitir al trabajador que posee y vende su capacidad de trabajar en el mercado comprar un nivel de vida convencional.⁶

Quando o Direito do Trabalho pauta seu sistema em um princípio protetivo, na rejeição do trabalho como mercadoria, tomado como mito fundante, ou seja, aquele motivo conceitual a partir do qual a cadeia semântica se estabelece, pauta como “uma fala despolitizada”⁷ um limite ao capitalismo. Não nega que economicamente trabalho não seja mercadoria, mas nega a possibilidade da redução do trabalho a mera mercadoria, no sentido de tomar as questões econômicas como suficientes para juridicização. É o Direito impondo limites ao econômico, para não fazer desaparecer (ou aniquilar) a pessoa trabalhadora.

⁶ HEILBRONER, Robert L. *Natureza y logica del capitalismo*. Ciudad de Mexico: Siglo Veintiuno, 1989. p. 63.

⁷ “A função do mito é evacuar o real. [...] O mito não nega as coisas; a sua função é, pelo contrário, falar delas; simplesmente purifica-as, inocenta-as, fundamenta-as em natureza e eternidade”. Mito é uma fala despolitizada, transformando uma intenção histórica em natureza, uma contingência em eternidade. Eis a definição semiológica do mito na sociedade burguesa dada por Roland Barthes. BARTHES, Roland. *Mitologias*. 5. ed. São Paulo: Difel, 1982. p. 163.

Certo que a própria construção de um Direito do Trabalho, por ficção, necessitou separar o sujeito trabalhador de sua força de trabalho (sujeito e objeto da contratualidade laboral) para permitir operações econômicas pela via contratual, superando o modelo escravocrata e assegurando juridicamente a exploração do homem pelo homem.

Resta, porém, sempre uma questão ética envolvida: qual o limite da exploração do trabalho quando ainda se tem capitalismo? Ou seja, no cerne do debate está o questionamento sobre a licitude de se ter como objeto social de uma empresa não a produção, agroeconômica ou industrial, nem a realização de serviços, mas a obtenção de lucro com a venda da força de trabalho/mercadoria por uma empresa que não realiza nenhum processo produtivo, pura e simplesmente obtêm lucro com a intermediação na venda da força de trabalho para que seja a força de trabalho/mercadoria empregada por outra empresa (cliente) como elemento da sua produção:

Ela estaria, realmente, locupletando-se do esforço alheio, o que é forma de enriquecimento ilícito; fazendo do trabalho mercadoria, o que tem sido repudiado desde o Tratado de Versalhes, nos idos de 1919.⁸

Como ponderou Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena,

Tão ingrata é a missão de leis dessa natureza que, quase sempre e indiscriminadamente, importam em **desvio** e até mesmo **inversão** de tutela da relação de trabalho.⁹

12

Para superar e afastar a identificação do contrato como *marchandage*, tomou-se o objeto do contrato como sendo uma modalidade de “cessão de mão de obra”, pontuando-se que o “critério de fixação da espécie de contrato fundado no decurso do tempo, se o seu objeto é a prestação de um serviço, não se explica senão como uma manifestação de política legislativa”.¹⁰ Tal manipulação é exitosa se compreendermos que o escopo, afinal, é mascarar o que se não quer revelar:

O que se verifica, com a jurisdicização da cessão de mão-de-obra, é que passou ela a constituir o objeto de uma relação jurídica entre duas empresas, que sobre ela transacionam e de que uma das contratantes, a cedente ou locadora ou empresa temporária, auferem um lucro, via de regra, resultante da diferença entre os quantitativos pagos a título de obrigações sociais e o preço global cobrado à empresa cliente ou ‘tomadora’. Nisso identificam-se as relações entre elas estabelecidas com a chamada **marchandage** [...] ¹¹

Não se pode negar que é, indiscutivelmente, *marchandage*.

⁸ LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 285.

⁹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Trabalho temporário: natureza jurídica e equacionamento. *Revista LTr*, São Paulo, an.38, jan.74, p. 904.

¹⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Trabalho temporário: natureza jurídica e equacionamento. *Revista LTr*, São Paulo, an.38, jan.74, p. 904.

¹¹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Trabalho temporário: natureza jurídica e equacionamento. *Revista LTr*, São Paulo, an.38, jan.74, p. 905.

A *marchandage* esteve presente durante o século XIX, quando algumas pessoas se posicionavam como intermediadoras de mão de obra ou *sous-entrepreneurs ouvriers*, para revender o trabalho como mercadoria, visando à obtenção de lucro com a atividade. Eram então denominados como *marchandeurs* ou *tâcherons*. O rechaço de tomar o trabalho como sendo objeto de ato de comércio, aliado às constatações das péssimas condições de trabalho a que os empregados se submetiam, levou à tomada de consciência e à aspiração de “*notre bon droit: la loi et l’humanité sont pour tous*” que fez emergir a questão social. A luta dos trabalhadores deixa de ser uma questão de polícia, passando a ser reconhecido como um legítimo reclamo de vida e de direitos e, entre eles, o direito a viver do seu trabalho.

A edição do Decreto, em 24 de março de 1848, aboliu a *marchandage*, pois a “*l’exploitation des ouvriers par les sous-entrepreneurs ouvriers, dits marchandeurs ou tâcherons, est essentiellement injuste, vexatoire et contraire aux principes de fraternité*”,¹² tendo se constituído como uma medida enérgica que funda a base do Direito do Trabalho até os dias atuais, mediante intervenção do Estado nas relações jurídicas. Assim previu:

Sont donc pros crites toutes les formules de recrutement et de placement d’ouvriers ‘via’ des intermédiaires de motivation lucrative, à l’exception de celles animées du seul souci d’organisation des solidarités telles l’association de production ou la commandite [...]¹³

Adquire um sentido ainda mais restritivo fixado na jurisprudência a partir de 1901, como “*exploitation des ouvriers au moyen de ce marchandage*”.

13

O Código do Trabalho francês mantém a proibição da *marchandage*, no Livro II – “*Lutte contre le travail illégal*”,¹⁴ Título III – “*Marchandage*”, em seu artigo L8231-1 até os dias atuais, com o seguinte texto:

Le marchandage, défini comme toute opération à but lucratif de fourniture de main-d’œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu’elle concerne ou d’éluder l’application de dispositions légales ou de stipulations d’une convention ou d’un accord collectif de travail, est interdit.

O Tratado de Versalhes – Tratado de Paz entre os aliados e Potências Associadas e a Alemanha – assinado em 29 de junho de 1919 e igualmente em vigor desde 10 de janeiro de 1920, ao pôr um fim à Primeira Guerra Mundial, cria a Sociedade das Nações e, particularmente, em sua parte XIII, elenca dentro os princípios do *Bureau International du Travail*:

¹² LE GOFF, Jacques. *Du silence à la parole: une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2004. p. 107.

¹³ LE GOFF, Jacques. *Du silence à la parole: une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2004. p. 107.

¹⁴ Segundo o Código do Trabalho francês (Article L8211-1 – modifié par la Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 – art. 20 (V)) “Sont constitutives de travail illégal, dans les conditions prévues par le présent livre, les infractions suivantes: 1° Travail dissimulé; 2° Marchandage; 3° Prêt illicite de main-d’œuvre; 4° Emploi d’étranger sans titre de travail; 5° Cumuls irréguliers d’emplois; 6° Fraude ou fausse déclaration prévue aux articles L. 5124-1 et L. 5429-1. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050> Acesso em 25ago2015

Section II – Principes Généraux

Article 427

[...] Parmi ces méthodes et principes, les suivants paraissent aux Hautes Parties Contractantes être d'une importance particulière et urgente:

*Le principe dirigeant ci-dessus énoncé que **le travail ne doit être considéré simplement comme une marchandise ou un article de commerce.***¹⁵ (g.n.)

Em 1944, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adota a Declaração da Filadélfia (10 de maio de 1944) relativa aos seus fins e objetivos, bem como reafirma princípios que devem inspirar a política dos seus Membros e, desde logo, I, “a”, na sustentação do Direito do Trabalho, estatui que o trabalho não é uma mercadoria.

Não há quem não rejeite a *marchandage* como exploração ilícita do trabalho alheio, sustentada na afirmação de que trabalho não é mercadoria.¹⁶

O repúdio se fundava expressamente na transformação do trabalho humano em mercadoria, quando negociado nessa espécie de *marchandage* – esta, rigorosamente proibida em diversos países.

Mas, lá fora, como aqui, é o próprio governo que estimula o sistema, naturalmente com a mais respeitável das intenções: fomentar o desenvolvimento industrial, diminuindo, para as empresas, os ônus de uma relação de emprego direta com a mão de obra, dando como consequência o famoso *pleno emprego*, que tem levado a tantos erros os economistas sem formação jurídico-trabalhista, a ponto de, já em 1966, no Japão, existirem três milhões e seiscentos mil trabalhadores contratados através de cerca de 310 mil empresas locadoras, sem vínculo com a empresa que recebia os frutos de seu esforço pessoal.¹⁷

Com vistas a assegurar a efetividade da proibição, ressaltando a importância do bem jurídico tutelado, foi tipificado como crime o *marchandage* no Código do Trabalho francês, com pena de 2 (dois) anos e multa de 30.000 (trinta mil) euros, podendo ser elevada a 5 (cinco) anos e 75.000 (setenta e cinco mil) euros:

Article L8234-1 (Loi n°2015-990 du 6 août 2015 – art. 282)

Le fait de commettre le délit de marchandage, défini par l'article L. 8231-1, est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros.

Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 € d'amende:

1° Lorsque l'infraction est commise à l'égard de plusieurs personnes;

¹⁵ Parte XIII, do Tratado de Versalhes, de 1919. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/french/bureau/leg/download/partxiii-treaty.pdf> Acesso em 25ago2015

¹⁶ Neste sentido, veja-se, por exemplo, LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 282.

¹⁷ ALMEIDA, Isis de. *O regime de trabalho temporário*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 8.

2° Lorsque l'infraction est commise à l'égard d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur.

Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée.

La juridiction peut ordonner, à titre de peine complémentaire, la peine de confiscation dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal.

La juridiction peut prononcer, en outre, l'interdiction de sous-traiter de la main-d'oeuvre pour une durée de deux à dix ans.

Le fait de méconnaître cette interdiction soit directement ou par personne interposée, est puni d'un emprisonnement de douze mois et d'une amende de 12 000 euros.

La juridiction peut également ordonner, à titre de peine complémentaire, l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal. Lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut ordonner que cette diffusion soit opérée, pour une durée maximale de deux ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Article L8234-2 (Loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 – art. 12; Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 – art. 8)

15

Les personnes morales reconnues pénalement responsables, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, du délit de marchandage défini à l'article L. 8231-1 encourent les peines suivantes :

1° L'amende dans les conditions prévues à l'article 131-38 du code pénal;

2° Les peines mentionnées aux 1° à 5°, 8°, 9° et 12° de l'article 131-39 du même code.

L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

Lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut ordonner que la diffusion prévue au 9° du même article 131-39 soit opérée, pour une durée maximale de deux ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Article L8234-3 (LOI n°2011-672 du 16 juin 2011 – art. 88)

Le prononcé de la peine complémentaire de fermeture provisoire d'établissement mentionnée au 4° de l'article 131-39 du code pénal n'entraîne ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à l'encontre des salariés de l'établissement concerné.

Ressalta-se, ademais, a proibição do empréstimo ilícito de mão-de-obra como modalidade de *travail illégal*, assim considerado como “*Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d’œuvre est interdite*”, previsto no *Article L8241-1*, modificado recentemente pela *Ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015, art. 7*; são autorizadas, entretanto, os empréstimos com fins não lucrativos (*Article L8241-2*).¹⁸

O trabalho temporário encontra-se dentro das exceções de tal proibição,¹⁹ sendo previsto no *Code du Travail, Article L1251-1* (Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 – art. 21):

Le recours au travail temporaire a pour objet la mise à disposition temporaire d’un salarié par une entreprise de travail temporaire au bénéfice d’un client utilisateur pour l’exécution d’une mission. Chaque mission donne lieu à la conclusion: 1° D’un contrat de mise à disposition entre l’entreprise de travail temporaire et le client utilisateur, dit “entreprise utilisatrice”; 2° D’un contrat de travail, dit “contrat de mission”, entre le salarié temporaire et son employeur, l’entreprise de travail temporaire. Lorsque l’utilisateur est une personne morale

¹⁸ Dentre os requisitos para que seja autorizado: “Article L8241-2 [...] Le prêt de main-d’œuvre à but non lucratif conclu entre entreprises requiert: 1° L’accord du salarié concerné; 2° Une convention de mise à disposition entre l’entreprise prêteuse et l’entreprise utilisatrice qui en définit la durée et mentionne l’identité et la qualification du salarié concerné, ainsi que le mode de détermination des salaires, des charges sociales et des frais professionnels qui seront facturés à l’entreprise utilisatrice par l’entreprise prêteuse; 3° Un avenant au contrat de travail, signé par le salarié, précisant le travail confié dans l’entreprise utilisatrice, les horaires et le lieu d’exécution du travail, ainsi que les caractéristiques particulières du poste de travail. A l’issue de sa mise à disposition, le salarié retrouve son poste de travail ou un poste équivalent dans l’entreprise prêteuse sans que l’évolution de sa carrière ou de sa rémunération ne soit affectée par la période de prêt. Les salariés mis à disposition ont accès aux installations et moyens de transport collectifs dont bénéficient les salariés de l’entreprise utilisatrice. Un salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l’objet d’une mesure discriminatoire pour avoir refusé une proposition de mise à disposition. La mise à disposition ne peut affecter la protection dont jouit un salarié en vertu d’un mandat représentatif. Pendant la période de prêt de main-d’œuvre, le contrat de travail qui lie le salarié à l’entreprise prêteuse n’est ni rompu ni suspendu. Le salarié continue d’appartenir au personnel de l’entreprise prêteuse; il conserve le bénéfice de l’ensemble des dispositions conventionnelles dont il aurait bénéficié s’il avait exécuté son travail dans l’entreprise prêteuse. Le comité d’entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel de l’entreprise prêteuse sont consultés préalablement à la mise en œuvre d’un prêt de main-d’œuvre et informés des différentes conventions signées. Le comité d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail de l’entreprise prêteuse est informé lorsque le poste occupé dans l’entreprise utilisatrice par le salarié mis à disposition figure sur la liste de ceux présentant des risques particuliers pour la santé ou la sécurité des salariés mentionnée au second alinéa de l’article L. 4154-2. Le comité d’entreprise et le comité d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou, à défaut, les délégués du personnel de l’entreprise utilisatrice sont informés et consultés préalablement à l’accueil de salariés mis à la disposition de celle-ci dans le cadre de prêts de main-d’œuvre. L’entreprise prêteuse et le salarié peuvent convenir que le prêt de main-d’œuvre est soumis à une période probatoire au cours de laquelle il peut y être mis fin à la demande de l’une des parties. Cette période probatoire est obligatoire lorsque le prêt de main-d’œuvre entraîne la modification d’un élément essentiel du contrat de travail. La cessation du prêt de main-d’œuvre à l’initiative de l’une des parties avant la fin de la période probatoire ne peut, sauf faute grave du salarié, constituer un motif de sanction ou de licenciement.”

¹⁹ “Article L8241-1 – Toutefois, ces dispositions ne s’appliquent pas aux opérations réalisées dans le cadre: 1° Des dispositions du présent code relatives au travail temporaire, aux entreprises de travail à temps partagé et à l’exploitation d’une agence de mannequins lorsque celle-ci est exercée par une personne titulaire de la licence d’agence de mannequin; 2° Des dispositions de l’article L. 222-3 du code du sport relatives aux associations ou sociétés sportives; 3° Des dispositions des articles L. 2135-7 et L. 2135-8 du présent code relatives à la mise à disposition des salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d’employeurs mentionnées à l’article L. 2231-1. Une opération de prêt de main-d’œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l’entreprise prêteuse ne facture à l’entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l’intéressé au titre de la mise à disposition.”

de droit public, le présent chapitre s'applique, sous réserve des dispositions prévues à la section 6.

Desta forma, há sempre a possibilidade em França e, por conseguinte, um risco iminente dos contratos firmados para trabalho temporário serem tomados como trabalho ilícito ou *marchandage*, inclusive com a tipificação das condutas como ilícito penal:

Les juges veillent à ce que l'opération d'externalisation ne constitue pas un moyen, pour les chefs d'entreprise, de détourner les dispositions protectrices du droit du travail. Pour cela, ils procèdent à l'analyse des termes du contrat d'externalisation. Ce risque de requalification des contrats d'externalisation peut être limité, voire écarté en prenant le soin de rédiger les contrats au regard des principes dégagés par la jurisprudence.²⁰

Dentre os critérios apontados pela jurisprudência francesa para enquadrar como espécie de externalização, no modelo terceirização, sem que incida nas proibições de trabalho ilícito ou *marchandage* estão (i) o objeto definido do contrato como sendo a execução de uma tarefa específica, tecnicamente especializada e previamente definida no momento da pactuação do contrato; (ii) a realização do trabalho sob controle exclusivo e submissão à autoridade hierárquica da empresa de trabalho temporário, ou seja, em situações tais como na definição das atividades, da fixação de horário; (iii) a remuneração pactuada com caráter forfetário, isto é, a contraprestação não pode ser pactuada em conformidade com o número de horas de trabalho. Enfim, a externalização não pode ser, em hipótese alguma, meio de afastar a aplicação e o reconhecimento de direitos trabalhistas, gerando prejuízo aos trabalhadores, nem os trabalhadores executarem suas tarefas para o mesmo cliente (tomador) com exclusividade durante anos, ou estarem submetido às mesmas regras de cumprimento de horário que os empregados da tomadora, ou ser o tomador de serviço aquele que fornece os instrumentos de trabalho e o material para execução das tarefas.

No Brasil, não somente não há uma proibição expressa da *marchandage*, nem do trabalho ilícito, bem como as sanções previstas para tomada de trabalho (modelo de cessão de mão de obra) fora dos limites previstos na legislação do trabalho temporário, acarretam apenas efeitos patrimoniais, enquanto nulidades não cominadas (tendência à ineficácia) ou infrações de natureza administrativa. Os efeitos são projetados como custos pelas empresas e, até mesmo não raras vezes, contingenciados, acarretando impacto de pouca importância. Sem esquecer, ainda, a possibilidade da incidência da prescrição, que liberaria as empresas intermediadora e tomadora do serviço de qualquer ônus decorrente do descumprimento da legislação ou da adoção de práticas de *marchandage*.

A lei do trabalho temporário, Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1973, e seu Decreto 73.841, de 13 de março de 1974, foram medidas legislativas aprovadas nos marcos temporais da ditadura civil-militar brasileira, ao final do governo militar do General Emílio Garrastazu Médici, que instalou o mais duro e repressivo dentre os governos militares (“anos de chumbo”), pouco antes de assumir o poder o General Ernesto Geisel (15 de março de 1974). Se seguiu ao fim de um

²⁰ Disponível em http://www.mascre-heguy.com/htm/fr/conseils/conseil_externalisation_risques_pret_main_oeuvre_marchandage.htm Acesso em 25ago2015

período conhecido no Brasil como “milagre econômico”, que durou de 1969 a 1973, quando o Produto Interno Bruto crescia na base de 12% ao ano e a inflação gravitava na ordem de 18%, com investimentos internos em infraestrutura que geraram um crescimento dos níveis de emprego e realização de obras grandiosas como a Transamazônica, Ponte Rio-Niterói, Itaipu, mediante investimentos realizados com empréstimos obtidos no exterior, que geraram uma dívida externa que as gerações futuras tiveram que arcar.

Escancarada, a ditadura firmou-se. A tortura foi o seu instrumento extremo de coerção e o extermínio, o último recurso da repressão política que o Ato Institucional nº 5 libertou das amarras da legalidade. A ditadura envergonhada foi substituída por um regime a um só tempo anárquico nos quartéis e violento nas prisões. Foram os “Anos de Chumbo”. [...]

Foi o mais duro período da mais duradoura das ditaduras nacionais. Ao mesmo tempo, foi a época das alegrias da Copa do Mundo de 1970, do aparecimento da TV a cores, das inéditas taxas de crescimento econômico e de um regime de pleno emprego. Foi o Milagre Brasileiro.

O Milagre Brasileiro e os Anos de Chumbo foram simultâneos. Ambos reais, coexistiram negando-se.²¹

O exemplo brasileiro que mais recentemente ultrapassa suas fronteiras geográficas, a ponto de ser apontado como paradigma para compreender o ocidente (brasileirização do ocidente)²² marca as opções de tal política econômica no sentido de não distribuir renda, mesmo durante o período de desenvolvimento econômico. Crescimento econômico não levou, nem leva necessariamente à diminuição da desigualdade social; ao contrário, acirrou a concentração de renda das classes mais altas e, no caso, resultou de uma proposta do Ministro Delfim Neto que se disseminou e ganhou notoriedade, para quem seria preciso primeiro deixar o “bolo crescer” para depois reparti-lo.

O trabalho temporário se situa mais próximo como expressão dos Anos de Chumbo do que do Milagre Econômico. Constitui um marco de mudança na história do Direito do Trabalho de um Brasil solapado pela agruras da crise mundial do petróleo de 1973 e coincidente com demandas por mudanças flexibilizantes em decorrência da reestruturação produtiva, que passa *pari passu*, em grandes empresas, a adotar o modelo da acumulação flexível, toyotismo ou onismo.

A crise do petróleo decorreu da decisão dos países integrantes da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) de aumentar o preço do petróleo a partir de outubro de 1973 (neste ano o aumento do preço do barril de petróleo produzido no Golfo Pérsico subiu em torno de 400%) e adotar um embargo pelos países árabes às exportações para o Ocidente, sobretudo durante a guerra árabe-israelense, o que acarretou a necessidade de maior dispêndio em capital constante, não gerador de mais-valia, diminuindo a margem de lucro para manter em atividade a organização produtiva.²³ Na ordem mundial, em decorrência de períodos econômicos de es-

²¹ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 13.

²² BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalizacion*. Barcelona: Paidós, 2000.

²³ Ver RAMOS, Alexandre. *Contrato temporário de trabalho: combate ao desemprego ou redução do custo da força*

tagflação, a ideologia neoliberal ganha espaço para implementação, dentre outros, nos governos de Margareth Thatcher, em 1979, na Inglaterra; e Ronald Reagan, em 1980, nos Estados Unidos da América. Tudo conspira a favor da plena recepção da lei do trabalho temporário e uma interpretação comprometida com o capital.

Excepcionalmente se admitiu no Brasil a locação de mão de obra temporária pela Lei 6.019/73, segundo a doutrina da época, como um imperativo do desenvolvimento industrial, em face da necessidade de redução de custos, ou diante da emergência de pessoal por curta duração de tempo:

[...] e o nosso ordenamento jurídico trabalhista se enriqueceu com um diploma iniludivelmente de figurino francês.²⁴

Não há quem possa duvidar que a mão de obra, com a intervenção de terceiro – seja empresa de trabalho temporário, seja a sua similar, a fornecedora comum de serviços – fica mais cara, bem mais cara, devemos insistir.

Pode ser que se diga que fica mais cara apenas individualmente, tomando-se por base o preço do homem-hora-produção, mas que, evitando-se toda a série de operações técnico-administrativas que exige um quadro de pessoal ampliado, há ainda uma razoável diminuição de despesa, capaz de, a final, compensar e reduzir o **custo direto e indireto da mão de obra**.²⁵ (g.n.)

O Direito do Trabalho perdeu o seu espaço de protagonismo, passando desde então a ser mero sustentáculo jurídico das demandas econômicas por uma racionalidade econômica efficientista. Cedeu diante das pressões do capital, comprovado pelos sentidos produzidos de seus dispositivos.

19

Por todos, já argumentavam, então,

Justamente porque a exploração de mão-de-obra alheia, em princípio, configura atividade ilícita, é que a Lei 6.019/74 precisou ser promulgada, para reconhecer ou permitir, excepcionalmente, a locação de trabalho temporário, a fim de se atender a **necessidades transitórias que justificam a exceção**.²⁶ (g.n.)

A nova Lei do Trabalho Temporário, embora também de índole econômica, veio abrir um novo mercado para a mão de obra ociosa ou dos que têm tempo disponível, excedente do já ocupado com emprego permanente, propiciando uma fonte de receita complementar; ou utilizando o homem-hora ou o homem-dia desempregado que encontra dificuldade em obter serviço contínuo e de mais prolongada duração.

[...] foi realmente providencial a Lei n. 6.019, pois **o ônus do vínculo empregatício permanente sempre assustou as empresas**, que, de resto, também se

de trabalho? São Paulo: LTr, 1999. p. 40.

²⁴ ALMEIDA, Isis de. *O regime de trabalho temporário*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 13.

²⁵ ALMEIDA, Isis de. *O regime de trabalho temporário*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 10.

²⁶ LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 285.

preocupam legitimamente com a incidência de **despesas ociosas relativas a pessoal de reserva ou de utilização reduzida**.²⁷ (g.n.)

Trata-se de **atividade que se tornou necessária com o grande desenvolvimento industrial e comercial** e que vem atender às conveniências não só de um enorme contingente de trabalhadores, que não podem ou não se interessam por uma vinculação permanente, como aos interesses das empresas tomadoras ou clientes, que encontram, assim, pessoal especializado, já selecionado e submetido a treinamento pela empresa de trabalho temporário, para prestar-lhes bons serviços naquelas emergências, em que precisam de pessoal temporário, já em condições de substituir pessoal efetivo, ou de complementar a mão de obra permanente.²⁸ (g.n.)

[...] resulta da **complexidade da vida econômica em que empresas de grande ou médio porte**, por decorrência das próprias necessidades ou por acúmulo de obrigações fiscais de incidência periódica, **atravessam momentos em que têm acrescidos seus serviços ou atividades, passando a exigir sobre-esforço de trabalho que não pode ser atendido pelo pessoal próprio**.²⁹ (g.n.)

Como **alternativa à inflação de seu quadro** pela contratação de novos empregados, o que demandaria providências de recrutamento, seleção e adaptação, valem-se as empresas, para atender aqueles momentos de pico 'excepcionais em amplitude, mas limitados em duração', de firmas especialistas em fornecer mão de obra já qualificada.³⁰ (g.n.)

[...] sobreleva na decisão dos empregadores, o **propósito de baratear a mão-de-obra paralela, pois que não se contamina dos direitos adquiridos pelos demais empregados da empresa**, sob o fundamento, difícil de elidir, de que os encargos referentes devem ser arcados pelas fornecedoras de mão de obra às quais os adventícios se vinculam por liame empregatício.³¹ (g.n.)

20

O caráter paradigmático da lei do trabalho temporário reside, a princípio, na assunção da postura de refém do Direito do Trabalho diante do poderio econômico e das forças políticas, que acabam por impor uma pauta nos marcos regulatórios a serviço e no interesse exclusivo do capital. Não que o próprio Direito do Trabalho não seja a juridicização do sistema econômico capitalista e, no desempenho de suas inúmeras funções, se encontre inclusive a chancela pelo direito da extração da mais-valia. Afinal, esse específico Direito do Trabalho é o Direito Capitalista do Trabalho.

Mas aqui, para além do reconhecimento jurídico expresso ou desumido do poder diretivo em sentido lato do capital e da extração da mais-valia, nas ponderações da doutrina trabalhista relatada, é possível também dar-se conta da aceitação do discurso do capital e sua disseminação como um imperativo no Direito do Trabalho. Constam dos textos dos doutrinadores juslaboralistas no período pesquisado que a intermediação diz respeito a: custo direto e indireto da mão-de-obra; necessidades transitórias que justificam a exceção; necessidades

²⁷ ALMEIDA, Isis de. *O regime de trabalho temporário*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 6.

²⁸ LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 283.

²⁹ LEITE, Júlio Cesar do Prado. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 40, jul.76. p. 875.

³⁰ LEITE, Júlio Cesar do Prado. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 40, jul.76. p. 875.

³¹ LEITE, Júlio Cesar do Prado. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 40, jul.76. p. 877.

transitórias que justificam a exceção; despesas ociosas relativas a pessoal de reserva ou de utilização reduzida; atividade que se tornou necessária com o grande desenvolvimento industrial e comercial; complexidade da vida econômica em que empresas de grande ou médio porte [...] atravessam momentos em que têm acrescidos seus serviços ou atividades, passando a exigir sobre-esforço de trabalho que não pode ser atendido pelo pessoal próprio; alternativa à inflação de seu quadro; propósito de baratear a mão-e-obra paralela, pois que não se contamina dos direitos adquiridos pelos demais empregados da empresa.

O trabalho temporário, então, inaugura um processo hermenêutico mais sensível aos interesses do capital. De toda , é interessante perceber que, jungido pelo pensamento protecionista, algumas interpretações da nova lei se mantiveram inicialmente após sua edição dentro de espaços de tutela ampliada do Direito do Trabalho, o que somente foi subvertido com o fluir do tempo. Nessa esteira, Messias Pereira Donato, embora não expressamente, posiciona-se no sentido de que o contrato de trabalho temporário seria uma espécie de contrato de trabalho (contrato de trabalho com empresa de trabalho temporário) e não outro distinto contrato inaugurado:

Além de prescrever que lhe cabe contratar a remunerar, a lei nacional aduz incumbir-lhe [a empresa de trabalho temporário] assistir o trabalhador. Na verdade, essa obrigação é íncisa ao contrato de trabalho, por força do princípio de proteção do empregado.³²

Posição assente, atualmente, no sentido de que, não se tratando propriamente de um contrato de trabalho especial, mas de outro distinto contrato – contrato de trabalho temporário – não alberga princípios e regras tutelares destinadas a empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, incidindo na criação de uma “subcategoria”.

21

Quebrou-se igualmente conceitos basilares, dentre os quais o da própria empresa, tomada pelos consolidadores como o sujeito da contratualidade no art. 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, na expressão de um ente não personificado que assume os riscos da atividade. Empresa é organização de capital e trabalho; é organização dos fatores de produção e, dentre eles, matéria-prima, tecnologia, trabalho. Empresa não é a revelação exclusiva e única do capital produtivo. Como conceber, portanto, uma empresa sem um dos elementos da produção, fator trabalho, sem força de trabalho como um dos seus elementos constitutivos? A resposta foi a chancela da afastabilidade do trabalho e a não assunção de responsabilidades quanto aos riscos do negócio, o que se compraz com os interesses e valores do capital, ou seja, o reconhecimento em última instância da *marchandage*, na medida em que não há produção, senão “venda” de mão de obra como operação econômica lucrativa.

A busca por trabalhadores é ato contínuo e realizada exclusivamente para atendimento de demandas já existentes de tomadores de serviços identificados e não de tomadores eventuais que se apresentem em busca dessa mão-de-obra já vinculada à intermediadora. Empresa intermediadora sem trabalhador e sem risco, eis o resultado do processo hermenêutico dos dispositivos legais. Poderia e deveria, entretanto, ser diferente.

³² DONATO, Messias Pereira. Trabalho temporário no direito comparado. *Revista LTr*, São Paulo, an. 40, jul.76. p. 1.376.

Neste sentido, em janeiro de 1974, ao se questionar sobre a viabilidade de uma *hole Company*, concluiu Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, que os empregados (trabalhadores temporários), embora se desloquem constantemente de uma empresa tomadora de serviço para outra, cujas necessidades de mão de obra especializada mantêm-se temporárias, se fixam na empresa intermediadora com a qual estabelecem um vínculo jurídico de emprego (contrato de trabalho), pois não há empresa sem trabalho, e trabalho para os fins da empresa intermediadora de mão-de-obra não é uma eventualidade, mas uma necessidade permanente:

O que sucede, porém, é que as empresas, locadoras, as que fornecem o pessoal temporário, devem ter à mão, no momento necessário e oportuno, o prestador procurado e solicitado e, para isso, devem elas de gozar da **disponibilidade** emergente dessa mão de obra, que indicam para a empresa-cliente ou para ela destaquem a fim de prestar serviços.

Se não gozarem as empresas de trabalho temporário dessa disponibilidade de pessoal, elas certamente falharão em seus objetivos econômicos ou de mercado e não cumprirão seus fins. Deixarão a descoberto a empresa-cliente, no momento crucial da procura.

[...]

Para que se sustenha a segurança do negócio entre empresas fornecedoras e empresa cliente é indispensável, portanto, a garantia da pronta apresentação do trabalhador (qualificado ou não), que se inserirá nos quadros desta.

A circunstância de esse trabalhador passar momentos, dias, desligado da efetiva prestação de serviços não importa, pois a rede da necessidade econômica que passa a integrar, com ser recrutado e inscrito na sociedade fornecedora, cria-lhe permanente expectativa de chamada e o obriga a colocar a sua força-trabalho sempre à disposição desta sociedade.³³

Mas não foi suficiente a abertura para uma externalização de mão de obra temporária. Em menos de dois anos, após a vigência da lei que criou o trabalho temporário no âmbito das empresas urbanas, já se apontava a necessidade de sua alteração e, dentre outros aspectos, por conta da redação do art. 2º, que “[...] impõe a obrigatoriedade de contratação desse tipo de mão de obra através de organizações especializadas”.³⁴

Inúmeras eram as razões apontadas, mesmo dentre os que sustentavam a lei do trabalho temporário, porquanto se tratava de uma excepcionalidade, dada a especialização e o seu caráter transitório, para apontar de forma unânime a rejeição da “locação de mão-de-obra permanente”, embora já na década 70 do século passado indicada como de uso extensivo. Meio século mais tarde, as mesmas críticas são reproduzidas para apontar a inviabilidade da adoção de uma regulamentação jurídica da terceirização.

Dentre os fundamentos estaria em primeiro plano a burla ao espírito protecionista da lei do trabalho:

³³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. Trabalho temporário: natureza jurídica e equacionamento. *Revista LTr*, an.38, São Paulo, jan.74. p. 908-909.

³⁴ LEITE, Júlio Cesar do Prado. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 40, jul.76. p. 875.

[...] de larga aplicação entre nós, tocando inclusive a grandes empresas estatais que do sistema fizeram ou fazem extenso uso, parecem-nos, a despeito das empresas locadoras assegurarem aparentemente aos empregados todos os direitos garantidos na legislação trabalhista e previdenciária, **violam a sistemática jurídica de proteção do trabalho porque permitem, por via oblíqua, a quebra do princípio da isonomia**, ensejando que trabalhadores operando, lado a lado, na mesma ocupação e com o mesmo objetivo, recebam salários desiguais, sob pretextos de se vincularem a diversos empregadores.³⁵ (g.n.).

Apesar de não termos norma idêntica [proibição de *marchandage*] à que existe no Direito Francês, e em que pese a benevolente orientação da jurisprudência desse País, parece-nos que **a locação de mão de obra permanente é atividade implicitamente proibida pelo nosso Direito**, por contrair o sistema protecionista do Direito do Trabalho, propiciando fraude e frustração de direitos que este ramo da Ciência Jurídica assegura, ou tem em vista assegurar aos empregados.³⁶ (g.n.).

Ainda como obstáculo apontado, encontra-se a perturbação à organização sindical, pela restrição ao exercício pleno do direito sindical, bem ante a impossibilidade de fruição de benefícios assegurados aos empregados da categoria profissional da empresa tomadora de serviço pelos trabalhadores da intermediadora:

[...] frustração do importante **direito de associação sindical**, isto porque, devendo a empresa locadora de trabalho permanente possuir um corpo de pessoal diversificado e, além disso, disperso em vários setores de produção, teria empregados cujas aspirações, interesses e problemas não seriam comuns, o que lhes retiraria as condições naturais de associação, para 'estudo, defesa e coordenação dos seus interesses' (art. 511, da CLT).³⁷ (g.n.).

23

Do mesmo modo, a meta constitucional, vigente à época do direito do trabalhador à integração na empresa, era referido como elemento impeditivo para a aceitação da locação de mão-de-obra:

[...] '**a integração na vida e no desenvolvimento da empresa**, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, segundo o que for estabelecido em lei' (art. 165, inciso V, da Constituição Federal). Ora, como conseguir-se esta integração, se a empresa a quem o empregado estaria vinculado de fato não é a mesma a que estaria juridicamente vinculado? [...] se o empregado está juridicamente vinculado a uma empresa e presta serviços a outra. Não poderia ele integrar-se na vida e no desenvolvimento desta, porque não é seu empregado, nem poderia integrar-se a outra, porque dela se acha materialmente afastado.³⁸ (g.n.).

Não se pode olvidar do direito de acesso, igualmente elencado, dentre os motivos pelos quais se há de afastar qualquer medida legislativa regulatória da locação de mão de obra definitiva:

³⁵ LEITE, Júlio Cesar do Prado. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 40, jul.76. p. 876.

³⁶ LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 284.

³⁷ LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 284.

³⁸ LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 284.

Frequentemente, o empregado se inicia em uma empresa em cargos ou funções de menor importância, mas, à custa de seu esforço, de seu talento, de sua dedicação, vai galgando postos mais elevados. Não se trata propriamente de um direito, como o é no Direito Mexicano (**direito de acesso**), embora também entre nós possa a oportunidade da promoção constituir um direito, caso haja na empresa quadro de carreira aprovado pelo Ministério do Trabalho (art. 358, b, 461, parágrafo 2, da CLT; e Súmula 6, do TST). Todavia, mesmo não sendo um direito, é uma justa aspiração que o estimula para a luta e o dignifica. Teria o empregado estas mesmas condições, ou oportunidades de progresso, se prestasse serviço a um empresário e fosse empregado de outro? Aquele que teria condições de observar os seus méritos não seria o mesmo que teria poderes para promovê-lo.³⁹ (g.n.).

Enfim, por derradeiro, o argumento inafastável, comprovado pela concretude do cotidiano das lides trabalhistas, a insolvência do devedor.

Outra razão: poderia a **empresa locadora não dispor de patrimônio suficiente** para responder pelos direitos do grande número de empregados que poderia ter, espalhados por diversas empresas locatárias, pelo que estaria diminuída a garantia deles, com seu liame com a empresa locadora e não com a locatária.⁴⁰ (g.n.).

Nos últimos quarenta anos, o que se produziu, praticamente à margem das medidas legislativas (com exceção da contratação de serviços de vigilância pela Lei nº 7.102, de 20/6/1983), foram Enunciados de Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (256 e, em substituição, o 331) que tomam a realidade da externalização e da fragmentação das relações jurídicas como consumada e um imperativo da “modernização”. Mas, repisa-se, poderia e pode ser diferente.

Ocorre que, em 2012, o CEO da General Motors, nos Estados Unidos da América, decidiu incorporar 90% dos seus trabalhadores de TI ao longo de três anos, ou seja, em torno de 10.000 pessoas passariam a ser contratados diretamente. O processo, conhecido pela expressão *insourcing*, vem justificado exatamente pelos interesses do capital; nenhuma palavra em torno dos direitos assegurados ou interesses do trabalho: “*Extensive outsourcing can inhibit the ability of IT to contribute to the performance of a large company, as it places the IT function at a distance from decision-makers. ‘Bringing those jobs back inside GM means they can control the quality of the people and put them where they want them’ Parkinson said in an interview with ThomasNet News.*”⁴¹

Os mesmos argumentos de flexibilidade foram empregados para justificar, por Randy Mott, a decisão da GM: “*Mott said the reason for insourcing was to give GM the resources, tools and flexibility it needs to provide **better services and products to its global customers***”.⁴² (g.n.)

³⁹ LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 285.

⁴⁰ LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 285.

⁴¹ Disponível em <http://www.engineering.com/Blogs/tabid/3207/ArticleID/7469/GM-Pursues-IT-Insourcing-for-Better-Alignment-and-Economics.aspx> Acesso em 25ago2015.

⁴² Disponível em <http://www.computerweekly.com/news/2240169433/Could-GMs-decision-to-insource-IT-start-a-trend> Acesso em 25ago2015

É inclusive interessante notar as cinco razões apontadas pela GM⁴³ para que o processo de *insourcing* adotado fosse considerado mais vantajoso – efetivo – do que o *outsourcing* em TI: (i) elimina inúmeros aplicativos redundantes, estimado em torno de 4.000 no mundo; (ii) torna mais ágil e rápida a tomada de decisões e o desenvolvimento de produtos, incrementando a inovação: “*The companies that win are going to figure out how to do more, how to do it faster and how to be more responsive so the business can change and be imaginative in the marketplace*”; (iii) aumenta o conhecimento da indústria automotiva, empoderando os trabalhadores para desenvolver inovação em TI para melhoria do desenvolvimento de veículos: “*They are going to be most effective in doing their jobs if they understand how these things fit together*”; (iv) centraliza os *data centers*, porquanto a GM tem capacidade financeira de arcar com os custos de investimento em desenvolvimento de sistemas de TI, enquanto pequenas empresas não; e, finalmente, (v) a companhia busca e poderá encontrar nos Estados Unidos da América, mais precisamente no estado de Michigan, trabalhadores qualificados: “*I feel very bullish obviously that I can find the talent – both at productivity and an efficiency level.*”

United Airlines, para não ficar apenas no exemplo da GM, anunciou em janeiro de 2015 que, após conversa com organizações sindicais, está considerando um processo de *insourcing* em nove grandes aeroportos.⁴⁴ Na Grã-Bretanha, no ano passado, o RSA Insurance Group trouxe de volta para o Reino Unido os seus *Call Centers*; no mesmo caminho, seguiram a British Telecom, Santander UK. Em uma tentativa de capturar a cumplicidade dos consumidores, bem como contribuir para a economia do país, empresas como Starbucks, Google, Caterpillar, General Electric, Ford estão adotando processos de *insourcing* ou *reshoring*. O Wall Street Journal anunciou que uma pesquisa conduzida pelo professor David Simchi-Levi, do Massachusetts Institute of Technology, aponta que 14% das 108 maiores indústrias norte-americanas pretendem retomar para o país parte da sua capacidade produtiva.⁴⁵

25

Não por outro motivo é preciso manter um nível crítico de consciência no sentido de que não há nenhuma razão assentada em marcos civilizatórios ou representativos de economia desenvolvida que possa sustentar uma política legislativa em prol do esfacelamento dos direitos dos trabalhadores. Não há qualquer emergência econômica ou uma inafastabilidade decorrente de organização produtiva que imponha processos de externalização ou terceirização. E, em se tratando de capitalismo, a

[...] insaciabilidad que caracteriza al proceso del capital, convirtiendo perpetuamente el dinero en mercancías y las mercancías en dinero. No existe un paralelo igual a éste en otras manifestaciones del poder. La megalomanía y el narcisismo son elementos causales en todos los sistemas, pero en ninguno está el alcance normal del poder tan desnudamente desligado del propósito.⁴⁶

⁴³ Disponível em <http://archive.freep.com/article/20120713/BUSINESS0101/120713078/GM-General-Motors-insourcing> Acesso em 25ago2015

⁴⁴ Disponível em <http://www.usatoday.com/story/todayinthesky/2015/01/14/united-airlines-says-it-will-in-source-airport-jobs-too/21776491/> Acesso em 25ago2015

⁴⁵ Disponível em <http://www.dailyfinance.com/2012/07/20/jobs-insourcing-gets-another-boost-from-starbucks/> Acesso em 25ago2015

⁴⁶ HEILBRONER, Robert L. *Natureza y logica del capitalismo*. Ciudad de Mexico: Siglo Veintiuno, 1989. p. 47-48.

Em síntese, os marcos regulatórios são sempre ações políticas, historicamente determinadas, resultado de interesses em jogo, opções temporalmente determinadas que pautam as decisões governamentais. E são as razões contra as quais devemos lutar, para preservar espaços de justiça social e dignidade da pessoa trabalhadora, quer diante de mudanças legislativas, quer diante de processos hermenêuticos contrapostos ao compromisso com a tutela do trabalho.

Para terminar, poder-se-ia argumentar que a precariedade é condição da realidade, afinal se as leis no Brasil não são cumpridas, para que teríamos leis? Para pautar condutas em sociedade, organizar poderes, assegurar direitos, na resposta às lutas pelo reconhecimento, para canalizar anseios, barrar a violência real. Sempre vale a pena a lembrança das palavras de Contardo Calligaris, aqui indicadas como advertência para os que desconsideram a questão social e apostam na precariedade do mercado de trabalho. A necessidade não elimina as referências morais de uma pessoa, mas o desejo sim, assim como o sentimento de exclusão: “Se acho que não faço parte da sociedade em que vivo [pois sou excluído ou não incluível], não tenho por que respeitar suas normas e leis. Isso vale para quem é esquecido na extrema miséria [...] e também para o privilegiado que se considera acima da sociedade na qual vive. Em ambos os casos [capital e trabalho], a sensação de não pertencer liberta o “excluído” da obrigação de respeitar normas e leis.”⁴⁷

Pode ser diferente.

⁴⁷ CALLIGARIS, Contardo. Desejo e Necessidade. *Jornal Folha de São Paulo*. Caderno Ilustrada. 25mai2015. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/contardocalligaris/2015/05/1631415-desejo-e-necessidade.shtml> Acesso em 25ago2015.

Violações a direitos fundamentais na aplicação da regra geral de competência territorial no processo do trabalho

Andrea Marques Silva¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo demonstrar a aplicação de princípios materiais no âmbito processual, especificamente, quanto às regras de competência territorial da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Com este escopo, apresentam-se as distinções entre regras e princípios na moderna concepção jurídica de Ronald Dworkin. A pesquisa trilha o caminho da força normativa dos princípios constitucionais, precipuamente, o da inafastabilidade da jurisdição, o da igualdade processual, o da proteção e o da dignidade da pessoa humana. Após o estudo de cada um destes tópicos, concluiu-se pela possibilidade de se afastar a regra positivada no art. 651, da CLT, e aplicar, diretamente, os princípios fundamentais na busca da justiça social almejada pelo atual processo do trabalho. A metodologia de estudo concentrou-se em pesquisa bibliográfica, abrangendo livros, monografias, teses, dissertações e artigos publicados em revistas especializadas sobre o tema.

Palavras-chave: direitos fundamentais, competência territorial, exceção de incompetência, Justiça do Trabalho.

Abstract: This article aims to demonstrate the application of principles under procedural materials, specifically, about the rules of territorial jurisdiction of the Consolidation of Labor Laws - CLT. With this scope, we present the distinctions between rules and principles in the modern legal concept of Ronald Dworkin. The research goes the way of the normative force of constitutional principles, primarily, of the access to the Judiciary, of the procedural equality, of the protection and of the human dignity. After studying each of these issues, it was concluded by the possibility to deviate from the rule positively valued in art. 651, CLT, and apply directly the fundamental principles in the pursuit of social justice desired by the current labor process. The study methodology was focused on literature, covering books, monographs, theses, dissertations and articles published in magazines specializing.

27

Keywords: fundamental rights, territorial jurisdiction, except for incompetence, the Labour Court.

1 Introdução

A *communis opinium doctorum* prevalecente no Brasil nega a possibilidade de aplicação ampla de princípios materiais em âmbito processual. No entanto, em casos específicos, sem a aplicação de princípios protetivos não é possível a obtenção do equilíbrio processual suficiente para se garantir a igualdade das partes no processo do trabalho e, conseqüentemente, a paridade de armas para o desenvolvimento regular do processo.

Por diversas circunstâncias, sói acontecer de o empregado ajuizar sua reclamação trabalhista em localidade diferente daquela na qual prestou serviços. O empregador, por seu turno, defende-se, alegando exceção de incompetência, o que é acolhido pela Vara do Trabalho, com fundamento no art. 651 da CLT.

O empregador limita-se a apresentar os documentos do local da prestação de serviços, além de outros documentos, provando que o demandante nunca trabalhou no local escolhido

¹ Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Ruy Barbosa. Advogada.

para protocolo da petição inicial. Tais argumentos, para a jurisprudência majoritária, mostraram-se suficientes para o acolhimento da exceção e o deslocamento da competência, como alegado pela parte ré.

Todavia, a denegação de competência aludida não se coaduna com a moderna tendência do Direito, que visa assegurar a todos a prevalência de princípios sobre as regras positivas.

A aplicação gramatical da regra processual insculpida no *caput* do art. 651 da CLT, sem considerar a moderna concepção pós-positivista do Direito, viola regras de proteção do hipossuficiente, por lhe dificultar a produção de provas e o acompanhamento processual.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é fundamentar a necessidade premente de julgamento das exceções de incompetência sob o prisma das garantias fundamentais. Pretende-se, assim, analisar o Direito Processual do Trabalho sob a ótica constitucional e, por consequência, sob os parâmetros traçados pelos princípios da Carta Magna, alçados à condição de norma, tutelando diretamente os institutos processuais.

Além disso, almeja-se comprovar que a aplicação de princípios materiais podem ser realizados no âmbito processual, mais precisamente quanto às regras de competência territorial da CLT. No caso concreto, é admissível afastar a incidência da regra geral do art. 651 consolidado e aplicar princípios fundamentais de proteção, sem violar o desenvolvimento regular do processo e a efetiva entrega da tutela jurisdicional.

A metodologia utilizada, precipuamente, foi a pesquisa bibliográfica, que envolveu a busca de livros, monografias, teses, dissertações, artigos publicados em revistas especializadas e revistas, e teve a precaução de incluir os fundamentos das teses ora vigentes, em busca dos alicerces para firmar o novo entendimento sobre o tema.

2 Teoria dos princípios em Ronald Dworkin

No escopo de tornar clara a ideia da força prevalecente dos princípios sobre as regras, mostra-se extremamente importante tecer considerações iniciais sobre a teoria dos princípios, sob a visão de Ronald Dworkin. O jurista, professor de Filosofia do Direito na Universidade de Nova Iorque e autor consagrado no Ocidente pelo seu combate ao positivismo extremado norte-americano, trouxe, na década de 1980, uma inovação ao mundo acadêmico, quando afirmou que desobedecer a um princípio é mais grave que desobedecer a uma regra. Questionando o poder discricionário dos juízes, quando da criação de uma norma, sob fundamento de sua inexistência no mundo jurídico, pergunta: “Pode ser correto infringir a lei alguma vez?”².

Antes de tecer considerações sobre a teoria de Dworkin, são necessárias explicações sobre o positivismo norte-americano, prevalecente nos Estados Unidos desde o século XIX:

² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. VII.

No século XIX, John Austin elaborou a teoria de que o direito é um conjunto de regras de caráter geral e impessoal ditadas pelo soberano, que tem o poder de aplicar uma sanção a todos aqueles que não a obedecem. Considerando que o soberano não é capaz, por ser humanamente impossível, de regulamentar todas as condutas, então delega parte do seu poder a agentes públicos – os juízes – para criar novas regras sempre que casos inéditos ou problemáticos se apresentem. Este poder de criar novas ordens, portanto, é denominado poder discricionário³.

O fundamento da teoria de Austin, baseado na autoridade e na força, sofreu fortes embates dos doutrinadores americanos, logo dando espaço para o surgimento da teoria mais profunda do positivismo de H. L. A. Hart. Segundo este autor, maior expoente do positivismo da América do Norte, o direito é um conjunto de regras jurídicas – não havendo qualquer menção aos princípios – que se subdividem em regras primárias e secundárias.

Esta imagem do Direito, como algo parcialmente indeterminado ou incompleto, e a do Estado-Juiz, como autoridade que preenche as lacunas através do exercício de um poder discricionário criador de direito, são rejeitadas por Dworkin, com fundamento na tese de que se trata de uma concepção enganadora não só do Direito, mas também do próprio raciocínio judicial.⁴

Para o jusfilósofo, um juiz não faz o Direito, mas interpreta as normas que já fazem parte do ordenamento, dando voz aos valores nos quais o sistema jurídico se apoia. Por conseguinte, não há que se cogitar de criação de novas normas de Direito para a solução dos denominados *hard cases*. Para o autor, há a necessidade de aplicação de um raciocínio interpretativo para definir que o Direito é composto por regras e princípios, e não apenas por aquelas, o que implica avaliações morais e políticas diuturnamente pelo julgador.

29

Para entender o pensamento de Dworkin, é imperioso entender a sua distinção ontológica entre regras e princípios, bem como os fundamentos que permitem afirmar a inarredável força normativa dos princípios e a impossibilidade de os juízes em geral exercerem poder discricionário para gestação de novas regras.

2.1 Distinções entre regras e princípios

Ao criticar o positivismo de Hart, Ronald Dworkin estabelece uma diferença bem delimitada entre regras e princípios. Segundo ele,

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão⁵.

³ LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. Teoria dos princípios em Dworkin. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 39, mar. 2010, p. 342.

⁴ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 335.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

Os princípios em Dworkin ganham uma importância maior que as normas em sentido estrito, pois são mais abrangentes e detêm flexibilidade. Além de aplicação obrigatória na ausência de uma regra específica ou na impossibilidade de aplicação desta ao caso concreto, dão um norte seguro ao julgador, com o objetivo de concretização dos direitos fundamentais, ou seja, dos valores que a sociedade elegeu como os mais relevantes para a sua existência e desenvolvimento, ao invés de criar uma norma nova, em exercício de um poder discricionário que a Constituição Federal lhe confere.

O Autor sustenta que os princípios fazem parte do Direito, não tendo o juiz o poder discricionário defendido por Hart, pois, na medida em que as regras se fundamentam em princípios, estes princípios não poderão ser vistos como extralegais⁶.

Enquanto as regras são classificadas em válidas ou inválidas; posteriores ou anteriores; especiais ou gerais, tendo ainda um sistema de hierarquia a ser observado, os princípios, ao revés, densificam uma carga valorativa e obrigam decisões políticas⁷.

Assim, o juiz deve sempre aplicar ou não uma regra, dentre todas existentes no ordenamento jurídico em vigor, e ponderar a aplicabilidade de princípios, podendo os mesmos coexistirem no mesmo caso concreto. Além disso, as regras admitem a subsunção dos fatos. Os princípios, ao contrário, não se adaptam a esta técnica positivista de formulação de premissa maior (norma), premissa menor (fatos) e conclusão (decisão judicial), porquanto carregam em si enunciados axiológicos⁷.

30

Robert Alexy dá um caráter mais específico quanto à distinção entre regras e princípios defendida por Dworkin:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes⁸.

Desta forma, conclui-se que as regras diferenciam-se dos princípios em face da maior maleabilidade destes e pela carga valorativa que lhes é inerente, possuindo força vinculante e dotados de observância obrigatória entre os operadores do Direito.

⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 46-47.

⁷ LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. Teoria dos princípios em Dworkin. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 39, mar. 2010, p. 347.

⁷ *Ibidem*, p. 348.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

2.2 A força normativa dos princípios

O Direito é, então, um sistema formado tanto por princípios como por regras. Com escólio em Dworkin, os princípios passam a ter aplicação obrigatória para os juízes, de tal modo que eles incorrem em erro jurisdicional ao não aplicá-los quando são obrigados a tanto. O entendimento que melhor se coaduna com a hodierna concepção de Direito assevera que é possível afastar uma regra válida e aplicar um princípio, sob o fundamento de que este tem força normativa e deve prevalecer sobre a regra que, quando da análise do caso concreto, mostra-se obsoleta. A este respeito, diz-nos Manoel Hermes de Lima que

A lei ou regra jurídica obsoleta é rejeitada pelo juiz pragmático, porque sua visão não está presa no passado, mas direcionada ao futuro. A preocupação é com os fatos contemporâneos e com a realidade prática brotados dos referidos fatos no desempenho de seu papel útil com base no comportamento social reinante. Os avanços tecnológicos têm concorrido para mudanças de comportamentos sociais e nesse desiderato o juiz também deve mudar o seu no momento de decidir⁹.

Para tanto, é salutar entender a força normativa inerente aos princípios, que devem ser aplicados obrigatoriamente pelo julgador, na sua função estatal de decidir os conflitos postos ao seu conhecimento. Como bem adverte Didier Júnior,

Encarados os princípios constitucionais processuais como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais e tendo em vista a dimensão objetiva já mencionada, tiram-se as seguintes consequências: a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a estes impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais¹⁰.

Quando uma regra viola um princípio, aquela deve ser afastada para a aplicação do princípio que – por mais abrangente e denso – tem característica de proteger o próprio ordenamento jurídico como um todo. Deste entendimento não discrepa Bobbio, para quem os princípios seriam:

[...] normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha a questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abs-

⁹ LIMA, Manoel Hermes de. A decisão trabalhista de incompetência – geração de violação a direito fundamental. *Revista LTr*, vol. 74, n. 11, nov. 2010, p. 1290.

¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. vol. I. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 32-33.

traio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

Ora, os princípios são a base do ordenamento jurídico e devem agir como norteadores das normas e regras inferiores. E se a aplicação de alguma norma inferior violar algum princípio constitucional, impõe-se que a mesma seja desprezada, prevalecendo este¹¹.

É mister gizar que os princípios, em geral plasmados na Constituição, são normas jurídicas com um grau máximo de juridicidade, cuja normatividade é, por conseguinte, potencializada. Se isso é verdade – e, nesse ponto, parece que não há mais tanta discussão quanto havia outrora – não há razão para que os Tribunais insistam em não reconhecer-lhes observância obrigatória.

3 A regra geral de competência territorial no processo do trabalho

Ao contrário do processo civil, segundo o qual o foro competente é ordinariamente o do domicílio do réu, dispõe a regra geral consolidada que a reclamação trabalhista deve ser aforada no local da prestação dos serviços, independentemente do lugar de domicílio das partes.

32

O legislador considerou relevante, para critério de fixação da competência territorial, a hipossuficiência de uma das partes da relação de direito material – o empregado – e o fato de não desaparecer esta hipossuficiência quando de sua presença em juízo. Na elaboração da regra processual, foi ressaltado também o caráter de ordem pública, de irrenunciabilidade e de indisponibilidade que envolve inúmeras normas de direito material e que constitui objeto das ações trabalhistas.

Reza o art. 651, *caput*, da CLT que

A competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro.

Os parágrafos 1º, 2º e 3º do dispositivo transcrito definem a competência territorial em circunstâncias específicas ligadas ao contrato de trabalho e reforçam a linha adotada pelo legislador:

§ 1º – Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.

§ 2º – A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro,

¹¹ BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Brasília: UnB, 1996, p. 159.

desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispendo em contrário.

§ 3º – Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.

Adotando o entendimento de que, assim como o direito material, o direito processual do trabalho é eminentemente tuitivo, o disposto no art. 651 consolidado não fugiu à regra geral, uma vez que estabeleceu que a reclamação deve ser proposta na localidade onde o empregado prestou serviços, beneficiando o autor da demanda por lhe conferir, em tese, maior acesso à Justiça e maior facilidade para a produção de provas. O raciocínio empregado para a elaboração da norma regulamentar foi o de que no último local de efetivo labor estariam concentradas as provas documentais e testemunhais, além dos indícios para a prova pericial a favor do reclamante.

Na época da conturbada primeira metade do século XX, quando surgiu a CLT, antes mesmo da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, a proteção almejada pelo legislador, insculpida no art. 651, encontrou repouso seguro nas decisões das Varas Trabalhistas. No entanto, o cenário se alterou e, com ele, o pensamento dominante da época.

Sobre a matéria, assim se posiciona a doutrina atual:

A regra de competência relativa da CLT pôde durar por várias décadas, encontrando seu limite a partir do surgimento das multinacionais. Essas empresas, com a globalização econômica, se instalaram em vários pontos do planeta e passaram a contratar empregados de lugares, cidades e Estados diferentes para prestarem serviços em locais fora do seu domicílio.

33

Entretanto, não se pode desconsiderar que a regra geral do art. 651 da CLT possui mais de 60 anos e, diante de todas as transformações ocorridas no mundo tecnológico, as razões que a tornavam genuinamente protetora passaram a sinalizar em sentido contrário ao da sua gênese.

Por conta dessas mudanças na sociedade, a práxis trabalhista infirma que, em diversas oportunidades, o local de prestação de serviços ou de contratação do empregado não lhe é favorável; ao revés, prejudica-o. Escolhendo o autor local diverso do determinado pela lei e havendo a arguição de exceção de incompetência pelo reclamado, incumbe ao juiz perscrutar os motivos dessa escolha, analisando com abertura aos princípios constitucionais as argumentações do reclamante, que preferiu abrir mão da proteção do art. 651 da CLT.

Sobre a matéria, entende Lima que

A CLT e suas regras que permanecem não adequadas à realidade atual são velhas, arcaicas, a exemplo da que trata da incompetência relativa. Ainda não houve a edição de uma nova norma que permita ao trabalhador propor ação trabalhista na cidade em que reside, quando o serviço for prestado em localidade diferente. Portanto, é possível que essa regra jurídica em breve seja substituída por uma nova ordem sintonizada com os atuais fatos sociais. Por outro lado, a ausência de uma regra nova regulamentando a situação – incompe-

tência relativa trabalhista – não impede ao juiz se valer de uma regra jurídica equivalente, aplicável em outro direito¹².

Enfim, se no momento da aplicação da regra ao caso concreto houver uma violação ao próprio princípio que a norteia e origina, por ser a regra inadequada à sua realidade, caberá ao magistrado afastá-la e aplicar o princípio diretamente ao caso posto ao seu julgamento, a fim de preservar a existência do próprio sistema jurídico.

4 Normas em conflito na determinação da competência territorial

Se a regra do art. 651 da CLT foi criada para favorecer ao obreiro, e se o empregado entender que o juízo diverso daquele da prestação de serviços atenderá melhor os seus interesses na disputa litigiosa, deverá ser rechaçada a norma consolidada, que lhe é prejudicial, por aplicação dos princípios da inafastabilidade da jurisdição, da igualdade processual, da proteção do hipossuficiente e da dignidade humana. Em outras palavras, no embate entre regras e princípios, estes devem prevalecer, pois consubstanciam os valores mais relevantes e de maior representatividade social.

Quando a realidade não encontra amparo nas condições impostas na regra, a sua aplicação opera-se em nítida violação aos princípios garantidores da efetiva isonomia processual, da proteção ao hipossuficiente e do acesso ao Poder Judiciário. Impedir que o reclamante ajuíze a demanda em um foro que melhor atenda suas necessidades é negar-lhe a própria tutela jurisdicional dos seus direitos.

34

A escolha pelo local de ajuizamento da ação é anterior ao próprio nascimento do processo e é feita pelo juízo de valor do demandante que – ao contrário do que possam crer alguns juízes – merece análise abrangente, fora dos limites da regra estabelecida no art. 651 celetista.

Exemplos para defesa desta tese são corriqueiros em todo o território nacional. Casos de empregados inválidos, com dificuldades de locomoção e que fazem tratamento médico hospitalar contínuo no mesmo local escolhido para a demanda; reclamações trabalhistas que cuidam de matérias exclusivamente de direito, que não necessitam colheita alguma de prova pericial ou testemunhal; deslocamento inviável economicamente para o hipossuficiente, que não teria como arcar com a viagem para local diverso do escolhido exclusivamente para o aforamento da ação; motivos vários que facilitam o acesso do trabalhador à tutela jurisdicional buscada em local diverso do quanto determinado pelo art. 651 da CLT.

Sendo o processo do trabalho o conjunto de princípios, normas e instituições que regem a atividade da Justiça do Trabalho, com o objetivo de dar efetividade à legislação trabalhista e social e assegurar o acesso do trabalhador à Justiça¹³, não podem ser as regras desse mesmo processo os instrumentos para inviabilizar os princípios que o formam.

¹² LIMA, Manoel Hermes de. A decisão trabalhista de incompetência – geração de violação a direito fundamental. *Revista LTr*, vol. 74, n. 11, nov. 2010, p. 1290.

¹³ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 98.

Portanto, se o trabalhador for obrigado, em algumas situações, a demandar seu empregador na localidade da prestação de serviços, quando a única ou melhor alternativa seria o local do seu domicílio, restará vulnerado o princípio constitucional da isonomia processual, emergindo situações de total desequilíbrio entre as partes.

A jurisprudência quanto ao tema, contudo, é vacilante, como se observa nos julgados abaixo transcritos:

COMPETÊNCIA TERRITORIAL. FIXAÇÃO. É cediço que o art. 651 da CLT estabelece, como regra, que a demanda trabalhista deve ser proposta na localidade em que o empregado efetivamente tenha prestado seus serviços, independentemente do local em que foi celebrado o contrato de trabalho. Preocupou-se o legislador em proteger o hipossuficiente da relação, a fim de que melhor pudesse produzir provas, em se considerando que a competência seria o lugar da prestação dos serviços. Todavia, o Julgador não pode aplicar friamente a lei, sem considerar todo o estuário principiológico que dá lastro às normas. Ora, se o legislador, ao redigir o art. 651 Consolidado, o fez para proteger o empregado, não parece razoável que o laborista que reside em outra comarca e que se declara juridicamente pobre, tenha que se deslocar para outro estado da federação a fim de dar prosseguimento à sua insurgência. O princípio protetivo supera a norma positiva, que não pode ser tida como cogente, até porque não se pode perder de vista o princípio do acesso ao Judiciário, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Recurso provido¹⁴.

COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. LOCAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. HIPOSSUFICIÊNCIA. O critério utilizado pelo legislador para a fixação da competência em razão do lugar tem em mira o caráter teleológico deste ramo jurídico especializado, que tende a facilitar ao litigante hipossuficiente o ingresso em juízo em condições mais favoráveis para sua defesa. Sendo assim, não há como fazer prevalecer a letra fria da lei quando esta acaba por causar prejuízo econômico e, ao final, jurídico, ao demandante, razão pela qual afasta-se a incompetência em razão do lugar acolhida pelo *decisum a quo* para fixar a 3ª Vara do Trabalho de Teresina como competente para a tramitação e o julgamento do presente feito.¹⁵

35

O entendimento, em alguns casos, é sumamente conservador:

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA RATIONE LOCI. ARTIGO 651, §3º, DA CLT. LOCAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS OU LOCAL DA

CONTRATAÇÃO. HIPOSSUFICIENTE. No processo laboral, a questão da competência em razão do local é regida, como regra, pelo lugar da celebração do contrato ou no da prestação de serviço (art. 651, §3º, da CLT). Os dispositivos legais enumerados no Diploma Consolidado, que tratam da competência territorial das Varas Trabalhistas, não contemplam a hipótese de deslocamento

¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região - Bahia. *Recurso Ordinário n. 000470065.2008.5.05.0651*. Relator Desembargador Esequias de Oliveira; Recorrente: Jonas Clemente Ribeiro; Recorrida: Infinity Agrícola S.A. Disponível em: <<http://www.trt5.jus.br>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região - Piauí. *Recurso Ordinário n. 000090059.2008.5.22.0003*. Relatora Juíza Convocada Liana Ferraz de Carvalho; Recorrente: Josias José Pereira; Recorrida: Companhia Agrícola Colombo. Disponível em: <<http://www.trt22.jus.br>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

da competência territorial pelo simples fato de a parte demandante ser hipossuficiente. Assim, o fato do empregado ser beneficiário das normas relativas à competência territorial não significa que a ele seja outorgado o direito de escolher, segundo seus interesses, a Vara do Trabalho que deseja para julgar seus pedidos, não se constituindo tal determinação afronta à Lei Maior, artigo 5º, inciso XXXV¹⁶.

Cumpre destacar, cada um de per si, os princípios alçados ao patamar constitucional, com força vinculante para o Legislativo, Executivo e Judiciário, que a aplicação gramatical e exegética do art. 651 da CLT expurga e rechaça.

4.1 Princípio da inafastabilidade da jurisdição

Modernamente, após a Segunda Guerra Mundial, acompanhando as diversas conquistas na esfera dos direitos fundamentais, verifica-se não apenas um direito processual à luz dos princípios constitucionais, mas verdadeiras normas constitucionais que determinam direitos fundamentais, subjugando o processo a esta ótica. Segundo Fredie Didier Júnior,

A Constituição Federal de 1988 deu um grande impulso a essa tendência, pois inclui no rol dos direitos fundamentais uma série de dispositivos de natureza processual, em número sem precedente na nossa história constitucional¹⁷.

36 Talvez a mais importante conquista tenha sido a busca incansável de oferecer a todos, sem distinção, o acesso ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, equilibrar a coletividade dentro de parâmetros de justiça social, utilizando o processo como o melhor instrumento de ingresso a essas novas garantias solidificadas na segunda metade do século XX.

Surge, em todo o mundo ocidental, uma ordem constitucional em que todos os outros ramos do direito passam a se subordinar, vindo à tona o Direito Processual Constitucional, como explica o juiz do trabalho Mauro Schiavi:

Com a mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, houve o que a doutrina denomina de constitucionalização do direito processual, ou seja, a Constituição passa a disciplinar os institutos fundamentais do direito processual, bem como seus princípios basilares. Desse modo, todos os ramos da ciência processual, inclusive o direito processual do trabalho, devem ser lidos e interpretados a partir da Constituição Federal e dos direitos fundamentais¹⁸.

E continua o autor:

Os princípios constitucionais do processo constituem direitos fundamentais do cidadão, por constarem no rol do art. 5º que trata dos direitos individuais fundamentais (art. 60, §4º, da CF) e constituem postulados básicos que ir-

¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região - Minas Gerais. *Recurso Ordinário n.º 003380005.2005.5.05.0044* Relatora Desembargadora Lucilde D Ajuda Lyra de Almeida; Recorrente: Dorival Florentino de Souza; Recorridos: Juruá Transportes Ltda e Sidney Lima. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

¹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. vol. I. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 31.

¹⁸ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 78.

radiam efeitos em todos os ramos do processo, bem como norteiam toda a atividade jurisdicional. Tais princípios constituem o núcleo de todo o sistema processual brasileiro.

Dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal do Brasil, que a “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantindo que todos podem pretender tutela jurídica frente ao Estado. A Constituição, assim, consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também conhecido como princípio do amplo acesso à justiça.

Destarte, as anteriores simples técnicas de direito processual adquiriram roupagem constitucional e passaram a tratar de questões sociais, a exemplo do inciso LXXIV, do art. 5º, da CF, que preceitua que “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, não podendo haver óbice ao acesso à justiça em razão da insuficiência de recursos, devendo o Estado assegurar um advogado gratuito àquele que provar sua hipossuficiência, a fim de promover a ação desejada pela parte. A Constituição então estabelece um escopo mais importante – o de viabilizar o acesso à justiça a todos.

Em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, faz-se necessária a análise de todas as normas processuais que envolvem o caso concreto trazido à apreciação do Judiciário, sendo imprescindível saber se tais normas viabilizam a eficácia dos princípios constitucionais ou, ao contrário, impedem a sua concretização. A par das normas processuais, há de se ter em conta as normas de direito material que, diante das diversas alterações trazidas pelos fenômenos econômicos e sociais do último século, não podem mais ser analisadas apartadas daquelas.

37

Sobre o tema, no qual se discute a influência do direito material sobre o direito processual, há o entendimento do Desembargador José Roberto dos Santos Bedaque ao afirmar que

Todo trabalho científico deve ser elaborado em função de duas premissas básicas: visão crítica da situação e projeto de reforma.

Com esta preocupação procurou-se desenvolver o tema da relativização do binômio direito-processo como meio de acesso à ordem jurídica justa. Sustenta-se, aqui, que os aspectos fundamentais do direito processual são concebidos à luz da relação jurídica material. As questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula. Daí por que, embora fenômenos distintos, há entre processo e direito material evidente nexos unindo o meio ao fim¹⁹.

Assim, perfilha-se o entendimento de que o processo tem de ser justo, com escopo não apenas de solucionar conflitos adotando técnicas formais processualistas, mas com o intuito de buscar segurança e celeridade na solução deles, bem como garantir a plena entrega da tutela jurisdicional às partes, com ampla possibilidade de participação.

A esse propósito, continua o referido autor:

¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 17-18.

A facilitação do acesso à justiça, a fim de torná-lo efetivo, foi objeto de preocupação dos processualistas do mundo inteiro, que passaram a propor soluções. Resultou daí verdadeiro movimento destinado a eliminar as barreiras à propositura de uma demanda judicial, que prestigiosa doutrina separou em três momentos: as três ondas renovatórias. Inicia-se pela assistência judiciária aos menos favorecidos, passa-se à representação jurídica para os interesses metaindividuais e se encerra com o novo enfoque do acesso à Justiça.

[...]

Nesta mesma linha de raciocínio, se o direito processual não se flexibilizar em função do direito material, teremos um instrumento absolutamente ineficaz. É preciso tomar consciência de que instrumentalidade não se compatibiliza com neutralidade ou indiferença quanto às necessidades verificadas no plano material. Não basta a previsão em abstrato de um procedimento para possibilitar ao titular de uma situação substancial carente de proteção o acesso à tutela jurisdicional efetiva²⁰.

No mesmo passo, afirma Carlos Henrique Bezerra Leite que

Esse novo enfoque teórico do acesso à justiça espelha, portanto, a transmutação de uma concepção unidimensional, calcada no formalismo jurídico, para uma concepção tridimensional do direito, que leva em consideração não apenas a norma jurídica em si, mas também os fatos e os valores que a permeiam²¹.

38

O princípio de acesso ao Poder Judiciário é garantidor de justiça e há de ser factível a todos – desta sorte, as normas infraconstitucionais devem viabilizar a efetivação do princípio, nunca ser obstáculo à sua concretização.

O art. 651 da CLT, que determina regras de competência territorial, é limitador de direitos, uma vez que não permite o critério de “domicílio do empregado” como uma das possibilidades de acesso ao Poder Judiciário na busca da tutela dos seus direitos trabalhistas.

Muitas são as situações em que o empregado, após a sua dispensa, afasta-se do seu local de contratação ou de prestação de serviços habituais e – dentro do prazo da prescrição bienal – vem a fincar domicílio em outra região.

Na análise do caso *sub judice*, verificando o intérprete do direito que o acolhimento da exceção de incompetência oferecida pela parte contrária inviabilizará o direito do Autor a uma apreciação da ação pelo Estado, há de se afastar a norma processual infraconstitucional e aplicar o princípio constitucional processual, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.

4.2 Princípio da igualdade processual

Quando os participantes de um combate possuem as mesmas armas e o mesmo preparo físico, diz-se que estão em posições de igualdade e a vitória será sempre considerada justa ao

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 69-70.

²¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 129.

vencedor e o prêmio há de ser concedido àquele que obteve o melhor desempenho. Naquele determinado momento, tanto a vitória quanto a derrota serão mais facilmente aceitas pelas partes.

Da mesma sorte, num jogo em que os participantes jogam com o mesmo número de peças e em condições semelhantes, o resultado final haverá de ser fruto de uma disputa justa, na qual as regras de equilíbrio foram respeitadas.

O processo judicial, à semelhança desses eventos, é uma disputa à tutela jurisdicional favorável a um dos litigantes. Fatores econômicos, sociais ou pessoais não podem impossibilitar o direito, a qualquer das partes, de obter do Poder Jurisdicional a análise do conflito que se formou e que não conseguiu ser solucionado sem o seu auxílio.

A igualdade processual que aqui se defende é aquela obtida na acepção mais hodierna, na qual há a garantia de uma ordem democrática justa, dentro dos aspectos materiais de igualdade. É deste modo que se posiciona a doutrina mais moderna ao se perguntar “Qual a igualdade a ser perseguida?”

Com a competência que lhe é peculiar, explica o Professor Fernando Capez que

[...] é assente que a Constituição Federal, em seu artigo 1º, *caput*, definiu o perfil político-constitucional do Estado brasileiro, como o de um Estado Democrático de Direito, rompendo com a antiga estrutura de Estado Formal de Direito, o qual eclodiu com a Revolução Francesa e se arrastou por todo o século XIX e boa parte do século XX, caracterizando-se por ser um Estado positivista, conformado com a igualdade formal.

39

Explica o eminente professor que

[...] no sistema anterior, todos são considerados iguais apenas pelo fato de estarem submetidos às mesmas leis. O Estado não tem nenhum compromisso social de intervenção, objetivando assegurar uma igualdade efetiva, ou pelo menos, uma redução de abismos sociais. Era o Estado do *laissez faire, laissez passer*, justamente o modelo que interessava à burguesia ascendente. O Estado Formal de Direito, preocupado apenas com a igualdade formal, encontrava na visão positivista do mundo jurídico uma fórmula de manter os privilégios da classe dominante, utilizando o Direito como instrumento de manutenção do status quo e de repressão ao lumpesinato.²²

Desta forma, normas genéricas e impessoais podem ser socialmente injustas. Não é mais possível falar em um Estado de Direito, mas apenas num Estado Democrático de Direito, no qual não apenas impõe as leis a todos indistintamente, mas no qual o sistema de normas possui conteúdo e visa a uma adequação social. A igualdade, portanto, a de ser efetiva, concreta e material.

Nesse par de ideias, conclui o professor Wagner Jr. que

Assim, a igualdade buscada não é aquela formal e negativa, segundo a qual não se admitiria qualquer diferença (todos são iguais na mais absoluta acepção

²² WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo civil*: curso completo. 5 ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 58.

do termo). Ao contrário, é cediço, busca-se a igualdade substancial, ou seja, “iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado”, o que nos leva à conclusão de ser necessário “tratamento igual aos absolutamente iguais” e, por conseguinte, “tratamento desigual para os desiguais”. Daí a ideia de que, pelo princípio da igualdade, devem os iguais ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual, na exata medida dessa desigualdade.

Temos como exemplo dessa igualdade substancial, a prioridade de tratamento para o idoso, prevista no art. 1.211-A do CPC e na Lei 10.741/03, em seu art. 71, bem como para o portador de doença grave (nova redação do art. 1.211-A do CPC, após a edição da Lei 11.208/09).²³

É inarredável a conclusão de que a aplicação das regras do art. 651 da CLT, sem a aplicação dos princípios de proteção, viola o equilíbrio entre as partes. É preciso, então, garantir às partes as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos para que, ao final, no seu objetivo jurídico, a tutela oferecida tenha sido produto de um processo regular e isonômico.

Igualdade em um processo ocorre quando as partes estão submetidas a direitos, regras e deveres que as equilibre, sem privilégios ou diferenças racionalmente injustificáveis. Pensando nesse aspecto, foram criadas diversas regras de direito material e processual para equalizar as diferenças econômicas e sociais, tentando neutralizar as vantagens preexistentes.

Nesse sentido, Bedaque explica que

O princípio da igualdade formal, tal como concebido pelo pensamento liberal individualista, constitui exemplo típico da necessidade de mudança. Não se pode mais admitir que o legislador e o intérprete ignorem que diferenças sociais e econômicas constituem óbices sérios à efetividade do processo. Apesar da maior facilidade de ingresso no Poder Judiciário, proporcionado por algumas regras destinadas a afastar antigos e conhecidos óbices, inclusive de natureza econômica, ao devido processo legal, o acesso real e efetivo à justiça ainda constitui objetivo a ser alcançado.

A partir dessas premissas, os adeptos do método instrumentalista do processo formularam sugestões destinadas à eliminação dos impedimentos ao efetivo acesso não apenas à Justiça, como função do Estado, mas também ao valor justiça, representado pela formulação correta da regra de direito material ao caso concreto e pela obtenção dos resultados práticos nela previstos em tempo razoável. Não pode o processualista fechar os olhos, portanto, para óbices como diferenças decorrentes da hipossuficiência econômica e cultural que atinge grande parte da população brasileira, a visão individualista do direito e, conseqüentemente, da legitimidade de parte, a postura passiva dos juízes, o formalismo e o tecnicismo excessivos etc²⁴.

Se a regra é a de deslocar a competência em caso de ação trabalhista proposta que não atenda os ditames do art. 651 e seus parágrafos, sem qualquer observância aos prejuízos a serem

²³ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo civil: curso completo*. 5 ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 59.

²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 61.

causados com o seu deslocamento, violando o princípio do equilíbrio processual, tem-se um típico caso em que a regra entra em conflito direto com o princípio, devendo, como visto, prevalecer este último, em louvor à melhor norma.

Cabe ao intérprete do direito analisar a regra sem rigidez excessiva, a fim de que mantenha seu espírito julgador aberto à realidade das partes, para que seja possível manter protegida a igualdade processual necessária ao desenvolvimento regular do processo.

Nesse sentido, o Código Civil traz diversos dispositivos de proteção à parte cultural e materialmente desprovida de recursos. O art. 113 dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé. Com isso, evita-se a proteção de interesse de uma das partes contratantes em detrimento da outra. Já o art. 166, inciso VI, traz a preocupação do legislador em tutelar a parte hipossuficiente na formação do negócio jurídico, impedindo a efetivação de obrigações que imponham sacrifício exagerado a uma das partes, obviamente a mais frágil. Não é demasiado afirmar que também o art. 421 introduz de maneira clara, no direito contratual, o princípio da função social, limitando a liberdade de contratar e negando validade ao contrato firmado com o intuito de apenas satisfazer interesses estritamente pessoais ou desprovidos de qualquer sentido social. E ainda nos artigos 422 e 423, assim como em muitos outros dispositivos, resta clara a tendência do Código Civil de proteção à parte mais fraca, impondo uma mitigação ao princípio do *pacta sunt servanda*, fundada na supremacia do interesse público²⁵.

Tais princípios protetivos existentes no direito material trouxeram uma urgência de aplicação de direitos fundamentais no plano processual, alterando diversas leis e trazendo inovações em todo o sistema jurídico brasileiro. Essas inovações se preocuparam com a proteção da parte mais fraca, a fim de que, no âmbito interno de um processo litigioso, haja equilíbrio entre as partes, que materialmente não são iguais.

41

Não se trata de assistencialismos ou benevolências. Quando o sistema processual enfrenta a realidade econômica e social de uma comunidade, precisa criar mecanismos de atenuação dos seus efeitos maléficos no desequilíbrio natural que a própria conjuntura dos fatos traz. Se a peleja jurídica é travada entre um ser individual (pessoa física) e um ser coletivo (pessoa jurídica), as diferenças são ainda mais visíveis.

Na lição de Fredie Didier Jr²⁶, o processo é um instrumento de pacificação de conflitos que se realiza sob a égide do contraditório. Para haver contraditório é preciso que haja participação efetiva dos litigantes, conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni:

Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetiva garantia do con-

²⁵ SILVA, Roberto. *Empregado hipossuficiente e o ajuizamento da reclamação trabalhista*: direito de escolher entre o local da prestação de serviço ou outro lugar que lhe seja mais conveniente. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5183>>. Acesso em: 02 fev. 2009.

²⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6. ed. vol. I. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 58.

traditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder²⁷.

Destarte, o contraditório se caracteriza em uma verdadeira garantia, estando devidamente incluso no sistema jurídico por meio do art. 5º, LV, da Constituição Federal, possuindo duas características essenciais: a garantia de ser ouvido e o poder de influência na decisão do magistrado²⁸.

Havendo o direito às partes de comunicarem com o Estado-Juiz de maneira equânime, de manifestarem seus argumentos dentro de um procedimento regular, seguramente, a tutela jurídica a ser entregue ao final da ação haverá de estar envolvida sob a chancela da justiça e do devido processo legal.

Se existe um polo na lide formado por quem não tem condições econômicas de arcar com as despesas de um processo, não tem mais tanto tempo de vida para esperar um longo procedimento ordinário, não possui formação física e psicológica completa para se manter sem o auxílio do Estado, dentre outras carências, diz-se estar diante de um hipossuficiente. Exemplo disso é a existência das leis que garantem a gratuidade da justiça, a proteção do idoso, ao alimentando e ao consumidor, dentro do sistema jurídico brasileiro.

Logo, proteger o hipossuficiente dentro de um processo é fazer valer os princípios e garantias constitucionais conquistadas com o avanço da defesa dos direitos humanos, dando às normas constitucionais a sua máxima efetividade. Então, para que haja verdadeira justiça às partes, o magistrado há de aplicar sempre os princípios garantidores do equilíbrio entre os litigantes, afastando toda e qualquer norma infraconstitucional que ameace o combate isonômico. É mister que sejam aplicados os princípios formadores das regras jurídicas sem medos ou receios de configuração de conduta *contra legem*. Sem dúvida alguma, a análise do caso concreto é imprescindível para a aplicação de princípios, afastando a regra infraconstitucional que está a prejudicar as garantias fundamentais conquistadas.

42

4.3 Princípio da proteção e da dignidade da pessoa humana

Explica Luiz de Pinho Pedreira da Silva que dos princípios fundamentais do Direito do Trabalho é o de proteção o mais relevante e mais geral, dele constituindo os demais simples derivações. A proteção do trabalhador é causa e fim do Direito do Trabalho, como revela a história deste²⁹. Para o autor, o princípio da proteção pode ser definido

[...] como aquele em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores.³⁰

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 258.

²⁸ *Ibidem*, p. 258-259.

²⁹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Direito do trabalho: principiologia*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 30.

³⁰ *Ibidem*, p. 29.

O aclamado jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez considera que o princípio protetivo se situa em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operário*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica³¹.

Maurício Godinho Delgado, ao falar sobre o direito da proteção, conduz o leitor às seguintes indagações:

Na verdade, a noção de tutela obreira e de retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (ideia inerente ao princípio protetor) não se desdobra apenas nas três citadas dimensões. Ela abrange, essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho. Como excluir essa noção do princípio da imperatividade das normas trabalhista? Ou do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas? Ou do princípio da inalterabilidade contratual lesiva? Ou da proposição relativa à continuidade da relação de emprego? Ou da noção genérica de despersonalização da figura do empregador (e suas inúmeras consequências protetivas ao obreiro)? Ou do princípio da irretroação das nulidades? E, assim, sucessivamente. Todos esses outros princípios especiais também criam, no âmbito de sua abrangência, uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de influência econômica e social empreendida entre os sujeitos da relação empregatícia.

Desse modo, o princípio tutelar não se desdobra em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado.

43

Com maior relevância para o presente estudo se mostra o princípio protetor da norma mais favorável, haja vista a análise das regras que envolvem o Direito Processual do Trabalho, as influências do direito material e a aplicação direta dos princípios fundamentais na busca da justiça social almejada pela própria razão ontológica do processo.

É certo que as regras do art. 651 da CLT não podem violar o princípio material de proteção ao hipossuficiente. Havendo conflito entre ambos, há de prevalecer a proteção.

O princípio da proteção deve nortear a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, na busca do equilíbrio dentro do próprio processo. Protege-se o hipossuficiente para resgatar a sua condição de força quando do início da batalha jurídica.

O princípio material será então invocado para a análise das condições não aventadas pelo legislador ao elaborar a regra do art. 651 da CLT, mas que merecem a atenção do magistrado. A análise será feita pelas condições apresentadas, antes mesmo do desenvolvimento processual propriamente dito. A escolha do foro foi equívoco do hipossuficiente, mero capricho ou, de fato, haverá prejuízo grave com o deslocamento da competência? Se sim, quais os direitos fundamentais que devem ser preservados? Se a regra do art. 651 da CLT for aplicada contra o trabalhador, todos os princípios protetivos restarão violados e a própria função jurisdicional derrotada.

³¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 42-43.

Explica-nos Hermes de Lima:

Exigir do trabalhador despedido do emprego seu deslocamento para a cidade da prestação de serviços, a fim de ajuizar ação trabalhista, constitui violação ao Princípio da Dignidade Humana e ao Princípio da Proteção, os quais envolvem toda e qualquer questão de direitos humanos. Não observado ao trabalhador os direitos humanitários consagrados universalmente, dá margem ao nascimento de uma questão de ordem pública, que o juiz pode rejeitar ou declarar nula de ofício, em vista de não incidir no Princípio da Congruência. O não acolhimento da exceção relativa nas circunstâncias acima, considera-se questão de ordem pública, por que não haverá correlação entre pedido e sentença definitiva. A decisão proferida pelo juiz na exceção *rationi loci* é interlocutória, não influenciando no mérito da ação principal³².

Flávia Piovesan, ao conceituar dignidade humana, afirma que

[...] o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional. Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular³³.

44

E continua a autora:

Sustenta-se que é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito Interno³⁴.

Diante dessas considerações, a fim de tornar o *caput* do art. 651 compatível com a nova realidade social e com os princípios constitucionais, faz-se necessário uma interpretação ampla da regra e conseqüente aplicação da melhor norma, tornando plenamente possível o acesso do jurisdicionado à Justiça do Trabalho sem perder de vista a sua dignidade humana.

Ainda sobre o tema,

Afastar a aplicação do art. 651 da CLT em determinadas situações significa, pois, dar efetividade ao direito fundamental à igualdade substancial, contribui para a formação de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I, CF), além de submeter a atividade econômica aos valores sociais do trabalho (art. 170, *caput*, CF).

³² LIMA, Manoel Hermes de. A decisão trabalhista de incompetência – geração de violação a direito fundamental. *Revista LTr*, vol. 74, n. 11, nov. 2010, p. 1287.

³³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83.

³⁴ *Ibidem*, p. 86.

Enfim, confere maior efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, erigido como vértice do ordenamento pátrio pela Constituição Cidadã e fundamento da República (art. 1º, III), como também assegura a “igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”, postulados do Estado Democrático de Direito, nos termos do preâmbulo constitucional³⁵.

A observância e aplicação do princípio da dignidade são imperiosas quando o juiz lida com questões referentes aos direitos fundamentais. A dignidade é o valor intrínseco àquele que provoca o Estado-Juiz na busca do direito que entende violado. Não levar em conta isso, é negar a evolução social e obrigar todos à observância de regras anacrônicas e não mais possíveis na atual conjuntura brasileira.

5 A exceção de incompetência no processo trabalhista

O juiz territorialmente incompetente para a causa pode tornar-se validamente competente para processá-la e julgá-la, desde que a parte interessada não oponha exceção de incompetência. Opondo-a, deveria o magistrado analisar a exceção não apenas voltado para a regra, mas para a norma no seu sentido maior, englobando também os princípios processuais do direito do trabalho – principalmente quanto à inafastabilidade da jurisdição e da proteção do hipossuficiente, garantindo assim um processo justo e equilibrado.

Na maioria das vezes, quem demanda está desempregado e, apesar da hipossuficiência econômica, da impossibilidade de seu deslocamento para local diverso do seu domicílio e da notória condição econômica da empresa reclamada de contratar advogados em qualquer cidade do Brasil, o intérprete olvida-se de todos os princípios protetivos e acolhe a exceção sob o fundamento de que a contratação ou a prestação de serviços ocorreu em local diverso do aforamento da ação.

45

O autor da demanda, impossibilitado de comparecer à outra cidade, por absoluta falta de recursos ou de condição física, vê seu processo ser arquivado na primeira audiência, pois estava ausente.

Sobre a questão Manoel Hermes de Lima afirma:

No processo trabalhista se constata duas adversidades: a dos juízes dogmáticos que entendem valer a regra do art. 651 da CLT, “*Caput*” e a dos juízes pragmáticos, defensores de um resultado prático e objetivo. Estes juízes interpretam as normas processuais como conducentes à realização do acesso ao Judiciário e ao incremento de sua instrumentalidade, promovendo a aplicação da norma que melhor atinja os fins almejados pelo trabalhador desempregado³⁶.

E continua o autor:

³⁵ TEODORO, Maria Cecília Máximo; PEDROSA, Marcelo Alves Marcondes. Uma interpretação progressista do art. 651 da CLT – o foro da prestação de serviço nem sempre é a regra. *Revista LTr*, vol. 74, n. 3, mar. 2010, p. 345.

³⁶ LIMA, Manoel Hermes de. A decisão trabalhista de incompetência – geração de violação a direito fundamental. *Revista LTr*, vol. 74, n. 11, nov. 2010, p. 1291.

Na maioria das vezes, a arguição de incompetência relativa provocada pela empresa tem a finalidade de lesar o patrimônio do trabalhador. Um dos pontos a ser considerado é de que o empregador tem ciência de que o obreiro não dispõe de condições econômicas ou financeiras para arcar com as despesas de deslocamento da cidade onde reside para a prestação de serviço. Tal obstáculo lançado contra o autor da ação e se acolhida a exceção *rationi loci*, é o suficiente para o empregador se livrar do pagamento ao ex-empregado da indenização devida e, com isso, aumentar ilicitamente o seu patrimônio em detrimento daquele. O acolhimento da pretensão da empresa significa tirar a eficácia jurídica do direito constitucional contido no art. 5º, inciso XXXV da Carta Magna. Em outras palavras, é o mesmo que impedir alguém de ter acesso à Justiça e desvincula-o de um dos componentes do núcleo da dignidade humana³⁷.

A hipótese ilustrativa demonstra que o princípio de garantia de acesso ao Poder Judiciário, bem como o da garantia a um tratamento isonômico dentro do processo, foram violados pela regra gélida insculpida no caput do art. 651 que – diferentemente do que pretende o sistema jurídico trabalhista – acabou por prejudicar a parte mais frágil da relação de emprego. Ao violar os princípios, ante o acolhimento inflexível da norma processual, o juiz do trabalho perpetua as iniquidades, sendo instrumento da antijustiza, pois contrário à aplicação da melhor norma ao caso concreto.

Não se trata de satisfazer a tutela jurídica pretendida, mas de possibilitar o princípio constitucional da garantia a um processo equilibrado e justo.

46

Sendo matéria impossível de julgamento *ex officio*, poderá existir a prorrogação da competência pela aceitação do réu, quando não argui a exceção declinatória do foro no prazo legal.

Mas não se pode conceber que a sorte de ingresso de um cidadão ao Judiciário ocorra pela inércia ou benevolência do réu que decida não arguir a exceção quanto ao lugar de propositura da demanda. O princípio de acesso à justiça deve sempre preponderar sobre os interesses particulares ou sobre as leis infraconstitucionais, quando o seu acolhimento significar a derrocada do princípio constitucional, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da CF.

O intérprete julgador não pode se ater apenas às regras, sejam elas materiais ou processuais, quando todos os movimentos econômicos, sociais e políticos provocam, a todo momento, um novo olhar sobre essas regras. A dinâmica social e os diversos desdobramentos da realidade devem conduzir o magistrado a uma linha hermenêutica aberta aos princípios constitucionais – à norma maior que norteia todas as outras.

A tendência de maior participação do juiz no processo é consequência de profundas alterações verificadas na fisionomia individualista do modelo processual clássico, acentua Bedaque³⁸.

³⁷ LIMA, Manoel Hermes de. A decisão trabalhista de incompetência – geração de violação a direito fundamental. *Revista LTr*, vol. 74, n. 11, nov. 2010, p. 1290-1291.

³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 66.

O objetivo maior do processo é a entrega da tutela jurisdicional às partes. O processo, antes puramente técnico do modelo liberal, tem encontrado repouso na justiça social, sendo mais abrangente e pacificador:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas³⁹.

Aos que temem a insegurança jurídica, ante a amplitude de poder interpretativo do julgador, apenas lhes cabem transitar na contramão da história. Não é mais concebível que as leis sejam interpretadas apartadas dos fenômenos sociais que as constroem.

Em uma possível rejeição à exceção de incompetência relativa apresentada pela empresa, não se poderá arguir qualquer ato de nulidade da decisão futura de mérito, pois nenhum prejuízo pode ser invocado pelo fato de ter sido julgado o processo pelo juiz da localidade na qual o autor prestou serviços ou pelo juiz da localidade em que este reside. A prorrogação da competência se impõe em razão da

47

A exigência pela empresa de aplicação da regra do art. 651, *caput*, da CLT ao empregado que ajuíza ação fora do local da prestação de serviço, optando pelo da sua residência, uma vez acatada, caracteriza um abuso de direito fundamental – impedir ao trabalhador o acesso à Justiça – além de inverter a função social do contrato (CC 421), a boa-fé objetiva (CC 422) aplicados no contrato do trabalho⁴⁰.

Advém o momento no qual não se pode mais conceber a posição de mero expectador do Direito Positivo ou de gestor de um conjunto de procedimentos legais. O juiz é antes de tudo um intérprete proativo, que transforma o próprio Direito quando conduz o processo sob a sua égide, comprometido com os princípios fundamentais constitucionais.

A função jurisdicional interpretativa passa sempre pelo viés dos princípios fundamentais, tornando o magistrado também um protetor desses princípios ao aplicar ou não determinada lei.

A essa nova postura do juiz, que ganhou força no século XX, é uma tendência natural para a evolução dos direitos, principalmente do Direito Processual do Trabalho, que não poderá

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012.

⁴⁰ LIMA, Manoel Hermes de. A decisão trabalhista de incompetência – geração de violação a direito fundamental. *Revista LTr*, vol. 74, n. 11, nov. 2010, p. 1288.

permanecer no passado, enquanto outros diplomas legislativos se modificam a fim de se adequar aos novos tempos de humanização e de igualdade.

Para os juristas mais enraizados ao positivismo, ao afastar uma norma válida e aplicar princípios, o juiz agiria em detrimento ao próprio equilíbrio de poderes, consagrado por Montesquieu, para quem:

[...] tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos⁴¹.

Este pensamento encontra guarida quando se invoca a ameaça à segurança jurídica, segundo a qual, se fosse possível aos juízes agirem contra as leis previamente instituídas pelo Poder Legislativo ou às políticas públicas instituídas pelo Poder Executivo, haveria um verdadeiro caos quanto aos critérios subjetivos trazidos à baila pelo magistrado, transformando o próprio papel do Poder Judiciário em incertezas sociais.

O ideal seria que a velocidade na elaboração das leis pelo Legislativo e da aplicação de políticas públicas pelo Executivo acompanhasse a dinâmica – cada vez mais acelerada – dos conflitos sociais, tanto na sua complexidade quanto no seu alcance. A realidade, porém, é exatamente oposta. O poder que se encontra mais presente no dia-a-dia do cidadão é, sem dúvida alguma, o Poder Judiciário, motivo pelo qual é também o mais adequado para compreender os anseios e necessidades sociais.

48

A prorrogação da competência, quando da análise da regra geral de competência territorial do art. 651 da CLT, é apenas a demonstração da vida pulsante do Poder Judiciário – movimentada principalmente pelos juízes singulares – que, ao negar deferimento a uma exceção estéril na contemporânea visão do direito processual do trabalho, faz a própria dinâmica do processo e, mais, cumpre com louvor os objetivos primordiais da própria justiça.

6 Considerações finais

Isto posto, é possível afirmar topicamente que

1. Ronald Dworkin, ao criticar o positivismo de Hart, explica ao mundo que, na impossibilidade de aplicação de uma regra específica ao caso concreto, os princípios são o norte seguro do juiz, que, na sua atividade jurisdicional, deve afastar a regra prejudicial e, obrigatoriamente, aplicar a norma fundamental.
2. É possível afastar uma regra válida e aplicar um princípio, sob o fundamento de que este tem força normativa e deve prevalecer sobre a regra que, quando da análise do caso concreto, mostra-se obsoleta.
3. A aplicação gramatical da regra processual insculpida no *caput* do art. 651 da CLT,

⁴¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 181.

sem considerar a moderna concepção pós-positivista do Direito, viola regras de proteção do hipossuficiente, por lhe dificultar a produção de provas e o acompanhamento processual, em detrimento à isonomia processual.

4. O art. 651 da CLT, que determina regras de competência territorial, é limitador de direitos, uma vez que não admite o critério de “domicílio do empregado” como uma das possibilidades de acesso ao Poder Judiciário na busca da tutela dos direitos trabalhistas.
5. A par das normas processuais, há de se ter em conta as normas de direito material que, diante das diversas alterações trazidas pelos fenômenos econômicos e sociais do último século, não podem mais ser analisadas apartadas daquelas.
6. Faz-se necessário o julgamento da exceção de incompetência territorial sob o prisma das garantias fundamentais, precipuamente, a da efetiva isonomia processual, da proteção ao hipossuficiente e a do acesso ao Poder Judiciário.
7. A aplicação das regras do art. 651 da CLT, sem a aplicação dos princípios de proteção, viola o equilíbrio entre as partes. É preciso, então, garantir às partes as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos para que, ao final, no seu objetivo jurídico, a tutela oferecida, tenha sido produto de um processo regular e isonômico.
8. Havendo o direito às partes de se comunicarem com o Estado-Juiz de maneira equânime, de manifestarem seus argumentos dentro de um procedimento regular, seguramente, a tutela jurídica a ser entregue ao final da ação haverá de estar envolvida sob a chancela da justiça e do devido processo legal.
9. Além disso, o princípio da proteção deve nortear a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, na busca do equilíbrio dentro do próprio processo: protege-se o hipossuficiente a fim de resgatar a sua condição de força quando do início da batalha jurídica.
10. O princípio material deverá ser trazido para a análise de condições não aventadas pelo legislador quando elaborou o art. 651 da CLT. O magistrado deverá julgar a exceção de incompetência territorial, por ventura trazida à sua apreciação, tecendo as seguintes considerações prévias: a) a escolha do foro foi equívoco do hipossuficiente, mero capricho, ou, de fato, haverá prejuízo grave com o deslocamento da competência? b) Se sim, quais os direitos fundamentais que devem ser preservados?
11. Se a regra do art. 651 da CLT for aplicada contra o trabalhador, todos os princípios protetivos restarão violados e a própria função jurisdicional derrotada. Estará sufragada a própria dignidade humana do hipossuficiente, inviabilizando a existência de um processo justo e equilibrado.
12. O juiz é antes de tudo um intérprete proativo, que transforma o próprio Direito quando conduz o processo sob a sua égide, sempre comprometido com os princípios fundamentais constitucionais.

13. Se no momento da aplicação da regra ao caso concreto houver uma violação ao próprio princípio que a norteia e origina, por ser a regra inadequada à sua realidade, caberá ao magistrado afastá-la e aplicar o princípio diretamente ao caso posto ao seu julgamento, a fim de preservar a existência do próprio sistema jurídico. Em razão dele, as normas infraconstitucionais devem viabilizar a efetivação do princípio, nunca ser obstáculo a sua concretização.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Brasília: UnB, 1996.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região-Minas Gerais. **Recurso Ordinário n. 0033800-05.2005.5.05.0044** Relatora Desembargadora Lucilde D Ajuda Lyra de Almeida; Recorrente: Dorival Florentino de Souza; Recorridos: Juruá Transportes Ltda e Sidney Lima. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região-Bahia. **Recurso Ordinário n. 000470065.2008.5.05.0651**. Relator Desembargador Esequias de Oliveira; Recorrente: Jonas Clemente Ribeiro; Recorrida: Infinity Agrícola S.A. Disponível em: <<http://www.trt5.jus.br>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região-Piauí. **Recurso Ordinário n. 0000900-59.2008.5.22.0003**. Relatora Juíza Convocada Liana Ferraz de Carvalho; Recorrente: Josias José Pereira; Recorrida: Companhia Agrícola Colombo. Disponível em: <<http://www.trt22.jus.br>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6. ed. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.

LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. Teoria dos princípios em Dworkin. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, n. 39, mar. 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**, 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.

LIMA, Manoel Hermes de. A decisão trabalhista de incompetência – geração de violação a direito fundamental. **Revista LTr**, vol. 74, n. 11, nov. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Direito do trabalho: principiologia**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, Roberto. **Empregado hipossuficiente e o ajuizamento da reclamação trabalhista**: direito de escolher entre o local da prestação de serviço ou outro lugar que lhe seja mais conveniente. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5183>>. Acesso em: 2 fev. 2009.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; PEDROSA, Marcelo Alves Marcondes. Uma interpretação progressista do art. 651 da CLT – o foro da prestação de serviço nem sempre é a regra. **Revista LTr**, vol. 74, n. 03, mar. 2010.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Processo civil**: curso completo. 5 ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

Súmula 26 do TRT da 5ª Região. A necessidade de enfrentamento do entendimento do STF

Antonio S. Lemos Jr.

Resumo: O artigo destina-se a questionar a eficácia vinculante do enunciado 26 da súmula de jurisprudência do TRT da 5ª Região. Explana-se sobre o dever de coerência e integridade imposto aos Tribunais para formação de precedentes. Demonstra-se a necessidade de enfrentamento do posicionamento do STF acerca à obrigatoriedade do quanto negociado coletivamente, inclusive em relação a direitos tidos por irrenunciáveis em negociações individuais (*Recurso Extraordinário RE 590.415*).

Palavras-chave: Enunciado 26 da Súmula do TRT da 5ª Região. Dever de coerência e integridade. Entendimento do STF veiculado no RE 590.415.

1 Introdução

O art. 926 do CPC dispõe que os “tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Longe de ser um artigo que veicula disposição meramente programática, o dispositivo em questão faz imposições aos Tribunais quanto à formação e aplicação de precedentes.

Tais imposições compõem um repertório de exigências que se caracteriza como verdadeira *conditio sine qua non* à força vinculante dos precedentes.

Diante das recentes modificações legislativas, seja pelo novo CPC, seja pela Lei 13.015/2015, os Tribunais, como não poderia ser diferente, por certo enfrentarão dificuldades na elaboração de decisões provenientes de instrumentos processuais que compõem o referido microsistema de formação e aplicação de precedentes.

Procura-se com o presente artigo problematizar o enunciado 26 da súmula de jurisprudência do TRT da 5ª região, cotejando-o com o entendimento fixado pelo STF no julgamento do RE 590.415 com a finalidade de questionar o cumprimento das exigências impostas ao Tribunal, em especial, o dever de coerência e integridade.

2 Cultura de precedentes – breves comentários acerca da coerência e integridade

Bons ventos trouxeram ao ordenamento jurídico brasileiro a cultura do respeito aos precedentes. Tal assunto, apesar de não ser tão novel, ganhou maior destaque em razão do novo CPC, bem como, em campo exclusivamente laboral, pela Lei 13.015/2014. Embora existam críticas respeitáveis, afirmando alguns que essa situação engessa a jurisprudência ou mesmo que atenta contra liberdade do magistrado de julgar conforme seu livre convencimento, a comunidade jurídica tem demonstrado verdadeiro entusiasmo com essa nova cultura.

O respeito aos precedentes, por garantir a segurança jurídica, reduzirá ao longo do tempo a massificação dos litígios judiciais, sem se falar, por lógico, do benéfico efeito de se evitar

decisões completamente destoantes sobre a mesma questão, o que, nesse último ponto, atende ao princípio da igualdade.

Com proficiência, Juliane Facó (2016) leciona tentando, no particular, quebrar resistências injustificadas dos operadores do direito:

Os que desconhecem o sistema de precedentes advogam que sua adoção retiraria a importância do magistrado na ordem jurídica, engessaria o direito e o tornaria injusto, ultrapassado ou inseguro, quando o efeito é justamente o oposto. O juiz assume sua verdadeira função na engrenagem jurídica, o direito se aprimora, torna-se estável e previsível, autorizando o cidadão a depositar sua confiança no judiciário. Um sistema que preza pela segurança jurídica das decisões judiciais, norteadas pelo princípio da igualdade, possibilita a harmonia e a coerência do ordenamento e a efetiva realização das normas fundamentais decorrentes da Constituição, reconhecendo o papel que o juiz assume na criação da norma jurídica (FACÓ, 2016, p. 53).

A força obrigatória dos precedentes, tão alardeada em dias atuais, não vem do simples comando do ordenamento jurídico. Não se trata de um “passe de mágica” ou mesmo de uma ficção legal. É necessário que o precedente seja forjado no estrito regramento do microsistema de formação e aplicação de precedentes, levando em conta, inclusive, a necessidade de aplicação analógica de preceitos previstos em procedimentos específicos que compõem o referido microsistema. Isso, para que a decisão tenha legitimidade para se impor de forma vinculante.

Quanto a tais requisitos, é de se apontar o respeito e o estímulo a um contraditório qualificado, com enfrentamento de todas as teses e sempre com oportunidade de manifestação das partes (art. 10 e 489, CPC), além de se ter sempre como proveitosa a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada para o enriquecimento das discussões travadas (art. 138, CPC). Por outro lado, a jurisprudência deve se manter uniforme, estável, pública e, principalmente, coerente e íntegra (art. 926 e §5º do art. 927, CPC).

No caso em tela, buscando uma maior objetividade, o presente arrazoado atém-se, em especial, a obrigação imposta ao Tribunal de formar e manter sua jurisprudência coerente e íntegra. Isso porque, ao que se demonstra no particular, o TRT da 5ª Região uniformizou sua jurisprudência, bem como a tem mantido estável e pública. Consta, ainda, dos autos, que o contraditório foi qualificado, inclusive com participação de *amicus curae*.

Porém, um problema acerca da coerência e integridade deve ser levantado, sob pena de existir sempre uma “válvula de escape” à necessária, desejada e imperiosa força vinculante do enunciado em comento. Isso porque, conforme já exposto, a força vinculante dos precedentes não vem pelo simples comando legal. Necessário se faz o amadurecimento da questão jurídica debatida, o que se consegue apenas se coerente e íntegro for o precedente. Cita-se, brevemente, a lição de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015):

[...] a coerência e a integridade são pressupostos para que a jurisprudência possa ser universalizada, possa ser legitimamente aplicada a outros casos semelhantes. É da essência de um sistema de precedentes construídos de forma

racional e não-autoritária que eles sejam universalizados. Não é legítimo universalizar o que não é íntegro e coerente. (DIDIER JR., 2015, p. 479)

O estudo do dever de coerência e integridade imposto aos Tribunais é complexo, sendo os dois conceitos, em muitos casos, enleados. O certo é que a coerência e a integridade não podem ser analisadas isoladamente. Ainda fazendo uso do ensinamento de Didier Jr (DIDIER, 2015, p. 477), tais deveres formam um amálgama obrigatório na formação e aplicação de precedentes denominado de dever de “consistência”.

Com relação à integridade, se exige, em especial, a análise do ordenamento jurídico como um todo e em toda a sua complexidade (normas constitucionais, legais, administrativas, negociais, precedentes etc.). Não sem outro propósito, o Legislador no novo CPC, em diversos dispositivos, substituiu o termo respeito à legalidade ou às leis pelo respeito ao ordenamento jurídico (artigos 8º e 18, CPC, p. ex). A integridade também requer enfrentamento de todas as teses, compreendendo o ordenamento como sistema, cotejando o direito material com o processual e tendo a Constituição Federal sempre como norte e como óbice para interpretações conflitantes com seus preceitos.

Em relação à coerência, mister é, inicialmente, estabelecer uma divisão em coerência interna e externa.

54 Por coerência interna, se exige lógica na argumentação apresentada, com respeito aos conceitos consagrados pela teoria geral do direito e a dogmática jurídica, bem como a utilização de uma linha de pensamento/argumentação única – ou ao menos, não contraditória – para interpretação do ordenamento jurídico como sistema. A lógica na argumentação é de fácil compreensão. O órgão criador e/ou aplicador do precedente tem que ter lógica interna de argumentos em sua decisão. Não há coerência na decisão, por outro lado, caso verdadeiramente “inventados” conceitos e princípios que para nada mais servem do que fundamentar os próprios argumentos. Não se poda a criatividade jurídica, contudo o direito como ciência exige o respeito a conceitos e dogmas previamente consagrados e reconhecidos pela comunidade jurídica. Por fim, e mais importante, é exigido que o Tribunal, ao fixar uma *ratio decidendi* a fim de fundamentar a formação e/ou aplicação de um precedente, demonstre segurança jurídica aos jurisdicionados no sentido de que essa mesma linha de raciocínio será sempre seguida, seja na elaboração/aplicação do próprio precedente ou na formação de outros futuros e na aplicação de precedentes já criados. A comunidade tem que, literalmente, saber o modo de pensar/interpretar do Tribunal, já que o âmbito de abrangência dos casos delimitados pela tese fixada no precedente é pequeno se considerarmos a possibilidade de abrangência de casos que podem ser albergados pela razão de decidir e, mais ainda, pela certeza de como se interpreta e se aplica o direito por parte do Tribunal. Mesmo que não se estenda o poder de vinculação de forma tão ampla, não se pode desconsiderar a segurança jurídica alcançada pelo atendimento à expectativa social quanto à forma de interpretação e aplicação do direito por parte do Tribunal. E, para isso, não se exige nada mais do que coerência.

Já em relação à coerência externa, se tem a obrigação da decisão de respeitar a jurisprudência que vinha se desenhando até o desembocar do precedente, seja do próprio órgão criador

ou de tribunais superiores, mesmo que seja o caso de se aplicar as técnicas do “*overruling*” e “*distinguishing*”. *Fazendo uso de uma consagrada metáfora de Dworkin também citada na obra de Didier (DWORKIN, 2003 apud DIDIER, 2015, p. 480), a construção judicial do Direito é um romance em cadeia, onde cada julgador delinea um capítulo, sem, contudo, desconsiderar o fio da meada, sob pena de se ter uma história incoerente.*

3 Cotejamento da Súmula 26 do TRT da 5ª região e a decisão prolatada pelo STF no Recurso Extraordinário (RE) 590.415

Muito brevemente delineados os conceitos citados, necessário se faz, agora, cotejar o precedente do TRT da 5ª Região ou qualquer outro que discuta a obrigatoriedade de disposições negociadas coletivamente com a importantíssima decisão prolatada pelo STF em sede de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida.

Para uma melhor compreensão, cito o enunciado 26 da Súmula de jurisprudência do TRT da 5ª Região:

HORAS IN ITINERE. VALIDADE DE CLÁUSULA CONSTANTE DE NORMA COLETIVA QUE ESTABELECE NÚMERO FIXO MENSAL PARA PAGAMENTO DAS HORAS DE PERCURSO. TEMPO EFETIVAMENTE DESPENDIDO NO TRAJETO DE IDA E VOLTA PELO EMPREGADO MAIOR QUE AQUELE PREFIXADO NO INSTRUMENTO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ARTIGOS 7º, INCISO XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 58, §2º, DA CLT. Em consonância com o disposto nos arts. 7º, XIII e XXVI, e 8º, II, da Constituição Federal e nos §§ 2º e 3º, art. 58, da CLT, é válida a cláusula decorrente de negociação coletiva prefixando o quantitativo de horas in itinere a ser acrescido à jornada de trabalho do empregado, independentemente do porte da empresa, desde que o critério objetivo utilizado para apuração das horas de deslocamento não implique em fixação de um quantitativo inferior a 50% do tempo efetivamente gasto pelo empregado.” (Resolução Administrativa nº 0013/2016 – Divulgada no Diário Eletrônico do TRT da 5ª Região, edições de 04.04.2016, 05 e 06.04.2016, de acordo com o disposto no art. 187-B do Regimento Interno do TRT da 5ª Região) g.n

55

E porque problematizar aquilo que já foi pacificado? O enunciado 26 da Súmula do TRT da 5ª Região desembocou de um Incidente de Uniformização de Jurisprudência - IUJ (0000481-75.2015.5.05.0000), procedimento que compõe o microsistema de formação e aplicação de precedentes (art. 896, §4º e §5º da CLT), o que enseja o cumprimento do dever de coerência e integridade.

Assim, para verificar o cumprimento de tais deveres, transcreve-se a ementa do acórdão prolatado no Recurso Extraordinário RE 590.415:

DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado

de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. **No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.** 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 7. Provisão do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”. (RE 590415, Rel: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 28-05-2015 PUBLIC 29-05-2015)

Inicialmente, é importante ressaltar, que, como se verifica do arresto acima, a tese firmada em sede de repercussão geral tem uma aplicação mais restrita. Mais precisamente:

“a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado, nos termos do voto do Relator”.(RE 590415, Rel Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 28-05-2015 PUBLIC 29-05-2015)

Porém, não há dúvida de que a *ratio decidendi* do julgado é muito mais ampla. Firmou-se o entendimento/razão de decidir de respeito às normas coletivas, mesmo que tais disposições entrem no campo dos direitos trabalhistas que, em sede de negociação individual, seriam considerados como irrenunciáveis.

É importante frisar que significativa parcela da doutrina defende o caráter vinculante da decisão do STF em questão (art. 927, III e V). Cita-se o ensinamento de Luiz Guilherme Marini(2013):

[...]. O que está por detrás da repercussão é o interesse na concretização da unidade do direito: é a possibilidade de que se adjudica à Corte Suprema de 'clarifier orienter le droit' em função ou a partir de determinada questão levada ao seu conhecimento. [...] Como a questão constitucional com repercussão geral necessariamente tem relevante importância à sociedade e ao Estado, a decisão que a enfrenta, por mera consequência, assume outro status quando comparada às decisões do Supremo Tribunal Federal antigamente proferia. Este novo status da decisão da Suprema Corte, contém, naturalmente, a ideia de precedente obrigatório ou vinculante. Decisão de questão constitucional dotada de repercussão geral com efeitos não vinculantes constitui contradição em termos. (MARINONI, 2013, p. 471-472.)

Ressalte-se, ainda, que não é correto limitar a força vinculante à parte dispositiva da decisão em referência, sob pena de esvaziar os fins da nova cultura de respeito aos precedentes. A parte dispositiva, a tese expressamente fixada ou mesmo o enunciado de súmula editado, pelo limitado poder de significação das palavras, tem uma pequena abrangência, o que levaria sempre à possibilidade de aplicação da técnica do *distinguishing*. Contudo, ao se debruçar sobre a ratio decidendi o aplicador do direito efetivamente consegue enxergar o significado do precedente. Ao se perquirir às razões de decidir, valoriza-se a faceta objetiva da querela judicial que ensejou a formação do precedente, moldando-se, assim, o comportamento de toda a sociedade. Mais uma vez, cita-se os ensinamentos de Marinoni(2013):

Deixe-se claro, antes de mais nada, que as razões de decidir ou os fundamentos da decisão importam, no common law, porque a decisão não diz respeito apenas às partes. A decisão, vista como precedente, interessa aos juízes a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito e aos jurisdicionados que necessitam de segurança e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades. O juiz e o jurisdicionado, nessa dimensão, têm necessidade de conhecer o significado dos precedentes.

Ora, o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. É claro que a fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo. Esses últimos não podem ser ignorados quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta apenas olhar à sua parte dispositiva (MARINONI, 2013, p. 219).

Assim, considerando a importância do entendimento fixado de forma unânime pelo STF, responsável último por interpretar as disposições constitucionais, que enfrentou o tema de forma abrangente, em sua composição plenária, o TRT da 5ª Região deveria, com a devida vênia, ter enfrentado necessariamente os argumentos, as razões de decidir e o modo de interpretar a constituição expressamente delineados na referida decisão. Não há dúvida de que qualquer decisão – em especial, aquela dotada do *status* de precedente vinculante – que discuta a validade e os limites do poder de negociação dos sindicatos, para que seja coerente, deve, ao menos, enfrentar o posicionamento do STF acerca da questão jurídica.

O Supremo no caso em tela foi minucioso na análise da questão. Enfrentou à exaustão temas que estão imbricadamente ligados às questões discutidas na formação do Enunciado 26

da Sumula do TRT da 5ª Região e, por isso, a *ratio decidendi* do referido julgado não deveria ser desconsiderada. Isso, mesmo que não alegados pelas partes (interpretação analógica do art. 1022, parágrafo único, I, CPC).

No Recurso Extraordinário (RE) 590.415, o STF assentou, além de outras questões, a não aplicação do princípio da proteção em sede de negociação coletiva, afastando-se a tese da hipossuficiência dos empregados no particular. Foram enfrentadas, ainda, as questões jurídicas concernentes aos limites da negociação, os limites da caracterização do que seriam direitos indisponíveis, a necessidade de fomento e respeito às negociações como demonstração de exercício da cidadania, a necessidade de análise do todo negociado, inclusive, com a impossibilidade de retirar a validade de preceitos isolados do quanto acordado e a necessidade de respeito à boa-fé dos atores da negociação.

Cita-se, apenas para fins de exemplificação e com grifos não constantes do original, trechos do voto do douto Ministro Roberto Barroso:

Diferentemente do que ocorre com o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho, que emerge com nova força após a Constituição de 1988, tem nas relações grupais a sua categoria básica. O empregador, ente coletivo provido de poder econômico, contrapõe-se à categoria dos empregados, ente também coletivo, representado pelo respectivo sindicato e munido de considerável poder de barganha, assegurado, exemplificativamente, pelas prerrogativas de atuação sindical, pelo direito de mobilização, pelo poder social de pressão e de greve. **No âmbito do direito coletivo, não se verifica, portanto, a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Por consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.**

[...]

21. Ao contrário, o direito coletivo do trabalho, em virtude de suas particularidades, é regido por princípios próprios, entre os quais se destaca o **princípio da equivalência dos contratantes coletivos, que impõe o tratamento semelhante a ambos os sujeitos coletivos – empregador e categoria de empregados. Sobre esse princípio já se observou:**

“O segundo aspecto essencial a fundamentar o presente princípio [da equivalência dos contratantes coletivos] é a circunstância de contarem os dois seres contrapostos (até mesmo o ser coletivo obreiro) com instrumentos eficazes de

atuação e pressão (e, portanto, negociação). **Os instrumentos colocados à disposição do sujeito coletivo dos trabalhadores** (garantias de emprego, prerrogativas de atuação sindical, possibilidade de mobilização e pressão sobre a sociedade civil e Estado, greve, etc.) **reduziriam, no plano juscoletivo, a disparidade lancinante que separa o trabalhador, como indivíduo, do empresário. Isso possibilitaria ao Direito Coletivo conferir tratamento jurídico mais equilibrado às partes nele envolvidas. Nessa linha, perderia sentido no Direito Coletivo do Trabalho a acentuada diretriz protecionista e intervencionista que tanto caracteriza o Direito Individual do Trabalho”.**

22. **Em sentido semelhante, quanto à possibilidade de redução de direi-**

tos por meio de negociação coletiva e, ainda, quanto à inaplicabilidade do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas ao direito coletivo do trabalho, já se afirmou: “O fundamento da validade da redução é o mesmo princípio que autoriza a estipulação mais vantajosa, a autonomia coletiva dos particulares, que não é via de uma mão só, [mas] de duas, funcionando tanto para promover os trabalhadores, mas, também, em especial na economia moderna, para administrar crises da empresa e da economia, o que justifica a redução dos salários dos empregados de uma empresa, pela negociação coletiva.

Põe-se em debate, neste ponto, o **princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. É construção destinada a atuar na esfera do direito individual, mas não no direito coletivo do trabalho, daí a sua inaplicabilidade às relações coletivas, regidas que são pelo princípio da liberdade sindical e da autonomia coletiva dos particulares, e não pelas regras da estrita aplicação aos contratos individuais de trabalho,** inteiramente diferentes, portanto, os dois âmbitos da realidade jurídica, a do interesse individual e a do interesse coletivo. (RE 590415, Rel: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 28-05-2015 PUBLIC 29-05-2015)

Questão jurídica de suma importância, o princípio da proteção a impedir a renúncia de direitos trabalhistas, foi justamente uma das teses do acórdão do TST que foi reformado pelo STF. Cita-se mais um trecho do voto com grifos não originais:

Em sua fundamentação, o acórdão afirmou que não havia dúvidas acerca da autenticidade da manifestação coletiva dos empregados do BESC. Todavia, segundo o entendimento ali manifestado, “o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância, quando levado a anuir com preceitos coletivos que lhe subtraem direitos básicos”; e a **negociação realizada era de duvidosa validade, quer porque “no Direito do Trabalho a tônica é precisamente o esvaziamento do princípio da autonomia da vontade”, quer porque não se pode permitir que todos os direitos sejam passíveis de transação, sob pena de se retornar “à estaca zero”**. Os demais argumentos lançados pelo TST são semelhantes àqueles suscitados no acórdão ora recorrido, invocando-se o art. 477, §2º, CLT para defender que a quitação limita-se às parcelas e valores especificados no recibo

7. O enfrentamento da matéria impõe, portanto, a definição do alcance da autonomia da vontade no âmbito do Direito do Trabalho. Razões de ordens distintas são responsáveis por sua limitação, a saber: **i)** a condição de inferioridade em que se encontram os trabalhadores perante seu empregador; e **ii)** o modelo de normatização justrabalhista adotado pelo ordenamento positivo brasileiro.

[...]

18. Assim, se a rigorosa limitação da autonomia da vontade é a tônica no direito individual do trabalho e na legislação infraconstitucional anterior à Constituição de 1988, **o mesmo não ocorre no que respeita ao direito coletivo do trabalho ou às normas constitucionais atualmente em vigor.**

19. A Constituição de 1988 restabeleceu o Estado Democrático de Direito, afir-

mou como seus fundamentos a cidadania, a dignidade humana, o pluralismo político e reconheceu uma série de direitos sociais que se prestam a assegurar condições materiais para a participação do cidadão no debate público. Especificamente no que respeita ao direito coletivo do trabalho, como já mencionado, prestigiou **a autonomia coletiva da vontade como mecanismo pelo qual o trabalhador contribuirá para a formulação das normas que regerão a sua própria vida**, inclusive no trabalho (art. 7º, XXVI, CF). **Se este não é o espírito das normas infraconstitucionais que regem a matéria, cabe ao intérprete rever o conteúdo destas últimas à luz da Constituição**

(...)

25. Por fim, de acordo com o princípio da adequação setorial negociada, as regras autônomas juscoletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, **desde que não transacionem setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade absoluta. Embora, o critério definidor de quais sejam as parcelas de indisponibilidade absoluta seja vago, afirma-se que estão protegidos contra a negociação in pejus os direitos que correspondam a um “patamar civilizatório mínimo”, como a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho etc..** (RE 590415, Rel: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 28-05-2015 PUBLIC 29-05-2015)

60

E não é só. A Suprema Corte expressamente se manifestou no sentido de que, ao afastar determinadas disposições normativas, quebrando verdadeiramente o equilíbrio encontrado pela negociação, o judiciário pode verdadeiramente desestimular a prática salutar dos acordos e convenções coletivas em busca da paz social, desestimulando, assim, o exercício da cidadania. Por outro lado, foi pontuado que fere o princípio da boa-fé objetiva negociar de forma coletiva, pactuando-se vantagens mútuas, para posteriormente questionar o conteúdo das normas em questão. Mais uma vez com grifos não constantes do original, cita-se parte do voto:

28. Nessa linha, não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho. **Tal ingerência viola os diversos dispositivos constitucionais que prestigiam as negociações coletivas como instrumento de solução de conflitos coletivos, além de recusar aos empregados a possibilidade de participarem da formulação de normas que regulam as suas próprias vidas.** Trata-se de postura que, de certa forma, compromete o direito de serem tratados como cidadãos livres e iguais.

29. Além disso, **o voluntário cumprimento dos acordos coletivos e, sobretudo, a atuação das partes com lealdade e transparência em sua interpretação e execução são fundamentais para a preservação de um ambiente de confiança essencial ao diálogo e à negociação. O reiterado descumprimento dos acordos provoca seu descrédito como instrumento de solução de conflitos coletivos e faz com que a perspectiva do descumprimento seja incluída na avaliação dos custos e dos benefícios de se optar por essa forma de solução**

de conflito, podendo conduzir à sua não utilização ou à sua oneração, em prejuízo dos próprios trabalhadores”.

24. É relevante, ainda, para a análise do presente caso, o princípio da lealdade na negociação coletiva. Segundo esse princípio os acordos devem ser negociados e cumpridos com boa-fé e transparência. Não se pode invocar o princípio tutelar, próprio do direito individual, para negar validade a certo dispositivo ou diploma objeto de negociação coletiva, uma vez que as partes são equivalentes, ao contrário do que ocorre no ramo individual. Quando os acordos resultantes de negociações coletivas são descumpridos ou anulados, as relações por eles reguladas são desestabilizadas e a confiança no mecanismo da negociação coletiva é sacrificada. (RE 590415, Rel: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 28-05-2015 PUBLIC 29-05-2015)

Assim, mesmo que afastando, por amor ao debate, o caráter vinculante da decisão do STF, ao Tribunal na formação do enunciado 26 – repito, ou qualquer outro que discuta a obrigatoriedade e limites das normas coletivas – seria recomendado o enfrentamento da jurisprudência consolidada do STF sobre o tema. Frise-se, mesmo que para afastar a aplicação do entendimento ao caso concreto (*distinguishing*) ou mesmo – grife-se, isso de forma discutível – para superar a posição do STF (*overruling*).

Quanto ao tema da coerência interna, é de se ressaltar, ainda, que, para formação do enunciado 26, foi utilizado o argumento/razão de decidir da força obrigatória das normas coletivas para o fim de afastar a aplicação restritiva do quanto previsto no art. 58, §3º da CLT, contudo o mesmo argumento não foi levantado como questão discutível para se pregar/defender a liberdade das partes de negociar livremente sobre a jornada. Neste ponto, verifica-se que o modo de interpretar o direito foi utilizado com pesos diversos quando da formação do precedente, o que, também por este motivo, indica o não cumprimento do dever de coerência.

61

É oportuno pontuar que o STF expressamente declarou que o princípio do respeito às normas coletivas (art. 7º, XVI da CF) não pode ser aplicado apenas quando favorável aos empregados. As normas coletivas não podem ser fracionadas, declarando-se a validade de determinadas cláusulas e simplesmente ignorando ou declarando nulas outras. As normas coletivas – pela igualdade das partes – são confeccionadas com o fito de assegurar vantagens mútuas. Negar vantagens pactuadas ao empregador ou mesmo majorar - na forma de interpretações extensivas – direitos restritivamente concedidos aos empregados, faz cair por terra a lógica negocial, já que quebra o equilíbrio resultante do pacto.

E mais, em busca do dever de integridade, questões jurídicas importantes deixaram de ser tratadas à exaustão, assim como exigido para a formação do precedente. Encontra-se essa constatação ainda no cotejo do precedente do TRT da 5ª e aquele prolatado pelo STF. Sem o intuito de esgotar o tema e nem tampouco demonstrar equívoco no mérito da decisão do E. TRT, elenca-se apenas alguns argumentos que deixaram de ser expressamente enfrentados. Em especial, após a manifestação do STF sobre o tema.

A análise concreta da relação material que circunda as partes da negociação. Neste ponto, ainda considerado o posicionamento do STF, o Tribunal levou em consideração apenas a

relação de hipossuficiência dos empregados, sem considerar a paridade de armas própria da relação entre sindicatos, inclusive quanto aos instrumentos de pressão que dispõem os sindicatos obreiros (greve, p. ex). Não foi enfrentada especificamente a questão da boa-fé das partes contratantes, inclusive com a impossibilidade de se retirar dispositivos isolados da norma coletiva não analisando o equilíbrio imaginado pelas partes. Quanto ao tema da indisponibilidade de direitos, a questão do cômputo das horas de trajeto foi caracterizada como norma ligada à saúde dos empregados e, portanto, irrenunciável em sua completude, contudo, não houve o necessário enfrentamento de regras de concretização específicas da Carta Magna que permitem expressamente a negociação coletiva em questões de jornada (art. 7º, XIII e XIV, CF).

Conforme já exposto, independentemente da posição do Tribunal sobre essas questões jurídicas, considerando a importância do tema – relevância essa consagrada pelo STF no julgamento já citado – seria recomendado ao cumprimento do dever de integridade o enfrentamento das questões jurídicas apontadas, analisando-se assim o ordenamento jurídico como um todo e em toda a sua complexidade, tendo a Constituição Federal sempre como norte e como óbice para interpretações conflitantes com seus preceitos.

3 Considerações finais

Feitas as observações quanto à necessidade de enfrentamento do entendimento fixado pelo STF no Recurso Extraordinário (RE) 590.415, não é desarrazoado defender que o caráter vinculante do Enunciado 26 da Sumula do TRT da 5ª Região – ou qualquer outro que discuta a obrigatoriedade das normas coletivas e os limites do poder de negociação sem que seja enfrentado o tema posto – vai ser sempre questionável, visto que descumprido o dever de coerência e integridade imposto pelo art. 926 do CPC. Por outro lado, sendo questionável o poder de vinculação, a segurança jurídica almejada pela formação do precedente não vai ser atingida.

Outrossim, mesmo considerando a eventual submissão horizontal das Turmas do Tribunal ao entendimento fixado no mencionado enunciado, bem como a submissão vertical, por disciplina judiciária, dos juízes de piso, a garantia do princípio da igualdade – também objetivo da cultura do respeito aos precedentes – será ameaça, já que existirá sempre a possibilidade real de reforma do entendimento fixado em confronto do quanto decidido pelo STF. Por fim e principalmente, ao deixar de enfrentar questões jurídicas de suma importância, o precedente em foco não trará o benéfico efeito do convencimento social que poderia prevenir demandas futuras.

Referências

BRANDÃO, Cláudio. **Reforma do sistema recursal trabalhista**: comentários à Lei 13.015/2014. São Paulo: Ltr, 2015.

DIDIER JR. Fredier. **Curso de direito processual civil “2”**/ Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. Salvador: Jus Podvim, 2015, v. 2.

DWORKING, *Ronaldo*. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 2003.

FACÓ, Juliane Dias. **Recursos de revista repetitivo. Consolidação do precedente judicial obrigatório no ordenamento trabalhista**. São Paulo: Ltr, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente Obrigatórios**. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013.

THEODORO JR, Humberto. **Novo CPC. Fundamentos e sistematização**/ Humberto Theodoro Jr, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, **Resolução Administrativa nº 0013/2016**, Divulgada no Diário Eletrônico do TRT da 5ª Região, edições de 04.04.2016, 05 e 06.04.2016, de acordo com o disposto no art. 187-B do Regimento Interno do TRT da 5ª Região.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **RE 590415**, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 28-05-2015 PUBLIC 29-05-2015.

A aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal no Processo do Trabalho¹

Ben-Hur Silveira Claus²

Júlio César Bebber³

As conclusões por analogia não têm apenas cabimento dentro do mesmo ramo do Direito, nem tão-pouco dentro de cada Código, mas verificam-se também de um para outro Código e de um ramo do Direito para outro.

Karl Engisch

[...] o raciocínio jurídico será sempre analógico, por isso que as hipóteses singulares nunca serão entre si idênticas, mas apenas 'afins na essência'.

Ovídio Baptista da Silva

Resumo: O presente artigo estuda a juridicidade da aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal à execução trabalhista, com vistas a promover a efetividade da jurisdição na Justiça do Trabalho. Para tanto, articula-se a proposta de interpretação extensiva do art. 889 da CLT à interpretação sistemática do art. 186 do Código Tributário Nacional, com vistas à assimilação produtiva da modalidade de fraude à execução prevista no art. 185 do CTN à execução trabalhista, que se revela mais favorável ao credor do que o regime jurídico geral de fraude à execução previsto no art. 593, II, do CPC de 1973 e no art. 792 do CPC de 2015.

Palavras-chave: Fraude à execução. Execução fiscal. Execução trabalhista. Efetividade da jurisdição. Crédito trabalhista. Súmula 375 do STJ.

Introdução

O Direito pressupõe a boa-fé das pessoas na vida de relação. É a boa-fé que fundamenta o princípio da responsabilidade patrimonial. De acordo com esse princípio, o patrimônio do contratante responde por suas obrigações: o patrimônio do sujeito obrigado é expropriado pelo Estado, para satisfazer coercitivamente a obrigação não adimplida espontaneamente, restabelecendo-se o equilíbrio da relação contratual e a integridade da ordem jurídica.

Esse princípio encontra expressão literal no art. 591 do CPC de 1973 e no art. 789 do CPC de 2015, preceito que estabelece que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.” Trata-se de preceito localizado no título em que o Código de Processo Civil trata da execução

¹ O presente artigo foi publicado na Revista *Justiça do Trabalho*, nº 377, de maio de 2015, da Editora HS, Porto Alegre, p. 7-37 e na Revista *LTr*, nº 6, ano 79, junho de 2015, da Editora LTr, São Paulo, p. 647-662.

² Juiz do Trabalho e Mestre em Direito.

³ Juiz do Trabalho e Doutor em Direito do Trabalho.

forçada das obrigações não cumpridas espontaneamente. Na Lei nº 6.830/80, o princípio da responsabilidade patrimonial tem expressão nos arts. 10 e 30.

Para coarctar condutas de má-fé do devedor, a teoria jurídica extraiu do princípio de responsabilidade patrimonial dois institutos jurídicos destinados a combater fraude patrimonial praticada pelo sujeito passivo da obrigação – a fraude contra credores (CC, arts. 158 e 159) e a fraude à execução (CPC de 1973, art. 593; CPC de 2015, art. 792). O fato de não haver processo contra o obrigado quando da alienação do bem revela que a fraude contra credores é ato ilícito menos grave do que o ato ilícito de fraude à execução⁴, modalidade de fraude patrimonial na qual já há processo contra o obrigado⁵ quando da alienação do bem que torna o obrigado insolvente para responder pela obrigação.

No presente artigo, estuda-se a juridicidade da aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal à execução trabalhista, com vistas a promover a efetividade da jurisdição na Justiça do Trabalho (CF, art. 5º, XXXV; CLT, art. 765). Para tanto, articula-se a proposta de interpretação extensiva do art. 889 da CLT à interpretação sistemática do art. 186 do Código Tributário Nacional, com vistas à assimilação produtiva da modalidade de fraude à execução prevista no art. 185 do CTN à execução trabalhista, uma das diversas modalidades de fraude à execução previstas no direito positivo.

1 As modalidades de fraude à execução no direito positivo

65

Ao lado da modalidade geral de fraude à execução prevista no inciso II do art. 593 do CPC de 1973, o sistema legal prevê uma modalidade específica de fraude à execução no inciso I do art. 593 do CPC e abrange as demais modalidades de fraude à execução previstas em diversas leis na genérica hipótese do inciso III do art. 593 do CPC de 1973⁶ (CPC de 2015, art. 792, V)⁷.

⁴ A fraude à execução tipifica, além de ilícito processual civil, o ilícito penal de fraude à execução capitulado no art. 179 do Código Penal. Outrossim, configura ato atentatório à dignidade da justiça (CPC de 1973, art. 600, I; CPC de 2015, art. 774, I) sancionado com a multa do art. 601 do CPC de 1973 (CPC de 2015, art. 774, parágrafo único). A ordem jurídica atua contra a fraude à execução mediante a declaração de ineficácia do ato fraudulento (CPC de 1973, art. 592, V; CPC de 2015, art. 790, V), autorizando a penhora do bem alienado em fraude como se permanecesse no patrimônio do executado. Para facilitar o combate a essa espécie de fraude patrimonial, a declaração de ineficácia da alienação é pronunciada nos próprios autos em que flagrada a fraude, de ofício. Conclusão ainda mais evidente na execução trabalhista, por força da previsão dos arts. 765 e 878, *caput*, da CLT.

⁵ A hipótese de fraude à execução fiscal prevista no art. 185, *caput*, do Código Tributário Nacional constitui exceção à regra. Introduzida pela Lei Complementar nº 118, de 9/6/2005, a atual redação do art. 185, *caput*, do CTN radicalizou a figura da fraude à execução fiscal, estabelecendo que a fraude à execução fiscal caracteriza-se quando a obrigação tributária já estiver inscrita em dívida ativa à época da alienação do bem. Na redação anterior do art. 185, *caput*, do CTN, a disciplina da fraude à execução era mais favorável ao devedor tributário: somente se caracterizava a fraude se já estivesse em curso a execução fiscal à época da alienação do bem. Exigia-se a litispendência da execução fiscal. Essa exigência foi suprimida pela Lei Complementar nº 118, de 9/6/2005.

⁶ CPC de 1973: “Art. 593. Considera-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens:

I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II – quando, ao tempo de alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III - nos demais casos expressos em lei.”

⁷ CPC de 2015: “Art. 792. A alienação ou a oneração é considerada fraude à execução:

A fraude à execução prevista no inciso II do art. 593 do CPC de 1973 tem sido considerada a modalidade geral de fraude à execução por se tratar do tipo de fraude à execução que ocorre com maior frequência. Caracteriza-se quando, ao tempo da alienação do bem, já corria demanda capaz de reduzir o demandado à insolvência. A hipótese está prevista no CPC de 2015 (art. 792, IV).

Menos frequente é a modalidade de fraude à execução prevista no inciso I do art. 593 do CPC de 1973, que se caracteriza quando o devedor aliena determinado bem sobre o qual há ação judicial fundada em direito real. Essa modalidade de fraude à execução decorre do direito de seqüela próprio ao direito real. Nesse caso, a configuração da fraude à execução independe do estado de insolvência do devedor. A hipótese está prevista no CPC de 2015 (art. 792, I).

Entretanto, as modalidades de fraude à execução são mais numerosas do que normalmente se percebe, sobretudo quando se atenta para as diversas modalidades de fraude à execução previstas em distintos diplomas legais. Nada obstante passem despercebidas algumas vezes, as demais modalidades de fraude à execução previstas em distintos diplomas legais foram consideradas pelo legislador na abrangente previsão do inciso III do art. 593 do CPC de 1973, preceito que faz remissão a outras modalidades de fraude à execução, assim consideradas aquelas previstas “nos demais casos expressos em lei”. O CPC de 2015 faz referência às demais modalidades de fraude à execução no art. 792, V.

66

Ao legislador é dado estabelecer, para a tutela do princípio da responsabilidade patrimonial, hipóteses outras em que a conduta do devedor caracterize fraude patrimonial a ser rejeitada pelo sistema normativo, tipificando novas modalidades de fraude à execução com o objetivo último de assegurar a integridade da ordem jurídica. Entre as demais modalidades de fraude à execução tipificadas em distintos diplomas legais, a teoria jurídica tem identificado – sem prejuízo de outras modalidades dessa espécie de ato ilícito⁸ – as seguintes hipóteses:

1. há fraude à execução quando, na penhora de crédito, o terceiro deixa de depositar em juízo a importância por ele devida ao executado, nada obstante intimado pelo

I – quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II – quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III – quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV – quando, ao tempo de alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V – nos demais casos expressos em lei.”

⁸ *Araken de Assis* relaciona outras hipóteses de fraude à execução, que costumam passar despercebidas: “Além disso, atos de índole diversa, como a dação em pagamento, a renúncia à herança, a interrupção da prescrição e, conforme caso julgado pela 3ª Câmara Cível do extinto TARS, a partilha de bens em separação consensual, igualmente representam fraude contra a execução” (*Manual da Execução*. 14. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 303).

juízo para assim proceder (CPC de 1973, arts. 671 e 672, §§ 2º e 3º)⁹; a hipótese está prevista nos arts. 855 e 856, §§ 2º e 3º, do CPC de 2015;

2. há fraude à execução quando há registro de averbação premonitória de existência de ação à época da alienação do bem (CPC de 1973, art. 615-A, § 3º)¹⁰; a hipótese está prevista no art. 828, § 4º, do CPC de 2015;
3. há fraude à execução quando o executado insolvente adquire bem residencial mais valioso, hipótese em que não poderá mais fazer prevalecer a alegação de impenhorabilidade de bem de família (Lei nº 8.009/90, art. 4º, *caput* e § 1º)¹¹;
4. há fraude à execução fiscal quando o crédito tributário já se encontrava regularmente inscrito como dívida ativa à época da alienação do bem pelo executado (CTN, art. 185, *caput*).¹²

Esse resumido inventário das modalidades de fraude à execução autoriza a conclusão de que o sistema legal inclui a fraude à execução fiscal entre os casos de fraude à execução capitulados no inciso III do art. 593 do CPC de 1973 e no inciso V do art. 792 do CPC de 2015, identificando na previsão do art. 185, *caput*, do CTN, particular modalidade de fraude à execução inserida pelo direito positivo entre os “demais casos expressos em lei”; modalidade de fraude à execução em que a presunção de fraude é considerada absoluta.

⁹ CPC de 1973: “Art. 671. Quando a penhora recair em crédito do devedor, o oficial de justiça o penhorará. Enquanto não ocorrer a hipótese prevista no artigo seguinte, considerar-se-á feita a penhora pela intimação:

I – ao terceiro devedor para que não pague ao executado, seu credor;

II – ao executado, credor do terceiro, para que não pratique ato de disposição do crédito.

Art. 672. A penhora de crédito, representada por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque ou outros títulos, far-se-á pela apreensão do documento, esteja ou não em poder do devedor. ...

§ 2º. O terceiro só se exonerará da obrigação, depositando em juízo a importância da dívida.

§ 3º. Se o terceiro negar o débito em conluio com o devedor, a quitação, que este lhe der, considerar-se-á em fraude de execução.”

¹⁰ CPC: “Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

...

§ 3º. Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (593).”

¹¹ Lei nº 8.009/90: “Art. 4º. Não se beneficiará do disposto nesta Lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

§ 1º. Neste caso poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.”

¹² CTN: “Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.”

2 Fraude à execução fiscal: a presunção de fraude é absoluta; não se admite prova em contrário

No debate que conduziu à edição da controvertida Súmula 375 do STJ¹³, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram, na vigência do art. 593 do CPC de 1973, rica controvérsia acerca da natureza jurídica da fraude à execução.

De um lado, alinhou-se a corrente tradicional de opinião, sustentando que a fraude à execução continuava a caracterizar-se de forma objetiva (*in re ipsa*), exigindo apenas:

1. litispendência por ocasião da alienação do bem: demanda ajuizada em face do demandado à época do negócio fraudulento;
2. alienação essa capaz de reduzir o demandado à insolvência.

Para essa corrente de opinião, não se conhece do elemento subjetivo da boa-fé do terceiro adquirente na fraude à execução, ou seja, dispensa-se a prova acerca de *consilium fraudis*, requisito exigível apenas para a caracterização do ilícito civil de fraude contra credores (CC, arts. 158 e 159). No âmbito da teoria justralhista, essa corrente de opinião tem em *Manoel Antonio Teixeira Filho* um histórico representante.¹⁴

68

De outro lado, articulou-se o entendimento de que a fraude à execução somente configurar-se-ia na hipótese de estar caracterizada – ao lado dos demais elementos objetivos mencionados – a má-fé do terceiro adquirente, compreendida na ciência do terceiro adquirente quanto à existência da ação movida em face do executado-alienante; ou seja, o elemento subjetivo (má-fé do terceiro adquirente) teria passado a ser exigível para a caracterização de fraude à execução. Em outras palavras: o elemento subjetivo do “*consilium fraudis*” teria passado a integrar o suporte fático da fraude à execução, conforme indica o enunciado da Súmula 375 do STJ, “*in litteris*”: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente”.

A jurisprudência trabalhista predominante assumiu essa posição sob inspiração da Súmula 375 do STJ, que passou a ser adotada por ocasião do julgamento de embargos de terceiro adquirente do bem.

Enquanto o primeiro entendimento faz resgate efetivo do compromisso da ordem jurídica com o princípio da responsabilidade patrimonial (CPC de 1973, art. 591) em detrimento da boa-fé do terceiro adquirente, o segundo entendimento tutela a boa-fé deste, privilegiando o interesse privado em detrimento do princípio da responsabilidade patrimonial.

A concepção de fraude à execução fiscal, todavia, passou praticamente incólume por tal controvérsia¹⁵. Isso porque a teoria jurídica do Direito Tributário sempre identificou na *supre-*

¹³ Súmula 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.” A Súmula 375 do STJ foi editada em 30/3/2009.

¹⁴ *Execução no processo do trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 200.

¹⁵ Em 19/11/2010, o STJ uniformiza sua jurisprudência para afirmar ser inaplicável à execução fiscal a S-375-STJ, editada em

macia do interesse público tutelado pelo direito fiscal o histórico fundamento, segundo o qual a fraude à execução fiscal configura-se de forma objetiva (*in re ipsa*) e caracteriza hipótese de presunção absoluta de fraude, não abrindo ensejo à discussão acerca da conduta subjetiva do terceiro adquirente, de modo a impedir a hipótese jurídica de convalidação do negócio fraudulento pela boa-fé do terceiro adquirente. Sequer a possibilidade da respectiva hipótese jurídica é admitida na fraude à execução fiscal; num autêntico resgate da categoria dos deveres patrocinado pela verticalização do princípio de responsabilidade patrimonial, que se alicerça na boa-fé indispensável à construção de uma vida de relação fundada na honestidade dos contratantes.¹⁶

É da lição clássica de *Aliomar Baleeiro* que a fraude à execução fiscal não admite prova em contrário precisamente por se caracterizar como ato ilícito cujo vício faz constituir presunção absoluta de fraude contra o interesse tributário. Segundo o autor,

O CTN, no art. 185, estabelece uma presunção geral, *iuris et de iure*, isto é, sem possibilidade de prova em contrário, de que é fraudulenta contra o Fisco, a alienação de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo, desde que o crédito tributário contra ele esteja regularmente inscrito (CTN, arts. 201 a 204) e em fase de execução. Mas entender-se-á que esta presunção absoluta está limitada ao caso de o sujeito passivo alienar seus bens ou rendas em tal proporção, que não lhe reste o suficiente para o total pagamento da dívida em execução¹⁷.

No mesmo sentido, alinha-se praticamente toda a doutrina do Direito Tributário. Depois de assinalar que o art. 185 do Código Tributário Nacional estabelece presunção de fraude à execução quando ocorre alienação de bem por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa, o tributarista *Hugo de Brito Machado* afirma que “tal presunção é absoluta. Uma presunção de direito contra a qual não cabe nenhuma espécie de prova”¹⁸. O autor volta a explicitar referido entendimento quando contextualiza o tema do interesse do terceiro adquirente de boa-fé no âmbito da fraude à execução fiscal à luz da atual redação do art. 185 do CTN¹⁹:

No âmbito do Direito Privado, a lei protege o terceiro de boa-fé, estabelecendo que são anuláveis os contratos onerosos de devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante. O fato de ser devedor de um tributo com crédito tributário inscrito em dívida ativa, todavia, não pode ser considerado indicador de notória insolvência, e mesmo assim o Código Tributário Nacional considera sem validade, em face da presunção de fraude, a alienação ou oneração do bem, sem qualquer consideração para com o terceiro de boa-fé.

30/3/2009. A matéria é desenvolvida no item 6 do presente estudo.

¹⁶ A responsabilidade socioeconômica dos sujeitos funda-se na boa-fé exigida pelo art. 422 do CC de 2002, preceito que irradiaria saneador efeito ético aos contratos em geral e a toda a vida de relação.

¹⁷ *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 970. O autor está a comentar o art. 185 do CTN, na redação anterior à Lei Complementar nº 118, de 9/2/2005, quando se exigia estivesse já ajuizado o executivo fiscal para configurar-se a fraude à execução.

¹⁸ *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2. ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009. p. 649.

¹⁹ *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2. ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009. p. 677.

Em sintonia com *Aliomar Baleeiro* e *Hugo de Brito Machado*, *Zelmo Denari* também identifica a presunção absoluta de fraude na fraude à execução fiscal²⁰ e a irrelevância da conduta subjetiva do terceiro-adquirente para o reconhecimento de ineficácia do negócio fraudulento. A presunção absoluta de fraude, segundo ele, opera de tal modo que não é facultado ao terceiro adquirente produzir prova de sua eventual boa-fé²¹. “In litteris”:

A presunção acautelatória aqui estabelecida é *juris et de jure*, isto é, não admite prova em contrário. Irrelevante, portanto, se de boa ou má-fé o adquirente do bem ou o titular do direito real de garantia. A fraude se presume e a presunção é absoluta²².

Na medida em que a fraude à execução fiscal é interpretada como hipótese de presunção absoluta de fraude no Direito Tributário, a vantagem jurídica com que essa concepção de fraude à execução tutela o crédito fiscal conduz o operador do processo do trabalho a interrogar-se acerca da juridicidade da extensão dessa concepção de fraude à fraude à execução ao processo do trabalho – quem sabe se conduzido pelas mãos de *Karl Engisch*²³ – mediante recurso à analogia e com os olhos postos na promessa constitucional de jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Para tanto, é intuitivo ao operador do processo do trabalho dirigir especial atenção à histórica opção da teoria jurídica brasileira de conferir ao crédito trabalhista privilégio legal superior àquele reconhecido ao crédito fiscal.

70

3 A histórica opção da teoria jurídica brasileira de conferir ao crédito trabalhista privilégio legal superior àquele reconhecido ao crédito fiscal

O privilégio do crédito trabalhista tem por fundamento próximo a natureza alimentar dos créditos decorrentes do trabalho²⁴, enquanto o fundamento remoto radica na dignidade humana da pessoa do trabalhador cuja prestação laboral transforma-se em riqueza apropriada pelo tomador de serviços inadimplente.

²⁰ Enquanto Aliomar Baleeiro escreveu à época da redação anterior do art. 185 do CTN, Zelmo Denari escreve sob a nova redação do art. 185 do CTN, introduzida pela Lei Complementar 118, de 9/2/2005. E ambos chegam à conclusão idêntica: a fraude à execução fiscal caracteriza hipótese de presunção absoluta de fraude e não admite prova em contrário.

²¹ Neste mesmo sentido, orienta-se o entendimento de Mauro Luís Rocha Lopes. Comentando o art. 185 do CTN, o autor observa que a doutrina do Direito Tributário considera absoluta a presunção de fraude, sendo dispensável a prova do “consílio fraudulento” à sua caracterização (*Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias*. 7. ed., Niterói: Impetus, 2012. p. 106).

²² MARTINS, Ives Gandra da Silva (cord.) *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 496.

²³ “Toda a regra jurídica é suscetível de aplicação analógica – não só a lei em sentido estrito, mas também qualquer espécie de estatuto e ainda a norma de Direito Consuetudinário. As conclusões por analogia não têm apenas cabimento dentro do mesmo ramo do Direito, nem tão pouco dentro de cada Código, mas se verificam também de um para outro Código e de um ramo do Direito para outro” (*Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 293).

²⁴ CF: “Art. 100... § 1º. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte e invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.”

Mesmo na jurisdição fiscal, encarregada de fazer valer o privilégio legal assegurado ao crédito fiscal pelo art. 186 do CTN, o crédito trabalhista tem sido historicamente reconhecido como privilegiado em face deste, em razão da sua qualidade de crédito *necessarium vitae* (STJ. 1ª Turma. REsp nº 442.325. Relator Min. Luiz Fux. DJU 25.11.2002, p. 207).

A ponderação de se tratar de um crédito necessário à subsistência do ser humano que vive do próprio trabalho integra o arcabouço axiológico sob o qual a consciência jurídica tem conformado a estrutura hierárquica normativa em que são classificadas as diversas espécies de créditos ao longo da tradição jurídica brasileira. Com efeito, o predicado de crédito *necessarium vitae* tem sido, na verdade, o principal fundamento material da opção da consciência jurídica nacional de privilegiar o crédito trabalhista na concorrência com os demais créditos previstos no sistema legal brasileiro, ratificando nessa histórica opção da teoria jurídica brasileira a primazia da dignidade da pessoa humana enquanto valor superior que viria a ser eleito pela Constituição como fundamento da República²⁵.

Nada obstante o reconhecimento doutrinário de que a relevância do crédito tributário funda-se na *supremacia do interesse público* que lhe é imanente²⁶, ainda assim a consciência jurídica nacional tem posicionado – trata-se de tradição histórica – o crédito trabalhista num patamar superior àquele conferido ao crédito fiscal, sugerindo concretamente possa a supremacia do interesse público vir a ser superada em determinada situação especial, na qual a ordem jurídica identifique interesse ainda mais relevante a tutelar – no caso do privilégio do crédito trabalhista, o *interesse fundamental social* a tutelar é satisfação prioritária dos créditos decorrentes da prestação do trabalho humano. Desse interesse fundamental social deriva a formulação conceitual que conduziria a teoria jurídica a conceber a expressão *superprivilégio* para bem significar a primazia conferida pelo sistema jurídico nacional ao crédito trabalhista.

Essa tradição histórica de a ordem jurídica nacional conferir primazia ao crédito trabalhista sofreu revés significativo com o advento da nova Lei de Falências e Recuperação Judicial. Entre outros preceitos representativos dessa nova orientação, o art. 83, I, da Lei nº 11.101/2005 limitou o privilégio do crédito trabalhista ao valor de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos na falência, classificando como quirografário o crédito trabalhista excedente desse montante. A possibilidade de limitação do privilégio do crédito trabalhista a determinado montante foi reservada ao legislador ordinário pela Lei Complementar nº 118, também de 9/2/2005, que introduziu parágrafo único no art. 186 do CTN para conferir a prerrogativa que o legislador comum exerceria nessa mesma data mediante a edição da Lei nº 11.101/2005. Daí a eficácia que a medida legal da hipoteca judiciária pode conferir à exequibilidade do crédito trabalhista na hipótese de superveniência de falência da empresa, conforme a arguta lição de *Élisson Miessa*.²⁷

²⁵ CF: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

III – a dignidade da pessoa humana”.

²⁶ Cf. machado, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2 ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009. p. 660.

²⁷ Hipoteca judiciária e protesto da decisão judicial no novo CPC e seus impactos no Processo do Trabalho. In: MIESSA, Élisson (Org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 475-476: “No entanto, conforme se verifica pelo art. 83, inciso I, da Lei nº 11.101/05, a preferência apenas é observada no limite

Na legislação anterior, não havia limitação do privilégio do crédito trabalhista a determinado valor (Decreto-Lei nº 7.661/45). A alteração em questão foi recebida com reservas por expressiva parte da doutrina, tendo Francisco Antonio de Oliveira registrado ser essa restrição imposta ao privilégio do crédito trabalhista pela nova Lei de Falências desejo de setores empresariais e do próprio governo sob a alegação infundada de excesso de vantagens trabalhistas.²⁸ Depois de identificar afronta da nova Lei de Falências e Recuperação Judicial aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da submissão da propriedade à sua função social, Mauricio Godinho Delgado²⁹ assevera com sua reconhecida autoridade teórica que

A Lei n. 11.101, de 2005, *ignorando a filosofia e a determinação constitucionais*, confere enfática prevalência aos interesses essencialmente econômicos, em detrimento dos interesses sociais. Arrogantemente, *tenta inverter a ordem jurídica do País*. [...] A nova Lei de Falências, entretanto, com vigência a partir de 9/6/2005, abrangendo, essencialmente, processos novos (art. 201, combinado com art. 192, Lei n. 11.101/05), *manifesta direção normativa claramente anti-tética à tradicional do Direito brasileiro*, no que tange à hierarquia de direitos e créditos cotejados no concurso falimentar.

orientação adotada pela Lei nº 11.101/2005, destacando que a Convenção nº 95 da Organização Internacional do Trabalho autoriza a lei nacional a limitar o privilégio do crédito trabalhista a determinado valor. A nova Lei de Falências e Recuperação Judicial

72

[...] consolida no ordenamento jurídico brasileiro – no entender do autor – a orientação axiológica pela manutenção e recuperação das unidades produtivas viáveis, enquanto núcleo de um feixe de interesses sociais.

Essa orientação o autor reputa amparada nos valores eleitos pelo legislador constitucional relacionados à valorização do trabalho e da livre iniciativa, bem como na função social da propriedade e na busca do pleno emprego. Para o jurista, o legislador definiu a recuperação da atividade econômica como o objetivo precípua:

Tal objetivo busca preservar a empresa – enquanto atividade econômica – por reconhecê-la como núcleo de um feixe de interesses sociais, mais amplo do que aquele composto pelos interesses patrimoniais individuais dos credores (resguardado o limite do crédito privilegiado dos credores trabalhistas), da Fazenda ou do empresário.

Na fundada crítica do tributarista João Damasceno Borges de Miranda à nova diretriz adotada pela Lei de Falências e Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/2005), de privilegiar, na falência, os créditos dotados de garantia real em detrimento do crédito fiscal, o autor conclui que “jamais se poderia deferir privilégio aos credores financeiros com garantia real, pois os mesmos

de 150 salários-mínimos. Dessa forma, o valor restante poderá ser analisado em consonância com o inciso II de referido dispositivo que determina que, logo após os créditos trabalhistas até o limite de 150 salários-mínimos, possuem preferência os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado. Com efeito, na falência, a hipoteca judiciária produzirá duas preferências ao credor trabalhista. Uma em decorrência [da natureza jurídica alimentar] de seu crédito, limitada ao montante descrito na lei. E outra em razão da hipoteca judiciária, limitada ao valor do bem hipotecado.”

²⁸ *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 257.

²⁹ *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 793-795; sem itálico no original.

estão alocados no ramo do Direito Privado e devem ser tratados com as regras próprias”. A consistência da fundamentação adotada pelo autor para chegar à referida conclusão justifica – note-se que se trata de jurista do campo do direito tributário – a reprodução do argumento cuja extração sistemática implícita é revelada pela ponderação do privilégio do crédito trabalhista³⁰:

Pacífico o entendimento quanto à prevalência do crédito trabalhista por se tratar de crédito social com natureza alimentar e ser, reconhecidamente, a contraprestação pelo esforço físico posto em função da riqueza de outrem. D’outra banda, o crédito tributário diz respeito ao interesse público e coletivo, de interesse geral da sociedade, e, sendo assim, conforme a previsão principiológica constitucional, este tem prevalência sobre os interesses privados.

O argumento do jurista faz evocar o acórdão do STJ anteriormente referido, porquanto à natureza alimentar do crédito trabalhista destacada por João Damasceno Borges de Miranda corresponde a identificação pretoriana – estamos a examinar jurisprudência cível – do crédito trabalhista na qualidade de crédito *necessarium vitae* (STJ. 1ª Turma. Recurso Especial nº 442.325. Relator Min. Luiz Fux. DJU 25/11/2002, p. 207). Além disso, o argumento do tributarista tem o mérito de colocar em destaque relevante componente hermenêutico de feição socioeconômica, ao sublinhar a circunstância de que o crédito trabalhista é consequência da exploração econômica do trabalho humano e do inadimplemento da devida contraprestação ao trabalhador – *a contraprestação pelo esforço físico posto em função da riqueza de outrem*, na feliz síntese do tributarista.

73

Com efeito, o crédito trabalhista tem natureza jusfundamental (CF, art. 7º) e constitui-se como expressão objetiva de inadimplemento à contraprestação devida ao trabalhador pelo tomador dos serviços, trabalho esse cuja prestação incorpora-se ao patrimônio do tomador de serviços na condição de riqueza apropriada sob a forma de mais-valia. É o fato objetivo de que essa apropriação faz-se inexorável na relação de produção capitalista que conduz a consciência jurídica a sobrevalorizar o crédito trabalhista na disputa com outras espécies de créditos, reconhecendo-lhe posição de superprivilégio indispensável à concretização do valor da dignidade da pessoa humana que vive do trabalho. É nesse ambiente axiológico que se contextualiza o desafio hermenêutico de compatibilizar os arts. 29 da Lei nº 6.830/80 e 186 do CTN sob a condução do postulado da unidade do sistema jurídico.

4 Hermenêutica e método sistemático de interpretação: do postulado da unidade do sistema jurídico à compatibilização dos arts. 29 da Lei nº 6.830/80 e 186 do CTN

A hermenêutica jurídica é a ciência da interpretação das leis. Para cumprir o objetivo de definir o alcance dos preceitos legais, estuda os diversos métodos de interpretação da lei e as respectivas interações. O método sistemático disputa – a observação é de Luís Roberto Barroso – com o teleológico a primazia no processo interpretativo.³¹ Se o método teleológico de inter-

³⁰ PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Cord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Magalhães Peixoto Editora Ltda., 2005. p. 1319.

³¹ *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

pretação orienta-se à finalidade da norma jurídica interpretada, o método sistemático de interpretação funda-se na ideia de que o ordenamento jurídico constitui um “sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente”.³²

Conformando uma estrutura orgânica que pressupõe *ordem e unidade*, esse organismo jurídico unitário relaciona suas partes ao todo, de tal modo que o dispositivo legal interpretado o seja em harmonia com o contexto normativo no qual está compreendido. O postulado da unidade do ordenamento normativo enquanto sistema é conformado pela lógica da não contradição: as partes são interpretadas em harmonia com o seu conjunto, superando-se eventuais contradições por uma interpretação preordenada a reconduzir o dispositivo interpretado à unidade do sistema e de sua autopoiética coerência interna.

O fato de o art. 29 da Lei de Executivos Fiscais estabelecer que o crédito fiscal não está sujeito a concurso de credores e não se submete à habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento³³ acabou dando ensejo a interpretações no sentido de que, nada obstante o privilégio assegurado ao crédito trabalhista sobre o crédito fiscal no art. 186 do CTN, o crédito tributário poderia ser satisfeito no juízo fiscal de forma definitiva, inclusive sem observância ao pagamento prioritário devido ao crédito trabalhista em decorrência do privilégio legal previsto na precitada regra do Código Tributário Nacional.

74

Humberto Theodoro Júnior relata, no particular, que, diante dos termos exageradamente amplos do art. 29 da Lei nº 6.830/80, entendeu Ricardo Mariz de Oliveira³⁴ que até as garantias legais de preferência dos créditos trabalhistas teriam sido preteridas pelo preceito da Lei de Executivos Fiscais, com o abandono da sistemática do próprio Código Tributário Nacional (art. 186). Contudo, o processualista mineiro demonstra o equívoco da interpretação postulada por Ricardo Mariz de Oliveira, ao esclarecer que o art. 29 da Lei de Execução Fiscal quis apenas excluir a Fazenda Pública da participação nos juízos universais como o da falência e o do concurso civil de credores. Entretanto, não entrou em linha de cogitação alterar privilégios instituídos pelas leis de direito material em vigor. Isso porque – pondera Humberto Theodoro Júnior – não seria razoável que, em questão de direito material como essa, pudesse ocorrer revogação de uma lei complementar, como é o Código Tributário Nacional, por uma simples lei ordinária³⁵, como é a Lei nº 6.830/80.

A interpretação postulada por Ricardo Mariz de Oliveira somente pode ser compreendida como fruto de uma concepção não sistemática do ordenamento jurídico, interpretação que incorre no equívoco de tomar isoladamente o preceito do art. 29 da LEF quando deveria considerá-lo – o método sistemático de interpretação visa a preservar a unidade do ordenamento normativo – no contexto dos demais diplomas legais correlatos, especialmente o Código Tributário Nacional, sob pena de perder de vista o fato de que esse “[...] diploma legal predica a prevalência dos créditos trabalhistas sobre os créditos fiscais”, conforme preleciona João Damas-

³² *Idem, ibidem.*

³³ A previsão do art. 187 do CTN é semelhante à previsão do art. 29 da Lei nº 6.830/80.

³⁴ “Dívida Ativa da Fazenda Pública”. *RT Informa*, 261:5.

³⁵ *Lei de execução fiscal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 179.

ceno Borges de Miranda diante da correlata antinomia também sugerida pela primeira leitura do art. 187 do CTN³⁶.

A interpretação de uma norma isolada do contexto no qual está compreendida pode conduzir o intérprete a equívoco, como geralmente acontece quando se despreza o elemento contextual na interpretação da lei. Isso ocorre porque “[...] a interpretação de uma norma – a observação é do tributarista Hugo de Brito Machado³⁷ – não deve ser feita fora do contexto em que se encarta, mas se tendo em consideração outras normas com as quais se deve harmonizar”. Por vezes identificada como a mais racional e científica, à interpretação sistemática importa a coerência interna do ordenamento jurídico, conforme revela a didática lição de Luís Roberto Barroso³⁸ sobre a interpretação da Constituição: “[...] Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta”.

A precisão da interpretação sistemática sustentada por Humberto Theodoro Júnior acerca do art. 29 da Lei de Executivos Fiscais pode ser aferida tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Na doutrina, essa aferição é obtida nos comentários de Anderson Soares Madeira acerca da relação de coordenação com que o art. 186 do CTN conforma a interpretação do art. 29 da Lei nº 6.830/80. Ao comentar a interpretação dada ao art. 29 da Lei nº 6.830/80 pelos tribunais, o autor observa que a “jurisprudência se quedou a entender que não poderia o fisco se sobrepor à preferência dos credores protegidos pela legislação trabalhista”.

A acertada observação de Anderson Soares Madeira decorre da supremacia da legislação complementar sobre a legislação ordinária. O autor contextualiza o dispositivo do art. 29 da LEF no âmbito do *sistema dos executivos fiscais*, identificando na supremacia do Código Tributário Nacional o consagrado critério hermenêutico que orienta a subordinar a lei ordinária (Lei nº 6.830/80 – LEF, art. 29) à lei complementar (Lei nº 5.174/66 – CTN, art. 186). Na harmonização dos preceitos legais em cotejo, a interpretação sistemática conduz o autor à consideração de que

[...] sendo a Lei de Execução Fiscal lei ordinária, esta não poderia se sobrepor à lei complementar, como assim foi recepcionado pela Constituição Federal, o CTN, que, em seu art. 186, prevê a ressalva de preferência da legislação do trabalho³⁹.

Na jurisprudência, o acerto da interpretação sistemática com a qual Humberto Theodoro Júnior harmoniza os arts. 29 da LEF e 186 do CTN pode ser apurado no julgamento do Recurso Especial nº 188.148-RS realizado pela Corte Especial do STJ. A síntese do julgamento

³⁶ PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Cord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Magalhães Peixoto Editora Ltda., 2005. p. 1315.

³⁷ *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2. ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009. p. 676.

³⁸ *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141-2. O autor informa que devemos a *Pietro Merola Chiercia* o mais amplo estudo sobre interpretação sistemática do direito constitucional, destacando que o jurista italiano atribui à interpretação sistemática uma posição de “prioridade lógica com respeito a outros critérios interpretativos” (*L'interpretazione sistemática della Costituzione*. Padova: CEDAM, 1978. p. 243 e s.).

³⁹ *Lei de Execuções Fiscais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 214.

da Corte Especial do STJ é a de que os créditos fiscais não estão sujeitos à habilitação, mas se submetem à classificação, para disputa de preferência com os créditos trabalhistas.

Eis a ementa do acórdão:

PROCESSUAL – EXECUÇÃO FISCAL – MASSA FALIDA – BENS PENHORADOS – DINHEIRO OBTIDO COM A ARREMATAÇÃO – ENTREGA AO JUÍZO UNIVERSAL – CREDORES PRIVILEGIADOS. I - A decretação da falência não paralisa o processo de execução fiscal, nem desconstitui a penhora. A execução continuará a se desenvolver até à alienação dos bens penhorados. II – Os créditos fiscais não estão sujeitos a habilitação no juízo falimentar, mas não se livram de classificação, para disputa de preferência com créditos trabalhistas (DL 7.661/45, art. 126). III – Na execução fiscal contra falido, o dinheiro resultante da alienação de bens penhorados deve ser entregue ao juízo da falência, para que se incorpore ao monte e seja distribuído, observadas as preferências e as forças da massa. (STJ. Corte Especial. Recurso Especial nº 188.148-RS. Relator Min. Humberto Gomes de Barros. DJU 27.05.2002, p. 121 – sem grifo no original).

As considerações da tributarista Valéria Gutjahr sobre precitado acórdão da Corte Especial do STJ revelam-se didáticas à compreensão da matéria. Tais considerações estão situadas nos comentários da autora aos arts. 186 e 187 do CTN. Observa a jurista que, na falência, o produto arrecadado com a alienação de bens deve ser entregue ao juízo falimentar, para que este faça a posterior distribuição dos respectivos valores conforme a classificação dos créditos em disputa.

76

Nesse julgamento da Corte Especial do STJ – prossegue Valéria Gutjahr – consolidou-se o entendimento que reconhece a independência *da processualística* do executivo fiscal. Contudo, essa independência *procedimental* da Lei de Executivos Fiscais não assegura a *imediate satisfação do crédito tributário* quando houver credores preferenciais – e esse é o caso dos credores trabalhistas, por força do art. 186 do CTN. Vale dizer, observam-se as *normas procedimentais* da Lei de Executivos Fiscais, o que significa excluir o crédito fiscal de habilitação; mas à distribuição do valor apurado aplicam-se as *normas de direito material* (CC, arts. 957, 958 e 961) que classificam os créditos em disputa e observam-se os respectivos privilégios legais (CTN, art. 186) ao estabelecer a ordem de prioridade a ser observada no pagamento dos credores concorrentes. Preleciona a jurista⁴⁰:

Em outras palavras, trata-se do reconhecimento do princípio de que a lei especial (Lei de Execuções Fiscais) sobrepõe-se à geral (Lei de Falências) *na aplicação do procedimento* por aquela instituído, passando-se, após, à observância das normas gerais aplicáveis ao processo falimentar e obedecendo-se, inclusive, o disposto no próprio Código Tributário Nacional (art. 186 e seu Parágrafo único).

É de ver que a solução preconizada para a hipótese de falência do devedor também se aplica quando a disputa entre crédito fiscal e crédito trabalhista ocorre perante devedor solvente.

⁴⁰ PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Cord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Magalhães Peixoto Editora Ltda., 2005. p. 1337.

Haverá, então, um concurso de penhoras de natureza particular (e não um concurso universal) entre a Fazenda e o credor trabalhista, devendo aquela – na lição de Humberto Theodoro Júnior – respeitar a preferência legal deste no pagamento que se realizar com o produto do bem penhorado por ambos⁴¹.

Também aqui o comando do art. 186 do CTN protagoniza a interpretação sistemática do ordenamento jurídico em aplicação.

Nesse particular, cumpre observar que, ao protagonismo do comando do art. 186 do CTN na regência jurídica da classificação dos créditos, a interpretação sistemática do ordenamento normativo revela confluírem tanto o art. 30 da Lei de Executivos Fiscais quanto o art. 711 do Código de Processo Civil de 1973 (no CPC de 2015, trata-se do art. 908), preceitos que reconduzem o intérprete à diretriz superior de se fazer respeitar, na disputa entre credores, a primazia assegurada aos créditos dotados de privilégio legal pelo direito material (CC, arts. 957, 958 e 961).

Enquanto o art. 30 da LEF afirma que o devedor responde pelo pagamento da Dívida Ativa com a totalidade de seus bens, ressalvando, contudo, que a responsabilidade do devedor é apurada “*sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei*” (Lei nº 6.830/80, art. 30, parte final), colmatando a lacuna do art. 29 da LEF que teria induzido Ricardo Mariz de Oliveira ao equívoco apontado por Humberto Theodoro Júnior⁴², o art. 711 do CPC de 1973 colmata a lacuna dos arts. 612 e 613 do CPC de 1973 para esclarecer que o critério cronológico da anterioridade da penhora somente define a ordem de pagamento aos credores se não houver, entre eles, credores detentores de crédito dotado de privilégio legal:

Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; *não havendo título legal à preferência*, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora” (CPC de 1973, art. 711 – sem destaque no original).

No CPC de 2015, o preceito do art. 908 corresponde ao art. 711 do CPC de 1973.

Se à compatibilização dos arts. 29 da LEF e 186 do CTN o método sistemático de interpretação faz prevalecer o postulado da unidade do sistema jurídico mediante o resgate de sua coerência interna sob a condução dirigente do comando superior do art. 186 do CTN, o desafio subsequente que a presente pesquisa propõe é responder se à execução trabalhista aplicam-se apenas os preceitos da Lei nº 6.830/80 ou se há um *sistema* legal de executivos fiscais a aplicar à execução trabalhista por força da previsão do art. 889 da CLT.

⁴¹ *Lei de execução fiscal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 180.

⁴² Cf. notas de rodapé 35 e 36.

5 A aplicação do *sistema* legal dos executivos fiscais à execução trabalhista: à efetividade do direito material do credor trabalhista corresponde interpretação extensiva do art. 889 da CLT

À primeira vista, pode parecer que a incidência subsidiária prevista no art. 889 da CLT estaria limitada a aplicarem-se à execução trabalhista apenas os dispositivos da Lei de Executivos Fiscais. A interpretação literal do art. 889 da CLT poderia conduzir a essa estrita compreensão do preceito. Entretanto, mais do que aplicar à execução trabalhista apenas os dispositivos da Lei de Executivos Fiscais, a necessidade de potencializar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5º, XXXV) tem fomentado interpretação extensiva do comando do art. 889 da CLT, na perspectiva de se compreender que todo o *sistema* dos executivos fiscais seria aplicável à execução trabalhista⁴³.

Se pode ser controvertida a proposta de conferir interpretação extensiva ao art. 889 da CLT, parece razoável considerar que da teoria jurídica recolhe-se o reconhecimento implícito de que os executivos fiscais constituem um *sistema*. Se a própria natureza sistêmica ínsita ao ordenamento jurídico em geral é indicativo teórico de que também os executivos fiscais em particular podem ser compreendidos enquanto *sistema*, uma percepção ainda mais clara de que se estaria a tratar de *um sistema de execução fiscal* pode ser haurida da relação de coordenação e complementaridade existente entre os diplomas legais incidentes na matéria, como ressalta Humberto Theodoro Júnior nas sucessivas edições da obra *Lei de execução fiscal*.

78

Na introdução a essa obra, o jurista mineiro adota a precaução científica de sublinhar o fato de que seus comentários à Lei nº 6.830/80 não poderiam ser desenvolvidos sem o necessário recurso aos preceitos do Código Tributário Nacional correlatos à execução fiscal, deixando implícita a consideração de que os executivos fiscais, por se conformarem à interpretação imposta pelo CTN, constituiriam um verdadeiro *sistema*. Essa implícita consideração parece decorrer da mencionada advertência com a qual o autor inaugura seus comentários⁴⁴:

Também, os dispositivos do Código Tributário Nacional serão colocados em confronto com o texto da nova Lei, sempre que se fizer aconselhável para a melhor interpretação das regras que comandam o processo da execução judicial da Dívida Ativa.

O fato de a Exposição de Motivos nº 223 da Lei nº 6.830/80 fazer remissão ao Código Tributário Nacional diversas vezes também sugere a relação de coordenação e de complementaridade com qual o CTN conforma a Lei de Executivos Fiscais, a indicar a conformação de um verdadeiro *sistema de executivos fiscais*, complementado pela aplicação subsidiária do CPC

⁴³ Sem prejuízo da aplicação subsidiária do CPC quando mais apta a fazer realizar a efetividade da execução prometida tanto na legislação ordinária (CLT, art. 765) quanto na legislação constitucional (CF, art. 5º, XXXV). Essa assertiva não é inovadora. A jurisprudência já atua no sentido de sobrepor algumas regras processuais comuns às trabalhistas sempre que aquelas se mostrarem mais efetivas, no escopo de fazer justiça, à moda do Tribunal Constitucional da Espanha, que enunciou o dever dos juízes de promover e colaborar ativamente para a realização da efetividade da tutela jurisdicional. Esse dever, segundo a corte espanhola, é um dever jurídico-constitucional, uma vez que os juízes e tribunais têm a “obrigação de proteção eficaz do direito fundamental”. Cf. BERNAL, Francisco Chamorro. *La Tutela Judicial Efectiva – Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de La Constitución*. Barcelona: Bosch, 1994. p. 329.

⁴⁴ *Lei de execução fiscal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3; sem grifo no original.

(Lei nº 6.830/80, art. 1º), sistema esse que encontra na sua compatibilidade com a Constituição Federal o fundamento de sua validade na ordem jurídica nacional.

No âmbito da teoria jurídica do processo do trabalho, a doutrina *Luciano Athayde Chaves* também parece sugerir a existência desse sistema de execução fiscal, na medida em que o processualista sustenta, com fundamento na interpretação sistemática do art. 186 do Código Tributário Nacional ao processo do trabalho, a aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista⁴⁵. Em outras palavras, ao sustentar a aplicação subsidiária de providência legal não prevista na Lei nº 6.830/90 – a respectiva previsão legal consta do Código Tributário Nacional⁴⁶ – à execução trabalhista com suporte jurídico no art. 186 do CTN, o jurista parece estar a reconhecer implicitamente a existência desse *sistema* de executivos fiscais, cuja incidência subsidiária ao processo do trabalho alicerça-se no solo hermenêutico em que se conformará então a necessidade de conferir interpretação extensiva à norma do art. 889 da CLT, na perspectiva da promoção da efetividade da jurisdição trabalhista (CF, art. 5º, XXXV; CLT, art. 765).

A jurisprudência trabalhista tem reconhecido a juridicidade da aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens capitulada no art. 185-A do CTN ao processo do trabalho, autorizando o entendimento de que, mais do que apenas os preceitos da Lei nº 6.830/80, também preceitos do CTN correlatos à execução fiscal aplicam-se à execução trabalhista, o que parece corroborar a ideia de que há mesmo um *sistema de executivos fiscais* e que é todo esse sistema que ingressa no âmbito da execução trabalhista pelas portas abertas pelo permissivo do art. 889 da CLT. A seguinte ementa é ilustrativa dessa perspectiva de interpretação extensiva:

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE PROSEGUIMENTO REGULAR DA EXECUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 185-A DO CTN. A ausência de bens em nome do executado constitui justamente o pressuposto para a determinação de indisponibilidade de bens, nos termos do disposto no *caput* do novel art. 185-A do Código Tributário Nacional. Trata-se, enfim, de medida a ser tomada na hipótese de impossibilidade de prosseguimento regular da execução, servindo como garantia de que bens futuros possam ser objeto de apreensão judicial. Isto é o que, aliás, está preceituado, há muito tempo, no art. 591 do CPC, que registra que ‘o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.’ O art. 646 do mesmo Diploma de Lei respalda este entendimento, na medida em que fixa que ‘a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591)’. Veja-se, com isto, que, mais que se discutir sobre a perspectiva da moralidade – dar efetividade à jurisdição conferida à parte – tem-se uma questão de interpretação literal do texto de lei, não sendo demais praticar atos expropriatórios contra quem se nega, mesmo que seja forçado, a

⁴⁵ “Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista”. *Curso de processo do trabalho*. CHAVES, Luciano Athayde (Org.). São Paulo: LTr, 2009. p. 968.

⁴⁶ Atualmente, a medida legal de indisponibilidade de bens pode ser ordenada pelo magistrado mediante comando eletrônico por meio da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens – CNIB, providência que representa considerável aporte à efetividade da execução, na medida em que atinge bens imóveis registrados em nome do executado em todo o território nacional. O comando de indisponibilidade é realizado mediante informação do CNPJ/CPF do executado. Para mais informações, consultar o Provimento CNJ nº 39/2014 da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ) e o *site* <http://www.indisponibilidade.org.br>.

cumprir o que lhe foi determinado por sentença. A expropriação não se traduz em ato brutal contra o devedor e, muito menos, a decretação de indisponibilidade dos seus bens futuros, já que, quanto a estes, não há, nem mesmo, a suposição de que são essenciais à sobrevivência, não fazendo parte do que é esperado pelo devedor, diariamente. Cumpre ressaltar que o Direito Processual Moderno – especialmente, o do Trabalho – admite este tipo de procedimento. O juiz tem de buscar os bens do devedor e a efetividade da justiça, que deve ser buscada.” (TRT3 (MG) - AP-00264-1995-038-03-00-0, Terceira Turma, Rel. Milton Vasques Thibau de Almeida, data de publicação: 5/8/2006, DJMG).

Parece razoável concluir, portanto, que os executivos fiscais constituem propriamente um *sistema*⁴⁷, conformado pela Lei de Executivos Fiscais (Lei nº 6.830/80), pelo Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), pelo CPC de aplicação subsidiária à LEF (Lei nº 6.830/80, art. 1º) e pela Constituição Federal, essa última a conferir validade a todo o *sistema de executivos fiscais*.

Assimilada a ideia de que os executivos fiscais constituem verdadeiramente um *sistema*, é razoável concluir então que esse sistema – e não apenas os preceitos da Lei nº 6.830/80 – se aplica subsidiariamente à execução trabalhista, por força da previsão do art. 889 da CLT em interpretação extensiva⁴⁸. Essa conclusão acaba por colocar a relevante questão de saber se, na omissão da Consolidação das Leis do Trabalho sobre a matéria de fraude à execução (CLT, arts. 769 e 889), aplicar-se-ia ao processo do trabalho o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN⁴⁹.

80

6 A jurisprudência do STJ acerca da aplicação da Súmula 375: fraude à execução fiscal versus fraude à execução civil. A questão da aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN à execução trabalhista

Em 30/3/2009, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 375, fixando importante diretriz acerca do instituto da fraude à execução, com o seguinte enunciado: “[...] O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.”

A diretriz da Súmula 375 do STJ é controvertida, na medida em que tutela a posição jurídica do terceiro de boa-fé à custa da posição jurídica do credor-exequente, estimulando – involuntariamente, é certo – indireta desconstituição do princípio da responsabilidade patrimonial

⁴⁷ Francisco Antonio de Oliveira sugere essa ideia de *sistema* quando, ao afirmar que a indisponibilidade de bens prevista no § 1º do art. 53 da Lei nº 8.212/91 não exclui os respectivos bens da execução trabalhista, sustenta que esse preceito da Lei de Custeio da Previdência Social deve ser interpretado “[...] em consonância com o art. 100 da CF, o art. 29 da Lei 6.830/80 (LEF) e os arts. 186 e 187 do CTN, os quais informam sobre a execução trabalhista (art. 889, da CLT)”. (Cf. *Execução na Justiça do Trabalho*, 6. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 196 – sem grifo no original).

⁴⁸ De acordo com o ensinamento de Luís Roberto Barroso, a interpretação extensiva tem cabimento diante de situação em que o legislador disse menos quando queria dizer mais. Nesse caso, a correção da imprecisão linguística do dispositivo legal ocorre então mediante a adoção de “[...] uma interpretação extensiva, com o alargamento do sentido da lei, pois este ultrapassa a expressão literal da norma (*Lex minus scripsit quam voluit*)”. (Cf. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125)

⁴⁹ Observadas as adaptações necessárias. Entre elas, a distinta definição do marco temporal a partir do qual se configura a fraude à execução trabalhista. O que é objeto do item 8 do presente estudo.

do executado (CPC de 1973, art. 591; CPC de 2015, art. 789). Com isso, estimula o executado à prática da fraude patrimonial, em conduta de autotutela. Conforme foi observado por Manoel Antonio Teixeira Filho em análise crítica à Súmula 375 do STJ, “[...] a orientação jurisprudencial cristalizada nessa Súmula estimula as velhacadas do devedor ao tornar mais difícil a configuração do ilícito processual da fraude à execução”⁵⁰.

Deveras, consoante já foi ponderado alhures, ao executado, em face dos termos da S-375-STJ, certamente ocorrerá alienar seus bens antes do registro da penhora. Fará isso intuitivamente para não perder seus bens; alienará seus bens e desviará o dinheiro apurado. Como o terceiro adquirente terá êxito nos embargos de terceiro em face da aplicação da diretriz da Súmula 375 do STJ, o executado safar-se-á ileso, sem ter que assumir perante o terceiro adquirente a responsabilidade regressiva que decorreria da declaração de ineficácia jurídica da alienação realizada em prejuízo ao credor. A experiência ordinária fartamente revela essa conduta de autotutela dos executados em geral e não apenas dos devedores contumazes, uma vez que desviar imóveis e veículos é muito mais difícil do que desviar o dinheiro apurado com a alienação particular dos bens⁵¹. Não há exagero quando Manoel Antonio Teixeira Filho perscruta na S-375-STJ estímulo à desonestidade do devedor.

Até o advento do Recurso Especial nº 1.141.990-PR, julgado pela 1ª Seção, tendo como Relator o Min. Luiz Fux, DJe 19/11/2010, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça oscilava na aplicação da Súmula 375 do STJ à execução fiscal.

No julgamento do referido recurso, realizado sob o rito do regime dos recursos repetitivos representativos de controvérsia (CPC de 1973, art. 543-C)⁵², o Superior Tribunal de Justiça definiu a sua jurisprudência acerca da aplicabilidade da Súmula 375 do STJ na hipótese de fraude à execução, estabelecendo posicionamento distinto *conforme a modalidade de fraude à execução* caracterizada no caso concreto, a partir de distinção estabelecida entre *fraude à execução fiscal* e *fraude à execução civil*, nos seguintes termos:

1. *inaplicabilidade* da Súmula 375 do STJ à *execução fiscal*;
2. *aplicabilidade* da Súmula 375 do STJ à *execução civil*.

No item 5 da ementa do acórdão proferido no julgamento do referido REsp nº 1.141.990-PR, revelou-se a distinção de tratamento conferido à fraude à execução fiscal, na comparação com a fraude à execução civil, na diferença de qualidade do interesse jurídico tutelado em cada uma das modalidades de fraude:

⁵⁰ *Execução no processo do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 19. O autor sustenta a incompatibilidade da S-375-STJ com o processo do trabalho, ponderando ser da tradição jurídica considerar-se que a fraude à execução caracteriza-se pelos fatos objetivos da alienação do bem e da consequente insolvência do devedor, com presunção de má-fé do devedor. Na sequência, argumenta que o art. 593 do CPC não exige o registro da penhora ou má-fé do terceiro adquirente para a configuração de fraude à execução; e recusa se transferir ao credor o ônus da prova quanto à existência de má-fé do terceiro adquirente, por ser ônus probatório de difícil atendimento.

⁵¹ CLAUS, Ben-Hur Silveira; FIOREZE, Ricardo. Execução efetiva: A aplicação da averbação premonitória do art. 615-A do CPC ao processo do trabalho, de ofício. In: *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, HS Editora, nº 366. Jun/2014, p. 8, nota 37.

⁵² STJ-REsp nº 1.141.990-PR, 1ª Seção, Relator Min. Luiz Fux, DJe 19/11/2010.

5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento de tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.

A distinção estabelecida pelo STJ partiu da premissa de que na fraude à execução fiscal há afronta a interesse público, que justifica sujeitá-la ao *regime jurídico especial do art. 185 do CTN*⁵³, sendo irrelevante, então, a boa-fé do terceiro adquirente. Daí a conclusão de ser inaplicável a S-375-STJ à execução fiscal. Nesse caso, subsistirá a penhora do bem alienado e eventuais embargos do terceiro adquirente serão rejeitados, prosseguindo-se a execução fiscal com o leilão do bem e o pagamento do credor tributário.

Já no caso de *fraude à execução civil*, em que a execução se sujeita ao *regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC de 1973*⁵⁴, o STJ considerou existente afronta a *interesse privado*, fundamento pelo qual concluiu não haver presunção absoluta de fraude, situação em que a boa-fé do terceiro adquirente descaracteriza o ilícito. Daí a conclusão de ser aplicável a S-375-STJ à execução civil. Nesse caso, não subsistirá a penhora do bem alienado e eventuais embargos do terceiro adquirente serão acolhidos, com livramento do bem constrito.

Pode-se argumentar que a parte final S-375-STJ abre à possibilidade de que a penhora venha a subsistir e de que os embargos de terceiros venham a ser rejeitados caso o credor prejudicado logre comprovar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência da demanda quando da aquisição do bem do executado.⁵⁵ De fato, a parte final da súmula – “[...] ou da prova da má-fé do terceiro adquirente” – opera como uma espécie de válvula de escape à restrição que a S-375-STJ impõe à esfera jurídica do credor-exequente civil. Entretanto, o ônus da prova ali atribuído ao credor-exequente é de tão difícil atendimento que, se não evoca a figura da chamada prova diabólica, remete o intérprete a perguntar-se sobre a razoabilidade da atribuição desse ônus de prova ao credor em sistema processual que reputa nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (CPC de 1973, art. 333, parágrafo único, II; CPC de 2015, art. 373, § 3º, II).

Daí a importância – no combate à fraude de execução – do resgate do instituto da hipoteca judiciária, mediante subsidiária aplicação de ofício dessa medida legal pelo juiz do trabalho na sentença⁵⁶, orientação assumida por Manoel Antonio Teixeira Filho na 11ª edição de sua obra clássica *Execução no processo do trabalho*, a primeira edição posterior ao advento da Súmula 375 do STJ⁵⁷. Conforme interpretação extensiva do instituto, a hipoteca judiciária poderá recair

⁵³ No item 1 da ementa, o STJ começa por afirmar que a lei especial prevalece sobre a lei geral, numa referência à prevalência do *regime jurídico especial do art. 185 do CTN* sobre *regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC*, no que respeita à regência jurídica da fraude à execução.

⁵⁴ No CPC de 2015, o regime geral de fraude à execução está previsto no art. 792, IV.

⁵⁵ Na inteligência S-375-STJ, reputa-se verificada a má-fé do terceiro adquirente quando comprovado que esse tinha ciência da existência da demanda contra o executado à época da aquisição do bem.

⁵⁶ CLAUS, Ben-Hur Silveira. Hipoteca judiciária: a (re)descoberta do instituto diante da Súmula 375 do STJ. Execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região*, nº 41, 2013, Porto Alegre, HS Editora, p. 45-60.

⁵⁷ *Execução no processo do trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 201/2: “[...] Considerando que o nosso entendimento quan-

inclusive sobre bens móveis⁵⁸. Também de ofício, o magistrado poderá se utilizar de outras duas medidas legais correlatas que ingressam subsidiariamente no processo do trabalho pelas portas que lhes abrem os arts. 769 e 889 da CLT:

1. fazer registrar averbação premonitória da existência de ação trabalhista contra o demandado nos órgãos de registro de propriedade de bens (CPC de 1973, art. 615-A; CPC de 2015, art. 828)⁵⁹;
2. fazer registrar ordem de indisponibilidade de bens do executado nos órgãos de registro de propriedade de bens (CTN, art. 185-A)⁶⁰.

A orientação adotada no julgamento realizado sob o rito do regime dos recursos repetitivos representativos de controvérsia no REsp nº 1.141.990-PR uniformizou a jurisprudência do STJ na matéria, conforme exemplificam os julgamentos posteriores realizados nos seguintes processos: AgRg no REsp nº 241.691-PE, Relator Min. Humberto Martins, 2ª Turma, publicado em 4/12/2012; REsp nº 1.347.022-PE, Relator Min. Castro Meira, 2ª Turma, publicado em 10/4/2013; AgRg no REsp nº 289.499-DE, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, publicado em 24/4/2013; AgRg no REsp nº 212.974-AL, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, publicado em 29/11/2013. Essa orientação consolidou-se em definitivo, na medida em que o Supremo Tribunal Federal nega seguimento ao respectivo recurso extraordinário: o exame da matéria de fraude à execução implicaria análise de legislação infraconstitucional (CPC e CTN)⁶¹, não se configurando nessa matéria a contrariedade à Constituição que o art. 102, III, a, da CF estabelece como pressuposto ao conhecimento de recurso extraordinário (STF - AI nº 712245-RS, Relatora Min. Ellen Gracie, publicado em 27/3/2010; STF - ARE nº 793809-PE, Relator Min. Roberto Barroso, publicado em 5/9/2014).

83

Analisada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicabilidade da Súmula 375 e a distinção estabelecida entre fraude à execução fiscal e fraude à execução civil, cumpre saber se é aplicável ao processo do trabalho o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN.

to à inaplicabilidade da Súmula n. 375, do STJ, ao processo do trabalho possa não vir a ser aceito, seria o caso de valorizar-se a hipoteca judiciária de que o trata o art. 466, do CPC”.

⁵⁸ BORGES, Aline Veiga; CLAUS, Ben-Hur Silveira. Hipoteca judiciária sobre bens não elencados no art. 1.473 do Código Civil - A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico”. In: *Suplemento Trabalhista*. São Paulo: LTr, nº 059/2014, p. 267-72.

⁵⁹ FIOREZE, Ricardo; CLAUS, Ben-Hur Silveira. Execução efetiva: A aplicação da averbação premonitória do art. 615-A do CPC ao processo do trabalho, de ofício. In: *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, HS Editora, nº 366. Jun/2014, p. 7-29.

⁶⁰ Ben-Hur Silveira Claus. A aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista - Uma boa prática a serviço do resgate da responsabilidade patrimonial futura”. In: *Revista do TRT da 8ª Região*, nº 92, 2014, p. 111-18.

⁶¹ Cf. BEBBER, Júlio César. *Recursos no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 344.

É positiva nossa resposta, tendo por fundamento a aplicação analógica⁶² da orientação jurisprudencial adotada no precitado acórdão STJ-REsp nº 1.141.990-PR. Concorre, ainda, para tal aplicação analógica a inflexão da interpretação sistemática do art. 186 do CTN que se impõe ao intérprete nesse tema, submetido que está ao cânone hermenêutico da lógica da não contradição com o qual o método sistemático de interpretação – à delicadeza de sua “prioridade lógica com respeito a outros critérios interpretativos” (Pietro Merola Chiercia)⁶³ – se impõe à racionalidade jurídica.

A recusa a essa conclusão significaria dar ao crédito tributário tutela jurídica superior àquela assegurada ao crédito trabalhista. Com efeito, recusar essa conclusão importaria indireta – mas inequívoca – preterição do crédito trabalhista pelo crédito tributário, em contradição lógico-sistemática à previsão do art. 186 do Código Tributário Nacional, preceito de *direito material* cujo comando acabaria por ser obliquamente violado. A preterição do crédito trabalhista pelo crédito tributário expressar-se-ia no grau inferior de tutela jurídica que então seria atribuído ao crédito trabalhista por força de seu enquadramento no regime jurídico geral de fraude à execução previsto no art. 593, II, do CPC de 1973 (CPC de 2015, art. 792, IV), regime jurídico no qual a jurisprudência do STJ exclui a presunção absoluta de fraude, submetendo o credor civil à restritiva diretriz da Súmula 375 do STJ.

A questão faz lembrar a doutrina de Francisco Antonio de Oliveira acerca de dois problemas jurídicos correlatos cuja solução o jurista constrói pela sistemática administração do mesmo preceito legal. O primeiro problema jurídico é saber se lícito ao credor hipotecário obter a adjudicação de bem quando concorre com credor trabalhista. Na solução desse problema jurídico, é o art. 186 do CTN que o jurista invoca para fundamentar o entendimento de que não é dado ao credor hipotecário obter a adjudicação quando há disputa com credor trabalhista⁶⁴. Ao recusar juridicidade à pretensão do credor hipotecário, Francisco Antonio de Oliveira obtempera “[...] que a tanto se opõe a preferência do crédito trabalhista (art. 186, CTN)”, explicitando sua conclusão nestes termos:

A permissão legal (art. 1.483, parágrafo único) somente terá lugar em se cuidando de execução que não envolva créditos preferenciais (acidentário – art. 83, I, Lei 11.101/2005 (LF) –, trabalhista e executivos fiscais), pena de frustrar-se a execução⁶⁵.

O segundo problema consiste em definir o alcance da medida legal de indisponibilidade de bens prevista na Lei de Custeio da Previdência Social perante o credor trabalhista. Quando afirma que os bens declarados indisponíveis pelo § 1º do art. 53 da Lei nº 8.212/91 não estão

⁶² Ovídio Baptista da Silva, assíduo leitor de *Karl Engisch* e *Arthur Kaufmann*, rompe os grillhões que negam aos juristas o recurso à analogia: “Ao socorrer-nos, na exposição precedente, das lições dos grandes filósofos do Direito contemporâneo, tivemos a intenção de mostrar que, como diz Kaufmann, a analogia não deve ser utilizada apenas como um instrumento auxiliar, de que o intérprete possa lançar mão, para a eliminação das lacunas. Ao contrário, o raciocínio jurídico será sempre analógico, por isso que as hipóteses singulares nunca serão entre si idênticas, mas apenas ‘afins na essência’” Cf. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 285.

⁶³ *L'interpretazione sistematica della Costituzione*. Padova: CEDAM, 1978. p. 243 e ss.

⁶⁴ Na verdade, quando há disputa com credor dotado de privilégio superior ao credor hipotecário.

⁶⁵ *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 163.

excluídos da execução trabalhista, a doutrina de Francisco Antonio de Oliveira está fundada no método sistemático de interpretação do ordenamento jurídico, porquanto o jurista subordina o preceito da Lei de Custeio da Previdência Social ao comando superior do art. 186 do CTN. Outrossim, alarga a interpretação sistemática à consideração do art. 100, § 1º, da Constituição Federal, trazendo à ponderação a natureza alimentícia que a própria Constituição reconhece ao crédito trabalhista.

Com efeito, caso a aplicação da norma do § 1º do art. 53 da Lei nº 8.212/91 pudesse excluir – por força de sua interpretação literal e isolada – da execução trabalhista os bens tornados indisponíveis em execução previdenciária, estaríamos então diante de contradição lógico-sistemática caracterizada pela indireta preterição do privilégio do crédito trabalhista em favor do crédito previdenciário, com subversão à ordem preferencial dos créditos estabelecida no Direito Brasileiro (CC, arts. 957, 958 e 961; CTN, art. 186).

Essa contradição lógico-sistemática instalaria uma crise no ordenamento jurídico cuja superação somente poderia ser alcançada mediante o restabelecimento da coerência interna do conjunto normativo ministrada pelo método sistemático de interpretação do ordenamento jurídico, de modo a, harmonizando as partes ao todo, restaurar a unidade do sistema jurídico mediante o resgate de sua unitária estrutura hierárquica. A didática lição do processualista paulista justifica a reprodução do argumento⁶⁶:

Dispõe a Lei 8.212, de 24.07.1991, art. 53, que, ‘na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exequente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor. § 1º. Os bens penhorados nos termos deste artigo ficam desde logo indisponíveis.’ Evidentemente, referidos preceitos deverão ser interpretados em consonância com o art. 100 da CF, o art. 29 da Lei 6.830/80 (LEF) e os arts. 186 e 187 do CTN, os quais informam sobre a execução trabalhista (art. 889, da CLT). Vale dizer, a ‘indisponibilidade’ de que fala o § 1º retrocitado diz respeito àqueles créditos cuja preferência não esteja acima do crédito tributário. (...) Mirando-se por outra ótica, tem-se que a ‘indisponibilidade’ de que fala a lei diz respeito ao proprietário. Os bens declarados indisponíveis pela Lei 8.212/91 não estão e não poderiam estar alijados da execução trabalhista. Essa não foi a *mens legislatoris* e não poderia sê-lo em face do superprivilégio e da natureza jurídica do crédito trabalhista.

85

Com efeito, somente uma resposta positiva à pergunta acerca da aplicabilidade do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN à execução trabalhista pode conferir sentido à seguinte passagem do item 4 da Exposição de Motivos nº 223 da Lei nº 6.830/80, na qual o legislador dos executivos fiscais, logo após sublinhar o predomínio de interesse público na realização do crédito tributário, afirma que “[...] nenhum outro crédito deve ter, em sua execução judicial, preferência, garantia ou rito processual que supere os do crédito público, à exceção de alguns créditos trabalhistas” (grifamos).

À construção sistemática semelhante seria conduzido o Superior Tribunal de Justiça quando defrontado com o desafio hermenêutico de superar a aparente antinomia existente entre

⁶⁶ Execução na Justiça do Trabalho. 6. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 196.

o art. 185-A do CTN (indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os arts. 655 e 655-A do CPC de 1973 (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira). Enquanto ao credor comum se assegura a tutela jurídica da penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento das diligências extrajudiciais por parte do exequente (CPC de 1973, arts. 655 e 655-A), ao credor tributário não se assegurava essa tutela jurídica desde logo, exigindo-se-lhe o exaurimento de tais diligências para só depois poder chegar à penhora eletrônica de numerário. Isso nada obstante o privilégio legal que o ordenamento jurídico confere ao crédito tributário no art. 186 do CTN.

Diante da necessidade de preservar a coerência do sistema normativo, o STJ recorreu à aplicação da *Teoria do Diálogo das Fontes*, que visa a harmonizar preceitos de diplomas legais distintos, para concluir que a interpretação sistemática do artigo 185-A do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80, e 655 e 655-A do CPC de 1973, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento das diligências extrajudiciais por parte do credor fiscal, porquanto se faltaria à coerência sistemática ao dar a credor comum tutela jurídica superior àquela dada a credor privilegiado por norma de direito material (CTN, art. 186).

A reprodução da ementa do acórdão justifica-se em razão da consistência de sua fundamentação e visa a permitir ao leitor avaliar se de fato há semelhança entre a construção sistemática proposta no presente estudo e a construção sistemática adotada no referido julgamento do Superior Tribunal de Justiça. Eis a ementa do acórdão:

86

A antinomia aparente entre o art. 185-A do CTN (que cuida da decretação da indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os artigos 655 e 655-A do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira) é superada com a aplicação da Teoria pós-moderna do Diálogo das Fontes, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. Com efeito, consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo. Deveras, a *ratio essendi* do art. 185-A, do CTN, é erigir hipótese de privilégio do crédito tributário, não se revelando coerente ‘colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988)’ (REsp 1.074.228/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 7/10/2008, DJe 5/11/2008). Assim, a interpretação sistemática do artigo 185-A do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80, e 655 e 655-A do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento das diligências extrajudiciais por parte do exequente” (STJ – REsp 1184765/PA, 1ª Seção, Relator Min. Luiz Fux, j. 03.12.2010).

As razões expostas conduzem à conclusão de que relegar a fraude à execução trabalhista ao regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC de 1973 (CPC de 2015, art. 792, IV), enquadrando-a na modalidade geral de fraude à execução civil, significaria negar a primazia do crédito

trabalhista sobre o crédito fiscal prevista no art. 186 do CTN. Para restabelecer a primazia do crédito trabalhista sobre o crédito fiscal também no relevante tema da fraude à execução é necessário estender à execução trabalhista o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN mediante interpretação sistemática dos arts. 889 da CLT e 186 do CTN – a interpretação sistemática como ponte hermenêutica à assimilação produtiva do regime jurídico especial da fraude à execução prevista no art. 185 do CTN à execução trabalhista.

7 A fraude à execução no novo CPC (e a necessidade de revisão da S-375-STJ)

O novo Código de Processo Civil tratou da fraude à execução no art. 792 e exigirá a revisão da Súmula n. 375 do STJ, uma vez que disse textualmente o que parte da doutrina adverte há tempo: a fraude à execução pela alienação de bem no curso de demanda capaz de reduzir o alienante à insolvência (CPC de 2015, art. 792, IV) *não se confunde* com a fraude à execução pela alienação de bem quando tiver sido averbado, em seu registro, ato de constrição judicial (CPC de 2015, art. 792, III).⁶⁷

A fraude à execução pela alienação de bem no curso de demanda capaz de reduzir o alienante à insolvência tem como elementos caracterizadores: a) a litispendência (demanda pendente); b) a alienação no curso da demanda; e c) a redução do alienante à insolvência. Não cogita, portanto, do *consilium fraudis*, uma vez que sanciona o intento de subtração ao Poder Jurisdicional.⁶⁸ Como dizia Amílcar de Castro, “a responsabilidade processual é sujeição inelutável ao poder do Estado (...). E por isso mesmo devem ser tratadas com maior severidade as manobras praticadas pelo devedor, para fugir daquela responsabilidade, isto é, para suprimir efetivamente, ou sabendo que praticamente suprime, os efeitos de sua sujeição ao poder do Estado”.⁶⁹

A fraude à execução pela alienação de bem quando tiver sido averbado, em seu registro, ato de constrição judicial (CPC de 2015, art. 792, III) tem como elementos caracterizadores: a) a litispendência (demanda pendente); b) a constrição judicial de bem; c) a averbação da constrição judicial junto ao registro do bem; e d) a alienação no curso da demanda. Independe, portanto, da redução do alienante à insolvência, uma vez que sanciona a afronta à individualização do bem e sua separação do patrimônio pelo ato de constrição, e pressupõe o *consilium fraudis*, diante da averbação do ato de constrição no registro. Se o bem se encontra sob o império da

⁶⁷ Da distinção entre fraude à execução prevista no inciso II do art. 593, do CPC de 1973 e alienação de bem penhorado “resultam importantes consequências: se o devedor for *solvente*, a alienação de seus bens é válida e eficaz a não ser que (a) se trate de bem já penhorado ou, por qualquer outra forma, submetido a constrição judicial, e (b) que o terceiro adquirente tenha ciência – pelo registro ou por outro meio – da existência daquela constrição; mas, se o devedor for *insolvente*, a alienação será ineficaz em face da execução, independentemente de constrição judicial do bem ou da cientificação formal da litispendência e da insolvência ao terceiro adquirente” (ZAVASKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 8, p. 286).

⁶⁸ A fraude de execução caracteriza “[...] ato de rebeldia à autoridade estatal exercida pelo juiz no processo”, uma vez que, “[...] alienar bens na pendência deste e reduzir-se à insolvência significaria tornar inútil o exercício da jurisdição e impossível a imposição do poder sobre o patrimônio do devedor” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 275). A alienação e a oneração (CPC, art. 593) “dos bens do devedor vem constituir verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 108).

⁶⁹ CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, v. VIII, p. 84.

apreensão judicial, “[...] não pode sofrer qualquer limitação decorrente de ato voluntário do devedor e de outrem”.⁷⁰ Por isso, o ato de constrição que grava o bem o acompanha, “perseguido-o no poder de quem quer que o detenha, mesmo que o alienante seja um devedor solvente”.⁷¹

8 O marco temporal a partir do qual a alienação faz presumir fraude à execução trabalhista: ajuizamento x citação

Diversamente do que ocorre no Direito Tributário atual⁷², em que a presunção absoluta de fraude à execução fiscal configura-se quando o crédito tributário já se encontrava inscrito em dívida ativa à época da alienação do bem, no Direito do Trabalho não há uma fase administrativa de pré-constituição do crédito trabalhista; há, apenas, a fase judicial, que tem início com a propositura da ação reclamatória trabalhista e prossegue com a citação do reclamado e demais atos processuais.

No Direito Tributário, há um livro de lançamento da dívida ativa, registro público que permite aos interessados livre consulta para saber se o alienante é sujeito passivo de obrigação tributária pendente. A referência doutrinária é do tributarista Paulo de Barros Carvalho⁷³:

[...] inscrito o débito tributário pela Fazenda Pública, no livro de registro da dívida ativa, fica estabelecido o marco temporal, após o que qualquer alienação de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito devedor, será presumida como fraudulenta.

88

No Direito do Trabalho, a ausência de uma fase administrativa de pré-constituição do crédito trabalhista mediante registro público acaba por conduzir o operador jurídico a cogitar de dois momentos possíveis para adotar-se como marco temporal a partir do qual há presunção de fraude na alienação do bem pelo reclamado: 1) o ajuizamento da demanda; 2) a citação do devedor.

No âmbito do processo civil, a doutrina inclina-se a identificar na citação do réu o marco temporal definidor da fraude à execução. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart ponderam que, embora toda ação se considere proposta no momento em que é distribuída (art. 263 do CPC de 1973), a caracterização da fraude à execução depende da ciência do réu da existência da demanda. “Assim – argumentam Marinoni e Arenhart – a alienação ou oneração de bens é considerada em fraude à execução apenas após a citação válida (art. 219 do CPC de 1973)”.⁷⁴

⁷⁰ GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 46.

⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. II, p. 111. Os atos executórios continuam a incidir sobre o bem em razão de um vínculo que o prende “[...] ao processo, e que pré-existe à aquisição do terceiro. A propriedade deste já nasceu limitada” (GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 46).

⁷² Desde o advento da Lei Complementar nº 118, de 9/6/2005.

⁷³ *Curso de Direito Tributário*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 558.

⁷⁴ *Curso de processo civil – Execução*. 6 ed. v. 3. São Paulo: Forense, 2014. p. 267.

No âmbito do processo do trabalho, a elaboração teórica tem se inclinado a identificar tal marco temporal na data do ajuizamento da demanda. Isso porque o art. 593, II, do CPC de 1973 (CPC de 2015, art. 792, IV), exige apenas a existência de uma ação pendente (*corria contra o devedor demanda*), não fazendo referência ao fato de que nela o réu já deva ter sido citado. Tem-se ação pendente desde o momento em que ela é ajuizada pelo autor⁷⁵ (ou exequente)⁷⁶, nada obstante a tríplice angularização venha a ocorrer somente em momento posterior, com a citação do réu (ou executado)⁷⁷. Portanto, se a alienação ocorreu posteriormente ao ajuizamento da ação, caracterizada estará a fraude de execução⁷⁸. A distribuição da ação

[...] é o quanto basta para o reconhecimento da configuração da fraude de execução, pouco importando que a própria citação do devedor e a própria penhora do bem houvessem ocorrido após a alienação, que, na linguagem desenganada da lei, foi efetuada quando já em curso demanda capaz de reduzir o executado à insolvência⁷⁹.

A opinião de Manoel Antonio Teixeira Filho em favor da adoção da data do ajuizamento da demanda como marco temporal a partir do qual se presume a fraude à execução do reclamado tem por fundamento o fato de que a doutrina justralhista não exige ato citatório para considerar interrompida a prescrição e estabelecida a prevenção, reputando suficiente, para tanto, o ajuizamento da demanda⁸⁰. O autor argumenta que a exigência de citação poderia permitir que o devedor se beneficiasse da própria torpeza, exemplificando com situação em que o devedor, antes da citação, viesse a alienar todos os bens após dispensar os empregados, frustrando a execução dos respectivos créditos trabalhistas.

89

Diante da omissão da CLT e da LEF sobre a matéria, parece razoável adotar a data do ajuizamento da demanda como o marco temporal a partir do qual se tem por caracterizado o ilícito de fraude à execução trabalhista.

9 Acórdãos pioneiros prenunciam debate na jurisprudência

No ano de 2016, o Enunciado nº 74 do Fórum Nacional de Processo do Trabalho, realizado em Curitiba (PR), nos dias 04 d 05 de março de 2016, aprovado por unanimidade, sinte-

⁷⁵ CPC, art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

⁷⁶ CPC, art. 617. A propositura da execução, deferida pelo juiz, interrompe a prescrição, mas a citação do devedor deve ser feita com observância do disposto no art. 219.

⁷⁷ FRAUDE À EXECUÇÃO – Débito fiscal – Caracterização – Transferência de uso de linha telefônica objeto de penhora – Antecedência de três meses depois da propositura da execução fiscal – Fraude que se caracteriza com a propositura da ação – Irrelevância do devedor ter ou não tomado ciência da citação – Aplicação dos artigos 185 do CTN e 593 do CPC - Recurso não provido (TJSP, Apelação Cível n. 228.959-2, Rel. Des. Ricardo Brancato).

⁷⁸ Nesse sentido, cf. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol VI, pág. 452; WELTER, Belmiro Pedro. *Fraude de Execução*. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 37); DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Fraude à Execução. Digesto de Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, vol. 3, p. 6); DIAS, Berenice. *Fraude à Execução*, *Revista Ajuris*, 50/75).

⁷⁹ CAHALI, Yussef Said. *Fraudes Contra Credores*. São Paulo: RT, 1989, p. 464.

⁸⁰ *Execução no processo do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 204

tizou a tese do presente artigo, tese que já fora acolhida em dois pioneiros acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) sobre o tema.

Apresentado por iniciativa do Magistrado Reinaldo Branco de Moraes, o Enunciado 74 do Fórum Nacional de Processo do Trabalho foi aprovado com a seguinte redação:

Enunciado 74: CLT, ART. 889; CTN, ART. 185. NCPC, ART. 792, IV; CPC/1973, ART. 593, II. FRAUDE À EXECUÇÃO. REGIME DO ART. 185 DO CTN. INAPLICABILIDADE DO REGIME DO ART. 792 DO NCPC. Nas execuções trabalhistas, aplica-se o regime especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN e não o regime geral da fraude à execução previsto no art. 792, IV, do NCPC, tendo como marco inicial a notificação válida do executado.

Nos mencionados dois pioneiros acórdãos proferidos pelo TRT da 12ª Região, a tese foi acolhida. O mesmo Magistrado que apresentaria a proposta do Enunciado nº 74 no ano de 2016, já atuará como relator nos dois agravos de petição acima mencionados, julgamentos ocorridos no ano de 2015, em Câmaras distintas, cujas ementas são a seguir reproduzidas:

FRAUDE À EXECUÇÃO – DIFERENÇA ENTRE A APLICAÇÃO DESSE INSTITUTO PROCESSUAL QUANDO CARACTERIZADA NA EXECUÇÃO CIVIL X EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DO REGIME ESPECIAL REGULADOR DO CRÉDITO FISCAL AO CRÉDITO TRABALHISTA PARA MANUTENÇÃO DA PREFERÊNCIA DESTE ÀQUELE. MARCO INICIAL DA FRAUDE À EXECUÇÃO TRABALHISTA.

Até o advento do julgamento do Recurso Especial nº 1.141.990-PR, Relator Ministro LUIZ FUX, DJE de 19.11.2010, a jurisprudência do STJ oscilava na aplicação da Súmula 375 à execução fiscal. Nesse julgamento ficou definida a diferença de tratamento conferido à fraude à execução fiscal em comparação à fraude à execução civil. Nesta há afronta ao interesse privado e naquela ao interesse público, daí por que, na fraude à execução fiscal, impõe-se sujeitá-la ao regime jurídico especial do art. 185 do CTN e, por consequência, irrelevante a boa-fé do terceiro adquirente (presunção absoluta de fraude à execução). Por isso, a partir de então, passou-se a entender pela inaplicabilidade nas execuções fiscais da Súmula 375 do STJ devendo ser mantida penhora efetuada, com a rejeição de eventuais embargos de terceiro pelo adquirente, prosseguindo a execução, independentemente da existência ou não de boa-fé do comprador. Idêntica interpretação deve ser aplicada no reconhecimento de fraude à execução na seara trabalhista a fim de que ao crédito trabalhista seja garantido o mesmo regime especial previsto ao fiscal, sob pena de negar a preferência daquele a este, inclusive como forma de manter hígido o indispensável diálogo das fontes e a interpretação sistemática (CPC/1973, art. 593, III, NCPC - lei 13.105/2015, art. 792, V, CLT, art. 889 e CTN, arts. 185 e 186), além da necessária coerência do conjunto de normas reguladoras do mesmo instituto processual (fraude à execução) a credores com preferência especial. A aplicação do instituto processual da fraude à execução nas causas trabalhistas, apenas com base no art. 593, II, do CPC, ou art. 792, IV, do NCPC (que conduz à presunção relativa daquela fraude por força do entendimento objeto da Súmula 375 do STJ – consoante entendimento hodierno –, colocaria o crédito trabalhista em situação inferior ao tributário, pois a este a lei prevê presunção absoluta da prefalada fraude desde momento anterior à existência da execução fiscal (CTN,

art. 185). Equivale dizer: o credor fiscal receberá seu crédito (por força de presunção absoluta de fraude) e o credor trabalhista estaria compelido a provar a má-fé do adquirente (presunção relativa de fraude) e, pois, sujeitando-se aos mais diversos expedientes normalmente utilizados pelos envolvidos no negócio jurídico (comprador e vendedor) a fim de obstar a efetividade da execução trabalhista, em completa subversão da preferência do crédito trabalhista sobre o fiscal (CTN, art. 186). O marco inicial da fraude à execução trabalhista é o ajuizamento da ação – fase de conhecimento (inteligência CPC/1973, art. 263 e NCPC, art. 312), até pela inexistência da constituição do crédito trabalhista em fase anterior à judicial, como ocorre com o crédito tributário.” (TRT12 – AP – 0010026-38.2015.5.12.0013, Rel. REINALDO BRANCO DE MORAES, 1ª Câmara, Data de Assinatura: 18/09/2015).

“FRAUDE À EXECUÇÃO – DIFERENÇA ENTRE A APLICAÇÃO DESSE INSTITUTO PROCESSUAL QUANDO CARACTERIZADA NA EXECUÇÃO CIVIL X EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DO REGIME ESPECIAL REGULADOR DO CRÉDITO FISCAL AO CRÉDITO TRABALHISTA PARA MANUTENÇÃO DA PREFERÊNCIA DESTES ÀQUELE. MARCO INICIAL DA FRAUDE À EXECUÇÃO TRABALHISTA.

Até o advento do julgamento do Recurso Especial nº 1.141.990-PR, Relator Ministro LUIZ FUX, DJE de 19.11.2010, a jurisprudência do STJ oscilava na aplicação da Súmula 375 à execução fiscal. Nesse julgamento ficou definida a diferença de tratamento conferido à fraude à execução fiscal em comparação à fraude à execução civil. Nesta há afronta ao interesse privado e naquela ao interesse público, daí por que, na fraude à execução fiscal, impõe-se sujeitá-la ao regime jurídico especial do art. 185 do CTN e, por consequência, irrelevante a boa-fé do terceiro adquirente (presunção absoluta de fraude à execução). Por isso, a partir de então, passou-se a entender pela inaplicabilidade nas execuções fiscais da Súmula 375 do STJ devendo ser mantida penhora efetuada, com a rejeição de eventuais embargos de terceiro pelo adquirente, prosseguindo a execução, independentemente da existência ou não de boa-fé do comprador. Idêntica interpretação deve ser aplicada no reconhecimento de fraude à execução na seara trabalhista a fim de que ao crédito trabalhista seja garantido o mesmo regime especial previsto ao fiscal, sob pena de negar a preferência daquele a este, inclusive como forma de manter hígido o indispensável diálogo das fontes e a interpretação sistemática (CPC/1973, art. 593, III, NCPC - lei 13.105/2015, art. 792, V, CLT, art. 889 e CTN, arts. 185 e 186), além da necessária coerência do conjunto de normas reguladoras do mesmo instituto processual (fraude à execução) a credores com preferência especial. A aplicação do instituto processual da fraude à execução nas causas trabalhistas, apenas com base no art. 593, II, do CPC, ou art. 792, IV, do NCPC (que conduz à presunção relativa daquela fraude por força do entendimento objeto da Súmula 375 do STJ- consoante entendimento hodierno -, colocaria o crédito trabalhista em situação inferior ao tributário, pois a este a lei prevê presunção absoluta da prefalada fraude desde momento anterior à existência da execução fiscal (CTN, art. 185). Equivale dizer: o credor fiscal receberá seu crédito (por força de presunção absoluta de fraude) e o credor trabalhista estaria compelido a provar a má-fé do adquirente (presunção relativa de fraude) e, pois, sujeitando-se aos mais diversos expedientes normalmente utilizados pelos envolvidos no negócio jurídico (comprador e vendedor) a fim de obstar a efetividade da execução trabalhista. O marco inicial da fraude à execução trabalhista é o ajuiz-

zamento da ação - fase de conhecimento (inteligência CPC/1973, art. 263 e NCPC, art. 312), até pela inexistência da constituição do crédito trabalhista em fase anterior à judicial, como ocorre com o crédito tributário.” (TRT12 – AP – 0001224-13.2014.5.12.0037, Rel. REINALDO BRANCO DE MORAES, 5ª Câmara, Data de Assinatura: 20/05/2015)

Trata-se de jurisprudência benfazeja ao debate que o tema está a exigir tanto do Direito Processual do Trabalho quanto da Jurisdição Trabalhista.

Considerações finais

O sistema legal inclui a fraude à execução fiscal entre os casos de fraude à execução capitulados no inciso III do art. 593 do CPC de 1973 (CPC de 2015, art. 792, V), identificando na previsão do art. 185, *caput*, do CTN, particular modalidade de fraude à execução inserida pelo direito positivo entre os “demais casos expressos em lei”; modalidade de fraude à execução em que a presunção de fraude é considerada absoluta.

Na medida em que a fraude à execução fiscal é considerada hipótese de presunção absoluta de fraude no Direito Tributário, a vantagem jurídica com que essa concepção de fraude à execução tutela o crédito fiscal conduz o operador do processo do trabalho a interrogar-se acerca da juridicidade da extensão dessa concepção de fraude à execução ao processo do trabalho mediante recurso à analogia, em face da promessa constitucional de jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV).

O crédito trabalhista é expressão objetiva de inadimplemento à contraprestação devida ao trabalhador pelo tomador dos serviços, trabalho esse cuja prestação incorpora-se ao patrimônio do tomador de serviços na condição de riqueza apropriada sob a forma de mais-valia. É o fato objetivo de que essa apropriação faz-se inexorável na relação de produção capitalista que conduz a consciência jurídica a sobrevalorizar o crédito trabalhista na disputa com outras espécies de créditos, reconhecendo-lhe posição de superprivilégio indispensável à concretização do valor da dignidade da pessoa humana que vive do trabalho.

Assimilada a ideia de que os executivos fiscais constituem verdadeiramente um *sistema*, é razoável concluir então que é esse sistema – e não apenas os preceitos da Lei nº 6.830/80 – que se aplica subsidiariamente à execução trabalhista, por força da previsão do art. 889 da CLT em interpretação extensiva.

Relegar a fraude à execução trabalhista ao regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC de 1973 (CPC de 2015, art. 792, IV), enquadrando-a na modalidade de fraude à execução civil, significaria negar a primazia do crédito trabalhista sobre o crédito fiscal prevista no art. 186 do CTN. Para restabelecer a primazia do crédito trabalhista sobre o crédito fiscal também no relevante tema da fraude à execução é necessário estender à execução trabalhista o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN mediante interpretação sistemática dos arts. 889 da CLT e 186 do CTN.

Referências

- ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 14. ed. São Paulo: RT, 2012.
- BALEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Processo e ideologia – o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BEBBER, Júlio César. **Recursos no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BERNAL, Francisco Chamorro Bernal. **La Tutela Judicial Efectiva – Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de La Constitución**. Barcelona: Bosch, 1994.
- BORGES, Aline Veiga; CLAUS, Ben-Hur Silveira. Hipoteca judiciária sobre bens não elencados no art. 1.473 do Código Civil – A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico. In: *Suplemento Trabalhista*. São Paulo: LTr, nº 059/2014.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, v. VIII.
- CAHALI, Yussef Said. **Fraudes Contra Credores**. São Paulo: RT, 1989.
- CHAVES, Luciano Athayde (Org.). Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. **Curso de processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.
- CHIERCHIA, Pietro Merola. **L'interpretazione sistematica della Costituzione**, Padova: CEDAM, 1978.
- CLAUS, Ben-Hur Silveira. Hipoteca judiciária: a (re)descoberta do instituto diante da Súmula 375 do STJ à Execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, nº 41, 2013, Porto Alegre: HS Editora.
- CLAUS, Ben-Hur Silveira. A aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista – Uma boa prática a serviço do resgate da responsabilidade patrimonial futura. In: *Revista do TRT da 8ª Região*, nº 92, 2014.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.
- DENARI, Zelmo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Cord.) **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.
- DIAS, Maria Berenice. Fraude à Execução. **Revista Ajuris**, 50/75.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Fraude à Execução. Digesto de Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, vol. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- FIGUEIREDO, Ricardo; CLAUS, Ben-Hur Silveira. Execução efetiva: A aplicação da averbação premonitória do art. 615-A do CPC ao processo do trabalho, de ofício. In: *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, HS Editora, nº , Jun/2014.
- GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2.
- GUTJAHR, Valéria. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Cord.). **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Magalhães Peixoto Editora Ltda, 2005.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol VI.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- LOPES, Mauro Luís Rocha. **Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2012.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 2. ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009.
- MADEIRA, Anderson Soares. **Lei de Execuções Fiscais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil – Execução**. 6. ed. v. 3. São Paulo: Forense, 2014.
- MIESSA, Élisson. Hipoteca judiciária e protesto da decisão judicial no novo CPC e seus impactos no Processo do Trabalho. In: MIESSA, Élisson. (org.). **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MIRANDA, João Damasceno Borges de. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Cord.). **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Magalhães Peixoto Editora Ltda, 2005.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Execução na Justiça do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: RT, 2008.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Dívida Ativa da Fazenda Pública. **RT Informa**, 261:5.
- RIBEIRO, André de Melo. O novo eixo axiológico de interpretação do fenômeno da empresa e a modulação necessária entre o direito do trabalho e o direito concursal após a Lei n. 11.101/2005. In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org.). **Direito do Trabalho e Direito Empresarial sob o enfoque dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2015.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Execução no processo do trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013.
- THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Lei de execução fiscal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- THEODORO JÚNIOR. Humberto.. *Curso de Direito Processual Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. II.
- WELTER, Belmiro Pedro. *Fraude de Execução*. Porto Alegre: Síntese, 1997.
- ZAVASCHI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 8.

O Incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 eo direito processual do trabalho

Ben-Hur Silveira Claus¹

Nada de complicações processuais que possam retardar e dificultar a marcha e a solução dos casos que lhe são afetos. Nada de prazos dilatados. Nada de provas tardias. Nada de formalismos inúteis e prejudiciais. Nada disso. A jurisdição do trabalho deve ser simples e célere.

Carlos Ramos Oliveira, no ano de 1938

1 Introdução

O presente ensaio tem por finalidade enfrentar a questão de saber se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC aplica-se ao processo do trabalho. Isso porque o art. 795, § 4º, do CPC de 2015 prevê que “para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.” Trata-se de uma das mais importantes questões jurídicas trazidas pelo Código de Processo Civil 2015, um problema teórico a ser estudado pela ciência processual trabalhista e um problema prático a ser equacionado pela jurisdição trabalhista. Na tentativa de responder essa *questão específica*, parece indispensável enfrentar a *questão geral* da aplicação do direito processual comum ao processo do trabalho. O tema é complexo. Parece apropriado iniciar pelo estudo da relação ontológica que se estabelece entre direito material e procedimento.

95

2 O direito material conforma o procedimento

O sistema jurídico brasileiro compreende os subsistemas jurídicos derivados dos distintos ramos do direito material: o subsistema jurídico trabalhista, o subsistema jurídico tributário, o subsistema jurídico do consumidor, o subsistema jurídico civil, o subsistema jurídico penal etc. Cada subsistema jurídico conforma o respectivo procedimento com peculiaridades próprias ao direito material correspondente. Isso porque há uma relação ontológica entre o direito material e o respectivo direito processual. Essa relação ontológica fica mais evidente quando é percebida a natureza instrumental do direito processual: o processo é instrumento à realização do direito material. Diz-se que há uma relação ontológica entre o direito material e o respectivo direito processual porque as normas de procedimento guardam uma originária relação com o direito substancial correspondente, na medida em que as normas de procedimento têm por finalidade a aplicação das normas do direito substancial respectivo.

¹ Juiz do Trabalho. Mestre em Direito.

Depois de assinalar que o procedimento não é pura forma, Mauro Cappelletti (1974, p. 90) registra que sobre o procedimento recai o imenso desafio de nossa época, cabendo-lhe articular rapidez, eficiência, justiça, liberdade individual e igualdade; uma das mais eloquentes formulações acerca da relação ontológica em que se entrelaçam procedimento e direito material.

Na teoria jurídica, essa genética relação entre direito substancial e procedimento é compreendida como expressão do fenômeno do pertencimento que se estabelece desde sempre entre objeto (direito material) e método (procedimento). Daí a consideração epistemológica de que direito substancial e procedimento são categorias conceituais que operam numa espécie de círculo hermenêutico: as respostas procedimentais nos remetem ao direito material a ser concretizado. Em outras palavras: somos reconduzidos ao direito material quando nos dirigimos às questões procedimentais. A circularidade entre pergunta e resposta vem à teoria jurídica enquanto legado da filosofia hermenêutica de Gadamer: o direito processual somente se deixa compreender no retorno ao direito material em que reconhece sua própria identidade; numa metáfora, o direito processual mira-se na superfície do lago do direito material em busca de sua identidade.

No estudo acerca da relação ontológica que se estabelece entre direito substancial e procedimento, a teoria jurídica percorreu um rico itinerário hermenêutico cujo inventário não tem espaço neste pequeno ensaio. Entretanto, parece indispensável lembrar, com Mauro Cappelletti, a peculiaridade desse fenômeno. Para o jurista italiano, a natureza instrumental do processo o reconduz ao direito substancial a que serve:

Al igual de todo instrumento, también ese derecho y esa técnica deben en verdad adecuarse, adaptarse, conformarse lo más estrechamente posible a la naturaleza particular de su objeto y de su fin, o sea a la naturaleza particular del derecho sustancial y a la finalidad de tutelar los institutos de esse derecho. (CAPPELLETTI, 1974, p. 5-6)

No direito processual civil brasileiro, uma das lições mais didáticas acerca da relação entre direito substancial e procedimento é recolhida na doutrina de Ada Pellegrini Grinover. A relação originária existente entre direito material e procedimento é identificada pela jurista na *instrumentalidade* do processo que, conquanto autônomo, está conexo à pretensão de direito material e tem como escopo a atuação da norma objetiva e a viabilização da tutela do direito violado ou ameaçado. Daí a conclusão de Ada Pellegrini Grinover (1978, p. 87), no sentido de que “O processo, o procedimento e seus princípios tomam feição distinta, conforme o direito material que se visa a proteger”.

No âmbito do subsistema jurídico trabalhista, a natureza especial desse ramo do direito exerce uma influência ainda maior na conformação do vínculo originário que se estabelece entre direito material e procedimento. Depois de afirmar que o Direito Processual do Trabalho pretende ser um direito de renovação, Mozart Victor Russomano sublinha o fato de que o procedimento trabalhista “[...] é herança recebida do Direito do Trabalho, ao qual o Direito Processual do Trabalho corresponde, como consequência histórica” (1977, p. 21-22). Para o jurista, o caráter tutelar do direito material se projeta sobre o procedimento (1977, p. 43). Para recuperar a expressão consagrada por Héctor-Hugo Barbagelata (2009, p. 39), é dizer: o *particularismo* do

direito material do trabalho se comunica ao procedimento laboral. Na feliz síntese formulada por Wagner D. Giglio acerca do estudo do tema, somos conduzidos à consideração superior de que “o caráter tutelar do Direito Material do Trabalho se transmite e vigora também no Direito Processual do Trabalho”².

Uma das características de qualquer sistema de conhecimento – a lição é de Carlos Eduardo Oliveira Dias (2015, p. 15) – é a sua capacidade de produzir seus próprios princípios. É isso o que distingue determinado sistema “[...] e permite que se possa identificar nesse sistema alguns dos principais atributos tendentes ao reconhecimento de sua autonomia científica”. A histórica capacidade com que o Direito Processual do Trabalho tem produzido seus próprios princípios permite afirmar – com Wagner D. Giglio (2005, p. 79) – que o subsistema jurídico trabalhista é dotado dessa autonomia científica de que fala o jurista.

Embora a pesquisa do tema não estivesse completa sem a referência à posição de Valentin Carrion, para quem o processo do trabalho é simples desdobramento do processo civil, na teoria justrabalhista brasileira prevalece a concepção de que o processo do trabalho é dotado de autonomia científica em relação ao processo civil, isso porque se apresenta conformado por princípios próprios e constitui subsistema jurídico procedimental especial, como tal reconhecido pela ciência jurídica nacional. Na pesquisa realizada por Carlos Henrique Bezerra Leite (2010, p. 89), alinham-se nessa última corrente de pensamento Amauri Mascaro Nascimento, Sergio Pinto Martins, Mozart Victor Russomano, Humberto Theodoro Júnior, José Augusto Rodrigues Pinto, Wagner D. Giglio e Coqueijo Costa.

97

Com efeito, a existência de princípios próprios e a condição de subsistema procedimental especial reconhecido como tal pela teoria jurídica brasileira conferem ao direito processual do trabalho a fisionomia própria sem a qual já não se poderia compreender a jurisdição trabalhista brasileira na atualidade. É neste contexto que ganha densidade hermenêutica a observação de Américo Plá Rodriguez, de que a articulação entre os princípios próprios a cada ramo do Direito conforma a *especialidade* de cada subsistema jurídico. Isso porque os princípios harmonizam as normas, evitando que o subsistema se converta numa série de elementos desarticulados. Assim é que se mostra precisa a conclusão do jurista quando observa que “[...] a vinculação entre os diversos princípios contribui mais eficazmente para a sistematização do conjunto e para delinear a *individualidade peculiar* a cada ramo do direito” (1996, p. 16, grifo nosso).

É o que ocorre também no âmbito do subsistema jurídico trabalhista brasileiro.

3 O subsistema jurídico trabalhista brasileiro

O subsistema jurídico trabalhista brasileiro faz revelar, com notável intensidade, a relação ontológica desde sempre estabelecida entre o direito material do trabalho e o direito proces-

² Direito Processual do Trabalho. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 83-4. Para Wagner D. Giglio, a autonomia do direito processual do trabalho decorre do fato de que esse ramo jurídico possui princípios próprios. O jurista destaca quatro princípios próprios ao direito processual do trabalho: a) princípio protecionista; b) princípio da jurisdição normativa; c) princípio da despersonalização do empregador; d) princípio da simplificação procedimental (p. 83-6).

sual do trabalho: à urgência do crédito trabalhista alimentar há de corresponder um procedimento simplificado, célere e efetivo. Simplificado para ser célere. Simplificado para ser efetivo. As palavras de Manoel Carlos Toledo Filho (2015, p. 330) sintetizam o projeto procedimental em formação na década de 1930: “[...] o processo do trabalho foi desde sempre pensado para ser simples, desburocratizado e maximamente expedito”.

Um procedimento complexo e moroso não atenderia à exigência de rápida realização do direito material do trabalho. O nascente Direito Processual do Trabalho enfrentará esse desafio, no final da década de 1930, mediante a edição de normas procedimentais originais e simplificadas, porquanto as normas do então vigente CPC de 1939 caracterizavam-se pelo formalismo e individualismo e, portanto, não poderiam responder ao desafio que então se apresentava, conforme revela a pesquisa de Manoel Carlos de Toledo Filho. Para demonstrar o vínculo genético da novel ciência processual trabalhista com o cânone da simplicidade das formas, o jurista recorre da doutrina do processualista Carlos Ramos Oliveira a seguinte passagem histórica registrada em 1938:

Nada de complicações processuais que possam retardar e dificultar a marcha e a solução dos casos que lhe são afetos. Nada de prazos dilatados. Nada de provas tardias. Nada de formalismos inúteis e prejudiciais. Nada disso. A jurisdição do trabalho deve ser simples e célere (OLIVEIRA, 1938, p. 65).

98

Manifestada muito tempo depois, a preocupação do processualista Júlio César Beber (1997, p. 132) diante dos riscos que a burocratização do procedimento pode causar ao processo parece nos remeter à época do surgimento do subsistema jurídico trabalhista e aos desafios de simplificação das fórmulas procedimentais então colocados para a ciência processual laboral nascente. Depois de lembrar que os formalismos e a burocracia são vícios que entram o funcionamento do processo, o jurista observa que tais vícios “[...] são capazes de abranger e de se instalar com efeitos nefastos, pelo que se exige que a administração da justiça seja estruturada de modo a aproximar os serviços das populações de forma simples, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das decisões”.

Como já assinalado, no contexto histórico do surgimento do subsistema jurídico laboral brasileiro, disposições procedimentais originais e simplificadas são então concebidas para promover a consecução dos objetivos fundamentais do Direito do Trabalho, o que não seria possível se a aplicação do direito material do trabalho dependesse das normas procedimentais do então vigente CPC de 1939. É nesse contexto que ganha especial significado a expressão *melhoria procedimental* empregada por Luciano Athayde Chaves na resenha histórica dos primórdios do Direito Processual do Trabalho. A *melhoria procedimental* de que depende a realização do direito material nascente pressupõe normas procedimentais diversas das formalistas normas procedimentais do direito processual comum vigente à época. A feliz síntese do jurista justifica a transcrição:

Naquele momento, o processo comum era mais formalista e profundamente individualista. Esta era a ideologia que orientou a sua construção. Em razão disso, não seria possível à recém-criada Justiça do Trabalho valer-se de um processo comum que não atendia às características sociais do Direito do Trabalho. Por isso, as normas processuais trabalhistas foram instituídas como

uma *melhoria procedimental* em face do procedimento comum, que poderia – como ainda pode – ser aplicado, mas somente em função da melhoria da prestação jurisdicional especializada. (CHAVES, 2009, p. 41-2, grifo nosso)

Quando do surgimento da CLT em 1942, sua parte processual teve mais inspiração no Decreto-Lei nº 1.237/1939 do que no CPC de 1939, conforme a pesquisa realizada por Bruno Gomes Borges Fonseca. O jurista destaca esse antecedente normativo para “[...] demonstrar que o compromisso histórico do processo do trabalho sempre foi diferente do processo comum” (FONSECA, 2015, p. 370).

É nesse contexto histórico que ganha sentido a afirmação teórica de que os arts. 769 e 889 da CLT foram concebidos como *normas de contenção*; normas de contenção ao ingresso indevido de normas de processo comum *incompatíveis* com os *princípios* do direito processual do trabalho; normas de contenção à influência de preceitos do processo comum que acarretem formalismo procedimental; normas de contenção a institutos que impliquem burocracia procedimental.

4 A compatibilidade como critério científico à aplicação subsidiária do processo comum

No estudo da heterointegração do subsistema jurídico laboral prevista nos arts. 769 e 889 da CLT, a teoria jurídica assentou o entendimento de que a aplicação subsidiária do processo comum no processo do trabalho é realizada sob o critério da compatibilidade previsto nesses preceitos consolidados. Vale dizer, a compatibilidade prevista nos arts. 769 e 889 da CLT opera como critério científico fundamental para “[...] calibrar a abertura ou o fechamento para o processo comum”, na inspirada formulação adotada por Homero Batista Mateus da Silva (2015, p. 33) no estudo do Direito Processual do Trabalho brasileiro.

99

A especialidade do subsistema jurídico trabalhista sobredetermina essa compatibilidade, conferindo-lhe dúplex dimensão: compatibilidade axiológica e compatibilidade teleológica. Essa dúplex dimensão da compatibilidade é identificada por Manoel Carlos Toledo Filho (2015, p. 330) sob a denominação de compatibilidade sistêmica. Vale dizer, a compatibilidade é aferida tanto sob o crivo dos valores do direito processual do trabalho quanto sob o crivo da finalidade do subsistema procedimental trabalhista, de modo a que o subsistema esteja capacitado à realização do direito social para o qual foi concebido. O critério científico da compatibilidade visa à própria preservação do subsistema processual trabalhista, na acertada observação de Paulo Sérgio Jakutis (2015, p. 439). Com efeito, o diálogo normativo entre subsistemas jurídicos pressupõe “[...] buscar alternativas que não desfigurem o modelo originário, pois isso o desnaturaria enquanto paradigma independente”, conforme preleciona Carlos Eduardo Oliveira Dias (2015, p. 18) ao abordar o tema do diálogo das fontes formais de direito no âmbito da aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho.

A norma de direito processual comum, além de ser compatível com as regras do processo do trabalho, deve ser compatível com os princípios que norteiam o Direito Processual do trabalho, conforme preleciona Mauro Schiavi (2015, p. 57-58). Os princípios do direito processual

do trabalho restariam descaracterizados caso se concluísse pela aplicação automática do processo comum ao processo do trabalho, razão pela qual a observância do critério da compatibilidade se impõe quando se examina a aplicabilidade subsidiária do processo comum ao subsistema jurídico trabalhista. Daí a pertinência da observação de Carlos Eduardo Oliveira Dias (2015, p. 17) sobre o tema, jurista para o qual “[...] o que mais tem relevância, nesse processo intelectual, é o pressuposto da compatibilidade, ou seja, o fato da norma a ser utilizada se ajustar aos fundamentos do direito processual do trabalho”.

Depois de afirmar que a ideia de compatibilidade é muito cara ao processo do trabalho, Bruno Gomes Borges da Fonseca (2015, p. 369) assevera que tal compatibilidade “[...] ocorrerá apenas na hipótese de o texto do processo comum afinar-se com o princípio da proteção”. Assim, somente será possível a aplicação subsidiária quando a norma de processo comum guardar plena compatibilidade com os fundamentos do processo do trabalho. Caso isso não ocorra, de acordo com Carlos Eduardo Oliveira Dias (2015, p. 19), “[...] sacrifica-se o processo integrativo mas não se pode afetar o núcleo principiológico do processo do trabalho”. Isso porque as regras de processo comum somente podem ser aplicadas subsidiariamente se forem compatíveis com as singularidades do processo do trabalho. Se a regra do CPC for incompatível com a principiológica e singularidades do processo do trabalho, pondera Mauro Schiavi (2015, p. 56), ela não será aplicada.

No estudo do tema da heterointegração do subsistema processual trabalhista, Guilherme Guimarães Ludwig afirma que a aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho tem por fundamento a realização do princípio da eficiência, conferindo conteúdo específico à compatibilidade prevista nos arts. 769 e 889 da CLT. Ao discorrer sobre o princípio da eficiência no âmbito da heterointegração do subsistema procedimental trabalhista, o jurista ressalta que o princípio da eficiência opera tanto como fator de abertura quanto como fator de fechamento do subsistema procedimental, ponderando:

Quando analisado sob a perspectiva do processo do trabalho, o princípio da eficiência, enquanto autêntico vetor de interpretação da norma processual, deve também funcionar como um filtro que restrinja a adoção das regras do novo Código de Processo Civil e do correspondente modelo colaborativo, em caráter subsidiário ou supletivo, na medida em que elas não guardem compatibilidade com as diretrizes fundamentais do ramo processual laboral, em que se prestigia o valor celeridade em favor do credor trabalhista. (LUDWIG, 2015, p. 108)

Fixadas algumas balizas teóricas acerca da heterointegração do subsistema processual trabalhista, cumpre agora enfrentar a questão da subsistência do critério da compatibilidade diante do advento do CPC de 2015.

5 O critério científico da compatibilidade subsiste ao advento do novo CPC

Diante do fato de o art. 15 do CPC não fazer referência ao critério científico da compatibilidade, surge a questão de saber se esse requisito previsto nos arts. 769 e 889 da CLT teria subsistido ao advento do novo CPC para efeito de aplicação subsidiária do processo comum ao

processo do trabalho. No âmbito da teoria do processo civil, a resposta de Nelson Nery Junior é positiva. Depois de afirmar que o novo CPC aplica-se subsidiariamente ao processo trabalhista na falta de regramento específico, o jurista pondera que, “de qualquer modo, a aplicação subsidiária do CPC deve guardar compatibilidade com o processo em que se pretenda aplicá-lo”, acrescentando que a aplicação supletiva também deve levar em conta este princípio (2015, p. 232).

A resposta da teoria jurídica trabalhista também é positiva, porquanto prevaleceu o entendimento de que o art. 15 do CPC de 2015 não revogou os arts. 769 e 889 da CLT³, preceitos nos quais está prevista a compatibilidade como critério científico necessário à aplicação subsidiária do processo comum. Para Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida (2015, p. 457), não houve revogação total ou parcial do art. 769 da CLT, porquanto o preceito celetista é muito mais amplo do que o art. 15 do novo CPC, entendimento no qual tem a companhia de inúmeros juristas, entre os quais estão Guilherme Guimarães Feliciano (2015, p. 126), Homero Batista Mateus da Silva (2015, p. 33), Carlos Eduardo Oliveira Dias (2015, p. 15), Manoel Carlos Toledo Filho (2015, p. 332), Danilo Gonçalves Gaspar (2015, p. 386) e Mauro Schiavi (2015, p. 56). Assim é que, para Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida, “[...] o CPC somente será fonte supletiva ou subsidiária do direito processual do trabalho naquilo que for compatível com suas normas, por força do art. 769 da CLT” (2015, p. 457).

Nada obstante o art. 15 do novo CPC estabeleça a possibilidade de aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil de 2015 ao processo do trabalho na ausência de normas processuais trabalhistas, para Danilo Gonçalves Gaspar é certo que “[...] que não se elimina a necessidade de compatibilização da norma com o processo do trabalho, tal qual previsto na CLT” (2015, p. 386), entendimento no qual é acompanhado por Ricardo José Macedo de Brito Pereira. Para esse jurista, a aplicação subsidiária prevista no art. 15 do CPC de 2015 deve ocorrer “[...] sem afetar a exigência de compatibilidade como determina o art. 769 da CLT” (2015, p. 568).

A subsistência do critério científico da compatibilidade decorre da não revogação do art. 769 da CLT, mas também acaba por se impor enquanto exigência hermenêutica necessária à preservação da autonomia científica do subsistema jurídico trabalhista. Daí porque tem razão Carlos Eduardo Oliveira Dias quando pondera que seria até desnecessário que o legislador processual comum ressaltasse a necessidade de que, na aplicação subsidiária do novo CPC, fosse observada a compatibilidade com o outro ramo do direito processual, “[...] pois se isso não existisse, estaria inviabilizada a própria existência autônoma desse segmento” (2015, p. 18). De fato, pudesse ser eliminado o critério científico da compatibilidade na aplicação subsidiária do processo comum, haveria o risco de desconstrução estrutural do direito processual do trabalho, tal qual adverte Carlos Eduardo Oliveira Dias (2015, p. 20-21) com pertinácia: “[...] não se

³ O art. 15 do NCPC não revogou o art. 769 da CLT. Essa é a conclusão que tem prevalecido entre os teóricos do Direito Processual do Trabalho. Essa conclusão tem prevalecido com base nos seguintes fundamentos: a) não houve revogação expressa do art. 769 da CLT pelo novo CPC (LINDB, art. 2º, § 1º); b) o art. 769 da CLT é norma especial, que, por isso, prevalece sobre a norma geral do art. 15 do NCPC; c) o art. 769 da CLT é mais amplo do que o art. 15 do NCPC, não tendo o art. 15 do NCPC regulado inteiramente a matéria do art. 769 da CLT (LINDB, art. 2º, §§ 1º e 2º), de modo que ambos os preceitos harmonizam-se; d) o subsistema procedimental trabalhista é reconhecido no sistema jurídico brasileiro como subsistema procedimental especial informado pelas normas de contenção dos arts. 769 e 889 da CLT.

pode adotar uma solução normativa exógena que, independentemente de ser fundada em omissão da CLT, não guarde compatibilidade com o processo laboral e possa vir a ser fator de sua desconstrução sistêmica.”

A posição de Iuri Pereira Pinheiro alinha-se aos entendimentos antes referidos. Para o jurista, não se pode esquecer que o direito processual do trabalho constitui ramo dotado de autonomia científica, no qual a colmatação de lacunas exige a compatibilidade ideológica proclamada nos arts. 769 e 889 da CLT. Daí a conclusão do jurista no sentido de que, “a despeito da previsão simplista do novo CPC, a sua aplicação subsidiária ao processo do trabalho irá se operar apenas diante de sintonia principiológica, sob pena de mácula à autonomia do ramo processual especializado” (2015, p. 496). A especialidade do subsistema jurídico trabalhista exige que se lhe confira um tratamento metodológico diferenciado, que preserve a sua própria fisionomia, de modo que a heterointegração seja realizada com a observância dos princípios do direito material que lhe são inerentes e que afetam diretamente a prática jurisdicional trabalhista, conforme o magistério de Carlos Eduardo Oliveira Dias (2015, p. 18).

Também para Mauro Schiavi a exigência de compatibilidade se impõe à aplicação do CPC de 2015 ao processo do trabalho. Para o jurista, da conjugação do art. 15 do novo CPC com os arts. 769 e 889 da CLT, resulta que o novo CPC aplica-se ao processo do trabalho da seguinte forma: “[...] supletiva e subsidiariamente, nas omissões da legislação processual trabalhista, desde que compatível com os princípios e singularidades do processo trabalhista” (2015, p. 56).

102

Nada obstante considere que o art. 15 do novo CPC configura-se como norma de sobre-direito, Élisson Miessa pondera que não ocorreu revogação dos arts. 769 e 889 da CLT. O jurista observa que “[...] a inserção de normas comuns em um microsistema jurídico sempre impõe a compatibilidade com o sistema em que a norma será inserida, sob pena de se desagregar a base do procedimento específico”, para concluir que “[...] os arts. 769 e 889 da CLT sobrevivem à chegada do art. 15 do NCPC” (2015, p. 28).

Mesmo para Edilton Meireles, jurista que considera que o art. 769 da CLT foi revogado pelo art. 15 do novo CPC, o critério da compatibilidade permanece sendo indispensável à aplicação subsidiária da norma de processo comum ao processo do trabalho, conclusão que adota por ser a legislação trabalhista norma especial em relação ao CPC. O jurista considera que “[...] a regra supletiva ou subsidiária deve guardar coesão e compatibilidade com o complexo normativo ou a regra que se pretender integrar ou complementar”, para concluir que, “[...] se a norma do novo CPC se revela incompatível com o processo do trabalho (em seus princípios e regras), lógico que não se poderá invocar seus dispositivos de modo a serem aplicados de forma supletiva ou subsidiária” (2015, p. 46).

A posição de Edilton Meireles acerca do tema da autonomia do direito processual do trabalho faz evocar a precitada doutrina de Valentin Carrion. Ambos os juristas parecem convergir quanto ao entendimento de que o direito processual do trabalho não seria dotado de autonomia científica em relação ao direito processual civil. A concepção de Valentin Carrion (2013, p. 679) sobre o tema opera sob o pressuposto teórico de que “o direito processual do trabalho não possui princípio próprio algum, pois todos os que o norteiam são do processo civil

(oralidade, celeridade etc.); apenas deu (ou pretendeu dar) a alguns deles maior ênfase e relevo”. O direito processual do trabalho, para Valentin Carrion, não surge do direito material laboral e, por isso, não poderia aspirar à autonomia em relação ao direito processual civil, do qual seria mera subespécie.

Nada obstante Valentin Carrion negue a existência de autonomia do direito processual do trabalho em relação ao processo civil, o jurista conclui, no estudo do art. 769 da CLT, que a aplicação subsidiária de normas do processo comum ao subsistema jurídico trabalhista submete-se ao requisito da compatibilidade. Vale dizer, a compatibilidade subsiste enquanto requisito científico indispensável à heterointegração, ainda quando não se reconheça autonomia científica ao processo do trabalho em relação ao processo civil.

Na formulação teórica concebida por Valentin Carrion (2013, p. 678-9), a heterointegração de normas de processo comum ao processo do trabalho somente será viável “[...] desde que: a) não esteja aqui regulado de outro modo (‘casos omissos’, ‘subsidiariamente’); b) não ofendam os princípios do processo laboral (‘incompatível’); c) se adapte aos mesmos princípios e às peculiaridades deste procedimento; d) não haja impossibilidade material de aplicação (institutos estanhos à relação deduzida no juízo trabalhista); a aplicação de institutos não previstos não deve ser motivo para maior eternização das demandas e tem de adaptá-las às peculiaridades próprias”.

Diante das indagações teóricas que têm sido suscitadas quanto ao Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica trazido pelo novo CPC (arts. 133 e seguintes), parece oportuno transcrever a específica lição de Valentin Carrion sobre o método científico a ser adotado pelo juslaboralista no estudo do acerca da aplicação de novos dispositivos do processo comum ao processo laboral. Preleciona o jurista: “Perante novos dispositivos do processo comum, o intérprete necessita fazer uma primeira indagação: se, não havendo incompatibilidade, permitir-se-ão a celeridade e a simplificação, que sempre foram almejadas. Nada de novos recursos, novas formalidades inúteis e atravancadoras” (2013, p. 679).

103

A concepção de tutela constitucional do processo de que nos falamos Tereza Aparecida Asta Gemignani e Daniel Gemignani (2015, p. 269) valoriza a compatibilidade como critério capaz de preservar a especialidade do subsistema jurídico trabalhista. Para os juristas, “[...] essa concepção de tutela constitucional do processo, que sustenta a espinha dorsal do modelo adotado pelo processo trabalhista, nos termos do artigo 769 da CLT, vai impedir, por incompatibilidade, a aplicação das disposições contidas no novo CPC quando enveredam pela diretriz privatística”.

Portanto, o critério científico da compatibilidade subsiste ao advento do novo CPC, permanecendo indispensável ao processo hermenêutico de avaliação da aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho, de modo que também o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 submete-se ao crivo da compatibilidade previsto nos arts. 769 e 889 da CLT, quando se trata de enfrentar a questão da aplicabilidade desse incidente ao subsistema jurídico laboral.

6 As razões por que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC não se aplica à execução trabalhista

No que diz respeito à técnica da desconconsideração da personalidade jurídica, o novo CPC instituiu um procedimento cível especial, autônomo, incidental ao rito de cumprimento da sentença, já não bastando a ‘mera’ decisão judicial fundamentada, conforme observa Guilherme Guimarães Feliciano (2015, p. 121).

Com o advento do novo Código de Processo Civil e diante da previsão de aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho (CLT, art. 769), a questão que então se apresenta para a ciência processual trabalhista é a de responder se aplica-se subsidiariamente ao processo laboral o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica instituído pelo CPC de 2015.

Entretanto, não se trata de questionar a aplicabilidade da técnica da desconconsideração da personalidade jurídica à execução trabalhista, porquanto é pacífica a utilidade dessa técnica jurídica à efetividade da jurisdição trabalhista. Na verdade, mais do que a utilidade da providência, a adoção dessa técnica jurídica é medida indispensável à satisfação de inúmeras execuções nas quais se revela a insuficiência do patrimônio da sociedade executada. Trata-se de situação ordinária na jurisdição trabalhista que exige então o redirecionamento da execução trabalhista aos bens da pessoa natural dos sócios da empresa executada.

104

Esse redirecionamento da execução aos bens dos sócios é consequência natural do princípio da despersonalização das obrigações trabalhistas, princípio segundo o qual os beneficiários do trabalho prestado pelo empregado respondem – a lição é de Cleber Lúcio de Almeida (2015, p. 285) – pelos créditos trabalhistas respectivos. A formulação do jurista evoca o art. 2º, caput, da CLT, preceito que atribui ao empresário a responsabilidade decorrente do risco da atividade econômica empreendida, responsabilidade que se comunica diretamente da empresa aos respectivos sócios, os verdadeiros artífices do empreendimento econômico.

Não se trata, portanto, repita-se, de questionar a aplicabilidade da técnica da desconconsideração da personalidade jurídica à execução trabalhista, consagrada técnica jurídica destinada à promoção da efetividade da execução trabalhista; trata-se de questionar a aplicabilidade do novo procedimento instituído pelo Código de 2015 à execução; o que está em questão é pergunta acerca da aplicação do itinerário procedimental instituído pelo CPC de 2015 à execução trabalhista enquanto procedimento cível, especial e autônomo.

Previsto nos arts. 133 e seguintes do CPC de 2015, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica instituído pelo novo Código de Processo Civil parece revelar-se incompatível com os princípios do Direito Processual do Trabalho, razão por que entendemos que tal incidente não é aplicável à execução trabalhista, a teor dos arts. 769 e 889 da CLT, conforme tentaremos demonstrar a seguir.

A necessidade de iniciativa da parte (art. 133), a previsão de automática suspensão do processo (art. 134, § 3º), a atribuição ao credor do ônus da prova quanto à presença dos pressupostos legais que autorizam a desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade (art. 134,

§ 4º), a exigência de contraditório prévio (art. 135) e a previsão de recurso autônomo imediato da decisão interlocutória respectiva (art. 136 e parágrafo único) tornam o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 e seguintes do NCPC incompatível com o processo do trabalho, por revelar-se, na prática, manifestamente contrário aos princípios jurídicos trabalhistas do impulso oficial, da concentração dos atos, da celeridade e da efetividade, da simplicidade das formas e da irrecorribilidade autônoma das decisões interlocutórias, incompatibilidade essa que inviabiliza a aplicação subsidiária desse incidente – burocrático e ineficaz – à execução trabalhista (CLT, arts. 769 e 889).

É necessário fundamentar a opinião agora manifestada.

7 A primeira incompatibilidade radica na exigência de iniciativa da parte

A primeira incompatibilidade radica no fato de que a exigência de iniciativa da parte (NCPC, art. 133), para realizar-se a desconconsideração da personalidade jurídica, apresenta-se em contradição com o princípio do impulso oficial que caracteriza o processo do trabalho na fase de execução, princípio previsto na norma do art. 878, *caput*, da CLT⁴ de forma expressa.

A possibilidade da execução de ofício singulariza a processualística trabalhista brasileira desde seu surgimento, sob a inspiração dos princípios da indisponibilidade dos direitos do trabalho e da efetividade da jurisdição. Trata-se de característica peculiar do processo do trabalho, identificada na teoria jurídica como fator de caracterização da especialidade do subsistema procedimental laboral, verdadeiro fator de afirmação da autonomia da ciência processual trabalhista no sistema jurídico nacional. Essa faculdade sempre foi compreendida como um poder-dever do magistrado mesmo antes de a Constituição Federal consagrar a razoável duração do processo entre as garantias fundamentais do cidadão (CF, art. 5º, LXXVIII⁵), na medida em que sempre incumbiu ao juiz do trabalho o dever funcional de velar pela rápida solução da causa, de acordo com a norma do art. 765 da CLT⁶. Nesse particular, é notável a harmonia que se estabelece entre o preceito do art. 878, *caput*, da CLT e a norma do art. 765 da CLT: enquanto o art. 878 da CLT confere ao magistrado a iniciativa da execução, o art. 765 da CLT faculta ao juiz adotar todas as medidas necessárias à rápida solução da causa – faculdade que inclui adotar as medidas executivas necessárias à realização do direito material objeto da decisão judicial.

A execução de ofício constitui uma das medidas destinadas a enfrentar o desafio de promover o reequilíbrio da assimétrica relação de emprego. O equacionamento dessa desigualdade é conduzido sob a inspiração do princípio da proteção, princípio que se comunica ao processo do trabalho. Equacionar essa desigualdade real na perspectiva de uma igualdade ideal implica adotar tratamento diferenciado aos litigantes, de modo que a superioridade econômica do empregador seja compensada por vantagens jurídicas asseguradas ao litigante hipossuficiente.

⁴ CLT, art. 878, *caput*: “A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio, pelo próprio juiz ou presidente ou tribunal competente, nos termos do artigo anterior”.

⁵ CF, art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁶ CLT, art. 765: “Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

Conforme relembram Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra (2015, p. 197) tal equacionamento “[...] somente se faz por meio do tratamento diferenciado aos desiguais”, diretriz hermenêutica que remonta ao clássico ensinamento da filosofia aristotélica, de tratar desigualmente os desiguais. Para as juristas citadas, “o exemplo clássico é o impulso oficial da execução, que se desdobra em diversas condutas de dirigismo do magistrado em relação à satisfação do direito”.

É necessário registrar que a desconsideração da personalidade jurídica empresarial constitui “[...] ponto delicado de incômodo dos processualistas civis em relação à conduta proativa da magistratura trabalhista em relação à execução”. Faz-se necessário reproduzir essa observação de Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra para evidenciar que se forma uma tensão hermenêutica quando operadores jurídicos oriundos de distintos subsistemas jurídicos examinam a técnica da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação em cada situação concreta.

No ensaio que escreveu sobre a desconsideração da personalidade jurídica nos diversos subsistemas jurídicos que compõem o sistema jurídico brasileiro, Eduardo Milléo Baracat (2010, p. 183) demonstra a dificuldade teórica dos juristas comercialistas para compreender que a superação da personificação societária no processo do trabalho orienta-se por critérios distintos daqueles que servem de diretriz hermenêutica para a aplicação da técnica da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito comercial. Ao mesmo tempo em que identifica a prevalência do princípio jurídico da autonomia patrimonial no subsistema jurídico comercial-societário, o jurista destaca o predomínio do princípio jurídico da proteção do trabalhador no subsistema jurídico trabalhista, realizando a científica distinção que cada subsistema jurídico impõe ao intérprete, de modo a fazer evidenciar que o interesse jurídico prevalente em cada subsistema exercerá influência decisiva tanto na *interpretação* quanto na *forma de aplicação* da técnica da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade devedora, bem como *na própria definição dos critérios justificadores* da superação da personificação societária em cada situação jurídica específica, de modo a revelar que a técnica da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade conformar-se-á necessariamente às características hermenêutico-estruturais do subsistema jurídico no qual será aplicada.

Em interpretação dos arts. 878 e 765 da CLT conforme a Constituição, no subsistema jurídico trabalhista a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresarial de ofício sempre foi compreendida como expressão concreta do princípio da proteção na fase de execução do procedimento laboral, bastando para tanto a emissão de simples decisão interlocutória fundamentada quando caracterizada situação de insuficiência de bens da sociedade executada. A jurisdição trabalhista consolidou essa compreensão ao longo de sete décadas. Passar a exigir a iniciativa da parte para a desconsideração da personalidade jurídica seria retrocesso social histórico. Além disso, seria vedar a atuação do magistrado trabalhista em questão particular (desconsideração da personalidade jurídica) quando, para assegurar a efetividade da jurisdição, a interpretação conforme dos arts. 878 e 765 da CLT lhe confere iniciativa para a execução em geral.

Não é necessário maior esforço para concluir que o grau de efetividade da execução trabalhista cairia significativamente caso fosse exigida a iniciativa do credor trabalhista para aplicar-se a desconsideração da personalidade jurídica, especialmente considerando-se a circunstância de que as ferramentas eletrônicas de pesquisa patrimonial encontram-se concentradas no juízo da execução. Com o advento de um novo diploma processual civil, a possibilidade de diálogo normativo que então se coloca para o processo do trabalho deve estar orientada pela aptidão das novas normas processuais à realização dos direitos fundamentais sociais. Essa aptidão não se pode reconhecer ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica instituído pelo novo CPC, na medida em que exige da parte a iniciativa que o processo do trabalho sempre conferiu também ao magistrado.

Assim, submeter a desconsideração da personalidade jurídica à iniciativa da parte implicaria afrontar o princípio do impulso oficial da execução trabalhista (CLT, art. 878, *caput*), com prejuízo à garantia constitucional da efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII), o que basta para impedir a importação subsidiária do incidente do novo CPC à execução trabalhista, sendo para tanto determinante a incompatibilidade da exigência de iniciativa da parte com os preceitos que informam o subsistema procedimental laboral (CLT, arts. 769 e 889).

8 A segunda incompatibilidade está na suspensão do processo

A segunda incompatibilidade está na circunstância de que o incidente previsto no novo CPC provoca automática suspensão do processo quando a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade é requerida na fase de execução (NCPC, art. 134, § 3º), suspensão processual que contraria tanto o princípio da concentração de atos quanto o princípio da celeridade processual, com evidente prejuízo à garantia da efetividade da jurisdição.

107

No subsistema procedimental trabalhista, a regra é a não suspensão do processo, privilegiando-se a celeridade processual, com vistas à efetividade processual. A originária vocação do processo do trabalho para constituir-se como processo de resultado conduziu o legislador a estabelecer um procedimento – concentrado – no qual a suspensão do processo do trabalho foi concebida como hipótese excepcional. Em regra, as exceções não suspendem o andamento do processo trabalhista, diretriz legislativa destinada a promover a realização do direito material objeto da causa de forma célere.

De acordo com o art. 799, *caput*, da CLT, “Nas causas da jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do processo, as exceções de suspeição⁷ ou incompetência⁸”. Trata-se da exceção. Já o § 1º do art. 799 da CLT, estabelece a regra: “§ 1º. As demais exceções serão alegadas como matéria de defesa”. No procedimento sumaríssimo, adota-se a mesma regra: “Art. 852-G. Serão decididos, de plano, todos os incidentes e exceções que

⁷ E impedimento. A doutrina identifica aqui uma omissão do direito processual do trabalho, colmatando a lacuna mediante recurso à previsão do CPC, mediante a aplicação subsidiária do processo comum autorizada pelo art. 769 da CLT.

⁸ Incompetência em razão do lugar. A incompetência em razão da matéria é decidida em sentença.

possam interferir no prosseguimento da audiência e do processo. As demais questões serão decididas na sentença”.

Portanto, a regra no processo do trabalho é a resolução das exceções e incidentes sem a suspensão da tramitação do processo, mediante decisão interlocutória. Porém, essa decisão interlocutória não enseja – regra geral⁹ – recurso imediato, decisão interlocutória cujo merecimento tem sua apreciação remetida à oportunidade do recurso cabível da decisão definitiva proferida na respectiva fase processual (CLT, art. 893, § 1º¹⁰ c/c art. 799, § 2º¹¹). Ao impedir recurso imediato das decisões interlocutórias, o subsistema jurídico trabalhista visa evitar dilações desnecessárias, reforçando a opção desse subsistema pela concentração dos atos processuais, sempre na perspectiva da celeridade do procedimento laboral.

Não é compatível com o direito processual do trabalho a previsão de que, requerida a desconsideração da personalidade jurídica, deverá ser instaurado incidente, com suspensão do processo, medida que se mostra, inclusive, injustificável, na medida em que faz depender do reconhecimento do crédito (objeto da demanda) a fixação da responsabilidade pela sua satisfação (objeto do incidente).

No processo do trabalho, a desconsideração da personalidade jurídica é realizada mediante simples decisão interlocutória fundamentada, sem a suspensão do processo, numa concreta demonstração de aplicação do princípio da concentração dos atos procedimentais. Em síntese precisa, Luciano Athayde Chaves rejeita a aplicação do incidente à execução trabalhista exatamente “[...] porque se trata de formalismo incompatível com a concentração de atos processuais que marca o Processo do Trabalho.”¹² No mesmo sentido orienta-se a doutrina de Cleber Lúcio de Almeida. Pondera o processualista – sob inspiração do princípio da simplificação das formas – que o subsistema jurídico trabalhista “[...] impede a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica como procedimento autônomo” (2015, p. 294). E conclui de forma categórica pela incompatibilidade do incidente autônomo do novo CPC com o Direito Processual do Trabalho (2015, p. 294):

108

⁹ A Súmula 214 do TST identifica a regra geral prevista no art. 893, § 1º, da CLT e específica três exceções. Eis o enunciado da S-214-TST: “Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante disposto no art. 799, § 2º, da CLT”.

¹⁰ CLT, art. 893, § 1º: “Os incidentes do processo serão resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recurso da decisão definitiva”.

¹¹ CLT, art. 799, § 2º: “Das decisões sobre exceções de suspeição e incompetência, salvo, quanto a estas, se terminativas do feito, não caberá recurso, podendo, no entanto, as partes alegá-las novamente no recurso que couber da decisão final”.

¹² O novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho: uma análise sob a ótica do cumprimento da sentença e da execução forçada. O artigo é uma versão adaptada da exposição realizada no I Seminário Nacional sobre a Efetividade da Execução Trabalhista, promovido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), no dia 7 de maio de 2015. mimeo.

Não é compatível com o direito processual do trabalho a previsão de que, requerida a desconsideração da personalidade jurídica, deverá ser instaurado incidente, com suspensão do processo, medida que se mostra, inclusive, injustificável, na medida em que faz depender do reconhecimento do crédito (objeto da demanda) a fixação da responsabilidade pela sua satisfação (objeto do incidente).

A razão está com Eliana dos Santos Alves Nogueira e José Gonçalves Bento quando afirmam que, para efeito de redirecionamento da execução contra os sócios, a fraude patrimonial é presumida diante do descumprimento da obrigação trabalhista, motivo pelo qual sustentam que “[...] a desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho não depende de formalidades e tampouco necessita de prévia citação do sócio” (2015, p. 303). Aliás, a prévia ciência do sócio tende a esvaziar a constrição de bens objetivada pela desconsideração da personalidade jurídica sociedade empresarial, porquanto daria oportunidade a conhecidas medidas de ocultação patrimonial. Sobre a aplicação do incidente do novo CPC ao processo do trabalho, também os referidos juristas são categóricos ao rejeitá-la (2015, p. 307):

Assim e, em linhas gerais, termos que o instituto do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, tal qual delineado pelo novo CPC, não é aplicável no Processo do Trabalho, eis que incompatível com as regras processuais trabalhistas. Aliás, além da incompatibilidade principiológica, há, como frisamos, incompatibilidade processual, já que a execução trabalhista tramita de ofício e prevê o atingimento dos bens dos sócios sem qualquer necessidade de instauração de incidente processual para tal finalidade.

109

É de ver que os princípios que dirigem o processo do trabalho não autorizam a pensar em procedimentos – é o caso do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 – que dificultem a persecução do patrimônio societário. Isso porque é preciso ter em conta que os riscos da atividade econômica incumbem à sociedade e aos sócios (CLT, art. 2º, *caput*), não podendo ser transferidos ao empregado, que assumiria tal ônus caso a insuficiência do patrimônio da sociedade pudesse tornar inefetiva a execução trabalhista, conforme prelecionam os autores antes citados (2015, p. 307). Embora a aplicação do novo CPC ao processo do trabalho tenha por pressuposto, na lição de Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra (2015, p. 198), a obtenção de “soluções menos burocráticas”, o que se percebe é que o incidente de desconsideração da personalidade previsto no CPC de 2015 constituiria, para a execução trabalhista, fator de burocratização procedimental, sem falar na severa perda de efetividade da jurisdição que acarretaria.

Submeter a execução trabalhista à suspensão implicaria vulnerar os princípios da concentração de atos procedimentais e da celeridade processual, com evidente prejuízo à garantia constitucional da efetividade da jurisdição, o que importa concluir que o requisito da compatibilidade está ausente quando se coteja a suspensão do processo prevista no incidente instituído no novo CPC com os princípios do Direito Processual do Trabalho.

9 A terceira incompatibilidade está em atribuir ao credor a prova dos requisitos da desconsideração da personalidade jurídica

A terceira incompatibilidade está na atribuição ao credor do ônus da prova quanto à presença dos pressupostos legais que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada (NCPC, art. 134, § 4º), exigência que se revela incompatível tanto com o princípio da proteção quanto com o princípio da simplicidade das formas, que caracterizam o Direito Processual do Trabalho.

O preceito do novo CPC exige que a prova dos pressupostos legais necessários à declaração de desconsideração da personalidade jurídica deva estar *pré-constituída* quando do requerimento de desconsideração, o que autoriza a conclusão de que tal encargo probatório é atribuído ao credor. O dispositivo estabelece que “o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para a desconsideração da personalidade jurídica” (NCPC, art. 143, § 4º), dispositivo que o processualista civil Cássio Scarpinella Bueno interpreta no sentido de que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica deve ser apresentado pelo credor “[...] com a demonstração dos pressupostos *materiais*” (2015, p. 133, grifo nosso) necessários à desconsideração.

110

A interpretação tópico-sistemática também conduz a essa conclusão, uma vez já no primeiro dispositivo do incidente a regência legal da matéria submete o requerente ao dever de observância dos requisitos legais pertinentes à técnica da superação da personificação societária. Com efeito, o dispositivo do § 1º do art. 133 do NCPC estabelece que “o pedido de desconsideração da personalidade jurídica *observará os pressupostos previstos em lei*”. Ao elemento hermenêutico de direito *material* previsto no § 1º do art. 133 do NCPC corresponde o itinerário *procedimental* previsto no § 4º do art. 134, onerando o requerente com o *prévio* encargo probatório de “[...] demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica”; é dizer, onerando o requerente com o *prévio* encargo probatório de demonstrar os “pressupostos materiais” necessários à declaração de desconsideração da personalidade jurídica, para reproduzir a precitada a expressão adotada por Cássio Scarpinella Bueno nos seus comentários ao preceito legal.

Se pode ser considerada razoável a opção de atribuir ao credor tal ônus de prova no processo civil, em que o devedor costuma apresentar-se em condição de inferioridade econômica em relação ao credor, o mesmo não ocorre no âmbito do processo do trabalho. O credor trabalhista encontra-se em situação de inferioridade econômica em relação ao executado. Por conseguinte, atribuir ao credor trabalhista o encargo probatório de demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos à desconsideração da personalidade jurídica implicaria dificultar a utilização da técnica da desconsideração da personalidade jurídica dada a conhecida dificuldade que tem o credor trabalhista para desincumbir-se desse ônus probatório, o que significaria criar entrave procedimental nunca cogitado no subsistema processual trabalhista brasileiro; entrave procedimental que constituiria retrocesso histórico da ciência processual trabalhista. Não pode haver dúvida de que aqui resta evidenciada a incompatibilidade do novo incidente com o princípio jurídico trabalhista da proteção.

Uma das razões para a ciência processual trabalhista ter adotado a denominada teoria objetiva¹³, na desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresarial, foi exatamente a dificuldade que o credor trabalhista teria para desincumbir-se do ônus da prova de demonstrar a ocorrência ou de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, para se ter por caracterizado então o abuso da personalidade jurídica, nos termos da teoria subjetiva¹⁴, adotada pelo art. 50 do Código Civil; para a teoria objetiva, adotada pelo art. 28, § 5º do CDC, basta a pessoa jurídica não ter bens para que a execução seja direcionada aos sócios. Conforme asseveramos alhures, no âmbito da Justiça do Trabalho a mera inexistência de bens da sociedade para responder pela execução de crédito trabalhista abre imediatamente as portas que dão o acesso à superação da autonomia patrimonial mediante a técnica da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita ou mediante a técnica da desconsideração inversa da personalidade jurídica, conforme se trate de obrigação trabalhista da sociedade ou de obrigação trabalhista do sócio, respectivamente (CLAUS, 2014, p. 68). O abuso de direito na utilização da personificação societária configura-se *in re ipsa* sempre que a autonomia patrimonial é invocada para sonegar obrigação decorrente de direito de natureza indisponível, conforme preleciona Ari Pedro Lorenzetti (2003, p. 198). Foi sob a inspiração do princípio da proteção que o subsistema jurídico trabalhista, para efeito da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, adotou a teoria objetiva, e parece que não poderia ser diferente em face da natureza indisponível do Direito do Trabalho.

No âmbito de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, não se faz razoável conferir ao consumidor tutela jurídica superior àquela assegurada ao credor trabalhista, porquanto isso implicaria indireta contrariedade à norma do art. 186 do CTN, diploma legal que tem hierarquia de lei complementar e que situa o crédito trabalhista em posição jurídica privilegiada em relação ao crédito do consumidor. Na medida em que o art. 28, § 5º, do CDC – lei ordinária – assegura ao consumidor obter declaração de desconsideração da personalidade jurídica do devedor na ocorrência de simples inadimplemento da obrigação, negar essa mesma tutela jurídica ao trabalhador sob a mesma situação de fato – simples inadimplemento da obrigação – implicaria instalar crise sistemática no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o referido preceito da lei complementar (CTN, art. 186) restaria contrariado – ainda que indiretamente – por preceito de lei ordinária (CDC, art. 28, § 5º). A unidade e a coerência do sistema jurídico restariam abaladas por essa contradição.¹⁵ Da mesma forma, não se poderia negar ao trabalhador, no âmbito de interpretação sistemática, a inversão do ônus da prova assegurada ao consumidor (CDC, art. 6º, VIII) no que diz respeito à caracterização dos pressupostos materiais da desconsideração da personalidade jurídica na ocorrência de inadimplemento da obrigação pelo devedor. A crise sistemática referida tem solução quando

¹³ A teoria objetiva também é conhecida como teoria menor.

¹⁴ A teoria subjetiva também é conhecida como teoria maior.

¹⁵ Essa contradição sistemática subsiste mesmo diante do entendimento doutrinário de que não há relação de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. Isso porque a contradição sistemática que se caracteriza na situação examinada independe da existência de eventual hierarquia entre as referidas fontes formais de direito, configurando-se ainda quando lei complementar e lei ordinária são consideradas sob a mesma hierarquia jurídica. O entendimento de que não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária é defendido, entre outros juristas, por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, na obra Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 924.

se confere ao credor privilegiado a tutela jurídica assegurada ao credor classificado em posição inferior na ordem jurídica nacional.

A doutrina de José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2015, p. 59) expressa o entendimento predominante na teoria processual trabalhista acerca do ônus da prova na desconsideração da personalidade jurídica. Pondera o jurista que “no processo do trabalho não se exige a demonstração inequívoca dos pressupostos previstos em lei, como os do art. 50 do Código Civil”, argumentando que o credor trabalhista pode invocar a previsão do art. 28 do CDC para fundamentar o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade na fase de execução do processo, bastando para tanto que a empresa devedora não tenha bens suficientes para responder pela execução.

É precisamente por isso que, na execução trabalhista, constitui dever jurídico do sócio indicar bens da sociedade quando chamado a responder pelo débito (Lei nº 6.830/1980, art. 4º, § 3º; CLT, art. 889). À previsão da Lei de Executivos Fiscais soma-se a previsão do art. 596, § 1º, do CPC de 1973 (art. 795, § 1º, do CPC de 2015). Essas previsões legais conferem ao sócio o denominado benefício de ordem: o direito de o sócio indicar bens da sociedade à penhora, sob pena de responder com seu patrimônio pessoal pelo crédito trabalhista. A jurisprudência trabalhista está consolidada no sentido de que “[...] basta a insolvência da sociedade devedora – na sintética formulação de José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2015, p. 59-60) – para que se promova a desconsideração de sua personalidade jurídica”, isso porque a regra jurídica é a de que respondem pela dívida os sócios que participaram da sociedade ao tempo da constituição da obrigação trabalhista.

112

O risco da atividade econômica empreendida pelo sócio (CLT, art. 2º, *caput*) atrai sua responsabilidade pessoal quando a sociedade não tem bens (Lei nº 6.830/1980, art. 4º, § 3º; CLT, art. 889) para responder pelo crédito trabalhista¹⁶, solução jurídica sem a qual a fraude tornaria-se regra, em prejuízo a direitos trabalhistas dotados da qualidade de direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal (CF, art. 7º), além de desconstituir qualquer possibilidade real de estabelecimento de relações contratuais baseadas na boa-fé objetiva. As normas procedimentais do processo civil, na precisa lição de Jorge Luiz Souto Maior (2015, p. 163), devem ser compreendidas “[...] como complementos que sirvam à utilidade do processo do trabalho e não como escudos que inviabilizem a efetividade da prestação jurisdicional trabalhista”.

A doutrina justralhista majoritária tem manifestado posição contrária à aplicação do incidente do novo CPC ao processo do trabalho. Depois de sublinhar que a despersonalização das obrigações constitui verdadeiro princípio do Direito do Trabalho, Cleber Lúcio de Almeida afirma que o princípio da simplificação das formas e procedimentos impede a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica como procedimento autônomo (2015, p. 294), entendimento no qual é acompanhado por Manoel Carlos Toledo Filho, jurista para o qual o incidente do novo CPC caracteriza-se como figura procedimental “[...] *enfadonhamente burocrática*” (2015, p. 333). É semelhante o entendimento de Iuri Pereira Pinheiro, que reputa inaplicável o incidente autônomo do novo CPC, “[...] por incompatibilidade com a processua-

¹⁶ Crédito privilegiado no sistema jurídico brasileiro (CTN, art. 186).

lística laboral, que tem como uma de suas vigas mestras a informalidade” (2015, p. 495). José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva qualifica o novo incidente como procedimento burocrático (2015, p. 56), para depois concluir que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica é manifestamente incompatível com o processo do trabalho, no qual não se admite a intervenção que provoque a suspensão do processo (2015, p. 60).

Merece destaque a formulação teórica adotada por Manoel Carlos Toledo Filho no particular, jurista que agrega um produtivo elemento hermenêutico ao tratamento do tema quando detecta, com rigor científico, que o incidente de descon sideração revela-se “[...] *rigorosamente incompatível* com a diretriz estrutural taxativamente exposta ao Juiz do Trabalho pelo artigo 765 da CLT” (2015, p. 333). A produtiva percepção científica de que o art. 765 da CLT é regra representativa de *diretriz estrutural* do procedimento laboral abre todo um horizonte de exploração hermenêutica para os propósitos do Direito Processual do Trabalho, capacitando os processualistas à reflexão superior proposta por Carlos Henrique Bezerra Leite, no sentido de se perceber que o processo do trabalho nada mais é do que direito constitucional aplicado (2015, p. 74).

Norma de sobredireito processual trabalhista, a regra estrutural do art. 765 da CLT conforma hermenêuticamente todo o procedimento do subsistema jurídico laboral brasileiro, irradiando especial eficácia à jurisdição laboral no propósito da realização dos direitos fundamentais sociais; um preceito cuja potencialidade produtiva espera pela exploração hermenêutica dos pesquisadores mais ousados da ciência processual trabalhista.

113

Atribuir ao credor o ônus da pré-constituição da prova dos pressupostos legais da descon sideração da personalidade jurídica afronta o princípio da simplicidade das formas e os princípios da celeridade e da efetividade da jurisdição, razão por que também essa exigência torna o incidente do novo CPC incompatível com o processo do trabalho.

10 A quarta incompatibilidade está na exigência de contraditório prévio

A quarta incompatibilidade decorre da exigência de contraditório *prévio* (NCPC, art. 135). Na descon sideração da personalidade jurídica adotada na fase de execução do processo trabalhista, o contraditório é *diferido*, sendo exercido mediante embargos à execução¹⁷ após a garantia do juízo.

Nas situações em que o contraditório prévio acarretaria prejuízo à própria tutela do direito material, a opção do legislador pela técnica do contraditório diferido é mera consequência da garantia constitucional à tutela jurisdicional efetiva e à técnica jurídica adequada à tutela do direito substancial. A técnica do contraditório diferido está consagrada, por exemplo, no procedimento de antecipação de tutela previsto no art. 273 do CPC de 1973, não se justificando a resistência de certos setores da doutrina – na acertada observação de Guilherme Guimarães

¹⁷ Têm sido admitidos embargos de terceiro em determinadas situações concretas. O novo CPC optou por reconhecer ao sócio legitimidade para opor embargos de terceiro quando seu patrimônio é atingido por penhora decorrente de descon sideração da personalidade jurídica. É nesse sentido a previsão do art. 674, § 2º, III, do NCPC: “§ 2º. Considera-se terceiro, para ajuizamento de embargos: III – quem sofre constrição judicial de seus bens por força de descon sideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte.”

Feliciano – à adoção dessa especial técnica de contraditório, a qual é exigida para assegurar a tempestiva tutela do direito material em determinadas situações em que o contraditório prévio acarretaria prejuízo à proteção do direito substancial implicado (2015, p. 123).

Exigir contraditório prévio à desconsideração implicaria frustrar o resultado útil da execução, porquanto estimularia o sócio a desviar bens, sobretudo dinheiro depositado em contas correntes e aplicações e outros bens móveis. Com o contraditório prévio à desconsideração da personalidade jurídica, “[...] oportunizam-se, é claro, outras ‘providências’ de caráter defensivo, como, *v.g.*, o esvaziamento das contas bancárias pessoais e familiares, antecipando penhoras eletrônicas...”, de acordo com a realista observação de Guilherme Guimarães Feliciano. “Ora, em especial no processo do trabalho, ‘avisar’ previamente os sócios da provável desconsideração da personalidade jurídica da respectiva sociedade empresarial – prossegue o jurista – corresponderá, amiúde, ao comprometimento de todos os esforços executivos da parte ou do juiz” (2015, p. 121-122).

Esse mesmo entendimento encontra-se na doutrina de José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva. Após registrar que o incidente do novo CPC tornará a medida constritiva absolutamente ineficaz, o jurista sentencia: “[...] não sobrará nada na conta bancária do terceiro (sócio), que, por lei, (art. 795 e §§ do novo Código), é responsável subsidiário pelo adimplemento das obrigações da sociedade” (2015, p. 59). Para quem conhece as vicissitudes da execução na Justiça do Trabalho, não há exagero na crítica que o jurista dirige ao novo instituto: o resultado será nefasto e a efetividade da medida processual será próxima de zero (2015, p. 56-57).

114

Embora postergado para assegurar a efetividade da jurisdição, o contraditório “[...] é apenas diferido para um momento posterior à constrição”, técnica que não viola nenhuma das garantias fundamentais do processo, na lição de José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2015, p. 59). De acordo com o jurista, “[...] o contraditório será pleno, com possibilidade de defesa, suspensão do processo em relação ao terceiro, produção de provas, decisão, recurso etc., mas num momento ulterior ou subsequente (contraditório diferido)” (2015, p. 59). Isso porque – prossegue o jurista – sabe-se há muito tempo que a eficácia da medida constritiva resta prejudicada quando se adota a técnica do contraditório antecipado (2015, p. 59). O novo CPC optou novamente pela paralisante segurança jurídica do devedor em detrimento da efetividade da jurisdição comum, equívoco no qual não pode incorrer a jurisdição trabalhista se quiser preservar sua vocação histórica para apresentar-se como jurisdição de resultados e seu compromisso com promessas sociais da Constituição.

No âmbito do processo do trabalho, para a adoção da técnica da superação da personificação societária, basta a prolação de decisão fundamentada, decisão que desde logo abre as portas para as respectivas medidas de constrição, “[...] sem prejuízo do contraditório que será realizado de modo diferido”¹⁸, na precisa síntese de Manoel Carlos Toledo Filho (2015, p. 333). Nada obstante o contraditório não deva ser antecipado para não prejudicar a execução forçada do direito ao qual o executado opõe resistência, não se pode cogitar de violação ao princípio do contraditório, já que “[...] o sócio atingido em seu patrimônio tem remédio próprio para

¹⁸ Vide FONSECA, 2015, p. 369.

discutir referida decisão dentro do processo de execução, seja via embargos à execução (ou à penhora) ou exceção de pré-executividade, quando cabível”, conforme desmistificam Eliana dos Santos Alves Nogueira e José Gonçalves Bento (2015, p. 307).

A doutrina reproduzida encontra amparo na jurisprudência. No que respeita à defesa do sócio na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica da respectiva sociedade, tanto a jurisprudência do STJ quanto a jurisprudência do TST têm compreendido, na vigência do CPC de 1973, que a ausência de citação prévia do sócio não é causa de nulidade processual, exatamente porque o respectivo direito de defesa do sócio é assegurado de forma diferida, depois da garantia do juízo pela penhora. Eis as ementas:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS SÓCIOS ATINGIDOS. PRECEDENTES. VERIFICAÇÃO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

Segundo a jurisprudência do STJ, a desconsideração da personalidade jurídica, como incidente processual, pode ser decretada sem a prévia citação dos sócios atingidos, aos quais se garante o exercício postergado ou diferido do contraditório e da ampla defesa. Precedentes de ambas as Turmas que integram a Segunda Seção do STJ.

115

2. A verificação da presença dos requisitos para a aplicação da *disregard doctrine* previstos no art. 50 do Código Civil, por constituir matéria fática, é vedada pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Precedente.

3. Se o agravante não traz argumentos aptos a infirmar os fundamentos da decisão agravada, deve-se negar provimento ao agravo regimental. Precedente.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1523930/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EXECUÇÃO INTENTADA CONTRA O ENTE PÚBLICO, SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA.

A jurisprudência deste Tribunal Superior caminha no sentido da possibilidade de direcionamento da execução ao ente federado, sócio majoritário da empresa executada, sem que tal procedimento configure qualquer ofensa à norma constitucional invocada. Isso porque a responsabilidade patrimonial é direcionada na execução, não sendo necessário que o responsável conste do título executivo e tenha participado do processo de conhecimento. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-66400-62.1998.5.01.0050, Rel. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, data de julgamento: 04/02/2015, data de publicação DEJT 06/02/2015).

Com efeito, na desconsideração da personalidade jurídica realizada na execução trabalhista o contraditório apresenta-se na modalidade de contraditório diferido: a defesa do sócio executado é oportunizada após a garantia do juízo pela penhora (CLT, art. 884).

A adoção da técnica do contraditório diferido é utilizada também na antecipação de tutela (CPC, art. 273, *caput*) e na liminar concedida em ação de obrigação de fazer ou não fazer (CPC, art. 461, § 3º). Se a técnica do contraditório diferido é adotada pelo legislador mesmo na fase de conhecimento do processo civil, revela-se razoável adotar-se tal técnica jurídica na execução trabalhista, quando da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada, a fim de conferir maior eficácia à jurisdição executiva (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII), mercê do poder geral de cautela que a ordem jurídica confere ao magistrado (CLT, art. 765; CPC, arts. 798 e 804).

Esse poder geral de cautela pode ser exercido de ofício pelo magistrado do trabalho. Foi o que afirmou uma das maiores autoridades do processo civil brasileiro. A opção por citar um jurista do âmbito do processo civil tem o objetivo de neutralizar determinada resistência que a doutrina justralhista tem enfrentado, por vezes acusada de adotar posições muito avançadas em detrimento do contraditório prévio e das garantias fundamentais asseguradas aos responsáveis pelo pagamento do crédito trabalhista. Com o advento do novo CPC, a lição de Galeno Lacerda readquire a dimensão histórica que nem sempre foi por nós percebida:

116

Considerando-se que, pela prevalência do interesse social indisponível, esse processo se filia mais ao inquisitório, a tal ponto de poder o juiz promover de ofício a execução (art. 878 da CLT), parece evidente que, em consonância com tais poderes e objetivos, caiba ao juízo trabalhista, também, a faculdade de decretar providências cautelares diretas, a benefício da parte ou interessados, sem a iniciativa destes. (LACERDA, 1990, p. 129-130)

Na desconsideração da personalidade jurídica, a constrição prévia à citação constitui-se em medida cautelar que tem fundamento jurídico no art. 804 do CPC, norma segundo a qual “é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”. Vale dizer, o sistema jurídico brasileiro é dotado de diversas normas procedimentais que permitem realizar constrição prévia ao contraditório quando essa providência prévia se faz necessária para assegurar a tempestiva realização do direito material objeto da causa.¹⁹

Exigir citação prévia do sócio executado e postergar a constrição tende a tornar a medida de bloqueio de numerário ineficaz.²⁰ Essa mesma ineficácia tende a ocorrer quanto à cons-

¹⁹ Na execução fiscal, não se faz necessário adotar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC para redirecionar a execução aos bens do sócio-gerente. É a conclusão do Enunciado nº 53 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM: “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos art. 133 do CPC/2015”.

²⁰ É oportuno assinalar que o sistema legal brasileiro dá preferência à penhora de dinheiro, em detrimento de outros bens cuja expropriação acarreta dilação procedimental e despesas processuais, diretriz legislativa que visa à efetividade da jurisdição e à razoável duração do processo (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII). Tanto a CLT (art.

trição de veículo e outros bens móveis, especialmente tendo em consideração a orientação da Súmula 375 do STJ²¹²⁰, que exige prévio registro da penhora para só então reconhecer fraude à execução na alienação do bem, diretriz jurisprudencial que, embora tenha por objetivo a tutela do interesse do terceiro adquirente de boa-fé, tem fomentado o fenômeno da fraude patrimonial denunciada por Manoel Antonio Teixeira Filho. Para o processualista, “a orientação jurisprudencial cristalizada nessa Súmula estimula as velhacadas do devedor ao tornar mais difícil a configuração do ilícito processual da fraude à execução”²²²¹.

Tem razão Luciano Athayde Chaves quando pondera que é necessário considerar que o sócio não é um terceiro qualquer, alheio às obrigações da empresa que integra: “[...] o sócio é partícipe do empreendimento”, na medida em que a pessoa jurídica é uma ficção legal, administrada por pessoas naturais.²³²²

A natural assimilação do princípio da primazia da realidade pelo Direito do Trabalho torna ainda mais intuitiva a consideração de que, no âmbito do subsistema jurídico trabalhista, a personificação societária é compreendida como mera ficção jurídica concebida ao fomento da atividade econômica e, por isso mesmo, “[...] há de ser preservada a presunção de que os seres humanos por detrás da pessoa jurídica são sabedores do que se passa com ela”, conforme prelecionam Eliana dos Santos Alves Nogueira e José Gonçalves Bento (2015, p. 303) no estudo do tema. Embora possa parecer elementar, a reprodução da assertiva é necessária diante de uma certa cultura de resistência generalizada ao cumprimento de decisões judiciais em nosso país, fenômeno que levou o processualista *Luciano Athayde Chaves* à impressiva consideração de que “[...] acostumamo-nos com isso em nosso país, como se houvesse um direito (fundamental?) ao descumprimento de obrigações. Mas, não se trata de *ethos* compatível com a *força normativa da Constituição*, que (re)afirma a segurança jurídica como valor e a efetividade das tutelas jurisdicionais (essa sim!) como *garantia fundamental*.”²⁴²³

882) quanto a LEF (art. 11, I) elegem dinheiro como bem preferencial à penhora. Mesmo o processo civil adota tal previsão legal (art. 655).

²¹ S-375-STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente”.

²² Execução no processo do trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 19. Manoel Antonio Teixeira Filho sustenta a incompatibilidade da S-375-STJ com o processo do trabalho, ponderando ser da tradição jurídica considerar-se que a fraude à execução caracteriza-se pelos fatos objetivos da alienação do bem e da insolvência do devedor, com presunção de má-fé do devedor. Na sequência, argumenta que o art. 593 do CPC não exige o registro da penhora ou má-fé do terceiro adquirente para a configuração de fraude à execução; e recusa se transferir ao credor o ônus da prova quanto à existência de má-fé do terceiro adquirente, por ser ônus probatório de difícil atendimento.

²³ O novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho: uma análise sob a ótica do cumprimento da sentença e da execução forçada. O artigo é uma versão adaptada da exposição realizada no I Seminário Nacional sobre a Efetividade da Execução Trabalhista, promovido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), no dia 7 de maio de 2015. mimeo.

²⁴ O novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho: uma análise sob a ótica do cumprimento da sentença e da execução forçada. O artigo é uma versão adaptada da exposição realizada no I Seminário Nacional sobre a Efetividade da Execução Trabalhista, promovido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), no dia 7 de maio de 2015. mimeo.

Em conclusão, submeter a desconsideração da personalidade jurídica à exigência de contraditório prévio implicaria retrocesso procedimental incompatível com o princípio da simplicidade das formas, além de acarretar perda de efetividade da jurisdição trabalhista, fundamentos pelos quais não se faz presente o requisito axiológico da compatibilidade do incidente do CPC de 2015 com o Direito Processual do Trabalho.

11 A quinta incompatibilidade reside na previsão de recurso imediato

A quinta incompatibilidade reside na previsão de existência de recurso imediato da decisão interlocutória que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade empresarial (NCP, art. 136 e parágrafo único).

A incompatibilidade decorre do fato de que – regra geral – as decisões interlocutórias não estão sujeitas a recurso imediato no processo do trabalho: a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias é remetida à oportunidade do recurso cabível da decisão definitiva na respectiva fase processual em que a decisão interlocutória foi proferida (CLT, art. 893, § 1º). Esse aspecto do procedimento laboral é identificado como traço característico da especialização do processo do trabalho, especialização que se completa no âmbito de seu sistema recursal pela opção legislativa de limitar o recurso de agravo de instrumento à finalidade de destrancar recurso denegado (CLT, art. 897, *b*).

118

O compromisso social da jurisdição especializada do trabalho com a efetividade da tutela do direito material trabalhista não poderia ter conduzido a teoria processual laboral brasileira a outro caminho que não fosse a afirmação da especialidade de seu procedimento simplificado, o qual tem na regra da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias um de seus elementos hermenêuticos estruturais. Esse elemento estrutural está presente em todas as fases do itinerário procedimental trabalhista, inclusive na fase de execução, conforme lição pacífica da doutrina justralhista.

A doutrina de Cleber Lúcio de Almeida contextualiza com precisão a relação existente entre a regra da irrecorribilidade autônoma das decisões interlocutórias no processo do trabalho e a técnica da desconsideração da personalidade jurídica, revelando que a sistemática recursal trabalhista assegura contraditório – diferido – à pessoa cujo bem é atingido pelo ato de penhora derivado da desconsideração da personalidade jurídica. A síntese adotada pelo jurista está assim enunciada:

Na execução, a decisão sobre a desconsideração é interlocutória, o que a torna irrecorrível (art. 893, § 1º, da CLT), podendo o sócio (desconsideração clássica) ou a pessoa jurídica (desconsideração inversa) voltar ao tema em embargos à execução, a serem ajuizados depois da garantia do juízo. (ALMEIDA, C., 2015, p. 294).

A sentença que julga os embargos à execução (CLT, art. 884, § 4º) corresponde à *decisão definitiva* de que trata o art. 893, § 1º, da CLT. Essa sentença está sujeita ao recurso de agravo de petição previsto no art. 897, *a*, da CLT, de modo que o sistema recursal trabalhista assegura ao executado o direito de submeter o merecimento da decisão de desconsideração da persona-

lidade jurídica ao duplo grau de jurisdição. Daí porque não parece correta a opinião manifestada no enunciado nº 126 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Segundo o referido enunciado, “No processo do trabalho, da decisão que resolve o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na fase de execução cabe agravo de petição, dispensado o preparo” (BUENO, 2015, p. 133).

O recurso de agravo de petição, a teor do art. 893, § 1º, da CLT, tem cabimento contra a sentença – decisão definitiva – que julga os embargos à execução e que reexaminará a decisão interlocutória que determinara a desconconsideração da personalidade jurídica. A decisão interlocutória que determina a desconconsideração da personalidade jurídica é anterior à sentença de embargos e não estará, por conseguinte, sujeita a recurso imediato por se constituir em decisão interlocutória cujo merecimento somente pode ser apreciado na sentença que julga os embargos à execução. É dessa última decisão – sentença – que cabe o recurso de agravo de petição para submeter ao Tribunal Regional do Trabalho o exame do merecimento da decisão interlocutória que determinara a desconconsideração da personalidade jurídica.

Embora seja legítimo ao Fórum Permanente de Processualistas Civis postular determinada interpretação acerca do alcance nas normas do novo CPC no âmbito do processo do trabalho, porquanto a exploração hermenêutica deve ser recebida com espírito científico no advento de um novo código de processo civil, não parece que se possa desnaturar o especial subsistema jurídico laboral a pretexto de pretender aplicar-lhe norma do novo CPC que, por contrariar as peculiaridades de seu sistema recursal, acaba por revelar-se incompatível com o direito processual trabalhista.

119

Não havendo possibilidade de recurso imediato da decisão de desconconsideração da personalidade jurídica no subsistema jurídico laboral por força da previsão do art. 893, § 1º, da CLT, emerge indubitosa a incompatibilidade do incidente do CPC de 2015 com o princípio da irrecorribilidade autônoma das decisões interlocutórias no Direito Processual do Trabalho.

12 A Instrução Normativa nº 39/2016 do TST

Após a publicação da primeira edição desta obra, sobreveio a publicação da Instrução Normativa nº 39 do Tribunal Superior do Trabalho, de 15 de março de 2016. Por meio da referida Instrução Normativa, o Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu diretrizes acerca da aplicabilidade das normas do Código de Processo Civil de 2015 ao Processo do Trabalho.

Nada obstante questionamentos acerca da oportunidade de definir desde logo a aplicabilidade de normas do Código de Processo Civil quanto ainda não se sedimentou a interpretação nas diversas instâncias do Poder Judiciário Trabalhista e nada obstante a própria constitucionalidade da Instrução Normativa tenha sido questionada por vezes que identificaram ter o TST realizado indevida atividade legiferante na Instrução Normativa, o principal objetivo do Tribunal Superior do Trabalho foi prover segurança jurídica e evitar nulidades processuais, conforme aparece explicitado na introdução da Instrução Normativa nº 39/2016, bens jurídicos estruturais do sistema legal.

Conforme tentamos demonstrar no presente estudo, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica parece incompatível com os princípios que estruturam o Direito Processual do Trabalho enquanto subsistema jurídico especial dotado de autonomia científica em relação ao processo comum. Compreendidas as normas dos arts. 769 e 889 da CLT como normas de contenção ao ingresso indevido de normas de direito processual comum no Processo do Trabalho, os referidos preceitos atuam como normas dirigidas a assegurar a própria autonomia do Direito Processual do Trabalho, o que é promovido mediante a aplicação do critério científico da compatibilidade, cuja aferição está reservada à Jurisdição Trabalhista.

A Instrução Normativa nº 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho, entretanto, orientou-se em sentido oposto àquele que sustentamos no presente artigo, pois se posiciona a favor da aplicação do Incidente ao subsistema jurídico trabalhista. É o que está assentado no art. 6º, *caput*, da Instrução Normativa nº 36/2016: “Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), **assegurada a iniciativa também do juiz na fase de execução (CLT, art. 878)**” (grifei).

Vale dizer, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que o Incidente é aplicável ao subsistema jurídico trabalhista, mas concluiu, também, que o Incidente deve ser adaptado às peculiaridades do Processo do Trabalho. É o que se extrai da consideração de que a instauração do Incidente submete-se ao impulso oficial da execução trabalhista previsto no art. 878, *caput*, da CLT. É interessante observar que o TST preocupou-se em sublinhar esse aspecto na Instrução Normativa, explicitando estar assegurada ao juiz do trabalho a iniciativa para instaurar o Incidente, quando o art. 133 do CPC de 2015 restringe essa iniciativa às partes e ao Ministério Público. A expressa menção ao art. 878 da CLT no art. 6º da Instrução Normativa insere-se nesse contexto hermenêutico. A preocupação do Tribunal Superior do Trabalho justifica-se... Mesmo diante dos termos da Instrução Normativa, alguns magistrados trabalhistas passaram a se manifestar no sentido de que a iniciativa para a instauração do Incidente deve ficar reservada exclusivamente à parte interessada, na medida em que assim o prevê expressamente o art. 133 do CPC, havendo inclusive o argumento que o pressuposto processual da imparcialidade do juízo não permitiria que um incidente seja julgado pelo órgão judiciário que o instaurou...

Sabedor de que a adoção do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica regulado no CPC de 2015 implicará em perda da já rarefeita efetividade da execução trabalhista, alertado que fora também pela considerável produção teórica mediante a qual a maior parte magistratura de primeiro grau de jurisdição fundamentou a necessidade de a Jurisdição Trabalhista rejeitar, por incompatibilidade (CLT, arts. 769 e 889), o ingresso do Incidente no sítios do Processo do Trabalho, o compromisso histórico da Justiça do Trabalho em favor da efetividade da jurisdição levou o Tribunal Superior do Trabalho a optar por explicitar a faculdade de o magistrado do trabalho instaurar de ofício o Incidente, sem aguardar pela iniciativa da parte exequente, o que não evitará, entretanto, posicionamentos paralisantes da execução trabalhista como aqueles antes mencionados.

Foi certamente o reconhecimento de que a adoção do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto no CPC de 2015 implicará perda da já rarefeita efetividade da execução trabalhista que conduziu o Tribunal Superior do Trabalho a também optar por ex-

plicitar a juridicidade da concessão de prévia medida cautelar de arresto de bens dos sócios da empresa cuja personalidade jurídica é desconsiderada. Essa explicitação está no art. 6º, § 2º, da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST: “A instauração do incidente suspenderá o processo, **sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC**” (grifei).

Tratando-se, o poder geral de cautela, de prerrogativa ínsita ao poder jurisdicional por força de sua própria natureza, implícita na cláusula da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), não seria necessário explicitar a juridicidade da determinação de ofício de medida cautelar de arresto prévio à instauração do Incidente Desconsideração da Personalidade Jurídica. A opção da Instrução Normativa nº 39/2016 por explicitar a juridicidade do exercício do poder geral de cautela do juiz previamente à instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica sugere que o Tribunal Superior do Trabalho, defrontado com a inevitável perda de efetividade que a adoção do Incidente acarretará à Jurisdição Trabalhista, optou por buscar compensar essa perda de efetividade, indicando à magistratura de primeiro grau o procedimento capaz minorar o problema, o que o Tribunal Superior do Trabalho fez na opção pela explicitação da juridicidade do exercício do poder geral de cautela de ofício pelo juiz do trabalho, ao terminar a redação do § 2º do art. 6º da Instrução Normativa com a oração “[...] sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC”.

Salvo melhor juízo e com a necessária humildade científica que a infância do tema impõe, o principal equívoco do Tribunal Superior do Trabalho, na Instrução Normativa nº 39/2016, foi o de reconhecer a compatibilidade do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto no CPC de 2015 com o Processo do Trabalho, quando poderia ter convalidado a simplificada sistemática de desconsideração da personalidade jurídica praticada há sete décadas na Jurisdição Trabalhista, mediante contraditório diferido, de eficácia reconhecida e de baixo índice de nulidades processuais, no que teria o apoio da maior parte da magistratura de primeiro grau de jurisdição, precisamente a magistratura que padece as vicissitudes da execução trabalhista. A aplicação subsidiária do Incidente de Desconsideração da Personalidade do CPC de 2015 à execução trabalhista acarretará perda de efetividade para a Jurisdição Trabalhista. Para minorar essa perda de efetividade da execução trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho optou por explicitar, na Instrução Normativa nº 39/2016, tanto a juridicidade da iniciativa do juiz para instaurar o Incidente de ofício quanto a juridicidade da determinação, pelo juiz do trabalho de ofício, da adoção de medida cautelar de arresto prévio à instauração do Incidente Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Ainda não se sabe qual será o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicabilidade do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica à execução fiscal. Sabe-se, porém, que o Enunciado nº 53 da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados aprovou orientação contrária a essa aplicação. O Enunciado nº 53 da ENFAM foi aprovado com a seguinte redação: “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”. O Enunciado 53 da ENFAM remete a Jurisdição Trabalhista à reflexão acerca do papel que há de desempenhar no ordenamento jurídico brasileiro a norma de direito

material do art. 186 do Código Tributário Nacional. Essa mesma reflexão sistemática é intuitiva quando se afirma que, por força do art. 28, § 5º, do CDC, não se aplicará o Incidente quando estiver em questão a tutela jurídica do consumidor.

13 Considerações finais

A eficácia da jurisdição parece ser a esfinge da Justiça do Trabalho. É no desafio de dar concretude à jurisdição trabalhista que se há de enfrentar a questão de saber se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC aplica-se ao processo do trabalho.

Na teoria processual justralhista majoritária que vem se formando sobre o tema desde o advento do Código de Processo Civil de 2015, tem prevalecido categórica rejeição à aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC no Processo do Trabalho, rejeição fundada sobretudo no argumento de que o incidente do CPC de 2015 não atende ao critério científico da compatibilidade exigido para a aplicação subsidiária do direito processual comum ao processo do trabalho. Tem prevalecido o entendimento de que o incidente do novo CPC contraria diversos princípios do Direito Processual do Trabalho, de modo que a aplicação do incidente ao processo do trabalho não passaria pelo crivo da compatibilidade exigida pelos arts. 769 e 889 da CLT, preceitos compreendidos enquanto normas de contenção ao ingresso indevido de dispositivos de direito processual comum no direito processual do trabalho.²⁵

122

A majoritária rejeição ao incidente pode ser compreendida diante do itinerário histórico que o processo do trabalho percorreu na afirmação de sua autonomia científica em relação do processo civil, sobretudo considerando-se que cumpre ao subsistema jurídico trabalhista equacionar a desigualdade que caracteriza tanto a relação de direito material trabalhista quanto a respectiva relação de direito processual, propósito para o qual o incidente do novo CPC caracteriza-se como verdadeiro obstáculo, na medida em que dificulta e burocratiza o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, acarretando severa perda de efetividade à jurisdição trabalhista em relação ao procedimento simplificado hoje praticado de ofício.

Essa assimetria é objeto da atenção do direito material do trabalho que, ao instituir normas concebidas para reequilibrar o desnível da relação de direito substancial, estabelece vantagens jurídicas em favor da parte mais frágil destinadas a compensar as vantagens econômicas da parte mais forte. A equação dessa assimetria faz evocar o princípio *corretor das desigualdades*, fórmula conceitual superior com a qual *Couture* explicita o conteúdo do princípio da proteção na perspectiva da ética aristotélica: igualar os desiguais mediante tratamento desigual proporcional à desigualdade. Pois bem, também ao direito processual do trabalho comunica-se o encargo de promover a equalização das desigualdades, pois as desigualdades originárias da relação

25. Também identificadas como normas de proteção, os arts. 769 e 889 da CLT têm sido compreendidos como normas de contenção à influência indevida de normas de direito processual comum capazes de causar complexidade procedimental, retardamento processual e perda de efetividade da jurisdição trabalhista.

econômica se reproduzem no âmbito da relação processual e demandam tratamento procedimental destinado a promover o reequilíbrio da relação processual.

A doutrina trabalhista majoritária tem compreendido que o incidente de descondição da personalidade jurídica previsto no novo CPC contraria o propósito superior de promover tal equalização na fase de execução do processo trabalhista, rompendo com a simplificada e produtiva fórmula do contraditório diferido consagrada historicamente no subsistema jurídico procedimental trabalhista ao longo de sete décadas, no que diz respeito à aplicação da técnica da descondição da personalidade jurídica da sociedade executada. Vale dizer: de um lado, o incidente não seria compatível com diversos princípios do Direito Processual do Trabalho; de outro lado, o incidente rompe com a simplificada e produtiva fórmula do contraditório diferido praticada no subsistema jurídico procedimental trabalhista, de modo que a aplicação do incidente ao subsistema jurídico trabalhista representaria histórico retrocesso procedimental, com prejuízo severo à efetividade da jurisdição e à própria realização dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal e na legislação trabalhista.

Referências

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Incidente de descondição da personalidade jurídica. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 283-94.

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. A teoria dinâmica do ônus da prova. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 443-65.

BARACAT, Eduardo Milléo. Descondição da personalidade jurídica da sociedade limitada no processo do trabalho: interpretação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In: SANTOS, José Aparecido dos (coord.). Execução Trabalhista. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p.183-203.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales. 2 ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2009.

BEBBER, Júlio César. Princípios do Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 1997.

BENTO, José Gonçalves. NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. Incidente de descondição da personalidade jurídica. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 295-308.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1523930/RS. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 16/06/2015. DJe 25/06/2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 375. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_33_capSumula375.pdf> Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

– ENFAM. Enunciado nº 53 “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 214. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-214> Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-66400-62.1998.5.01.0050. Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, data de julgamento: 04/02/2015. DEJT 06/02/2015

BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. Proceso, Ideologías e Sociedad. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

CARRION, Valentin. Comentários à CLT. 38 ed. Atualizado por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAVES, Luciano Athayde. Interpretação, aplicação e integração do Direito Processual do Trabalho. In: Chaves, Luciano Athayde (org.). Curso de Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

_____. O novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho: uma análise sob a ótica do cumprimento da sentença e da execução forçada. (O artigo é uma versão adaptada da exposição realizada no I Seminário Nacional sobre a Efetividade da Execução Trabalhista, promovido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), no dia 7 de maio de 2015) mimeo.

124

CLAUS, Ben-Hur Silveira. Execução trabalhista: da desconconsideração clássica à desconconsideração inversa da personalidade jurídica. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Porto Alegre, n. 42, p. 48-73, 2014.

DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao Processo do Trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 189-201.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. Revista Justiça do Trabalho, Porto Alegre, HS Editora, n. 379, p. 7-22, jul. 2015.

DUTRA, Renata Queiroz; DELGADO, Gabriela Neves. A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao processo do trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 189-201.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. Aproximações críticas. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015ª, p. 111-27.

_____. O novo Código de Processo Civil e as prerrogativas de magistratura nacional: reflexões de um juiz. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015b. p. 343-66.

FONSECA, Bruno Gomes Borges. Reflexos do novo Código de Processo Civil na atuação do Ministério Público do Trabalho. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 367-83.

GASPAR, Danilo Gonçalves. Noções conceituais sobre tutela provisória no novo CPC e suas implicações no Processo do Trabalho. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 385-405.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Litisconsórcio e intervenção de tercei-

ros: o novo CPC e o Processo do Trabalho. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 243-72.

GIGLIO, Wagner D. Direito Processual do Trabalho. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo do trabalho e processo comum. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 3, n. 15, p. 85-94, set./out. 1978.

JAKUTIS, Paulo Sérgio. A influência do novo CPC no ônus da prova trabalhista. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 431-42.

LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v.1. t.1.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Direito Processual do Trabalho. 8 ed. São Paulo: LTr, 2010.

LORENZETTI, Ari Pedro. A responsabilidade pelos créditos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2003.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. O Princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual trabalhista e a aplicação subsidiária e supletiva do novo Código de Processo Civil. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 87-110.

MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 31-54.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIESSA, Elisson (org.). O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC – Lei 13.015/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. BENTO, José Gonçalves. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 295-308.

OLIVEIRA, Carlos Ramos. Justiça do Trabalho. Revista do Trabalho, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1-12, p. 65-68, fev. 1938.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. O novo Código de Processo Civil e seus possíveis impactos nos recursos trabalhistas. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 567-98.

PINHEIRO, Iuri Pereira. Reflexões acerca da penhorabilidade de bens à luz do novo CPC – avanços, retrocessos e a possibilidade da derrocada de alguns mitos. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 485-514.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: LTr, 1996.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Direito Processual do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1977.

SCHIAVI, Mauro. A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 55-74.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de direito do trabalho aplicado: processo do trabalho. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 9.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo

do Trabalho. In: DIAS, Carlos Eduardo Oliveira et al. Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho. Campinas: Escola Judicial do Tribunal Regional da 15ª Região, 2015. p. 37-75.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Relação entre o processo civil e o processo do trabalho. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 159-164.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Execução no processo do trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. In: MIESSA, Elisson (org.). Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p.327-42.

Atribuições do Oficial de Justiça do Trabalho à Luz da Nova Sistemática Processual

Dino David Correia Santos¹

Resumo: O texto trata das atribuições clássicas do oficial de justiça do trabalho em face do Processo Judicial Eletrônico e do CPC/2015. Analisa a eficiência do manejo de ferramentas tecnológicas e do uso de práticas de mediação por esse servidor. Comenta alguns dispositivos do Provimento Conjunto de nº 10/2015 do TRT da 5ª Região. Discorre sobre a autonomia e a responsabilidade do oficial de justiça na condução das suas diligências. Aborda questões relacionadas à celeridade, à segurança e à efetividade no cumprimento das determinações judiciais. Propõe, por fim, algumas reflexões a respeito da reestruturação da carreira do oficialato.

Palavras-chave: Oficial de Justiça do Trabalho. Atribuições. CPC/2015. Novas tecnologias.

1. Introdução

O Oficial de justiça é servidor concursado do Poder Judiciário que desempenha atividades eminentemente externas. O cumprimento de diligências, embora seja traço distintivo das funções desse agente público, não constitui atribuição única nem exclusiva do oficialato.

Com efeito, a legislação processual pátria prevê a possibilidade de o próprio magistrado dirigir-se até a pessoa ou a coisa a fim de esclarecer fato essencial para a formação do seu convencimento (Novo CPC, art. 481). Por outro lado, o oficial de justiça desempenha atividades internas indispensáveis ao regular desenvolvimento do processo. Destaca-se, nessa seara, o poder-dever de certificar. Por meio da certidão, esse servidor, dotado de fé pública, noticia ao juízo fatos relevantes dos quais teve ciência no curso das fases de planejamento ou de cumprimento da diligência.

Além disso, com o desenvolvimento do Processo Judicial Eletrônico, lançado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2011, tem sido observada a crescente concentração de atos processuais na área fim dos Tribunais, com o deslocamento de rotinas internas de secretaria para todos os que operam o sistema, inclusive os oficiais de justiça, que passaram a realizar tramitações referentes aos atos por eles praticados nesses processos.

Com o objetivo de analisar a conformação das principais atribuições dos oficiais de justiça ao regramento processual vigente, independentemente de se tratarem de atividades internas ou externas, este texto dedica atenção às atribuições clássicas e às novas funções desempenhadas por esse servidor da justiça, além de destacar aspectos relevantes da condução da diligência, da autonomia de que goza esse profissional e da responsabilidade no exercício do seu mister, bem

¹ Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela UFBA, graduado em Direito pela UFBA, oficial de justiça do trabalho do TRT da 5ª Região e membro titular da Comissão de Segurança dos Oficiais de Justiça do TRT da 5ª Região.

como de uma atuação voltada ao amplo acesso dos destinatários das determinações judiciais a uma “ordem jurídica justa”².

2 Autonomia e Responsabilidade do Oficial de Justiça na Condução da Diligência

Antes de passarmos à análise das atribuições do oficial de justiça, teceremos alguns comentários acerca da autonomia e da responsabilidade desse servidor na condução das suas diligências.

O juiz do trabalho dispõe de ampla liberdade na condução do processo, podendo determinar qualquer diligência necessária à formação do seu convencimento, nos termos do art. 765 da CLT, compreendendo esse dispositivo o cumprimento de mandados pelos oficiais de justiça. Por outro lado, toca a esse realizador do Direito o planejamento e a prática do ato processual que integre as suas atribuições, bem como a condução das diligências que lhe sejam designadas. Nesse sentido, afirma Meireles que:

Na realização da diligência, o oficial de justiça deve proceder da forma mais conveniente à realização do ato, respeitando as disposições legais pertinentes e mantendo a postura que a autoridade do cargo lhe confere, procurando tratar as partes e terceiros da maneira mais urbana possível e não se utilizando de meios arbitrários ou agindo em abuso de poder.

Contudo, para fazer respeitar a autoridade da Justiça, tem o oficial de justiça os poderes inerentes à jurisdição, nos limites da lei e da ordem judicial que procura fazer cumprir.³

128

O oficial de justiça goza, portanto, de autonomia para conduzir a diligência, coordenando a atividade dos demais agentes públicos envolvidos, a exemplo das forças policiais e dos prepostos do leiloeiro, devendo direcionar a sua atuação ao cumprimento da determinação judicial de forma célere, segura e efetiva.

Nesse diapasão, o § 2º do art. 212 do Novo CPC dispensa a necessidade de autorização judicial para a prática de atos processuais em dia e horário especial, remetendo o oficial de justiça à observância do texto constitucional, nos seguintes termos:

Art. 212. Os atos processuais serão realizados em dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas.

[...]

§ 2º. Independentemente de autorização judicial, as citações, intimações e penhoras poderão realizar-se no período de férias forenses, onde as houver, e nos feriados ou dias úteis fora do horário estabelecido neste artigo, observado o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

² Expressão com a qual o professor Kazuo Watanabe sintetizou a noção contemporânea de efetividade inerente ao princípio constitucional do acesso à justiça.

³ MEIRELES, Edilton. **Manual do oficial da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996, p. 57.

Assim, deverá o oficial de justiça atentar para a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, que veda o ingresso não consentido pelo morador para o cumprimento de determinação judicial durante a noite, bem como os direitos fundamentais da intimidade e da vida privada (CRFB, art. 5º, X).

A diligência cumprida em unidade habitacional ou equiparados deverá, portanto, ser planejada de forma que o seu início se dê durante o dia, período compreendido entre o nascer e o pôr-do-sol, e que, salvo exceção justificada pela possibilidade de frustração do ato, se encerre antes das 20h.

Em contrapartida à autonomia reconhecida ao oficial de justiça para o planejamento e cumprimento do ato processual, o Novo CPC disciplina no seu art. 155 a responsabilidade desse servidor por ações e omissões dolosas ou culposas:

Art. 155. O escrivão, o chefe de secretaria e o oficial de justiça são responsáveis, civil e regressivamente, quando:

I – sem justo motivo, se recusarem a cumprir no prazo os atos impostos pela lei ou pelo juiz a que estão subordinados;

II – praticarem ato nulo com dolo ou culpa.

Note-se que tal dispositivo não se volta à regulamentação da responsabilidade civil dos servidores do Poder do Judiciário, dirigindo o seu comando normativo exclusivamente aos diretores de secretaria (cargo correspondente ao de escrivão e chefe de secretaria na estrutura da Justiça do Trabalho) e aos oficiais de justiça, justamente em razão da autonomia de que dispõem no desempenho de suas atribuições.

129

3 Atribuições clássicas

Tradicionalmente, cabe ao oficial de justiça a prática de atos de comunicação, coerção patrimonial e avaliação, além das diligências com o emprego de coação estatal.

3.1 Comunicação Processual

Como mensageiro da justiça, o oficial estabelece contato direto com o jurisdicionado, oportunizando a defesa dos seus direitos em juízo. A despeito de sua relevância, a prática de atos de comunicação processual configura atribuição residual do oficial de justiça.

Com efeito, em atenção aos princípios da celeridade, da simplicidade e da economia/eficiência, norteadores do Direito Processual Civil e do Direito Processual do Trabalho, tanto o legislador quanto a administração dos Tribunais têm optado por outros meios para a realização da comunicação processual.

A própria CLT, em seu art. 841, § 1º, já sinalizava essa tendência, ao priorizar a notificação mediante registro postal. O texto consolidado, entretanto, determina a realização da citação por oficial de justiça (CLT, art. 880, § 2º).

Tal exigência não mais se justifica diante da heterointegração dos subsistemas processuais civil e trabalhista e da consequente aplicação ao processo do trabalho do procedimento previsto para cumprimento de sentença (Novo CPC, art. 513), que prevê a simples intimação do devedor na pessoa do seu advogado ou por correio, se estiver exercendo o *jus postulandi*, ressalvada a execução de título executivo extrajudicial (CLT, art. 889 c/c LEF, art. 8º, *caput* e I), em que a citação seria realizada, em regra, por via postal (LEITE, 2016, p. 1281).

Com a informatização do processo judicial, as intimações passaram a ser expedidas prioritariamente por meio eletrônico (Lei nº 11.419/2006, art. 5º), o que levou à edição, na seara trabalhista, da Resolução de 136/2014 do CSJT, que dispõe:

Art. 23. No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive as destinadas à Fazenda Pública, far-se-ão por meio eletrônico.

[...]

§ 2º: Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização de citação, intimação ou notificação, ou ainda nas hipóteses de urgência/determinação expressa do magistrado, esses atos processuais poderão ser praticados segundo as regras ordinárias.

O Novo CPC prevê, como regra, a citação e a intimação eletrônicas das pessoas jurídicas (CPC, art. 246, §§ 1º e 2º). Por outro lado, a citação da pessoa natural, da microempresa e da empresa de pequeno porte se dará por remessa postal (CPC, art. 247, *caput*) e a sua intimação será eletrônica, por Diário Oficial ou pelo correio (CPC, art. 270, 272 e 274).

130

Esse diploma normativo reserva a citação por oficial de justiça para situações excepcionais (CPC, art. 247) ou para os casos em que se mostrar infrutífera a remessa pelo correio (CPC, art. 249). Por outro lado, admite a intimação por meio desse servidor da justiça quando frustrado o meio eletrônico ou postal (CPC, art. 275).

Nesse diapasão, tendo por objetivo o melhor aproveitamento da qualificação dos oficiais de justiça e a obtenção de maior efetividade na fase de execução, o Provimento Conjunto de nº 10/2015 do TRT da 5ª Região promoveu a unificação de procedimentos relativos à comunicação processual, por meio dos incisos do seu art. 73, dentre os quais destacamos:

Art. 73. As Varas do Trabalho e o Núcleo de Hastas Públicas deverão atentar para as seguintes rotinas, porquanto suscetíveis de interferir positivamente no bom cumprimento pelos oficiais de justiça de suas atribuições funcionais, convergindo rumo à essencial cooperação que deve pautar o trabalho das unidades judiciárias em todo o TRT5, aplicando-se aos processos físicos e eletrônicos:

I – não expedir notificação de audiência para cumprimento por oficial de justiça sem prévia tentativa de cumprimento por simples notificação postal, salvo despacho justificando a situação como de urgência ou quando o endereço não for abrangido pelo serviço dos Correios.

[...]

XII – dar preferência, quando possível, ao malote digital ou carta registrada

para cumprimento de expedientes de comunicação para órgãos públicos e remessa de ofícios em geral;

XIII - expedir ofício por carta registrada para cumprimento de averbação de penhora sobre bens e outras informações em serventias judiciais;

XIV – notificar ou intimar as partes, sempre que possível e compatível com o ato a ser praticado, por seus respectivos advogados;

[...]

XVII – notificar as partes por e-mail ou outro meio eletrônico quando espontaneamente autorizarem cumprimento por essa via;

XVIII – cumprir a citação, preferencialmente, por carta registrada, quando as notificações anteriores revelarem estar o endereço do executado atualizado, salvo quando, a critério do juízo da execução houver aplicação do procedimento de cumprimento de sentença previsto no processo comum ou se entender efetivamente imprescindível a citação por oficial de justiça.

O tratamento normativo dedicado à prática de atos de comunicação processual pelos oficiais, portanto, evidencia o caráter residual de tal atribuição, coadunando-se às demandas relacionadas ao melhor aproveitamento desse realizador do Direito no cumprimento de atos de constrição e expropriação processual, bem como à necessidade de se reduzir a sua exposição em diligências desnecessárias.

131

3.2. Coerção Patrimonial

O principal mecanismo de coerção patrimonial da sistemática processual pátria é a penhora. Por meio desse ato, o oficial de justiça materializa a constrição de bens e direitos integrantes do patrimônio do devedor executado para garantia do juízo.

As alterações atinentes aos atos de coerção patrimonial que serão abordadas neste texto orbitam em torno da impenhorabilidade, instituto indissociavelmente ligado à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental insculpido no art. 1º, III, da CRFB de 1988, erigido a norma fundamental do processo pelo art. 8º do Novo CPC.

Cumpre-nos ressaltar, inicialmente, a revogação do inciso I do art. 3º da Lei 8009/1990, operada pela Lei Complementar nº 150/2015. Com a supressão da possibilidade de a penhora recair sobre bens de família para garantia de créditos oriundos de relações empregatícias domésticas, esse diploma uniformizou o tratamento normativo dispensado ao tema, preservando, com isso, os bens residenciais essenciais à existência digna do devedor.

O art. 833 do Novo CPC também deu nova configuração à impenhorabilidade, merecendo destaque o seu § 2º, que autoriza a constrição de contraprestações pecuniárias de natureza salarial, além de outros bens e direitos, elencados nos seus incisos IV e X, em clara extensão da garantia patrimonial conferida a quaisquer créditos alimentares, inclusive os trabalhistas, permitindo, por outro lado, a penhora dos altos salários, em claro reconhecimento da natureza não alimentar das importâncias excedentes a cinquenta salários mínimos.

Note-se, ainda, que a parte final do § 3º desse artigo autoriza a penhora de equipamentos e implementos agrícolas pertencentes a pessoa física ou empresa individual produtora rural que respondam por dívida de natureza alimentar ou trabalhista.

Em fina sintonia com essas previsões normativas, o Provimento Conjunto de nº 10/2015 do TRT da 5ª Região, dispõe, no § 2º do seu art. 62, que

Art. 62, § 2º. Nas situações em que, por sua especificidade, o oficial de justiça verifique que o cumprimento da diligência afetar o mínimo existencial do executado ou representará extrema vulneração a direito fundamental, deverá, quando possível, contatar por telefone quaisquer dos Juízes da Coordenadoria de Execução e Expropriação, para aferição da possibilidade de suspensão da diligência, lavrando certidão circunstanciada, inclusive quando não conseguir contar o magistrado, juntando registro fotográfico quando possível.

Tal dispositivo se volta às hipóteses em que atos tendentes à retirada de determinados bens penhoráveis possa implicar em violação ao “mínimo existencial” ou a “direito fundamental”, o que ocorreria, por exemplo, com a remoção ou a alienação forçada do único veículo de que uma família disponha para o transporte de pessoa com dificuldade de locomoção acometida por mal grave, que demande constantes deslocamentos para o hospital.

Do breve panorama traçado, podemos perceber que o tratamento dispensado pelo legislador à impenhorabilidade ora prestigia a garantia dos créditos de natureza alimentar ora a preservação de um patrimônio mínimo ao devedor⁴, evidenciando a tutela à dignidade do ser humano na novel ordem processual civil por meio da vedação ou do autorizativo legal da penhora.

132

3.3 Avaliação

O oficial de justiça do trabalho acumula tradicionalmente a função de avaliador judicial (CLT, art. 721, *caput* e § 3º), tendo essa atribuição sido estendida à Justiça Comum no ano de 2006 (por meio da Lei nº. 11.382, que acrescentou o inciso V ao art. 143 do CPC de 1973) e mantida nos mesmos moldes pelo Novo CPC (art. 154, V).

Diante do silêncio da CLT acerca dos procedimentos a serem observados pelo avaliador judicial, socorremo-nos do art. 872 do Novo CPC (correspondente ao art. 681 do CPC de 1973), que dispõe que a avaliação será integrada por vistoria e laudos anexados ao auto de penhora, devendo ser especificados os bens, com suas características e estado de conservação, bem como o valor a eles atribuídos.

Em face da dicção legal, que emprega a palavra “laudos” ao se referir aos documentos por meio dos quais se reduzem a termo as avaliações judiciais, surgiu entre os operadores do direito dúvida a respeito da natureza desse ato processual. Seria a *mens legis* no sentido de se reconhecer a exigência da confecção de documento técnico em que se demonstre os meios pelos quais o oficial de justiça chegou à avaliação realizada ou teria sido a expressão empregada com o mesmo significado de auto?

⁴ Cf. nesse sentido, o *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo* de Luiz Edson Fachin.

É regra basilar de hermenêutica jurídica que a lei não contém palavras inúteis. Tal preceito, entretanto, não é absoluto, cumprindo ao intérprete desvelar o alcance e a extensão dos vocábulos empregados no texto normativo (MAXIMILIANO, 2011, p. 204).

No dispositivo em análise, a despeito da palavra empregada, descreve a lei os requisitos para a lavratura do termo a que se refere, sinalizando no sentido de que cumpre ao oficial de justiça balizar a sua avaliação, sem, entretanto, exigir a confecção de um laudo técnico.

Nesse sentido, o Provimento Conjunto de nº 10/2015 do TRT da 5ª Região dispõe que o oficial de justiça deverá indicar os parâmetros utilizados para a avaliação de bens, documentada em um ou mais autos (art. 56, I, II e III, n).

3.4 Coação Estatal

É inegável que o oficial de justiça encontra respaldo no próprio poder do Estado para a prática de atos de expropriação, restrição a atributos da propriedade e uso da força, sendo-lhe, portanto, legítimo o emprego de coação estatal nas imissões e reintegrações de posse, entregas e remoções de bens, lacres, arrombamentos, buscas e apreensões, conduções coercitivas, entre outras medidas que demandem a submissão da vontade do jurisdicionado para o cabal cumprimento da determinação judicial.

Esses atos exigem detalhado planejamento da diligência e, em regra, o acompanhamento policial, em razão da prévia resistência do destinatário da ordem ou de outro obstáculo no curso do processo que tenha levado o magistrado a optar pelo uso da força.

133

O oficial de justiça deverá empregar a força adequada para o cumprimento dessas determinações judiciais, atentando para a dignidade dos jurisdicionados, sem, contudo, descuidar da segurança de todos os envolvidos na diligência.

Em razão da proposta desse texto, não nos deteremos na análise de cada um dos atos de coação estatal praticados pelo oficial de justiça. Dentre eles, elegemos a condução coercitiva para que possamos ilustrar a ponderação entre a dignidade do jurisdicionado e a segurança da diligência, a ser realizada ao se empregar a coação estatal.

A condução é ato de coação estatal típico por meio do qual o oficial de justiça leva à presença do juiz a pessoa que, a despeito de devidamente intimada, deixou injustificadamente de comparecer. Implica na submissão da vontade do jurisdicionado recalcitrante e no emprego da força necessária ao cumprimento da determinação judicial, demandando, portanto, sempre o acompanhamento policial.

A oportunidade da realização da condução coercitiva deverá ser aferida pelo magistrado, a quem incumbe ponderar o ganho processual advindo da prova produzida por esse meio diante da opção drástica de cercear, ainda que por um breve período, o direito de ir e vir do jurisdicionado.

Expedido o mandado, cabe ao oficial de justiça assegurar que ele será cumprido de forma efetiva e segura para o jurisdicionado e todos os agentes públicos envolvidos, devendo optar pelo melhor meio de custodiar e transportar o conduzido. Além disso, deverá avaliar a necessidade do arrombamento de portas, da detenção de terceiros que se oponham ao cumprimento da ordem, da contenção animais, assim como o procedimento a ser adotado caso o destinatário resista à condução.

O TRT da 5ª Região, contudo, no intuito de reduzir a exposição do oficial de justiça, promoveu a transferência dessa atribuição à polícia por meio do § 2º do art. 52 do seu Provimento Conjunto de nº 10/2015, que dispõe:

Art. 52. § 2º. As ordens de condução coercitiva deverão ser encaminhadas para cumprimento pela autoridade policial responsável na jurisdição, sendo vedado o cumprimento pelo oficial de justiça.

Tal dispositivo, a despeito de sinalizar a preocupação do TRT da 5ª Região com a segurança dos seus servidores, implica na supressão de atribuição prevista em lei (CPP, art. 218 c/c Novo CPC, art. 455, § 5º), o que, por si só, desafiaria novo pronunciamento desse Regional a respeito do tema.

Não bastasse isso, a vedação à condução pelo oficial de justiça resulta na inviabilização da própria produção da prova, pois o Tribunal encontrará dificuldades para convencer a Polícia Federal ou a Polícia Militar a colocar seus efetivos à disposição da Justiça do Trabalho para tal finalidade.

134

Ressalte-se que difere a condução realizada pela polícia daquela levada a efeito pelo oficial de justiça com acompanhamento policial, pois a condução é ato complexo, que envolve a escolha da melhor hora e dos melhores meios para a sua prática, bem como o cumprimento de diligências preliminares.

Com efeito, a responsabilidade pelo planejamento e pelo cumprimento da condução, com todos os seus desdobramentos possíveis, em atenção aos direitos constitucionalmente assegurados aos jurisdicionados, não se confunde com o uso da força do Estado, representado pela presença do efetivo armado da polícia.

Dessa forma, parece-nos merecer revisão o citado dispositivo do Provimento, uma vez que a condução é atribuição do oficial de justiça, agente público habilitado à sua prática de forma adequada e segura, sendo, no entanto, de grande valia a vedação ao transporte e à contenção direta do conduzido por esse servidor, pois tais atos demandam necessariamente intervenção policial.

4. Novas Funções

O oficial de justiça desempenha, ao lado de suas atribuições clássicas, outras relevantes funções no exercício do seu mister, entre as quais se destacam a investigativa e a mediadora.

4.1 Função Investigativa

Entende-se por função investigativa o conjunto de ações do oficial de justiça voltado à obtenção de informações relativas ao destinatário da ordem judicial ou ao seu patrimônio.

De certa forma, esse servidor da justiça já praticava atos de investigação no curso da diligência ao se informar junto a moradores ou comerciantes locais acerca do endereço indicado para seu cumprimento, mas, com o advento de novas tecnologias, essa atividade ganhou dimensão tal que justifica ser tratada como uma nova função do oficialato.

Frise-se que não se confunde a função investigativa aqui abordada com a atividade desenvolvida por detetives particulares ou pela polícia judiciária, não integrando as atribuições do oficial de justiça a inquirição nem o registro de sons ou imagens de pessoas, por poderem implicar em violação aos direitos constitucionalmente assegurados aos jurisdicionados e exposição do servidor a retaliações no curso da diligência.

Por outro lado, o manejo de ferramentas tecnológicas, prática que se alinha à eficiência processual, reduz a exposição do oficial de justiça ao otimizar o acesso a informações que lhe permitam identificar o perfil do destinatário da ordem (se é demandado habitual, se praticou atos de resistência em outros processos, se tem antecedentes criminais), o seu endereço atualizado e eventuais números de telefone para contato, assim como a existência de bens em seu nome.

Nesse sentido, o Provimento Conjunto de nº 10/2015 do TRT da 5ª Região prevê expressamente a atividade investigativa do oficial de justiça ao determinar a consulta de dados referentes ao veículo a ser penhorado se houver recusa na exibição do seu documento (art. 56, § 1º), reconhecendo, no art. 77, a relevância da utilização de ferramentas eletrônicas para o bom desempenho das atribuições desses servidores:

Art. 77. Aos oficiais de justiça deve ser disponibilizado, pelos juízes a quem estiverem vinculados, o cadastramento nos convênios INFOJUD e RENAJUD, cabendo ao Núcleo de Apoio à Execução e Pesquisa Patrimonial diligenciar quanto à disponibilização de outros convênios compatíveis com essa função, ao menos para os setores a que estejam vinculados.

No âmbito da função investigativa, destacam-se as ações voltadas à eficiência nas execuções de determinações judiciais que têm por destinatários grandes devedores trabalhistas e à prática de atos processuais em áreas segregadas.⁵

Os devedores contumazes têm encontrado tratamento diferenciado na Justiça do Trabalho, em especial no TRT da 5ª Região, com a promoção de penhoras unificadas e conciliações globais, além do desenvolvimento de atividades de inteligência direcionadas à localização e constrição de bens. Como exemplo disso, destacamos o conjunto de procedimentos voltados à

⁵ A respeito da segregação espacial, conferir tese de Angela Gordilho Souza, em que se evidencia que a expulsão dos mais pobres das áreas com melhores condições de habitabilidade “acaba por intensificar os processos de exclusão na cidade, que adquirem outras dimensões socialmente mais graves, envolvendo o aumento da violência” (2008, p. 16).

solução dos diversos processos em curso nesse Regional envolvendo instituição de ensino superior em funcionamento no estado da Bahia, amplamente divulgado pela imprensa.

O cumprimento de diligências em áreas socialmente inacessíveis, entretanto, não tem sido objeto de adequado tratamento institucional por parte dos Tribunais do Trabalho, merecendo destaque o TRT da 1ª Região, que editou o Ato 19/2012, que regulamenta, em seu art. 19, a prática de atos processuais em áreas de risco:

Art. 19. Verificando o oficial de justiça que o endereço de cumprimento da diligência localiza-se em área de risco, ainda que não se tenha notícias de confrontos armados frequentes ou ocorrência recente deste tipo de conflito no local, poderá interromper a diligência se constatar, objetivamente, haver risco para sua segurança pessoal, hipótese em que lavrará certidão pormenorizada indicando o perigo do local da diligência, a fim de que a autoridade judicial adote as medidas judiciais aplicáveis ao caso concreto.

O Novo CPC manteve a previsão da possibilidade de citação por edital, última opção em matéria de comunicação processual⁶, quando inacessível o lugar em que se encontra o seu destinatário (art. 256, II). Esse dispositivo compreende a inacessibilidade social, caracterizada pela ausência de uma atuação efetiva do Estado e pelo controle territorial exercido por organizações criminosas (NEVES, 2016, p. 408).

136

A falta de acesso é uma constante nos aglomerados subnormais, denominação empregada pelo governo federal para designar as favelas, tão normais em todas as regiões brasileiras. Essa inacessibilidade constitui-se de forma bilateral, de modo que as comunidades se tornam fechadas aos “de fora” na medida em que são postas à margem e, em contrapartida, negadas aos “de dentro” possibilidades reais de sair.

Esses lugares, extensos e densamente povoados do ambiente urbano, padecem de significado para os que não são “de dentro” e excluí-los de sua representação mental permite aos que habitam as zonas nobres usufruir do conforto das suas belas cidades. Preferimos nem pensar nessas áreas que cercam os bairros ou condomínios em que vivemos nossa insegurança monitorada entre iguais⁷ - para isso temos as forças policiais do Estado. Tornam-se espaços vazios, assim definidos por Bauman:

O vazio do lugar está no olho de quem vê e nas pernas ou rodas de quem anda. Vazios são os lugares em que não se entra e onde se sentiria perdido ou vulnerável, surpreendido e um tanto atemorizado pela presença de humanos.⁸

Diante de tal realidade, cumpre ao Estado-juiz o fomento de estratégias a serem empregadas quando o endereço indicado para a prática de atos processuais se encontrar em locali-

⁶ O mesmo se pode dizer a respeito dessa espécie de citação ficta no processo do trabalho, pois a despeito de o art. 481, § 1º, da CLT prever a publicação de edital para a simples hipótese de o reclamado não ser encontrado pelo correio, a norma a ser extraída do texto consolidado há de se alinhar aos princípios processuais da eficácia e, principalmente, da efetividade.

⁷ Cf. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, de autoria de Bauman.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 133.

dades socialmente inacessíveis, contribuindo, assim, para o preenchimento desses espaços por meio da ampliação do acesso dos seus moradores a uma ordem jurídica justa, sem, entretanto, expor aqueles que servem à Justiça a risco de morte.⁹

Nesse panorama, ventos cibernéticos impulsionam as aclamadas ondas renovatórias de Mauro Cappelletti, em especial a terceira, com o emprego de novas tecnologias voltadas à democratização do acesso à justiça.¹⁰

Tais estratégias não podem se limitar à comunicação remota com o jurisdicionado, fazendo-se necessário, para que se atinja o “amplo acesso” pretendido, incluir nas rotinas dos tribunais, em especial dos magistrados e oficiais de justiça, práticas tendentes à maior efetividade na informação do conteúdo da determinação judicial ao seu destinatário.

Para tanto, poderá o oficial de justiça, quando lhe for distribuído mandado judicial cujo endereço indicado se encontre em área socialmente inacessível, valer-se do manejo de ferramentas tecnológicas e de práticas de inteligência.

Assim, caso tenha ciência de outro endereço acessível do destinatário da determinação judicial, por meio dos convênios mantidos pelo Tribunal a que estiver vinculado¹¹ ou de contato telefônico prévio, poderá o oficial de justiça praticar o ato residual de comunicação que lhe couber nesse local ou transferir o expediente ao colega encarregado do cumprimento dos mandados na região. O mesmo se aplica quando o ato for de constrição patrimonial, pois essas diligências devem ser realizadas onde quer que se encontrem a pessoa ou o bem (CPC, art. 243, 251, *caput*, e 845).

137

Agindo assim, evitará a sua exposição em áreas de risco elevado ou crítico, marcadas pela presença de estruturas paralelas de poder e pelos altos índices de crimes contra a vida e/ou o patrimônio, com a preservação da sua integridade físico-psíquica, bem como assegurará resultado útil à diligência, possibilitando a garantia do juízo da execução e o real acesso do destinatário da determinação judicial à Justiça.

4.2 Função Mediadora

A aproximação dos envolvidos no conflito é inerente à ideia de mediação, promovida por um terceiro equidistante que emprega técnicas voltadas ao diálogo e à autocomposição (DELGADO, 2013, p. 1487), diferenciando-se da conciliação, forma de solução da controvérsia em que o terceiro detém poder decisório e encontra-se autorizado a fazer propostas às partes. Nesse sentido, Zoraide Souza pondera que:

⁹ Em alguns casos, o acompanhamento policial pode maximizar os riscos do oficial de justiça, que continuará trabalhando na mesma região da cidade sem escolta armada e, a partir daí, com a sua imagem associada à polícia, tornando-se, portanto, alvo fácil das organizações criminosas.

¹⁰ Nesse sentido, conferir *Os Tribunais e as Novas Tecnologias de Comunicação e de Informação*, texto de Boaventura de Sousa Santos.

¹¹ INFOJUD, RENAJUD, SERPRO, INFOSEG, Assecc do Brasil e Secretaria de Segurança Pública são alguns dos convênios mantidos pelos Tribunais.

Na verdade, quando estamos diante da conciliação, esses terceiros conduzem o processo na direção de um acordo, opinando e propondo soluções, diferentemente do procedimento de mediação, no qual o mediador não opina, não sugere nem decide pelas partes.¹²

O Novo CPC passou a estimular a solução da lide gestada pelas próprias partes, prevenindo, em seu art. 3º, § 2º, que “[...] o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

Tal dispositivo orienta o processo comum em caminho há muito trilhado pela Justiça do Trabalho na busca da pacificação social. Com efeito, o processo trabalhista funda-se no princípio da conciliação, materializado em diversas passagens da CLT (art. 831, 846, 850), especialmente no art. 764 e seus incisos, dos quais se depreende que os dissídios individuais e coletivos serão sempre sujeitos à conciliação, os magistrados e tribunais se empenharão na busca de uma solução conciliatória dos conflitos e as partes poderão celebrar acordo em juízo a qualquer tempo.

Cumprе ressaltar que o princípio da conciliação trabalhista inspira o funcionamento de toda a estrutura da Justiça do Trabalho, devendo a atuação de juizes e servidores se voltar à promoção da solução consensual do processo.

O Novo CPC envolve o oficial de justiça nos esforços do Estado voltados ao entendimento das partes, dispondo o seu art. 154, VI, que incumbe a esse servidor certificar proposta de autocomposição apresentada no curso da diligência, dispensando a necessidade de petição somente para noticiar as iniciativas de acordo.

138

Na Justiça do Trabalho, os oficiais já realizam atos tendentes à aproximação das partes e, portanto, práticas de mediação, estimulando sempre o diálogo para a solução do processo, dispondo, nesse sentido, o art. 62, § 1º, do Provimento Conjunto de nº 10/2015 do TRT da 5ª Região:

Art. 62. É vedado ao oficial de justiça sobrestar o cumprimento de mandados, notificações e expedientes em razão de comprometer-se o executado a realizar o pagamento, buscar a conciliação ou quando este alegar a ilegitimidade de sua posição processual.

§ 1º Nas situações definidas no *caput*, o oficial de justiça cumprirá o ato, certificará no expediente todas as especificidades relatadas pela parte, informará quanto à possibilidade de designação de audiência de tentativa de conciliação por simples petição no site deste Regional ou diretamente no âmbito da Coordenadoria de Execução e Expropriação, estando autorizado a contatar o secretário de audiência do Núcleo de Hastas Públicas quanto aos dias e horários disponíveis na pauta do Juízo de Conciliação, dando ciência à parte da data da audiência e do seu dever de comparecimento, assim como informará o prazo de que dispõe o interessado para a sua defesa, não sobrestando o cumprimento do ato cujo cumprimento lhe foi determinado.

¹² SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem – conciliação – mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004, p. 58.

Para além de tais práticas, a própria mediação¹³ pode ser conduzida por oficiais de justiça como técnica instrumental à conciliação, a exemplo da experiência do TRT da 15ª Região, em que servidores internos participam de mesa redonda com as partes a fim de estimular autocomposição a ser posteriormente homologada pelo juiz (COOPER, 2014, p. 110-111).

A implantação de núcleos de mediação para processos em fase de execução não demanda, nesses moldes, maiores investimentos dos tribunais nos fóruns em que funcionam “centrais de execução”, pois tais setores dispõem de estrutura para comunicar a intenção de solução por consenso à outra parte e realizar mesas redondas.

Por outro lado, os processos nessa fase já trazem parâmetros bem definidos, possibilitando ao mediador o acesso rápido aos cálculos e a sua evolução até o momento do diálogo com as partes.

Para o funcionamento desses núcleos, basta aos tribunais investir na capacitação dos seus servidores em técnicas de mediação e desenvolver políticas institucionais voltadas à valorização dessa relevante atividade.

5 Considerações finais

Muito se falou a respeito da extinção da carreira de oficial de justiça em razão da utilização de novas tecnologias no processo judicial. Afinal, para que serve o oficialato se a penhora pode ser realizada online por meio do Bacen Jud e a comunicação processual deve ser acessada remotamente pelo sistema do PJE?

Esqueceram-se os que alardeavam o fim dessa profissão milenar que nem todos os empregadores mantêm contas ou realizam aplicações em instituições financeiras, o mesmo se podendo afirmar em relação ao seu cadastramento nos sistemas de processos eletrônicos. Escapou-lhes também que a tecnologia empregada pode até ser virtual, mas os conflitos continuam reais, demandando, portanto, a intervenção de servidores reais.

As atividades desempenhadas pelo oficial de justiça encontram-se notoriamente em processo de reestruturação em razão das mudanças promovidas pelo PJE em toda a dinâmica de distribuição da justiça e das demandas contemporâneas voltadas ao acesso a uma ordem jurídica justa.

Nesse sentido, a nova sistemática processual passou a reconhecer a esse realizador do Direito maior autonomia na condução das suas diligências, disciplinando, em contrapartida, a sua responsabilidade civil por omissão e ação dolosa ou culposa.

Soma-se a isso o fato de que, ao lado das clássicas atribuições relacionadas à prática de atos de comunicação, coerção patrimonial, avaliação, bem como diligências com uso da força,

¹³ Cf. Lei nº 13.140/15, que regulamenta a mediação entre particulares e a autocomposição no âmbito da administração pública, não se aplicando, todavia, às relações de trabalho.

novas funções têm sido incorporadas à dinâmica de trabalho desse servidor da justiça, destacando-se a investigativa e a mediadora.

O oficial é a própria Justiça nas ruas, na condução das diligências, no manejo de ferramentas tecnológicas, nas práticas de mediação, na lavratura de autos e certidões, na interpretação e aplicação dos textos normativos processuais e da própria Constituição, observados os limites das suas atribuições.

Falar em extinção do oficialato é apregoar o fim da própria justiça, ao menos no atual estágio de evolução das relações sociais em que, para a observância de um direito, ainda se faz necessária a intervenção de um juiz que a determine e de um oficial de justiça que faça cumprir tal determinação.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

COOPER, Flavio Allegretti de Campos. Negociação. Conciliação. Mediação. In: PIMENTA, Adriana; LOCKMANN, Ana Paula (Cord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed., São Paulo: LTr, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEIRELES, Edilton. **Manual do oficial da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação**. Disponível em [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Tribunais%20e%20novas%20tecnologias_Sociologias_2005\(1\).pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Tribunais%20e%20novas%20tecnologias_Sociologias_2005(1).pdf). Acessado em 07/09/2016.

SOUZA, Angela Gordilho. **Limites do habitar: segregação e exclusão na configuração urbana contemporânea de Salvador e perspectivas no final do século XX**. 2. ed., Salvador: EDUFBA, 2008.

SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem – conciliação – mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004.

Teletrabalho: conceito, aspectos jurídicos e proposições

Fernanda Caribé Seixas¹

Resumo: O teletrabalho, aquele realizado fora da sede da empresa e através de instrumentos telemáticos, está em franco desenvolvimento e crescimento. Este pode ocorrer de forma autônoma ou inserido em uma relação de emprego, foco do presente estudo. Em que pesem as diversas vantagens decorrentes dessa modalidade de labor, como a maior liberdade na jornada de trabalho, redução dos custos empresariais com imóveis, manutenção do local da prestação de serviços e até com mão-de-obra (vale-transporte, alimentação etc), também é necessária a análise dos seus aspectos negativos, como a dificuldade de controle de jornada, ocorrência de doenças emocionais e psicológicas no trabalhador como decorrência do isolamento social e da pressão maior produtividade, além de enfraquecimento sindical. Diante da importância e peculiaridade do teletrabalho, mostra-se evidente a necessidade de regramento especial para essa modalidade de labor. Ocorre que, diferentemente de Portugal, Chile, Colômbia e Espanha (dentre outros países), o Brasil não possui diploma legal que verse especificamente sobre o tema cabendo à doutrina e jurisprudência (ainda escassa) preencher essa lacuna aplicando a legislação trabalhista comum, enquanto não é aprovada norma sobre o teletrabalho, especialmente o Projeto de Lei nº 4.505/2008, que tramita hoje no Congresso Nacional e por sua relevância mereceu uma análise própria.

Palavras Chave: Trabalho a distância. Teletrabalho.

1 Introdução

O crescimento desenfreado das cidades gerou consequências que molestam todos aqueles que nelas residem, a exemplo da violência e dos engarrafamentos, estes resultantes do sistema de transporte público insatisfatório. Todos esses fatores reduzem indubitavelmente a qualidade de vida dos trabalhadores.

Além disso, sob a ótica empresarial, especialmente em tempos de crise econômica, é bastante custoso manter escritórios com larga escala métrica, pois os gastos ultrapassam a compra ou aluguel do espaço, abrangendo também sua segurança, manutenção, pagamento de tributos etc. Para reduzir esses custos, a flexibilização laboral está em voga.

Em resposta a tais questões, o trabalho a distância, fora do ambiente do estabelecimento comercial, está em franco desenvolvimento e crescimento, em especial o teletrabalho. Segundo pesquisa da Market Analysis, divulgada no Estudo de Estratégias de Gestão de Mobilidade via Teletrabalho e Teleatividades no Estado de São Paulo, cerca de 23,2% (vinte e três inteiros e dois décimos por cento) da população economicamente ativa do Brasil adota, ao longo do mês, alguma forma de teletrabalho, sendo que o labor em sua residências é a forma mais comum, com 52% (cinquenta e dois por cento)². Conforme informações extraídas do *website* da Sociedade

¹ Advogada formada pela Universidade Federal da Bahia, atuante nas áreas trabalhista, cível e consumerista. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Ex-estagiária do Ministério Público do Trabalho e do TRT-05, vinculada ao Gabinete de Dra. Luíza Lomba.

² SOBRATT - Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades. Estudo de estratégias de gestão de mobilidade via teletrabalho e teleatividades no Estado de São Paulo. São Paulo: Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/arquivos/Teletrabalho_e_Teleatividades_SMA_Ago20131.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2014.

Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades (SOBRATT), o trabalho a distância tem média de crescimento de aproximadamente 10% (dez por cento) ao ano no país³. Por fim segundo, projeções de dados do Censo IBGE de 2010, no Brasil, nesse ano de 2016, existem mais de 20 milhões de trabalhadores nessa modalidade⁴.

Considerando o crescimento e relevância do teletrabalho no Brasil, é clara a necessidade do seu estudo, compreendendo seu conceito, natureza jurídica, seus aspectos positivos e negativos para ambas as partes contratantes, a sociedade e o meio ambiente. Ademais, faz-se mister a análise da legislação pátria e do regramento internacional sobre o tema, bem como o Projeto de Lei nº 4.505/2008, que se propõe a trazer para o ordenamento nacional uma regulamentação própria para o teletrabalho.

2 Conceito de teletrabalho

Conforme aponta Alice Monteiro de Barros⁵, o teletrabalho tem a sua origem etimológica no grego, onde “tele” significa distância – etiologia que se mantém nas variações da nomenclatura desta forma de labor ao redor do mundo. No francês, é chamado de *télétravail*; para a língua espanhola, é *teletrabajo*; no italiano, *telelavoro* e, nos Estados Unidos, ele é chamado de *telecommuting*, embora também sejam usadas outras expressões como *networking*, *home office* e *remote working*.

142

Registre-se que o teletrabalho deve ser entendido como espécie, e o trabalho a distância como gênero que abarca também o trabalho em domicílio tradicional, sem utilização de meios telemáticos, conforme ensina Pinho Pedreira⁶. Todavia, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem definição diferente daquela que será delimitada aqui. O artigo primeiro da Convenção n.º 177 define o trabalho em domicílio como aquele realizado em troca de remuneração, com fins de elaboração de um produto ou realizar um serviço, conforme as especificações do empregador, no casa do trabalhador ou em outros locais de sua escolha, mas sempre distintos dos estabelecimentos do empregador⁷. Esta, todavia, é a definição de trabalho a distância *lato sensu*, pois não exige necessariamente a utilização de meios telemáticos e possibilita a realização do labor em locais diversos da residência do trabalhador. Por óbvio, o trabalho em domicílio seria aquele realizado no domicílio, ou seja, no local onde o contratado, seja ele autônomo ou empregado, “[...] estabelece residência com animo definitivo, convertendo-o, em regra, em centro principal de seus negócios jurídicos ou de sua atividade profissional”⁸.

³ Disponível em: <<http://www.sobratt.org.br/faq.html>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

⁴ Disponível em: <<http://www.pesquisahomeoffice.com.br/>> Acesso em 9 ago. 2016

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2006, p. 303.

⁶ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O teletrabalho. *Revista Eletrônica de Direito da UNIFACS*. Ano 2004, n.º 44, jan./2004. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2004/convidados/convidados.htm>. Acesso em: 9 set. 2016.

⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n.º 177. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normalex/es/f?p=NORMALEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C177>. Acesso em: 17 jun. 2014.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. Vol.1. São

Segundo Thierry Breton, para que seja caracterizado o teletrabalho é devida a averiguação de três elementos: a realização do trabalho a distância, fora dos acessos imediatos de onde o resultado do labor é esperado, a ausência física do supervisor no local de trabalho e a efetivação por meio de aparelho informático e/ou aparelhos de telecomunicações⁹. Pinho Pedreira não concorda com essa aceção, pois entende que o teletrabalho também pode ser realizado através de aparelhos de comunicação pré-informáticos, como *bips* e fax. Em que pese o brilhantismo do autor, sua discordância mostra-se equivocada do ponto de vista defendido neste estudo, pois, aqui, compreende-se que a utilização de técnicas e serviços em que se associam meios de informática e telecomunicação (telemática) é a nota diferenciadora do teletrabalho e do trabalho a distância.

Nesse passo, Denise Fincato aduz que, para classificar o teletrabalho, é necessário observar a forma de comunicação entre os contratantes. Segundo ela, as modalidades podem ser: *online*, *one way line* e *offline*¹⁰. Teletrabalho *online*, modo mais comum, é aquele que o empregado está conectado com a empresa em tempo real e com constante troca de dados e materiais. Teletrabalho *one way line* seria aquele que o trabalhador utiliza o *software* de suporte empresarial e o resultado do trabalho é enviado de uma vez, através, por exemplo, de conexão eletrônica simples. Já a modalidade *offline* seria aquela na qual o computador, se utilizado, serve apenas para cumprimento de tarefas, não havendo conexão com a rede ou com o computador central da empresa, sendo o material produzido entregue via postal ou até pessoalmente. Contudo, esta última forma, essencialmente desconectada, não é aqui compreendida como teletrabalho, mas apenas como trabalho a distância, já que ausente o meio telemático.

143

Tem-se, assim, o teletrabalho deve ser visto como o não realizado na sede da empresa e de forma telemática. Melhor dizendo: é a atividade desenvolvida em local distinto do estabelecimento da empresa e concretizada com o auxílio de tecnologia, como computador ligado à internet e/ou intranet ou outros aparelhos de comunicação. Para alguns autores, também é elemento essencial do teletrabalho a impossibilidade de fiscalização presencial da atividade, sendo geralmente mensurado pela produtividade.

Note-se que o teletrabalho pode ocorrer em diferentes locais, contanto que fora da sede da contratante. Assim, é possível que seja realizado no domicílio do empregado; em centrais de teletrabalho, também chamados de telecentros, compartilhados por várias empresas, estrategicamente localizados para evitar o deslocamento do prestador de serviços; centrais não específicas, porém dotadas de rede telemática, como escolas e bibliotecas; bem como pode ser um trabalho nômade, realizado em qualquer lugar que o trabalhador deseje, sem fixação, inclusive variando a cada dia.

Paulo: Saraiva, 2010, p. 289.

⁹ BRETON, Thierry. Le télétravail en France. La documentacion Française, 1994. *Apud* SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O teletrabalho. *Revista Eletrônica de Direito da UNIFACS*. Ano 2004, n.º 44, jan./2004. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2004/convidados/convidados.htm>. Acesso em: 09 set. 2016.

¹⁰ FINCATO, Denise Pires. Saúde, higiene e segurança no teletrabalho: reflexões e dilemas no contexto da dignidade da pessoa humana trabalhadora. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, PUCRS. Ano 3, n.º 9, out./dez. 2009, p. 101-123.

Diante das possibilidades infinitas de lugares a ser realizado o teletrabalho, surge a questão de qual a legislação aplicável ao contrato, que em regra geral seria a do local da prestação de serviços. Em que pese esta não seja a discussão central deste estudo, o entendimento de José Cairo Júnior¹¹ melhor se coaduna com as premissas suscitadas, no sentido de considerar que o local do estabelecimento da empresa (sede) seria o *loci laboris* final, pois o término das tarefas somente se realiza diante da chegada das informações nesse espaço físico ou rede ali centralizada. Com essa interpretação permite-se que as relações empregatícias sejam regidas pelas normas do lugar em que está estabelecida a empresa, dando mais segurança jurídica a ambas as partes do contrato.

3 Natureza Jurídica

Ao contrário do que poderia concluir um olhar superficial sobre o tema, o teletrabalho não pode ter sua natureza jurídica classificada tão só como trabalho autônomo. Se é certo que a ausência de controle físico das atividades e da jornada, bem como a avaliação focada nos resultados, dão ao teletrabalhador um grau considerável de liberdade e autonomia, também é certo que a distância e os meios telemáticos, por si só não têm o condão de afastar o reconhecimento de relação de emprego.

Segundo ensina Luciano Martinez, o trabalhador autônomo é responsável pela determinação do modo e do tempo de execução do quanto contratado; se a atividade for prevista em lei, se intitulará como profissional liberal¹². Com base nesta definição e no quanto já explicado sobre o teletrabalho, percebe-se porque é tão fácil acreditar que este seria assim classificado. Diante da redução de obrigações trabalhistas, até os próprios contratantes podem ser seduzidos a acordarem prestação de serviço com natureza formalmente autônoma. Ocorre que o Direito do Trabalho é regido pelo princípio da primazia da realidade; assim, mesmo que a vontade da contratação seja de prestação autônoma, será convertida em contrato empregatício, se presentes todos seus elementos caracterizadores: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

O artigo 3º Consolidado conceitua empregado como pessoa física que presta serviços de maneira não eventual, mediante salário e sob dependência do empregador.

Na expressão pessoa física repousa o elemento da pessoalidade: o direito do trabalho não tutela pessoa jurídica ou animais. A prestação de serviço tem que ser realizada, de regra, por aquele que foi contratado para tal, exceto quando a substituição se faz com o consentimento do empregador¹³. Denise Fincato pondera que garantir a pessoalidade torna-se mais difícil no teletrabalho, tendo em vista que, por vezes, as partes contratantes nem ao menos se encontram pessoalmente. É necessário, por conseguinte, recorrer aos princípios gerais do direito, como o

¹¹ CAIRO JÚNIOR, José. Local de trabalho virtual como critério definidor da vigência da lei no espaço nas relações de teletrabalho. In: *Revista Vistos, Etc.* Salvador: AMATRA 5, 2008, vol. 01, nº 8, p. 61-64.

¹² MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 108.

¹³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. Rio de Janeiro, 1999, p.77.

da boa-fé. Não sendo suficiente, e havendo recursos financeiros para tal, é possível utilizar dispositivos de autenticação de usuário, como *tokens* com senha e sistemas biométricos¹⁴.

Quanto ao elemento da não eventualidade, também conhecido como permanência, Sérgio Pinto Martins aponta que o contrato empregatício tem como requisito a habitualidade da prestação de serviços, pois esse tipo de contrato é de trato sucessivo¹⁵. No que toca ao teletrabalho, como o labor não pode ser verificado fisicamente, como nos escritórios comuns, a questão torna-se um pouco mais complexa, pois deve ser examinada a habitualidade pela produção sequenciada ou através de sistemas que mensurem o tempo de conexão.

Nesse estudo, sustenta-se que o teleempregado deve ter liberdade para definir o momento do trabalho, mas deve ser estipulada no contrato a duração da jornada, para evitar que estas se estendam ilimitadamente em nome das metas a serem cumpridas.

Sobre a onerosidade, comunga-se do posicionamento de Fincato, que defende a garantia (prevista constitucionalmente) de um mínimo salário mensal ao teleempregado, ainda que o resto da remuneração seja mensurada por produção¹⁶. Esse também é o que se retira da análise do art. 83 da CLT¹⁷, que garante o salário mínimo mensal ao trabalhador em domicílio, estendendo-se a todos os tele-empregados.

A subordinação (dependência) é o último elemento a ser analisado, sendo, no caso do teletrabalho, o mais importante e polêmico. Conforme dito anteriormente, a liberdade proporcionada pela livre escolha de horário para a jornada e a ausência de constante fiscalização presencial dão ao teletrabalho uma aura de autonomia. Todavia, a subordinação não é neutralizada e sim amenizada: a distância é relativizada pelos instrumentos telemáticos, que possibilitam frequente contato e controle do empregado¹⁸.

A doutrina destaca a existência de diversos tipos de subordinação, que pode ser econômica, social, técnica etc. Sobre a dependência técnica, hoje com viés tecnológico, Pinho Pedreira, inspirado pelo pensamento da autora espanhola Rosario Gallardo Moya, aponta relevante observação: se a propriedade do *know-how* for do empregador, indica a existência da subordinação e, conseqüentemente, contrato empregatício¹⁹. Ou seja, se o contratante orienta técnica-

¹⁴ FINCATO, Denise Pires. *Teletrabalho: uma análise juslaboral*. Disponível em: <www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/386.htm>. Acesso em: 9 set 2016.

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

¹⁶ FINCATO, Denise Pires. *Op. cit.*

¹⁷ BRASIL. *Consolidações das Leis Trabalhistas*. “[...] Art. 83. É devido o salário mínimo ao trabalhador em domicílio, considerando este como o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta do empregador que o remunerar”.

¹⁸ FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; MELLO, Roberta Dantas de. Lei n. 12.551/2011: subordinação jurídica no trabalho a distância. In: VIANA, Márcio Túlio (Cord). *O que há de novo no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 676.

¹⁹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O teletrabalho. *Revista Eletrônica de Direito da UNIFACS*. Ano 2004, n.º 44, jan./2004. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2004/convidados/convidados.htm>. Acesso em: 27 maio 2014.

mente como deve ser feito o trabalho, ainda que através dos meios telemáticos, há forte indício de subordinação jurídica, que decorre do contrato de trabalho.

Quando se trata do teletrabalho, parte da doutrina reporta-se à existência de parassubordinação ou ainda telessubordinação, ou seja, subordinação com alto grau de autonomia, ou ainda “[...] trabalho remoto autônomo (...) de colaboração coordenada e continuada, caracterizada pelo fato de que a prestação laboral tende-se a estender-se no tempo”²⁰.

Todavia, como bem coloca Jair Teixeira dos Reis, classificar como parassubordinado o teletrabalho é um posicionamento frágil, pois este pode ser utilizado tanto pelo autônomo quanto pelo empregado. Assim, a parassubordinação acabaria por se enquadrar na própria forma subordinada, servindo esta classificação apenas como meio empresarial de tentar afastar a relação empregatícia e seus encargos trabalhistas. Registre-se que, conforme determina o parágrafo único do artigo 6º da CLT, para fins de subordinação jurídica são equiparados os meios de comando, controle e supervisão telemáticos e pessoais.

Portanto, é imperioso esclarecer que o teletrabalho não possui uma natureza jurídica una, podendo ser cível ou trabalhista: é preciso analisar a forma da prestação de serviços que está sendo oferecida para determinar a ontologia do instituto.

4 Crítica: aspectos positivos e negativos do teletrabalho

146

Para melhor compreensão de qualquer tema jurídico, não é suficiente observar sua definição e natureza jurídica – é preciso também colocá-lo sob a lente social e, principalmente, crítica, analisando-o de forma a ponderar as suas vantagens e desvantagens. Como todos os demais institutos jurídicos, o teletrabalho possui aspectos positivos e negativos.

Como já ressaltado, uma das mais benéficas consequências dessa modalidade de labor, especialmente em grandes centros urbanos, é a redução do deslocamento das pessoas em horário de pico, bem como a redução as distâncias percorridas e a utilização de meios de transporte poluentes como carros, ônibus e motos, além do amortecimento dos gastos com vale-transporte. Ademais, o teletrabalho minimiza ou até mesmo elimina as chances de acidente de percurso casa/trabalho.

Acrescente-se que o teletrabalho tem uma natureza essencialmente inclusiva, pois independe da presença física do empregado, o que facilita a inserção de pessoas portadoras de necessidades especiais no mercado de trabalho²¹, bem como a das mulheres com filhos pequenos e até aposentados. Provoca, ainda, uma redução dos custos da contratação de pessoas domiciliadas em distintas cidades, estados ou até países, ampliando, por consequência, o leque de opções de candidatos para admissão, possibilitando ao empregador escolher aquele mais qualificado para a tarefa, independente de sua localização.

²⁰ FINCATO, Denise Pires. *Teletrabalho: uma análise juslaboral*. Disponível em: <www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/386.htm>. Acesso em: 22 maio 2014.

²¹ Sobre o tema, cf. DARCANCHY, Mara Vidigal. *Teletrabalho para pessoas portadoras de necessidades especiais*. São Paulo: LTr, 2006.

Especificamente para o empregado, essa forma de labor traz também várias vantagens, como a diminuição dos gastos com vestuário específico (excetuados os uniformes), alimentação e transporte, bem como o aumento de tempo livre, já que se eliminam os longos períodos de deslocamento.

Do ponto de vista da autonomia, para o trabalhador também existem aspectos positivos, porquanto há mais liberdade para determinar o horário da jornada laboral, possibilitando maior contato com a família e amigos e autodeterminação dos momentos de lazer. É um sistema que valoriza a individualidade de cada um, pois é certo que nem todos atingem o auge de sua produção e criatividade durante o horário comercial. Todavia, esse melhor equilíbrio entre a vida profissional e privada não é unanimidade na doutrina, a qual aponta que especialmente o teletrabalhador em domicílio pode ter dificuldades em concentrar-se ou ainda em fazer os entes queridos entenderem que, em que pese a presença na residência, aquele é um momento de labor e por isso não deve ser interrompido²². Logo, para que haja o aumento da produção, que geralmente se verifica nos trabalhadores à distancia, é necessário, concomitantemente, a disciplina do empregado e a compreensão familiar.

Registre-se, ademais, a interessante ponderação de Vera Winter de que, nesta modalidade de labor, o sistema de avaliação é baseado no desempenho do empregado, ensejando maior imparcialidade e conseqüente evolução mais rápida da carreira, diretamente relacionada à produção e dedicação pessoal, afastando favoritismos típicos dos escritórios físicos²³.

147

Para o teleempregador também existem diversas vantagens. A primeira delas é o aumento da produtividade²⁴, além da redução de custos imobiliários com escritórios e de mão de obra. Insta apontar ainda a extinção dos atrasos ou faltas, já que a jornada é decidida pelo trabalhador: se este marca uma consulta médica para a tarde, pode laborar pela manhã, à noite ou até de madrugada, se for de sua preferência, sem reduzir a sua jornada em razão disto.

Por fim, há ainda o aspecto positivo relacionado à oportunidade de atender a um maior número de clientes, independente da hora ou dia da semana, e sem gastos com adicional noturno, por exemplo – o que significa, em última análise, expansão e crescimento da empresa sem custos adicionais com pessoal.

Há a possibilidade de ampliação do horário de funcionamento e até de funcionamento ininterrupto, pela viabilidade de contratação de empregados, em esfera global, com o aproveitamento do benefício da diversidade de fusos-horários²⁵.

²² WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego*. São Paulo: LTr, 2005, p. 128.

²³ *Ibidem*, p. 129.

²⁴ Segundo a pesquisa feita pela SAP Consultoria em 2016, um dos principais ganhos obtidos com a implantação da prática do Home Office, identificado pelas empresas, foi o aumento da produtividade (54%). Disponível em: < <http://sapconsultoria.com.br/homeoffice/resultados-2016/>> Acesso em: 9 ago 2016

²⁵ BIERDORF, Solange Inês; SANTIAGO, Suely. *Reflexões contemporâneas de direito do trabalho*. Curitiba: Rosea Nigra, 2011, p. 49.

Sob a ótica do empregador, os pontos negativos referem-se: a) à dificuldade de controle da jornada; b) aos gastos com obtenção, instalação e manutenção dos equipamentos a serem utilizados pelo teletrabalhador, bem como da conexão com a *internet*, telefone ou qualquer outro meio telemático que viabilize o labor e; c) à possibilidade de vazamento de informações confidenciais da empresa, o que configuraria crime virtual.

Nessa linha, Mara Darcanchy aponta que o aspecto cultural da falta de confiança é um dos maiores empecilhos para implementação do teletrabalho. Entende a autora que as grandes empresas têm dificuldade em abdicar dos mecanismos tradicionais de controle físico e temporal dos seus colaboradores e simplesmente confiar, não apenas na qualidade do trabalho a ser feito, mas também no empregado e na avaliação de desempenho e resultado final da atividade.²⁶ Tal análise foi confirmada pela já citada pesquisa da SAP Consultoria RH em que 90% das empresas participantes que não aplicam o teletrabalho não o fazem em razão de barreiras relacionadas com “[...] à cultura da empresa, segurança das informações, aspectos legais, gestão de atividades e aspectos tecnológicos/infraestrutura”²⁷.

Por parte do teletrabalhador, podem ser citadas quatro principais desvantagens. A primeira seria a dificuldade de provar, em eventual reclamação trabalhista, o vínculo empregatício. Em que pese já se encontre na jurisprudência nacional casos de reconhecimento de vínculo²⁸ e, portanto, direito ao pagamento de todas as verbas consectárias, como férias e décimo terceiro salários, muitas vezes a contratação é feita com vestes de trabalho autônomo, exatamente para violar os direitos trabalhistas. As causas desta brecha, que possibilita a burla aos direitos laborais, são a dificuldade em verificar a subordinação clássica e a ausência de regramento específico que trate sobre o teletrabalho, conforme será posteriormente destrinchado.

Em segundo, estaria a exclusão de grande parte da população brasileira do mercado de trabalho. Paradoxalmente, enquanto há um crescimento gigantesco do uso da tecnologia, informática e *internet* como auxílio ou instrumento de labor no país, por outro lado, há uma de-

²⁶ DARCANCHY, Mara Vidigal. *Teletrabalho para pessoas portadoras de necessidades especiais*. São Paulo: LTr, 2006, p. 43-44.

²⁷ Disponível em: < <http://sapconsultoria.com.br/homeoffice/resultados-2016/> Acesso em: 9 ago. 2016

²⁸ **EMENTA.** AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. *HOME OFFICE*: ENQUADRAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS. [...]. O teletrabalho e o trabalho em domicílio (*home office*) tornaram-se frequentes nas últimas décadas em face da invenção, aperfeiçoamento e generalização de novos meios comunicacionais, ao lado do advento de novas fórmulas organizacionais e gerenciais de empresas e instituições. Isso não elimina, porém, necessariamente, a presença de subordinação na correspondente relação socioeconômica e jurídica entre o trabalhador e seu tomador de serviços, desde que ultrapassado o conceito tradicional desse elemento integrante da relação empregatícia em favor de sua dimensão objetiva ou, até mesmo, em favor do conceito de subordinação estrutural. Dentro deste novo, moderno e atualizado enfoque da subordinação, os trabalhadores em domicílio, mesmo enquadrando-se no parâmetro do *home office*, podem, sim, ser tidos como subordinados e, desse modo, efetivos empregados(...). BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º 0062141-19.2003.5.10.0011*. Ministro Relator: Maurício Godinho Delgado; Órgão julgador: Sexta Turma; Agravante: Heider Fernandes Filho; Agravada: Esso Brasileira de Petróleo Ltda; Data de publicação: DJe de 16/4/2010.

No mesmo sentido Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário 0097700-56.2009.5.03.0129*. Relator: Juiz Convocado Jessé Cláudio Franco de Alencar; Órgão julgador: Sétima Turma; Recorrente: Fernanda de Souza Fonseca; Recorrida: Ouro Minas Turismo; Data de publicação: DJe de 26/11/09.

fasagem enorme na educação brasileira. Por esta razão, ao mesmo tempo em que o teletrabalho acolhe os deficientes físicos, aposentados, mães e pais com filhos pequenos, que têm necessidade de ficar em casa, também exclui os analfabetos digitais.

Em terceiro, tem-se a possibilidade de jornadas extenuantes e imersão excessiva no trabalho. Como, em sua maioria, o controle de labor não é mais realizado por determinação da jornada e sim pela produção, muitos empregados obrigam-se a continuar trabalhando até alcançar a meta, por vezes inatingível. Este problema também ocorre quanto teletrabalhador temporário, que presta parte do serviço na sede empresa e parte em outro local, especialmente seu domicílio. O empregado, nestes casos, pode ficar ininterruptamente conectado, respondendo a demandas e e-mails a qualquer hora do dia e da noite, roubando seu tempo de lazer e descanso e por vezes até a sua saúde. Sobre este cenário a jurisprudência trabalhista brasileira²⁹ e a doutrina já vem se manifestando, a exemplo da esclarecedora ponderação de Martin Pino Estrada acerca da existência de um “teletrabalho escravo”, assim o descrevendo:

Em lugar de ser realizado no mundo físico, é realizado na internet através de ferramentas tecnológicas que permitem o uso da telecomunicação e telemática, privando o trabalhador da sua liberdade por causa do controle virtual (mais ainda no teletrabalho em domicílio) e que se encontra privado de romper o vínculo em razão de coação moral ou psicológica advinda de dívidas artificiais contraídas com o empregador³⁰.

O isolamento social também pode ser observado como uma desvantagem, pois o teletrabalho, especialmente se este for realizado em casa, diminui a integração entre colegas pertencentes ao mesmo quadro empresarial. Esse afastamento do convívio social e constante pressão para produzir mais, o empregado pode desenvolver problemas emocionais e psicológicos como estresse, síndrome de Burnout e até depressão. Para evitar esse quadro é recomendado que a empresa instaure sistemas que permitam a socialização dos empregados, como reuniões presenciais periódicas ou cursos de capacitação e reciclagem, por exemplo, na sede da empresa.

Como consequência do isolamento, há ainda uma última questão a ser discutida: o enfraquecimento sindical. Como os trabalhadores têm pouco contato uns com os outros, o espírito individualista é inflado, ao tempo que a sensação de coletividade e unidade se esvai. A luta pelos direitos fica comprometida pela diminuição da noção de classe. Vera Winter entende tal cenário como uma crise de representatividade, mas não acredita que esse seja o fim da sindicalização.

²⁹ **EMENTA.** SOBREAVISO. USO DE CELULAR. DIREITO AO LAZER E À DESCONEXÃO DO TRABALHO. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. (...) Assim, a subordinação no teletrabalho, embora mais amena que a sujeição pessoal, ocorre através de câmeras, sistema de logon e logoff, computadores, relatórios, bem como ligações por celulares, rádios etc. Nesse contexto se deu a reforma da Súmula 428 do C. TST, ficando assegurado, no caso de ofensa à desconexão do trabalho e ao direito fundamental ao lazer, o pagamento de sobreaviso (II, Súmula 428 incidente na espécie). Tal exegese vai ao encontro da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais (direito ao lazer e à desconexão), fazendo jus o reclamante ao tempo à disposição sempre que ficou em sobreaviso. Recurso obreiro provido no particular. (grifo acrescido). BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Recurso Ordinário 00031436020125020045* Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Órgão julgador: Quarta Turma. Recorrente: Raimundo Nascimento; Recorrido: Kurita Do Brasil LTDA. Data de Julgamento: 29/09/2015, Data de Publicação: DJe de 9/10/2015.

³⁰ ESTRADA, Manuel Martin Pino. *O teletrabalho escravo*. Disponível em <<http://tele-trabalho.blogspot.com.br/2012/07/o-teletrabalho-escravo.html?m=1>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

Em verdade, aponta que o teletrabalho pode vir a fortalecer os sindicatos quando estes se adaptarem à nova realidade virtual, aproveitando a tecnologia para integrar os trabalhadores:

Deve até mesmo o sindicato utilizar dessas formas tecnológicas para maior contato com a sua categoria, mantendo a comunicação mais eficaz com cada teletrabalhador por meio de e-mails, ou mediante a utilização de sites, com divulgação de notícias, eventos, atualizações em geral, transformando o velho quadro de avisos nas fábricas ou jornais informativos em uma página pela Internet sempre atualizada, com maior divulgação, para incentivar os empregados, notadamente os teletrabalhadores, a buscar ajuda do seu representante de classe³¹.

O teletrabalho, como toda forma de labor, apresenta prós e contras para aqueles que o utilizam. O destino do mercado trabalho não pode mais se separar do teletrabalho, e isso deve ser celebrado, pois as vantagens são muitas e os aspectos negativos apresentados, em que pese a gravidade, podem ser trabalhados para redução e/ou eliminação de seus impactos.

5 Legislação aplicável ao teletrabalho

Apesar do crescimento exponencial nos últimos anos, o teletrabalho não é novidade, especialmente fora do Brasil. Em diversos países essa modalidade laboral, além de ser utilizada em larga escala, também é regulada pelo ordenamento jurídico. Por essa razão, interessante o estudo de algumas dessas normas, especialmente para contrapor com a legislação brasileira, ainda carente de regulação específica, conforme será visto a seguir.

150

5.1 Breve análise sobre o teletrabalho no âmbito internacional

A importância do teletrabalho em Portugal pode ser observada na sua regulamentação no Código de Trabalho Português, nos artigos 165 a 171. A previsão legal apresenta muitos pontos interessantes, como a limitação de no máximo três anos para contrato de teletrabalho, no caso de preexistente vínculo entre contratante e empregado, podendo ser alargado por meio de instrumento de acordo coletivo. Como se não bastasse, o direito lusitano prevê algumas formalidades para o contrato de teletrabalho como: forma escrita; determinar quem detém a propriedade dos aparelhos telemáticos utilizados, bem como a previsão da responsabilidade por sua manutenção; especificação do superior hierárquico e a quem o contratado deve se reportar. Se no contrato não for estipulado que a prestação do serviço será por teletrabalho, este não poderá ser presumido; por outro lado, satisfeitas as condições legais, o empregador não poderá opor-se ao pedido do empregado em laborar nesses moldes³².

Para combater o temido isolamento social, o artigo 169, nº 3, do Código de Trabalho Português, determina que o empregador deve proporcionar contatos regulares entre empre-

³¹ WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego*. São Paulo: LTr, 2005, p. 127.

³² PORTUGAL. *Código do Trabalho*. Disponível em: <www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_L1_004.html#L004S14>. Acesso em: 5 set. 2016

gados e com a empresa. Além disso, o teletrabalho é realizado, como regra geral, em centros comunitários locais instalados em bibliotecas ou escolas chamados *telec-tage* ou *telecabana*³³.

Igualmente à legislação portuguesa, o Estatuto dos Trabalhadores Espanhol, recentemente modificado pelo Real Decreto Legislativo 2/2015, prevê a obrigatoriedade de contrato escrito para o vínculo de trabalho a distância³⁴. Além disso, também em seu artigo 13, há a garantia dos direitos de representação coletiva e de igualdade entre aqueles que trabalham no seu domicílio e os que laboram nas instalações da empresa, especialmente no que toca à contra-prestação, que será, no mínimo, o estabelecido em razão do grupo profissional ou pela função³⁵.

Já na França, conforme leciona Vera Winter, foi criada uma *Bureau de Voisinage*, rede com diversos centros tecnológicos próximos, com o intuito de possibilitar aos empregados de diversas empresas – e até da administração pública – laborar próximos às suas residências³⁶.

No Chile, em 2002, entrou em vigor a Lei nº 19.759, que trouxe, dentre outras, uma reprovável modificação do artigo 22 do Código do Trabalho, excluindo da limitação de jornada aqueles que, em livre tradução, “forem contratados para prestar seus serviços preferencialmente fora do local de funcionamento da empresa, mediante utilização de meios informáticos ou de telecomunicações”³⁷. Entende-se que essa nova lei não levou em consideração os possíveis meios telemáticos de controle de jornada, nem as hipóteses de metas de produção elevadas, forçando o trabalhador, com isso, cumprir jornadas extenuantes e prejudiciais à saúde física e psicológica.

151

Por fim, muito se perderia ao não analisar a avançada legislação colombiana sobre o teletrabalho. A Lei nº 1.221, de 16 de julho de 2008, além de delimitar expressamente as definições sobre o teletrabalho e suas formas (autônoma, móvel e suplementar), prevê uma política pública de fomento deste modo de prestação laboral, com especial foco na população vulnerável, como deficientes, presos e aqueles isolados geograficamente ou sob ameaça de morte. Este programa deve ser feito sob o comando do Ministério da Proteção Social e com apoio dos Ministérios das Comunicações, do Comércio, Indústria e Turismo e pelo Departamento Nacional de Planejamento, Departamento Administrativo da Função Pública, conforme artigo terceiro daquela lei³⁸.

Além disso, em caminho oposto ao que aparentemente segue o Chile, existe na Colômbia a obrigação, por parte do Ministério da Proteção Social, de garantir que os teletrabalhadores não sejam submetidos a excessivas cargas de trabalho. Nesse passo, o Decreto nº 884/2012, que regulamenta a supracitada lei, dispõe que, quando o trabalho for executado de modo a ser possí-

³³ WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego*. São Paulo, LTr, 2005. p. 67.

³⁴ ESPANHA. *Lei do Estatuto dos Trabalhadores modificado pelo Real Decreto Legislativo de 2/2015*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>> Acesso em: 10 ago. 2016.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego*. São Paulo: LTr, 2005, p. 70.

³⁷ CHILE. *Lei nº 19.759/2002*. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=190282>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

³⁸ COLÔMBIA. *Lei 1.221, de 16 de julho de 2008*. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=31431>>. Acesso em: 29 maio 2014.

vel a verificação do tempo laborado e, a pedido do empregador, o obreiro se mantiver labutando por mais tempo que o previsto legalmente, devem ser pagas horas extras, domingos e feriados³⁹. Também ao teletrabalhador é assegurada a igualdade na remuneração em relação aos empregados que prestem serviço na empresa, desde que na mesma localidade e com idênticos resultados.

5.2 Legislação brasileira

É imprescindível uma análise da produção normativa brasileira acerca do teletrabalho, a fim de que se possa ter noção exata dos limites do instituto, em termos dogmáticos. Também nesta oportunidade será avaliado o Projeto de Lei nº 4.505/2008, que almeja preencher essa lacuna legislativa específica, mas apresenta alguns dispositivos que, se aprovados, violarão direitos constitucionalmente garantidos, como a remuneração referente às horas extraordinárias laboradas.

5.2.1 Legislação em vigor aplicável ao teletrabalho

Em 16 de dezembro de 2011, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 12.551/2011, dando nova redação ao artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, aumentando a proteção ao trabalhador que presta serviços fora da sede da empresa. A expressão “no domicílio do empregado”, presente na redação original do *caput*, foi mantida, porém acompanhada pela que prevê o trabalho executado à distância, pois, conforme visto anteriormente, não possuem igual significado.

A nova redação, através do parágrafo único, impediu que houvesse diferenciação entre os meios telemáticos e pessoais de controle e fiscalização, para fins de verificação da subordinação jurídica e conseqüente configuração de relação empregatícia. Esse foi um importante avanço legal, pois se prestou a reduzir as fraudes trabalhistas que, cobertas pelo véu do contrato autônomo formal, negam os direitos dos empregados, apesar de verificados todos os elementos caracterizadores da relação de emprego (pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação).

Registre-se a importância do parágrafo único do art. 3º da CLT e do inciso XXXII do art. 7 da Constituição Federal, pois ambos vedam a distinção entre o trabalho manual, técnico e intelectual. Isso porque o labor intelectual depende em sua essência do raciocínio e criatividade humana, sendo pouco relevante onde o mesmo é prestado. É o caso do teletrabalho, que ainda quando realizado em domicílio ou centros específicos não pode ter tratamento distinto daquele prestado na sede da empresa, por força de determinação legal e constitucional.

5.2.2 Projeto de lei n.º 4.505/2008

Diferentemente do alhures exposto sobre outros países, no Brasil o teletrabalho é atualmente pela legislação trabalhista comum. Martin Pino Estrada defende que uma lei específica

³⁹ COLÔMBIA. *Decreto nº 884, de 30 abril de 2012*. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=47216>> Acesso em: 01 de julho de 2014

sobre o tema seria desnecessária, pois os dispositivos existentes seriam suficientes para guiar tanto as partes envolvidas no contrato quanto a jurisprudência, em caso de reclamação trabalhista sobre a questão⁴⁰. Este posicionamento, contudo, não está em consonância com o melhor entendimento acerca da proteção de direitos dos trabalhadores.

A ausência de base jurídica sólida e regulamento específico reduz a segurança jurídica e repele empresários que poderiam implementar o teletrabalho, negando aos envolvidos todas as vantagens oferecidas por esta modalidade de labor. Assim, é clara a importância do Projeto de Lei nº 4.505/2008, o que não significa que este não possa ser merecedor de reparos. Faz-se mister a análise cuidadosa do projeto, a fim de que as modificações não tragam prejuízos aos trabalhadores e representem um retrocesso social.

Criado no ano de 2008, pelo Deputado Luiz Paulo Velloso Lucas, o Projeto de Lei nº 4.505 almeja disciplinar as relações de trabalho a distância e teletrabalho, conceituando, em seu artigo 1º, o teletrabalho como todas as formas de trabalho desenvolvidas, em uma cota superior a quarenta por cento da jornada, em espaços diversos do ambiente de trabalho regular.

Note-se que na própria definição do objeto central do projeto de lei existe a quantificação do tempo de trabalho fora da sede da empresa para a sua configuração (quarenta por cento). Paradoxalmente, no parágrafo único do artigo 6 destinado a elencar os direitos do teletrabalhador, afasta-se o direito às horas extraordinárias, em razão do dito controle de jornada aberta.

Questiona-se como seria possível mensurar percentualmente o tempo trabalhado para configuração do teletrabalho, mas impossível para calcular as horas extraordinárias eventualmente laboradas. É do conhecimento geral que hoje em dia existem muitos dispositivos que possibilitam a verificação do tempo de conexão e do quanto produzido em tal intervalo. Essa realidade é inclusive reconhecida na justificativa do projeto, porém afastada sob o fundamento de que não se pode garantir que o tempo de produção é igual ao tempo *online*. Ora, no trabalho cuja fiscalização é realizada pessoalmente também não se pode garantir a produção durante a integralidade da jornada – o que demonstra a fragilidade do argumento. É absurdo presumir que todo empregado que labora na sede da empresa tem o seu trabalho e sua velocidade de produção inspecionados, a todo o momento, pelo superior hierárquico.

O direito social garantido no artigo 7, inciso XIII, da Constituição Federal, não pode ser afastado sob a justificativa de que as horas são geridas pelo teleempregado e este pode escolher laborar mais ou menos. Em verdade, existe liberdade quanto à escolha do momento de trabalho, mas não ao quanto ao tempo que deve ser dedicado ao serviço. O mais razoável seria implementar um sistema de banco de horas, remunerando o tempo colocado à disposição do empregador e não somente a produção.

Excetuando esse ponto controverso no que toca à remuneração pelo labor extraordinário, o projeto de lei analisado traz avanços louváveis que devem ser reconhecidos, como igualdade de tratamento no que toca à filiação sindical, participação em negociações coletivas, proteção

⁴⁰ ESTRADA, Manuel Martin Pino. *O teletrabalho escravo*. Disponível em: <<http://tele-trabalho.blogspot.com.br/2012/07/o-teletrabalho-escravo.html?m=1>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

ao salário, férias e licenças previstas na CLT, além de ressarcimento dos gastos suplementares que decorrem das funções inerentes ao teletrabalho.

A proposta normativa disciplina que o Estado não pode mais permanecer inerte, e deve adotar medidas para estimular a criação de postos de teletrabalho, potencializar a competitividade industrial, aumentar a capacitação profissional dos teletrabalhadores, bem como promover novas formas de organização do labor com base no trabalho a distância. A minuta original também previa o incentivo da adoção do teletrabalho na administração pública, no artigo 4, alíneas “b” e “d”. Todavia, em uma de suas emendas, esta parte do dispositivo foi retirada devido à incompetência formal para decidir sobre assuntos relativos ao serviço público.

Por fim, uma das mais importantes modificações do Projeto é a equiparação com os direitos dos empregados presenciais quanto à proteção à saúde, higiene e segurança no trabalho. Este dispositivo demonstra a vontade dos parlamentares em garantir aos teletrabalhadores integridade física e psicológica, através do meio ambiente laboral saudável e salutar, independente de onde ele seja. Falha apenas em não trazer, expressamente, a previsão de responsabilidade do empregador em caso de lesão do empregado, mas caminha para a direção certa⁴¹.

6 Considerações finais

154

O teletrabalho apresenta-se como uma forma de labor em que a atividade é desenvolvida em local distinto do estabelecimento da empresa e concretizada com o auxílio de tecnologia, como computador ligado à internet e/ou intranet ou outros aparelhos de comunicação. Este pode ser utilizado por trabalhadores autônomos ou em contratos empregatícios, sendo nesse último caso um modo de flexibilizar a relação, trazendo vantagens tanto para o empregador e quanto para o empregado.

No escopo de aumentar a segurança jurídica e melhor orientar aqueles que contratam ou desejam contratar através do teletrabalho, é essencial a promulgação norma específica sobre o tema, seja em lei apartada ou em dispositivo inserido no código trabalhista comum, conforme já fizeram diversos países como Chile, Espanha e Portugal.

No Brasil, infelizmente esta lacuna ainda persiste, aplicando-se atualmente apenas os regramentos contidos nos art. 6º e 83 da CLT, que se mostram insuficientes no tratamento do complexo tema do teletrabalho. O Projeto de Lei nº 4.505/2008 possui potencial para preencher tal ausência legislativa, com garantias importantes para assegurar os direitos dos teletrabalhadores. Porém, esta afirmação não o torna imune a críticas, pois existem falhas e omissões que devem ser corrigidas no seu texto para que, quando em vigor, possa melhor gerir as relações de trabalho a distância e teletrabalho.

⁴¹ Atualmente, o citado Projeto de lei ainda tramita na Câmara dos Deputados, aguardando, desde 2011, deliberação quanto ao recurso interposto pelo Parlamentar Paulo Piau que, entendendo a relevância e importância do tema, aduziu que este deveria ser analisado por uma sessão do Plenário Legislativo. O sítio para acompanhamento do projeto de lei encontra-se disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=420890>> Acesso em: 09 ago. 2016

Referências

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2006.
- BIERDORF, Solange Inês; SANTIAGO, Suely. **Reflexões contemporâneas de direito do trabalho**. Curitiba: Rosea Nigra, 2011.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.505/2008**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=626255&filename=PL+4505/2008>. Acesso em: 03 jun. 2014.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário 00031436020125020045**. Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Órgão julgador: Quarta Turma. Recorrente: Raimundo Nascimento; Recorrido: Kurita Do Brasil LTDA. Data de Julgamento: 29/09/2015, Data de Publicação: DJe de 9/10/2015.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário 0097700-56.2009.5.03.0129**. Relator: Juiz Convocado Jessé Cláudio Franco de Alencar; Órgão julgador: Sétima Turma; Recorrente: Fernanda de Souza Fonseca; Recorrida: Ouro Minas Turismo; Data de publicação: DJe de 26/11/09.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º 0062141-19.2003.5.10.0011**. Ministro Relator: Maurício Godinho Delgado; Órgão julgador: Sexta Turma; Agravante: Heider Fernandes Filho; Agravada: Eso Brasileira de Petróleo Ltda; Data de publicação: DJe de 16/4/2010.
- BRETON, Thierry. Le télétravail en France. La documentacion Française, 1994. *Apud* SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O teletrabalho. **Revista Eletrônica de Direito da UNIFACS**. Ano 2004, n.º 44, jan./2004. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2004/convidados/convidados.htm>. Acesso em: 09 set. 2016.
- CAIRO JÚNIOR, José. Local de trabalho virtual como critério definidor da vigência da lei no espaço nas relações de teletrabalho. **Revista Vistos, Etc**. Salvador, AMATRA 5, 2008, vol. 01, n.º 8.
- CHILE. **Lei nº 19.759/2002**. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=190282>>. Acesso em: 10 ago. 2016.
- COLÔMBIA. **Decreto nº 884, de 30 abril de 2012**. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=47216>> Acesso em: 01 de julho de 2014
- COLÔMBIA. **Lei 1.221, de 16 de julho de 2008**. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=31431>>. Acesso em: 29 maio 2014.
- DARCANCHY, Mara Vidigal. **Teletrabalho para pessoas portadoras de necessidades especiais**. São Paulo: LTr, 2006.
- ESPANHA. **Lei do Estatuto dos Trabalhadores modificado pelo Real Decreto Legislativo de 2/2015**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>> Acesso em: 10 de ago. 2016
- ESTRADA, Manuel Martin Pino. **O teletrabalho escravo**. Disponível em <<http://tele-trabalho.blogspot.com.br/2012/07/o-teletrabalho-escravo.html?m=1>>. Acesso em: 01 jun. 2014.
- FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; MELLO, Roberta Dantas de. Lei n. 12.551/2011: subordinação jurídica no trabalho a distância. In: VIANA, Márcio Túlio (Cord). **O que há de novo no direito do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2012.
- FINCATO, Denise Pires. Saúde, higiene e segurança no teletrabalho: reflexões e dilemas no contexto da dignidade da pessoa humana trabalhadora. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, PUCRS. Ano 3, n.º 9, out./dez. 2009.
- FINCATO, Denise Pires. **Teletrabalho: uma análise juslaboral**. Disponível em: <www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/386.htm>. Acesso em: 09 set. 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. Rio de Janeiro, 1999.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n.º 177**. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normallex/es/f?p=NORMALEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C177>. Acesso em: 17 jun. 2014.

PORTUGAL. **Código do Trabalho**. Disponível em: <www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_L1_004.html#L004S14>. Acesso em: 5 set. 2016.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O teletrabalho. **Revista Eletrônica de Direito da UNIFACS**. Ano 2004, n.º 44, jan./2004. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2004/convidados/convidados.htm>. Acesso em: 9 set.2016.

SOBRATT - Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades. Estudo de estratégias de gestão de mobilidade via teletrabalho e teleatividades no Estado de São Paulo. São Paulo: Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/arquivos/Teletrabalho_e_Teleatividades_SMA_Ago20131.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2014.

WINTER, Vera Regina Loureiro. Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego. São Paulo: LTr, 2005, p. 128.

Hora extraordinária noturna *in itinere*

Geovane de Assis Batista¹

Resumo: O presente artigo tem por escopo demonstrar o caráter seminal das súmulas 60 e 90 do TST enquanto aportes positivos jurisprudenciais capazes de ensejar condições de possibilidade para assegurar ao empregado o direito ao recebimento remuneratório da hora extraordinária noturna *in itinere*, *sobremodo* quando o deslocamento do local de trabalho para residência ocorrer logo após o término da jornada ficta noturna.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Duração do trabalho. Hora extraordinária noturna *in itinere*. Súmulas 60 e 90 do TST. Orlando Gomes e Elson Gottschalk.

1 Introdução

O tempo. Que é isso? Sim, o que é o tempo, finalmente? Espantado, Santo Agostinho confessa que “*Se ninguém me pergunta, eu sei. Porém, se quero explicá-lo a quem me pergunta, então não sei.*”² Mas de pronto o musicista baiano Jauperi explica que o tempo é uma antinomia, porque... Vixe mainha... O tempo é tudo; o tempo é nada.

Para quem se associa à lei segundo a qual o “tempo é tudo”, parece não haver dúvida quanto à crença na existência de um *tempo passado* (como as frases e orações até aqui formuladas), de um *tempo presente* (o ato de ler estas palavras) e de um *tempo futuro* (as locuções e argumentos jurídicos filosóficos a serem articulados e analisados nos parágrafos que serão construídos sobre a temática seminal das súmulas). A essas três fases temporais, onde o tempo “é tudo” (passado, presente e futuro), o senso comum e a tradição filosófica costumam chamar de tempo objetivo, físico, mecânico, medível, cósmico, quantitativo, cronológico, enfim, contábil.

Mas quando, nas *Confissões*, Agostinho declara não saber explicar o tempo a quem lhe pergunta, a confissão negativa é mais aparente do que real, não passando a declaração de mera licença socrática³, já que o santo do norte da África bem sabia falar sobre o tempo. Sim, é verdade: não sobre o tempo físico, mas, sobre o *tempo qualitativo, espiritual ou psicológico*,⁴ já que Agostinho toma o tempo como um fenômeno que revela a impressão do antes e do depois que as coisas geram no espírito; sobre o tempo que representa o sentimento de presença das imagens que sucederam, ou sucedem ou que hão de suceder.

¹ Juiz do Trabalho Substituto (TRT5—BA). Mestre em Filosofia (UFBA). Doutorando em Filosofia (UCSF). Orientador: Dr. Juan Carlos Pablo Ballesteros).

² AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. São Paulo: Paulus, Livro XI, 17, 2004, p. 338.

³ “Só sei que nada sei”: Sócrates (470-399) se valia do método maiêutico (maieutikos: o que age como uma parteira), para extrair as ideias por meio de perguntas, cujas respostas já se encontram na mente do sujeito.

⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo. Martins Fontes, p. 811, 2003: “Psicológico... [...] o que se refere à consciência do indivíduo, ou seja, às atitudes ou às valorações individuais. Nesse sentido, diz-se, p. ex., que se trata de uma questão puramente psicológica, quando diante de uma questão cuja base não pode ser encontrada nos fatos ou no âmbito de determinado universo de discurso (p. ex. científico, lógico, etc.)”

Na esteira da intencionalidade agostiniana,⁵ o tempo seria uma expectativa do futuro, uma atenção ao presente ou uma memória do passado. O tempo não seria outra coisa que não *distensão da alma* que possibilita a existência do futuro, do pretérito e do presente. Como no gerúndio, o homem retém na mente o *presente das coisas passadas*, o *presente das coisas presentes* e o *presente das coisas futuras*. Em suma, o tempo sob a perspectiva agostiniana é um durante do antes, do agora e do que virá.

No Direito do Trabalho, a duração do tempo de trabalho tanto pode ser tomada no sentido físico, como no psicológico. No primeiro, toma-se o exemplo daquele empregado contratado para cumprir uma jornada de oito horas (das 8 h às 12 h e das 14 h às 18 h) ou quarenta e quatro semanais (de segunda a sábado). No plano psicológico, a jornada antes de ser cumprida, ainda se encontra no futuro; não passa de expectativa. Mas, quando passa a ser executada, e quanto mais se aproxima do fim, tanto mais a memória se alonga e a expectativa se abrevia, até que esta fica totalmente consumida, quando a ação, já toda acabada, passa inteiramente para o domínio da lembrança ou da memória do tempo trabalhado.

O homem do senso comum não está livre da impressão do tempo psicológico. Mas é o tempo físico que mais lhe afeta. Por esse caminho cronológico construído pelas convenções sociais – portanto, pelo homem para se dar conta de sua existência e medi-la para nela viver desde que fora largado no mundo –, parece também ter trilhado a máxima capitalista, quando assevera que “tempo” é “dinheiro” e, portanto, pode ser medido monetariamente.

158

O ordenamento trabalhista não passou ao largo da concepção capitalista sobre o tempo. Tanto que, entre nós, o legislador consolidado, sublimado pelo constituinte originário, dele se ocupou sob a rubrica da “duração do trabalho” ou, mais especificamente, da “jornada de trabalho” (tempo de trabalho diurno e noturno), fixando não só o limite temporal para execução dos trabalhos, como também o imperativo da contrapartida remuneratória. E isso é fácil perceber nas recorrentes expressões salariais do metiê laboral, como se percebe nas locuções relacionadas ao salário-hora (horista), salário-dia (diarista), salário semanal (semanalista), salário quinzenal (quinzenalista), salário mensal (mensalista) trabalhado.

Recepcionando ainda a medida temporal sob o prisma dos detentores do capital, mas zelando pela saúde físico-mental do trabalhador, o ordenamento jurídico-trabalhista pátrio não hesitou em prescrever que o tempo trabalhado para além do tempo normal (diurno ou noturno) deve ser remunerado com observância de um *plus* legal (convencional, regulamentar ou dissidial). Em casos que tais, fala-se, então, em pagamento de *hora extraordinária com adicional legal* (convencional, regulamentar ou dissidial), ou, se executado à noite e/ou havendo prorrogação invasiva sobre o dia, em pagamento de *hora extraordinária noturna* com os adicionais a ela inerentes.⁶

Também sob o véu da significação do dinheiro como medida de todas as coisas, a legislação e a jurisprudência trabalhista cuidaram de determinar a remuneração do tempo despendido

⁵ AGOSTINHO, Santo. *Confissões*, Livro X, p. 355, 2004.

⁶ Súmula 60 do TST.

pelo trabalhador no deslocamento de sua residência para o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte fornecido pelo empregador, especialmente quando o local for de difícil acesso ou não servido por transporte público regular. Quando tal ocorre, tem-se, então, o direito ao pagamento de *hora extraordinária in itinere*.⁷

Seguindo a linha arquitetônica da remuneração correspondente ao tempo utilizado pelo empregado, bem como daquele em que ele fica à disposição do empregador⁸ no itinerário, o objetivo aqui é destacar o caráter seminal positivo das súmulas 60 e 90 do TST, enquanto aportes jurisprudenciais capazes de oferecer condições de possibilidade para assegurar ao empregado o direito à remuneração da *hora extraordinária noturna in itinere*, especialmente quando o deslocamento do local de trabalho para residência ocorrer logo após o término da jornada ficta noturna.

Para tanto, o texto se revelará descritivo e explicativo, contando sempre com a contribuição doutrinária dos festejados especialistas do Direito do Trabalho, os juristas Orlando Gomes e Elson Gottschalk. Os dispositivos consolidados constituirão constante objeto de consulta na medida da pertinência temática dos competentes institutos jurídicos envolvidos. E como não poderia deixar de ser, o texto trará à luz o inteiro teor das súmulas 60 e 90 do TST, enquanto sêmen interpretativo e integrativo para edificação de um direito que se deseja declarado e exercitado: a percepção do adicional noturno sobre a hora extraordinária no itinerário.

2 Desenvolvimento

2.1 A duração do trabalho

Orlando Gomes e Elson Gottschalk ensinam que a duração do trabalho não conheceu limites durante um largo período da história da humanidade.⁹ Para eles, os únicos limites foram apenas aqueles impostos por mecanismos das leis naturais; mecanismos esses que tiveram que ceder às reclamações e convenções sociais pautadas na reivindicação do necessário estabelecimento de repouso e/ou de tempo livre. Na doutrina desses autores, o fundamento delimitador da duração do trabalho tinha tríplice aspecto justificador – a saber: fisiológico, moral social e econômico.

Mas encarada sob outros aspectos, Orlando e Elson destacam que a duração do trabalho é limitada em três sentidos diferentes, compreendendo a *jornada de trabalho*, o *trabalho semanal* e o *trabalho anual*.¹⁰ Para os fins do presente texto, cuidar-se-á apenas da duração do trabalho relacionada à *jornada de trabalho*, tanto *diurna* quanto *noturna* – respeitada, aí, a licença ao *pleonismo* e à *contradição em termos* que as locuções, *jornada diária* e *jornada noturna*, encerram, conformemente será demonstrado logo adiante.

⁷ Súmula n. 90, do TST.

⁸ Art. 4º, da CLT.

⁹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.281.

¹⁰ *Ibidem*, p.284.

2.2 A jornada de trabalho

Etimologicamente, a palavra *jornada* significa ‘caminho que se pode percorrer em um dia’, ou o que é ‘feito durante o dia, ao dia.’¹¹ Na língua francesa, diz *ournée*; em português, pode ser traduzida por *jornada* ou *dia*. Assim, onde se escreve ou lê, em francês, *ournée de travail*, em português pode ser entendido como *jornada de trabalho* ou *dia de trabalho*.

Por essa razão, não parece de boa técnica usar a expressão *jornada diária* de trabalho. Ora, como o Direito do Trabalho é uma ciência, e como tal deve guardar pelo uso e zelo das acepções próprias, o correto seria então dizer *jornada de trabalho*. Mas se a preferência recair sobre aquela forma linguística, seja por licença poética ou para dar mais ênfase ao que está sendo dito, seu aceite será mais literário que científico; e não sendo esta a hipótese, a recorrência à expressão *jornada diária* não passará de mero recurso pleonástico, que deve ser evitado. Prefira-se então a locução *jornada de trabalho* ou *dia de trabalho*.

Voltando a vista para o que importa, cumpre dizer que, sem perder de vista a historicidade da luta operária nacional e estrangeira pela diminuição das extensas e extenuantes jornadas de trabalho¹², o legislador consolidado preconiza que a duração normal do trabalho não excederá de oito horas diárias.¹³ Por isso que, sublimando o limite imposto pelo diploma obreiro, a Carta Constitucional de 1988 declara que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a duração do trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais.¹⁴ Declara, igualmente, a necessária observância da jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento.¹⁵

160

2.3. Hora extraordinária: habitualidade e integração salarial.

Sem embargo das limitações legais acima noticiadas, quis ainda o legislador consolidado que a duração normal do trabalho pudesse ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho¹⁶, situação em que a remuneração da hora suplementar será superior à da hora normal.¹⁷

O constituinte originário, não só ratificou a possibilidade da execução de horas extraordinárias, como também fixou percentual, elevando de vinte¹⁸ para, no mínimo¹⁹, cinquenta por

¹¹ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1687.

¹² GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 287.

¹³ Art. 58 da CLT.

¹⁴ Inc. XIII, do art. 7 da CRFB/88.

¹⁵ Inc. XIV, do art. 7 da CRFB/88.

¹⁶ Art. 59, da CLT.

¹⁷ §1º, do art. 59, da CLT.

¹⁸ Idem.

¹⁹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 289: Os autores ressaltam que “[...] O limite legal, com efeito, não tem o caráter de um limite *mínimo*; é, ao contrário, um limite *máximo*”.

cento.²⁰

De outra forma, seguindo a orientação das normas infra e constitucional, a jurisprudência do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho (TST) uniformizou seu entendimento sobre a hora extraordinária e seu cálculo, declarando que a remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrada por parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva, ou sentença normativa²¹.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk destacam que, entre nós, a jurisprudência tem dado extensos efeitos à *habitualidade* na prestação da hora suplementar. Malgrado a antinomia ou atecnia doutrinária, legislativa ou jurisprudencial que a expressão *hora extraordinária habitual* encerra — visto que o *habitual* deve ser significado como *ordinário*, e não como *extraordinário*, pois que, sendo este o fenômeno temporal a ser considerado não se poderia falar em *habitualidade*, sob o risco de deixar de sê-lo —, o certo é que, na falta de melhor palavra, a *habitualidade* do labor para além dos limites legais, convencionais, regulamentares, ou dissidiais, deve constituir o caráter indispensável para possibilidade de integração salarial e reflexa do valor da hora suplementar com respectivo adicional para efeito, inclusive, de pagamento de verbas remuneratórias e rescisórias.

De fato, de acordo com a inteligência do art. 457 da CLT, a parcela paga habitualmente ao empregado integra-se ao seu salário para todos os efeitos.²²

161

2.4 Hora extraordinária *in itinere*

Viu-se alhures que a duração do trabalho compreende tanto a jornada normal como a extraordinária. Sob esta rubrica, ainda pode ser compreendido o tempo em que o empregado se encontra no itinerário, em deslocamento de sua residência (ou “ponto de apoio”) para o local de trabalho e vice-versa. Com efeito, dispõe o Diploma Consolidado²³ que o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.

Corroborando e ampliando os termos do preceptivo consolidado encimado, o C. TST sumulou²⁴ a questão da relação das *horas in itinere* com *tempo de serviço*, aduzindo que o tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno, é computável na jornada de trabalho; igualmente, que a incompatibilidade entre os horários de início e

²⁰ Inc. XVI, do art. 7º., da CRFB.

²¹ Súmula 264 do TST.

²² Processo 0019500-87.2009.5.05.0029 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 240560/2015 Relatora Desembargadora LÉA NUNES, 3ª. TURMA, DJ 29/5/2015.

²³ §2º., do art. 58, da CLT.

²⁴ Súmula n. 90 (I *usque* V), do TST.

término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas *in itinere*.

Entretantes, o Tribunal Superior do Trabalho obtempera que a mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas *in itinere*. Diz, ainda, que se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas *in itinere* remuneradas ficam limitadas ao trecho não alcançado pelo transporte público. Ademais, por considerar que as horas *in itinere* são computáveis na jornada de trabalho, o C. TST também assevera que o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo.

Investigando sobre as condições necessárias para concessão da hora extraordinária no itinerário, o E. Tribunal Regional da Quinta Região defende que, para que fique configurado o direito ao recebimento das horas *in itinere*, é necessário o preenchimento concomitante dos seguintes requisitos: local de difícil acesso e o não fornecimento de transporte público. Está é a inteligência do art. 58, § 2º, da CLT, combinado com a Súmula nº 90 do TST.²⁵

Daí a inferência no sentido de que o parágrafo segundo do art. 58 da CLT, com redação dada pela Lei nº 10.243/01, dispõe que o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.

162

Portanto, para que o tempo utilizado no trajeto casa-trabalho-casa seja acrescido à jornada de trabalho, é necessário que fique demonstrado, nos autos, que o local de prestação dos serviços é de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, bem como que o empregador fornecia a condução.²⁶

2.5 Trabalho noturno

Diz-se trabalho noturno aquele compreendido no período da noite, isto é, entre vinte e duas horas de um dia e cinco horas do dia seguinte.²⁷ Nos termos consolidados, a hora do trabalho noturno será computada como de 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos.²⁸

Para Orlando e Elson,²⁹ a duração do trabalho noturno³⁰ é a fase em que o esforço humano é submetido às condições mais desvantajosas e penosas, merecendo, por isso mesmo, um

²⁵ Processo 0000016-26.2014.5.05.0251 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 247677/2015 Rel. Desembargador PIRES RIBEIRO, 3ª. TURMA, DJ 2/10/2015.

²⁶ Processo 0001362-12.2014.5.05.0251 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 247265/2015 Relatora Desembargadora VÂNIA J. T. CHAVES, 3ª. TURMA, DJ 25/9/2015.

²⁷ §2º, do art. 73, da CLT.

²⁸ §1º, do art. 73, da CLT.

²⁹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 291.

³⁰ Por uma questão didática, preferimos aqui o uso do binômio “trabalho noturno” no lugar de “jornada noturna”, pelas razões já expostas.

tratamento especial da lei aos sujeitos a ele submetidos e à remuneração a ser observada. Assim é que, quando o trabalho noturno for executado entre as 22 horas de um dia e 5 horas do dia seguinte, a Consolidação das Leis do Trabalho³¹ e a Carta Política³² preveem que a remuneração a ser paga deverá ser superior à do diurno com acréscimo de vinte por cento.³³ Se não, não. Com efeito, não havendo comprovação de trabalho no horário compreendido entre as 22 h às 5 h, correta a sentença que indefere o pagamento do adicional noturno.³⁴

Mantendo postura análoga ao entendimento formalizado acerca da forma de pagamento das horas extraordinárias “habituais”, a jurisprudência pretoriana defende o entendimento de que, quando o adicional noturno for pago com habitualidade, será devida a competente integração ao salário do empregado *para todos os efeitos*.³⁵

Registre-se que, nos horários mistos – assim entendidos aqueles que abrangem períodos diurnos e noturnos –, torna-se imperativa, às horas de trabalho noturno, a aplicação do percentual legal ou convencional.³⁶

A redação do § 4º do art. 73 da CLT impõe a aplicação dos §§ 1º e 5º do mesmo dispositivo, incluindo-se a interpretação jurisprudencial do último aos trabalhadores que laboram em jornada mista, já que determina justamente que, nos horários mistos, é aplicável às horas de trabalho noturno o disposto neste artigo e seus parágrafos.³⁷

Realmente, nos termos da Súmula nº 60 do TST, é devida a condenação ao pagamento do adicional noturno, quando as provas dos autos atestam o labor após as 22 horas, sem o correspondente pagamento. Tome-se, como ilustração, a jornada iniciada às 18 horas de um dia e finalizada às 4 horas do dia seguinte. Nesse caso, até as 22 h, a jornada seria diurna; e das 22 h até as 4 h, noturna – hipótese em que o empregado totalizaria uma jornada mista correspondente a aproximadamente 10 horas, quando as seis últimas sofreriam um acréscimo de vinte por cento, na forma do *caput* do art. 73 da CLT.

2.6 Hora extraordinária noturna

Na ilustração acima, percebe-se que o empregado tinha uma jornada mista de dez horas, sendo oito delas normais e duas últimas, extraordinárias. Em casos que tais, até as 2 horas, o empregado fará jus ao adicional noturno de vinte por cento; e até as 4 h da manhã, o direito ao pagamento de duas horas restantes a título de horas extraordinárias, sobre as quais terá direito

³¹ *Caput* do art. 73 da CLT.

³² Inc. IX, do art. 7º, da CRFB/88.

³³ Convencionalmente, pode-se ajustar percentual maior que o legal.

³⁴ Processo 0000404-76.2014.5.05.0493, Origem PJe, Relatora Desembargadora VÂNIA J. T. CHAVES, 3ª. TURMA, DJ 3/11/2014.

³⁵ Súmula n. 60, I, do TST.

³⁶ §4º., do art. 73, da CLT.

³⁷ Processo 0000128-53.2012.5.05.0028 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 206278/2014 Relator Desembargador PAULO SÉRGIO SÁ, 4ª. TURMA, DJ 4/8/2014.

ao recebimento cumulativo dos adicionais de hora extraordinária e hora reduzida ficta noturna, cujo cálculo obedeceria à seguinte fórmula: 2HE x 1.2 (ADICIONAL NOTURNO) X 1.5 (ADICIONAL DE HE).

O direito do empregado ao recebimento do pagamento da *hora extraordinária noturna* decorre tanto do Diploma Consolidado³⁸, quanto da Jurisprudência do TST, que dispõe que, cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional noturno quanto às horas prorrogadas.³⁹ Respeitando esse entendimento, a corte pretoriana do E. Quinto Regional vem assim se posicionando:

O labor noturno com prorrogação do limite previsto no artigo 73, §2º da CLT, atrai a aplicação da Súmula 60 do TST, sendo devida a diferença do adicional noturno relativo às horas laboradas após as 5 h.⁴⁰

“Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas”, item II da Súmula 60 do TST.⁴¹

Cumprida integralmente a jornada normal em horário noturno, o adicional respectivo incide também sobre as horas trabalhadas após 5 h (Súmula 60 do TST).⁴²

*Nos termos do Item II da súmula 60 do TST, antiga OJ n. 06 da sua SDI-1, “Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, §5º, da CLT”. Sentença que se confirma.*⁴³

*ADICIONAL NOTURNO. INCIDÊNCIA. JORNADA NOTURNA PRORROGADA. SÚMULA 60, II, DO C. TST.: “Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, parágrafo 5º, da CLT”.*⁴⁴

Como demonstrado, a extrapolação da jornada normal prevista nos textos, consolidado e constitucional, poderá ocorrer durante a jornada diurna, noturna, mista, como também no itinerário – situação fática que, uma vez comprovada com observância dos requisitos legais e/ou jurisprudenciais, implicará condenação do ex-empregador ao pagamento da hora suplemen-

³⁸ §5º, do art. 73 da CLT: às prorrogações do trabalho noturno aplica-se o disposto neste Capítulo.

³⁹ Súmula 60, II, do TST.

⁴⁰ Processo 0000465-07.2011.5.05.0342 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 109401/2012 Relator Desembargador MARCOS GURGEL, 1ª. TURMA, DJ 16/8/2012.

⁴¹ Processo 0000825-28.2013.5.05.0032 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 228855/2015 Relator Desembargador RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2ª. TURMA, DJ 2/2/2015.

⁴² Processo 0000600-21.2007.5.05.0031 RO, Origem SAMP, ac. nº 032798/2008 Relatora Desembargadora IVANA MÉRCIA NILO DE MAGALDI, 3ª. TURMA, DJ 12/12/2008.

⁴³ Processo 0058700-55.2004.5.05.0101 RO, Origem SAMP, ac. nº 020583/2005 Relatora Desembargadora DÉBORA MACHADO, 4ª. TURMA, DJ 16/12/2006.

⁴⁴ Processo 0000918-11.2010.5.05.0027 RecOrd, ac. nº 068011/2011, Relator Desembargador JEFERSON MURICY, 5ª. TURMA, DJ 22/07/2011. Processo 0000029-85.2014.5.05.0134 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 243669/2015 Relatora Desembargadora MARIA ADNA AGUIAR, 5ª. TURMA, DJ 01/09/2015.

tar com adicional (legal, regulamentar, convencional, ou dissidial), integração salarial e repercussão sobre as verbas remuneratórias e rescisórias, quando caracterizada a habitualidade.

Para além dessas possibilidades, a crença do presente trabalho investigativo é no sentido de que as disposições infra e constitucionais e, sobretudo, constantes das figuras das súmulas 60 e 90 do TST, oferecem condições de possibilidade para autorizar o direito obreiro ao recebimento de adicional de *hora extraordinária noturna in itinere*.

2.7 O caráter seminal das súmulas 60 e 90 do TST

A locução “caráter seminal” implica duplo conceito ou conceito composto, que desafia o desdobramento analítico das palavras “caráter” e “seminal” com vistas ao esclarecimento e alcance do sentido nelas encarnado.

Etimologicamente, o termo “caráter” significa “o que grava”, “sinal gravado”, “marca”, “cunho”, ou “traço característico”.⁴⁵ Para Immanuel Kant (1724-1804),⁴⁶ ter *caráter* é ter uma lei da sua causalidade, sem a qual não seria causa. Um objeto do mundo sensível tem, em primeiro lugar, um *caráter empírico*, pelo qual os seus atos, como fenômenos, estão vinculados causalmente aos outros fenômenos, em conformidade com as leis naturais. Mas pode ocorrer de o mesmo objeto possuir um *caráter inteligível*. O que significa dizer que esse objeto constitui a causa daqueles atos como fenômenos, mas que, por si mesmo, não está sujeito a nenhuma condição sensível, pois ele não é fenômeno. Sobre o *caráter inteligível*, pode-se dizer que ele dá início por si mesmo aos seus efeitos no mundo, sem que a ação comece nele mesmo.

Relativamente ao termo *seminal*, Houaiss⁴⁷ declara ser ela relativa ao *sêmen*; o que ou aquilo que produz sêmen, ou efeito, germe, causa, origem ou semente. Sêmen ainda pode ser significado como *o que* ou *aquilo* que estimula, gera, cria ou germina novas ideias ou obras. Nesse contexto conceitual, o *caráter seminal* pode ser significado como o sinal ou traço característico gerador de construções de novas ideias ou formulações jurídicas ou filosóficas.

Nessa medida significativa, diz-se então que as súmulas 60 e 90 do TST possuem um *caráter seminal* porque, por um lado, germinam uma *causalidade fenomênica* (conhecimento a partir da apreensão ou impressão ou representação do mundo sensível, isto é, de um fato jurídico, como, por exemplo, o trabalho executado para além da hora normal; ou entre 22 h de um dia e 5 h do dia seguinte; ou no itinerário residência-trabalho-residência); e, por outro, uma *causalidade inteligível*, espiritual, racional.

Na *causalidade inteligível*, o conhecimento é adquirido a partir do uso da razão⁴⁸, como *soi* ocorrer com aplicação analógica dedutiva ou indutiva das súmulas 60 e 90 do TST, enquanto condição de possibilidade para germinar um direito patrimonial (pagamento de adicional de horas extraordinárias noturnas no itinerário), sem que seja necessária a operação de uma

⁴⁵ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 620.

⁴⁶ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 116.

⁴⁷

⁴⁸ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 2543.

impressão fenomênica. É que o aporte aí já não será mais o fato, porque já fora objeto de investigação e uniformização jurisprudencial, e sim o produto jurídico ideológico encarnado nas súmulas que tratam e fundamentam a concessão do adicional legal ou convencional sobre as horas extraordinárias noturnas, por exemplo. É como dizer: as ideias geram ideias.⁴⁹

2.7.1 A interpretação do Direito do Trabalho: a jurisprudência e a analogia

No *Curso de Direito do Trabalho*, Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁵⁰ noticiam caber à doutrina e à jurisprudência completar, pela interpretação, o sistema do direito escrito. Aduzem que nosso direito não se omitiu, no particular, uma vez que apresenta uma escala de métodos de interpretação, que deve orientar a atividade do intérprete nos casos de falta de disposições legais ou contratuais. Portanto, nos casos de lacuna da lei, são apresentados também ao juiz a jurisprudência e a analogia. Para esses insignes autores:

A *jurisprudência* figura na escala acima, não como fonte de direito, mas sim como recurso ou método de interpretação. Grande é, entretanto, a sua influência nos pretórios trabalhistas. Autores há, como M. de la Cueva, que não hesitam em arrolar a jurisprudência, quando revestida de determinadas condições, como fonte formal do Direito do Trabalho. Entre nós existem os prejudgados do TST e as Súmulas com relativa força imperativa. O mesmo ocorre com as Súmulas do STF.⁵¹

166

Reportando-se à analogia, informam que:

[...] a *analogia* permite determinar o alcance de um texto, ou preenche as eventuais lacunas das leis [...]. Pode ocorrer, com efeito, que a lei, tendo previsto tais ou quais hipóteses, para a elas vincular tais ou quais soluções de direito, uma nova hipótese se apresente, que não entre categoricamente no quadro legalmente fixado. [...] caberia, assim, a aplicação da analogia, como o fez, geralmente, a jurisprudência trabalhista, princípio hoje perfilhado pela legislação.⁵²

Por que autorizadas pelo caráter seminal e complementar jurisprudencial analógico, as súmulas 60 e 90 do TST serão aqui tomadas de empréstimo para legitimar a hipótese factível de o Direito do Trabalho assegurar ao empregado o direito ao recebimento de adicional noturno sobre a hora suplementar cumprida no itinerário, isto é, sobre a *hora extraordinária noturna in itinere*, por assim dizer.

2.7.2 Hora extraordinária noturna in itinere

Até aqui, parece pacífico, na lei, na doutrina e na jurisprudência pretoriana, que os serviços executados para além da jornada normal implicam ao empregador obrigação de pagar hora extraordinária com adicional e integração salarial e, caracterizada a habitualidade, repercussão

⁴⁹ HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. Tradução de Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 9. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

⁵⁰ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 30.

⁵¹ *Ibidem*, p. 31.

⁵² *Idem, ibidem*.

sobre verbas remuneratórias e/ou rescisórias. Pacífico, igualmente, o direito obreiro ao adicional noturno sobre o trabalho noturno, com iguais efeitos pecuniários integrativos e reflexos sobre as verbas remuneratórias e/ou resilitórias, especialmente quando os serviços forem executados entre as 22 horas de um dia e 5 horas do dia seguinte. E, desde que preenchidos os requisitos legais e/ou jurisprudenciais, no mesmo sentido tem sido a inteligência do ordenamento trabalhista quanto ao direito do empregado ao recebimento do pagamento de *horas extraordinárias noturnas*, quando a extrapolação se verificar entre as 22 horas de um dia e 5 horas do dia seguinte. É, com efeito, o que dispõem as figuras I e II da Súmula n. 60 do TST:

60 – Adicional noturno. Integração no salário e prorrogação em horário diurno. I – O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos. II – Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas.

Nessa mesma ordem, também vem se comportando a jurisprudência do TST quanto ao direito obreiro ao recebimento do pagamento das horas despendidas no itinerário para o deslocamento residência local de trabalho e vice-versa, com adicionais legais (HE X 1.50 X 1.20) ou convencionais, regulamentares ou dissidiais. Com efeito, é o que dispõem as figuras I *usque* V da Súmula 90 do TST:

I – O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. II – A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas “in itinere”.

III – A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas “in itinere”. IV – Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas “in itinere” remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. V – Considerando que as horas “in itinere” são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo.

167

Com vistas à demonstração do caráter seminal encartado nas súmulas 60 e 90 do TST, imperioso destacar as figuras “II”, da Súmula 60 do TST (“Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas.”), bem como as figuras “I” (“O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho”) e “V” (“Considerando que as horas in itinere são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo.”), da Súmula 90 do TST.

Na esteira de uma interpretação sistêmica dessas figuras sumulares, pode-se ensaiar a seguinte construção proposicional positiva: o tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por trans-

porte público regular, e para o seu retorno, é computável na jornada de trabalho, sendo devida a hora extraordinária *in itinere*. Ter-se-ia, então, a seguinte representação: HE (*in itinere*) x 1,5 (adicional legal).

Na hipótese de a jornada normal vir a ser cumprida integralmente e prorrogada de tal forma que invada o período ficto noturno, a hora extraordinária será devida com o respectivo adicional noturno. Eis a representação simbólica: HN X 1,2 (adicional noturno) X 1,5 (adicional legal) = HEN (hora extraordinária noturna).

Entretanto, se a hora despendida pelo trabalhador no itinerário para sua residência for realizada durante o período noturno, a hora *in itinere* deve ser paga acrescida do adicional noturno, situação em que poderia ser assim representada: HN X 1,2 (adicional noturno) X 1,5 (adicional legal) = HENII (hora extraordinária noturna *in itinere*).

Aproximando-se mais do objeto do vertente trabalho, isto é, da força seminal das súmulas 60 e 90 do TST, pode ocorrer de o tempo despendido no percurso para residência se verificar logo após o cumprimento integral da jornada normal ficta noturna, ou seja, depois das 5 horas do dia seguinte. Em situações que tais, a hipótese que se sustenta é a de que o trabalhador passará a fazer *ius* também ao recebimento da remuneração da *hora extraordinária noturna in itinere*, com igual representação simbólica do parágrafo anterior – a saber: HN X 1,2 (adicional noturno) X 1,5 (adicional legal) = HENII (hora extraordinária noturna *in itinere*).

168

Mas essa não tem sido a prática nos petições trabalhistas. A perda de oportunidade do exercício do direito ao recebimento das *horas extraordinárias noturnas in itinere*, quando o transporte do local de trabalho para residencial se dá logo após as cinco horas do dia seguinte, pode decorrer, de um lado, tanto da *malícia* de um empregador para se locupletar indevidamente, ou, também, por mera ignorância, inclusive de seu contador.

De outro lado, pode decorrer – e costumeiramente decorre – da triagem fático-jurídica da relação empregatícia para o fazimento da reclamação trabalhista, especialmente no que tange aos pedidos (legais, convencionais, dissídiais, regulamentares e sumulares) a serem perseguidos na prefacial, a exemplo das horas *in itinere*.

Quando a justificativa para não perseguição do pagamento de *horas extraordinárias noturnas in itinere* tiver por fundamento o descuido, ou a ignorância, ou o erro de percepção do subscritor da reclamação trabalhista é porque ainda os sentidos continuam ofuscando e enganando o espírito.

De fato, como adverte René Descartes (1596-1650) no *Discurso do Método*, “os sentidos enganam”⁵³. E são eles que podem levar o intérprete ou o operador do Direito do Trabalho a

⁵³ DESCARTES, René. *Discurso do Método*; primeira e sexta meditações. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Abril Cultural, p. 35-250-318, 1979. Coleção Os pensadores. “[...] pode ocorrer que me engane, e talvez não seja mais do que um pouco de cobre e vidro o que eu tomo por ouro e diamantes. Sei como estamos sujeitos a nos enganar no que nos diz respeito. [...] os sentidos às vezes nos enganam. Contudo, mais tarde, muitas experiências anularam, paulatinamente, todo o crédito que eu dera aos sentidos. Já que observei muitas vezes que torres, que de longe me pareciam redondas, de perto me pareciam quadradas [...]”. Poeticamente, é possível ver o pôr do sol. Mas para a teoria heliocêntrica, esse engano já não é mais possível, pois, como sabido, o movimento não é do sol e sim da terra.

não fazer uso correto da razão para inferir a possibilidade do direito à remuneração das *horas extraordinárias noturnas in itinere*. E porque levado enganadamente a tomar o dia como dia, e não como extensão do trabalho noturno, deixa, muita vez, de pleitear um direito, por assim dizer, noturno, só porque os fatos ensejadores — o deslocamento no itinerário — se dá durante o dia. Não por outra razão que os pleitos sobre horas extraordinárias *in itinere*, realizadas logo após a jornada noturna, não perseguem a observância dessas horas com o adicional noturno. Em sua quase totalidade, limita-se apenas ao pedido de pagamento de horas suplementares com adicional legal (HN X 1.5 = HEII), no lugar de *horas extraordinárias noturnas in itinere* (HN X 1.2 (adicional noturno) X 1.5 (adicional legal)). A simulação⁵⁴ abaixo bem elucidada o que se vem tentando explicar até aqui:⁵⁴

I- DADOS PARA OS CÁLCULOS		
<i>Salário mensal = R\$2.500,00.</i>		
<i>Jornada de trabalho = de segunda a sexta-feira, das 18 h às 6 h.</i>		
<i>Tempo in itinere = uma hora diária.</i>		
<i>Divisor = 220.</i>		
<i>Dias trabalhados = 21 (vinte e um), em média.</i>		
<i>Adicional legal = 1.5 (um ponto cinco).</i>		
<i>Horas noturnas/dia = 09 (nove) horas.</i>		

II – HORAS IN ITINERE EXTRAORDINÁRIAS SEM ADICIONAL NOTURNO:		
<i>Valor da hora diária:</i>	<i>2500/220</i>	<i>R\$ 11,36</i>
<i>Valor da hora in itinere:</i>	<i>11,36 X 1,5</i>	<i>R\$ 17,05</i>
<i>Valor mensal:</i>	<i>17,05 X 21</i>	<i>R\$ 357,95</i>

III – HORAS EXTRAORDINÁRIAS IN ITINERE COM ADICIONAL NOTURNO (SÚMULAS 60 E 90 DO TST).		
<i>Valor da hora in itinere:</i>	<i>11,36 X 1,5</i>	<i>R\$ 17,05</i>
<i>Valor/hora do adicional noturno:</i>	<i>2500/220X20%</i>	<i>R\$ 2,27</i>
<i>Valor/dia do adicional noturno:</i>	<i>2,27X9</i>	<i>R\$ 20,45</i>
<i>Valor mensal do adicional noturno:</i>	<i>20,45X21</i>	<i>R\$ 429,55</i>
<i>Base de cálculo – valor do salário mais adicional noturno: 2500 + 429,55</i>	<i>R\$ 2.929,55</i>	
<i>Valor da hora diária:</i>	<i>2929,55/220</i>	<i>R\$ 13,32</i>
<i>Valor da hora in itinere:</i>	<i>13,32 X 1,5</i>	<i>R\$ 19,97</i>
<i>Valor mensal:</i>	<i>19,97 X 21</i>	<i>R\$ 419,46</i>

IV - COMPARAÇÃO: DIÁRIA E MENSAL		
<i>Diferença diária:</i>	<i>19,97-17,05</i>	<i>R\$ 2,93</i>
<i>Diferença mensal:</i>	<i>419,46-357,95</i>	<i>R\$ 61,50</i>

⁵⁴. Elaborada pelo Assistente de Juiz da Vara do Trabalho de Jacobina — Sr. Fabrício Matos Ramos.

Note-se que o caráter seminal entranhado no item “III” da simulação acima é deveras restrito. É dizer que somente se manifesta naqueles casos em que o tempo despendido no itinerário se dá logo após o término do trabalho noturno, ou seja, depois das 5 horas do dia seguinte, em razão da interpretação sistêmica das súmulas 60 e 90 do TST.

Nessa linha, observados os requisitos positivos das respectivas súmulas, imperativo se revela o direito obreiro à percepção da remuneração referente ao tempo utilizado no itinerário com adicional legal (1.5) e adicional noturno legal (1.20), integração salarial e demais consectários remuneratórios e/ou rescisórios.

Mas se a petição inicial persegue apenas o pagamento de *horas extraordinárias in itinere*, sem computar o adicional noturno, conforme simulado no item “II”, salta aos olhos que o crédito final quedará bem aquém do efetivamente devido.

Na hipótese aqui sugerida, não seria mesmo possível cogitar da possibilidade de pagamento do *adicional noturno no itinerário* entre a residência e o local de trabalho (uma hora antes do início da jornada às 18 h), já que, malgrado a Súmula 90 do TST autorizar o pagamento dos sessenta minutos extraordinários *in itinere*, esse tempo suplementar não se verifica depois das 22 horas. Nesse caso, seriam devidas apenas as *horas extraordinárias in itinere com o adicional legal*, cuja representação seria a seguinte: HEII (hora extraordinária in itinere) X 1.5 (adicional legal).

170

2.8 A objeção jurisprudencial sob a espada do pós-positivismo jurídico

Sem embargo, pode-se objetar – e não sem certa razoabilidade jurídica – de a hipótese seminal positiva aqui sustentada não poder ser aplicada aos empregados submetidos à Lei n. 5.811/72², como sói ocorrer com os petroleiros, sob a racionalidade exegetica de haver vedação pretoriana à aplicação da Súmula 90 do TST. Aliás, reiteradamente, é assim mesmo que os pretórios trabalhistas, seguindo a Corte Maior, vêm se manifestando:

A jurisprudência do TST firma-se no sentido de não reconhecer o direito a horas itinerantes para tais trabalhadores, pois, se o fornecimento gratuito do transporte para o local de trabalho decorre de imposição legal, cessa a importância que se dá ao fato de o trabalhador, regido pela referida lei, se ativar ou não em plataforma de petróleo, supostamente de difícil acesso. Nesse contexto, é impertinente a Súmula 90 do TST, afirmou Dora Costa em seu voto. A decisão foi unânime.³

Comprovado nos autos a submissão do reclamante à Lei nº. 5.811/72, a qual dispõe sobre o regime de trabalho dos empregados nas atividades relacionadas à exploração do petróleo, inclusive impondo à empresa a obrigação de arcar com o transporte dos empregados, afasta-se a incidência da Súmula nº. 90 do TST e o direito às horas in itinere postuladas na inicial, porquanto o fornecimento de transporte gratuito decorre de imposição legal.⁴

A Lei nº 5.811/72, no seu art. 3º, III, obriga o empregador a fornecer transporte gratuito aos empregados, independentemente do local de prestação de serviços ser de fácil acesso ou servido por transporte público regular, hipótese em

se considera que as horas de percurso já estão contidas na jornada de trabalho, não sendo aplicáveis, portanto, as disposições normativas previstas no art. 58, § 2º da CLT e a Súmula 90 do TST.⁵

Em que pese a razoabilidade jurídica sedimentada nos respeitáveis posicionamentos jurisprudenciais, a resistência a eles, com a devida vênia, se impõe categoricamente, porque es-tribados em argumentos que colidem frontalmente com um princípio tão caro ao constituinte originário da carta republicana brasileira: o da igualdade ou do tratamento isonômico dispensado aos cidadãos.⁶

A interpretação que nega o pagamento de horas suplementares no itinerário aos petroleiros e, por via oblíqua, do adicional noturno sobre essas horas, revela tratamento discriminatório manifesto a trabalhadores igualmente sujeitos a danos morais, sociais, econômicos e, sobretudo, fisiológicos, em razão da longa e extenuante jornada de trabalho (inclusive no itinerário após cumprimento integral da jornada ficta noturna) a que são diariamente submetidos. Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁷ anotam que:

Os modernos fisiologistas descrevem, com luxo de pormenores, o processo pelo qual a *fadiga* se instala insidiosamente no organismo humano quando desenvolve prolongada atividade. A perda de oxigênio do sangue, o aumento de sua taxa hidrogênica, a formação excessiva de ácido láctico e do CO₃H₂ são alguns dos fatores que concorrem para formação das toxinas da fadiga. A acidemia que se forma excita a respiração e aumenta a ventilação pulmonar, produzindo os sintomas subjetivos de mal-estar ou dispneia. Saliente-se que não se trata, apenas, de fadiga muscular, eis que cada impulso de trabalho dado a um músculo provoca o que se chama irritação no sistema nervoso central. A continuada operação produz desgaste da substância nervosa, e determina a fadiga cerebral com todas as suas consequências.

171

Para nossos autores, consideradas, pois, “[...] as limitações inerentes ao organismo humano em face da fisiologia do trabalho, e as consequentes alterações fisiológicas que este produz sobre aquele [...]”, o legislador, como a jurisprudência, não poderiam, nem podem quedar indiferentes, diante do problema da duração do trabalho, especialmente do labor *in itinere*.

Entre nós, o jus pós-positivismo jurídico vem impondo toda uma racionalidade que transcende a vinculação a simples exegese literal do ato normativo. Amalgamado pelo véu constitucional, transcende-o, dando ênfase, também, a valores sociais, morais, econômicos, fisiológicos e filosóficos que a ele subjazem⁸ na fundação, aplicação e eficácia das normas constituídas.

O debate em torno da provocação negativa à garantia do direito dos petroleiros à remuneração extraordinária *in itinere* e, por consequência, do plus noturno, é tempestivo e necessário, mas a dialética que ele oferece ao devir do *nomos* trabalhista deve guardar outra oportunidade para maior aprofundamento, já que o espaço aqui já se encontra bastante elástico, o que, todavia, não impede o registro de que o sêmen jurisprudencial pós-positivista, entranhado nas súmulas 60 e 90 do TST, oferece condições exegéticas analógicas para o intérprete vislumbrar e garantir ao trabalhador o direito à remuneração da *hora extraordinária noturna in itinere*, porque consentâneo com o *telos* da proteção isonômica consubstanciada no Direito do Trabalho ou, por assim dizer, *Direito Constitucional do Trabalho*.

3 Considerações finais

Considerando o disposto nas súmulas 60 e 90, do TST, sobretudo no sentido de que as horas *in itinere* são computáveis na jornada de trabalho diurna e noturna; considerando, ainda, que o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo, não seria preciso gastar muita tinta para suscitar uma tese seminal assecuratória à remuneração da *hora extraordinária noturna in itinere*.

A interpretação que autoriza a aplicação analógica das súmulas 60 e 90 do TST com vistas à ampliação de direitos trabalhistas relacionados à remuneração do tempo trabalho nenhuma serventia seminal ofereceria se a preocupação do proponente não recaísse exclusivamente sobre o homem. É para o homem que o sentimento e a racionalidade jurídico filosófica trabalhista devem encetar a vista. A pré-ocupação do homem é e deve ser o próprio homem.

Segue-se daí que, quando se suscita uma proposição positiva acerca da possibilidade jurídica de pagamento do *adicional noturno sobre a hora extraordinária no itinerário durante o dia*, não se deve ter em mira a ruína do empregador, tampouco o deliberado enriquecimento do trabalhador – enfim, o caráter axiológico econômico substanciado nas categorias tempo-trabalho-capital. A epistemologia social já arrazoou acerca da natureza, limites e alcance dessa relação socioeconômica. Transcendendo-a, o âmago passa a ser o ontológico, a essência do homem, o homem enquanto ser, já que, por natureza, o homem é essencialmente livre e como tal deve se encontrar no devir existencial.

172

Na sociabilidade contemporânea, o desafio ainda é o mesmo de tempos não muito distantes, e que a memória ainda o retém no presente das coisas presentes, a saber: fazer com que o homem continue livre dos ferros do capitalismo, que, hora pós hora, dia pós dia, semana pós semana, mês pós mês, ano pós ano, tenta aprisioná-lo, alienando-o, o mais possível, da contrapartida imediata (justa remuneração) e mediata: o senhorio do próprio tempo físico e, em especial, espiritual, no itinerário da vida diuturna. Eis a expectativa que a psicologia do trabalhador e dos intérpretes do Direito do Trabalho deve perseguir e presentificar.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. São Paulo: Paulus, 2004.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [https://. www.planalto.gov.br/](https://www.planalto.gov.br/). Acesso em 15/1/2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <https://>. Acesso em 15/1/2014.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região**. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 13/10/2015.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <HTTPS://www.planalto.gov.br/> Acesso em 13/10/2015.

DESCARTES, René. **Discurso do Método; primeira e sexta meditações**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores).

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FILHO, Ives Gandra Martins. **Manual Esquemático de História da Filosofia**. São Paulo: LTR, 2004.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. Tradução de Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 9. ed., Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

Terceirização – Análise da estrutura desta relação triangular de trabalho e busca de soluções para utilização sem violação de direitos laborais

Gilberto Rodrigues Martins¹

Resumo: No presente artigo se discute as questões inerentes à flexibilização de direitos trabalhistas, focando no instituto da terceirização. A terceirização tem sido utilizada de forma fraudatória, muitas vezes como fornecimento de mão de obra, com o mero intuito de aumento de lucros através da precarização de direitos dos trabalhadores. Esta pesquisa se presta a estudar os contornos do instituto para propor uma saída viável à sua utilização, respeitando os direitos fundamentais e a livre iniciativa. A solução encontrada gira em torno da responsabilidade, mas sem o escopo de esgotar o tema e seus demais remédios,

Palavras-chave: Flexibilização. Precarização. Terceirização. Direitos Fundamentais. Responsabilidade.

1 Introdução

A presente pesquisa se desenvolve a partir de um inconformismo frente as constantes crises econômicas pelas quais passa o Brasil, ao histórico e crescente desrespeito aos direitos trabalhistas e a falta de aplicação do ordenamento jurídico em sua plenitude na prestação jurisdicional, mas que seria solucionadora da problemática levantada.

174

Intentamos, então, auxiliar a busca pela melhor aplicação do Direito, com o fim de atingir o ideal de Justiça, trazendo maior proteção aos direitos fundamentais e trabalhistas, de forma imediata, independentemente de eventual legislação que venha a reger o tema.

Temos consciência de que o nosso ordenamento já abarca diretrizes para que esses ideais sejam alcançados, mas a falta de aplicação das mesmas ou a utilização indevida, geram o corrente desrespeito de direitos trabalhistas.

Vale ressaltar que não pretendemos dar ao Direito o status de único solucionador dos problemas da sociedade. Sabemos que a melhoria desta deve partir da conduta do seu povo e dos seus governantes. O Direito é apenas um auxiliar nessa luta e deve ser eficaz em seu papel de pacificador social, tendo em vista que este é um de seus escopos.

Em síntese, buscamos estudar e analisar as diretrizes previstas pelo ordenamento jurídico, bem como a doutrina e jurisprudência, para apresentar formas de aplicar o Direito de modo mais eficaz e, em consequência, priorizar o respeito aos direitos trabalhistas e o desenvolvimento econômico e social.

Essas diretrizes são pautadas em valores, princípios e possuem inúmeras previsões na Constituição Federal e nas diversas leis brasileiras. Não se pode dizer que essas previsões são

¹ Advogado. Pós-Graduando na Anhanguera Uniderp e pós-graduando da Faculdade Baiana de Direito.

insuficientes, pois nosso ordenamento jurídico é baseado em um sistema aberto, em que as cláusulas gerais auxiliam no seu desenvolvimento e aplicação.

O objetivo geral da pesquisa consiste em analisar o instituto da terceirização como principal fenômeno de flexibilização dos direitos trabalhistas, para, através dos princípios relacionados ao tema e do ordenamento jurídico em geral, propor a melhor forma de utilização da mesma, inclusive diante de estudos já desenvolvidos pela doutrina.

Para atingir objetivo geral, é necessário o estudo do conceito de terceirização, dado por diversas obras, trazendo, assim, uma definição precisa. É indispensável passar pela análise da intermediação de mão de obra, da evolução histórica, bem como das vantagens e desvantagens de cada instituto.

Para o alcance desses objetivos, apresentamos essa breve introdução como primeiro capítulo e iniciamos nosso segundo capítulo com o estudo da flexibilização dos direitos e consequente precarização no Brasil. Assim, exploramos e conceituamos de forma breve o fenômeno para possibilitar a correta compreensão da terceirização, que está situada dentro deste conjunto de medidas voltadas para a redução dos direitos trabalhistas e aumento dos lucros das empresas.

O terceiro capítulo foi destinado ao histórico econômico e social, com o fim de demonstrar que, apesar de ser um fato atual, também se apresentou ao longo da história, sendo uma situação de constante tensão entre os trabalhadores e empregadores. Essa ideia também possibilita a compreensão de que a flexibilização se desenvolve mais pelo enfraquecimento da força sindical do que por trazer vantagens econômicas para o país.

175

Deste modo, partimos da concepção de que o caminho seria o de manutenção dos direitos trabalhistas, mas sem desprezar a autonomia do empregador e o desenvolvimento de sua atividade.

Para satisfazer este intento, os Juízes deveriam atuar de forma mais efetiva prestigiando os direitos fundamentais, dentro do que prevê o ordenamento, ainda que entre em vigor uma lei específica sobre o tema. Neste sentido se desenvolvem os capítulos 5 e 6, após a exata conceituação do instituto da terceirização e sua diferenciação com a intermediação de mão de obra no capítulo anterior.

Em seguida, no sétimo e último capítulo de desenvolvimento, estudamos as bases da responsabilidade solidária, e seu embasamento jurídico, criando os contornos necessários para a conclusão do tema.

Por fim, estão nossas conclusões acerca de todo o estudo e da medida apresentada, respondendo o problema suscitado: Como permitir a terceirização respeitando os direitos dos trabalhadores, sem engessar a atividade das empresas e alcançando o melhor para o desenvolvimento econômico do país?

2 Flexibilização do trabalho e precarização no Brasil

Antes de abordar precisamente o objeto de estudo deste artigo cabe apresentar o tema mais amplo, pois a terceirização não é um fenômeno em si, é parte de um conjunto de medidas adotadas em decorrência da flexibilização das relações de trabalho.

A Flexibilização consiste no uso de instrumentos que se prestam a baratear os custos da produção, servindo ao capital, para que o lucro prevaleça sobre a distribuição de renda e valorização do trabalho. Destarte, sempre visando o aumento dos lucros, são tomadas inúmeras providências, em suas mais variadas formas, que giram em torno da precarização do trabalho e contrariam o Estado do Bem Estar Social.

Assim, neste contexto, conforme Maria da Graça Druck e Tânia Franco (2007, p. 35-36), a flexibilização conquistou maior espaço em face da mudança da fonte normativa do direito do trabalho (de onde surgem as leis) pois, com a perda da força das lutas sociais, as normas voltaram a ser criadas pelo capital, e assim, o cenário propiciou que a precarização das condições de trabalho fosse efetivada.

Em decorrência, pode-se dizer que a precarização decorre muito mais da própria perda de força, inclusive com o enfraquecimento da esquerda no mundo, muitas vezes difícil de ser identificada, prevalecendo a imposição pelo capital, que não mede esforços para influenciar o legislador na elaboração de leis que o favoreça. O quadro se agrava em face da concorrência internacional, detentora, muitas vezes, de uma estrutura mais organizada e com maior capacidade financeira para alcançar seus objetivos.

Para as autoras anteriormente referidas, no Brasil, em verdade, os níveis são tão mais expressivos, que deve ser utilizado o termo precarização ou precariedade, no lugar de flexibilização e flexibilidade. O panorama desta precarização, tem no centro a terceirização, mas tem diversas vertentes,

[...] nível de fragmentação, segmentação dos trabalhadores, a heterogeneidade, a individualização, a fragilização dos coletivos, a informalização do trabalho, a crise dos sindicatos e a ideia de perda de direitos de todo gênero, incluindo saúde [...].

Compreendido como processo social constituído pela amplificação e institucionalização da instabilidade e da insegurança, expressa nas novas formas de organização do trabalho - onde a terceirização ocupa um lugar central - e no recuo do papel do Estado como regulador do mercado de trabalho e da proteção social através das inovações da legislação do trabalho e previdenciária. (2007, p. 30-31).

Assim, dentre essas diversas ações situa-se a Terceirização, como um dos mais efetivos instrumentos para as empresas, pois possibilita redução de salários, restrição de direitos, enfraquecimento dos sindicatos e, com a principal vantagem de afastar a responsabilidade do maior beneficiado no processo econômico. Vale ressaltar que estas não são as únicas “vantagens” da terceirização.

Cabe destacar, em uma análise mais apurada, que essas medidas não são verdadeiras soluções para qualquer benefício econômico, mas, apenas, ações sustentadas na impotência dos que defendem o trabalho, culminando na submissão à ordem econômica dominante e com fortes consequências em termos de desemprego e de precarização generalizada do trabalho e da vida. As autoras, Maria da Graça Druck e Tânia Franco (2007, p. 36-37), traçam perfeitamente os contornos da ideia de que a terceirização tem muito mais um escopo de precarização do que de benefício para a economia do país ou para os trabalhadores.

É fácil verificar que são verdadeiras as afirmações esposadas, pois o país passou por um longo período sem que houvesse uma lei específica que regulasse a terceirização, sendo que, na primeira iniciativa de regulação efetiva, a intenção é de total abertura à terceirização, precarizando plenamente os direitos trabalhistas, em detrimento dos trabalhadores e total favorecimento do capital.

Destarte, questiona-se a validade do instrumento para beneficiar economicamente a própria empresa exploradora, pois com a retirada direitos dos trabalhadores há uma redução também o poder de compra dos mesmos e, assim, inviabiliza-se a própria possibilidade da empresa de vender sua produção. Se para a empresa exploradora a vantagem não é tão significativa, pensando de forma mais ampla, jamais seria para a economia de um país que entra em recessão em um quadro como este.

Ademais, Vólia Bomfim (2015, p. 485), calcada em uma reportagem divulgada pelo jornal O Globo em 2006, relata uma nova tendência de “primeirização”, em que muitas tomadoras (real empregador) estão retomando a postura de contratar diretamente o empregado em busca de maior produção, responsabilidade e confiança, pois os empregados terceirizados se sentem discriminados quando excluídos do seio de proteção em que se encontram os empregados do tomador. Consequentemente, os terceirizados se tornam menos comprometidos e produtivos.

177

Por fim, não se pode olvidar que o trabalhador é um ser humano e que deve ter sua dignidade protegida. Neste sentido é o pensamento de Américo Plá Rodriguez, (2000, p. 31),

[...]a competitividade não pode ser buscada com o rebaixamento das condições de trabalho do trabalhador. Não deve ser feita às custas da proteção do trabalhador.

Na própria Declaração de Filadélfia - que integra a Constituição da OIT - figura uma frase que já pertence ao patrimônio intelectual e moral de toda a humanidade: “o trabalho não é uma mercadoria”.[...]

O que se quis dizer é que não deve ser tratado como mercadoria, ou seja, não deve estar sujeito às leis do mercado, pois o trabalhador é um ser humano e, por conseguinte, é portador de uma dignidade essencial que deve ser respeitada em qualquer circunstância, ou seja, há determinados limites que não podem ser ultrapassados, tendo em vista a condição humana do trabalhador.

Em conclusão, além dos argumentos que questionam as vantagens da precarização dos direitos trabalhistas para os empregadores, pode-se dizer que é injustificável a conduta de se

buscar a competitividade e o aumento dos lucros através da precarização e tratamento do trabalho como mercadoria, em clara violação à dignidade da pessoa humana.

3 Histórico econômico

É importante conhecer o histórico para entender o surgimento do fenômeno, em razão do mesmo estar ligado ao conflito entre as conquistas históricas dos trabalhadores e a perene intenção de aumento dos lucros dos detentores do capital, que se intensificou com a globalização e crescimento da concorrência mundial entre as empresas.

A flexibilização é um antigo fenômeno, que sempre esteve presente na história do Direito do Trabalho. É facilmente identificável nos primórdios da Revolução Industrial, séculos XVIII e XIX, em que os empresários utilizavam das mais diversas e criativas formas de subjugar os trabalhadores, majorando os lucros e a produção, beirando a semi-escravização do trabalhador, especialmente mulheres e crianças.

Em 1911 o taylorismo deu início a uma nova fase para os trabalhadores, pois, ao culminar no fordismo, em 1914 e seus aprimoramentos com a “linha de produção”, gerou um fortalecimento dos sindicatos e uma série de conquistas das lutas operárias. Isso ocorreu, principalmente, em razão da concentração de trabalhadores nas fábricas, facilitando a união entre os mesmos, consoante muito bem abordado e resumido por Rodrigo de Lacerda Carelli (2014, p. 33-34).

178

Entretanto, com a globalização e mundialização do capital surge o toyotismo (em 1970) e outras formas, retomando as políticas de desconcentração produtiva, enfraquecendo a força sindical e com a conseqüente precarização do trabalho. Ricardo Antunes (2007, p. 15), em artigo publicado no livro organizado por Maria da Graça Druck e Tânia Franco, descreve bem este cenário e apresenta os sistemas de produção que contribuíram para esse quadro atual.

Neste panorama, apoiado pelo desenvolvimento tecnológico, as máquinas substituíram os homens em diversos setores, especialmente na indústria, e os meios telemáticos propiciaram que a produção fosse transferida para outros polos, incluindo outros países como a China, assim houve um aumento do desemprego e claro enfraquecimento dos Sindicatos.

Com o enfraquecimento destes, o ambiente se tornou propício à flexibilização que retornou com grande força nas últimas duas décadas do século XX. No centro dessas medidas de flexibilização está a terceirização, que já alcança número expressivo dentro do grupo dos trabalhadores formais, sem contar os trabalhadores informais. Os dados foram levantados pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) em conjunto com a Central Única dos Trabalhadores (CUT),

[...]a terceirização segue sendo uma fonte de precarização/diferenciação das condições de trabalho.

Na Tabela 1, verificamos que os **trabalhadores terceirizados perfazem 26,8% do mercado formal de trabalho, totalizando 12,7 milhões de assalariados**. É possível ainda afirmar que este número está subestimado, visto que parte considerável dos trabalhadores terceiros está alocada na informalidade. Caso as

estatísticas contemplassem esse segmento de informais, poderíamos observar que esse universo é maior e, com certeza, os números sobre as condições de trabalho seriam ainda mais assustadores (2014, p. 13).

Vólia Bomfim (2015, p. 483), também apresenta o papel da globalização e da crise econômica nesta precarização de direitos, e defende que o caminho mais adequado seria o da mudança de tributação e a manutenção dos direitos trabalhistas.

A globalização e a crise econômica mundial tornaram o mercado interno mais frágil, exigindo maior produtividade por menores custos para melhor competir com o mercado externo. O primeiro atingido com essa urgente necessidade de redução de custos foi o trabalhador, que teve vários direitos flexibilizados e outros revogados. A terceirização é apenas uma das formas que os empresários têm buscado para amenizar seus gastos, reinvestindo no negócio ou aumentando seus lucros. Daí por que dos anos 90 para cá a locação de serviços ou terceirização tem sido moda.

Assim, observa-se que a Terceirização não surge de alegadas vantagens para o desenvolvimento econômico do país, decorrendo, em verdade, da luta histórica entre os empregadores (impulsionados pela concorrência, busca de maiores lucros e aumento da produção) e a força dos trabalhadores (alicerçados na necessidade de condições melhores de trabalho e de vida digna). Fica visível o fato de que os referidos sistemas de produção enfraqueceram esta força e favoreceram aquela, propiciando o crescimento do trabalho terceirizado.

179

4 Terceirização e intermediação de mão de obra

Um ponto crucial de qualquer trabalho relacionado à Terceirização, deve ser a diferenciação desta com a Intermediação de Mão de Obra. Isto porque, a segunda é veementemente rechaçada, possuindo hipóteses bem excepcionais de utilização, enquanto a primeira tem uma aceitação um pouco mais ampla, com maior número de hipóteses permissivas. Cada um dos referidos fenômenos possuem particularidades que devem ser analisadas para possibilitar, ou não, regularidade da contratação pela empresa.

Para Maurício Godinho (2015, p. 473), “terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente”. Assim, forma-se uma relação trilateral, em que o trabalhador resta inserido no processo produtivo do tomador de serviços, sem que esta assuma a posição clássica de empregadora, enquanto seus laços justrabalhistas são vinculados à entidade interveniente, intermediadora.

Com base no entendimento de Vólia Bomfim (2015, p. 481-483), a subcontratação de empregados se assemelha a institutos de direito comparado, constituindo uma exceção ao princípio da *ajenidad*, no qual aquele que se utiliza da força de trabalho do obreiro e auferir os lucros assume as obrigações trabalhistas decorrentes. Assim, a empresa tomadora celebra um contrato com outra pessoa jurídica, ficando esta última encarregada da produção de um serviço, que a própria tomadora deveria executar para um cliente.

A licitude da terceirização está pautada no respeito à Súmula 331 do TST, não possuindo legislação específica. O Ministério Público, como ente fiscalizador e atuante nas questões relacionadas à terceirização possui precisão no conceito. É o que se pode observar das instruções expedidas para observância pela fiscalização, valendo transcrever a IN nº 3/97:

Art. 2º Para os efeitos desta Instrução Normativa, considera-se empresa de prestação de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado, de natureza comercial, legalmente constituída, que se destina a realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constitui essa última.

Quanto à intermediação de mão de obra, muitas vezes confundida com a Terceirização, é veementemente rechaçada por todo o mundo do trabalho. É também chamada de “*marchandage*”, sendo refutada pelo primeiro princípio da Organização Internacional do Trabalho (OIT), “o trabalho não é uma mercadoria”. Consoante Rodrigo Carelli, em artigo publicado no livro organizado por Maria da Graça Druck e Tânia Franco (2007, p. 59).

Tendo como norte o conceito apresentado por Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim (2014, p. 39), a locação de mão de obra, também exceção ao princípio da *Ajenidade*, é a modalidade de contrato de trabalho em que uma empresa fornece mão de obra para a outra que dirige e administra a prestação dos serviços, usufruindo da força de trabalho e o resultado de sua produção. Diferentemente da Terceirização, a intermediação é regulada pela Lei 6.019/74 (trabalho temporário), que previu hipóteses excepcionais, com rígidas exigências e temporalidade limitada.

180

Destarte, vislumbra-se facilmente que os dois institutos são diversos, pois a intermediação diz respeito à simples locação da força de trabalho, enquanto a terceirização lícita se refere a serviços especializados. Ao analisar as leis relacionadas à matéria, Rodrigo de Lacerda Carelli (2014, p. 87), deixa clara a diferença entre a contratação de serviço temporário (regulada pela Lei 6.019/74) e a Terceirização, autorizada pelas leis 7.102/83 (dispõe sobre serviços de vigilância e autoriza a prestação de serviços por empresas especializadas), 7.290/84 (transporte rodoviário autônomo) e a 4.886/85 (representante comercial autônomo). A primeira autoriza, em restritas hipóteses, a intermediação de mão de obra, enquanto as demais permitem a terceirização (prestação de serviços autônomo por empresa especializada), mas desde que ausente a prestação pessoal e a subordinação. Transcreve-se o pensamento do autor,

Desta forma, verifica-se que tratam de coisas distintas as duas últimas leis citadas. Uma, a de trabalho temporário, trata claramente de colocação de pessoal para trabalhar com pessoalidade e subordinação à empresa contratante, enquanto que a de serviços de vigilância não trata da colocação de trabalhadores a serviço da contratante, e sim da realização de serviço que será realizado autonomamente, segundo a independência organizacional da prestadora de serviços [...] (CARELLI, 2014, p. 87)

Uma lei coerente e adequada tem grande importância, sendo a referida lei de trabalho temporário um exemplo, pois facilita o trabalho dos operadores do direito no trato com a matéria. A referida Lei 6.019/74, se apresenta como um importante instrumento, pois define os

contornos em que esta espécie de trabalho pode ocorrer e traz um conceito preciso do que é trabalho temporário e empresa de trabalho temporário, em seus artigos 2º e 4º.

Conforme apresentado por Vólia Bomfim (2015, p. 497-498), é permitida, inclusive, a intermediação na atividade-fim, sem caracterizar a intermediação de fraude. Os contratos entre o empregador e o trabalhador, bem como entre a empresa temporária (prestadora de serviços) e a tomadora de serviços de trabalho temporário, têm que ser escrito, de acordo com os arts. 9º e 11 da Lei nº 6.019/74. O contrato entre as empresas deve indicar, expressamente, as razões que justificam a modalidade de contratação (acréscimo de serviço ou substituição de pessoal) e possui natureza civil. O prazo de duração é limitado em três meses (contrato a termo), salvo autorização ministerial para estender por igual período (art. 10 da Lei nº 6.019/74).

Outros exemplos de exigências da aludida legislação são: registro, regularidade da empresa e capital mínimo (fatores estes que facilitam o recebimento e a cobrança das verbas trabalhistas devidas); vedação diversos contratos temporários sucessivos através de tomadores distintos; a empresa de trabalho temporário não pode cobrar qualquer importância do trabalhador temporário e, também, não pode impedir que o tomador de serviços contrate definitivamente o trabalhador temporário ao fim do prazo de seu contrato (art. 11, parágrafo único).

Do exposto, os contornos da relação restaram bem definidos, sendo latente a mudança de panorama deste vínculo, que costumeiramente tendia a precarizar os direitos trabalhistas, passando a ser utilizado pelas empresas de forma benéfica ao trabalhador.

181

Entretanto, com relação à terceirização, a falta de regulamentação torna a matéria muito mais controversa e suscetível a fraudes, havendo inúmeras discussões doutrinária e restando ao Ministério Público um árduo papel de fiscalizador e combatente da modalidade. Enquanto, em verdade, a terceirização poderia ser utilizada de forma positiva, passa a ser enxergada sempre de forma negativa.

É uníssono o fato de que o grande problema da terceirização está em sua utilização fraudulenta, confundindo-se com a própria intermediação de mão de obra e, assim, funcionando como instrumento de precarização de Direitos. Destarte, o que se deve coibir não é o instituto em si, mas a precarização decorrente do mesmo. Este entendimento pode ser facilmente extraído da doutrina pátria, transcreve-se,

Não podemos de forma alguma concordar com essa impassibilidade e a simples estupefação frente ao problema. [...] Na realidade, **a interligação entre terceirização e flexibilização ocorre somente naquela como intermediação de mão de obra, a qual existe justamente para baixa de custos em desfavor dos trabalhadores**, o que não é de forma alguma aceitável. E aceitar a terceirização como intermediação de mão de obra é avalizar a precarização e o subjugo do trabalhador frente a questões econômicas (CARELLI, 2014, p. 74) (grifos nossos).

Isto se explica porque a intermediação de mão de obra fere de morte os princípios: da proteção ao empregado; da norma mais favorável; da condição mais benéfica; do tratamento isonômico entre os trabalhadores que prestam serviço a uma mesma empresa; do único enquadramento sindical; do único emprega-

dor; do mesmo enquadramento legal etc. Isso porque os empregados terceirizados possuem direitos inferiores e diversos dos empregados do tomador de serviços (BOMFIM, 2015, p. 483-484).

Assim resta aos Magistrados, como responsáveis pela pacificação social e proferidores da última palavra das lides, se posicionarem para que o tema se desenvolva da melhor forma possível para todos os envolvidos. Atualmente, o principal instrumento dos operadores do direito o Enunciado 331 do TST, proveniente do Judiciário, sendo perfeitamente possível que este poder traga uma interpretação mais protetiva.

Por isso a importância deste estudo. Não se pode excluir a terceirização e ojerizar a mesma *prima facie*, sem o Estudo mais aprofundado dos seus fundamentos e consequências. O ideal é que se possa utilizar o instituto com o máximo de vantagens aos empregadores e aos obreiros, como ocorreu com a intermediação de mão de obra. Também deve se ter em conta os benefícios para o país, pois não se pode olvidar do relevante papel do Direito do Trabalho para a economia e para a sociedade.

5 Postura ativa do juiz e garantia dos direitos fundamentais

Defendemos o posicionamento de que o Juiz deve ter uma postura ativa, adequando as normas ao caso concreto sempre com o objetivo da decisão mais justa, e pautado nos princípios constitucionais. Este é o entendimento adotado pela doutrina moderna:

[...] nosso entendimento é o de que deve o juiz, para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, intervir no contrato de trabalho, como garantidor dos princípios informadores da Constituição Federal de 1988, indo além, portanto, da esfera processual e adentrando a do direito material (SILVA, 2015, p. 133).

O referido autor ressalta a importância do Art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, pois esta norma acabou esquecida por grande parte dos juristas, quando, na verdade, deveria ter aplicação inquestionável, transferindo o juiz da posição de mero expectador limitado para uma conduta proativa, voltada para o processo justo. O dispositivo tem o seguinte teor, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O pensamento, com o qual concordamos, é o de que não se pode dizer que a imparcialidade deve limitar esta atuação do magistrado, pois a postura ativa não se confunde com nenhum sentido que se pode extrair de imparcialidade. Esta não se deve confundir com neutralidade, característica que não deve faltar ao magistrado, por óbvio. Ademais, é inquestionável o fato de que os códigos não acompanham a dinâmica social e de que está superada a máxima de que o juiz é a “boca da lei”. Não há dúvidas de que cabe ao Judiciário exercer a Jurisdição, fazer Justiça. Neste sentido,

Ora, repensemos, se na tradicional divisão tripartite de poder competia ao legislador legislar, ao judiciário aplicar a lei e ao executivo administrar, a quem estaria incumbida a tarefa de fazer Justiça? (SILVA, 2015, p. 137-138 e 145).

Nesse quadro, há que se destacar o fato de que o magistrado deve considerar os princípios ao aplicar a lei, o que torna ainda mais dinâmica a atividade jurisdicional. É o que se extrai do pensamento de Humberto Ávila (2009, p. 97), pois o ordenamento jurídico não se restringe ao conjunto de regras hierarquizadas sustentadas pelos positivistas, mas em conjunto de princípios e regras, os quais devem ser aplicados pelo julgador no caso concreto. Ademais, os princípios são normas importantes para a própria compreensão do sentido que se extrai das regras.

Outro ponto muito importante sobre o tema e que merece destaque é o fato de que a lei, em sua essência, não é neutra, como foi muito bem colocado por Laercio Lopes da Silva (2015, p. 153). As leis são elaboradas de acordo com posicionamentos políticos, pois aqueles que elaboram as leis são influenciados por corporações, mídias, grandes empresas e outros setores, muitas vezes pelas chamadas classes dominantes. Deste modo, não cabe dizer que um juiz, na posição de criador, será violador da tripartição dos poderes ao colocar valores na interpretação das normas, especialmente porque estes valores são decorrentes da própria ordem constitucional, que deve se sobrepor às leis e ser aplicada pelo Judiciário.

Esta é a visão do Neoconstitucionalismo, pois com o mesmo surgiram novos parâmetros de interpretação e aplicação do Direito (LENZA, 2013, p. 63-64). Assim, não é possível, sequer, imaginar uma atuação precária do magistrado, como pensado pelos positivistas, pois os princípios constitucionais estão normatizados e devem ser observados tanto na interpretação das regras como na aplicação do Direito.

Pode-se deixar assentado que, em verdade, os direitos fundamentais deveriam ser consagrados desde a elaboração das leis, pois são obrigatórios a todo o poder público, em face do princípio da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, consoante Art. 5º da Carta Magna de 88. Neste sentido,

[...] em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível (SARLET, 2014, p. 383).

Deste modo, é impossível aceitar a terceirização como precarizadora dos direitos trabalhistas, o magistrado deve encontrar a forma mais adequada de utilização da mesma, no caso concreto, buscando maior benefício a todos os envolvidos na relação trilateral.

Outrossim, ao interpretar a norma, é imprescindível que o Magistrado analise os valores inerentes à época de criação e suas influências, adequando-a, também, ao caso concreto de acordo com os valores impostos pela ordem jurídica e constitucional vigente ao tempo da aplicação. Assim, uma lei de terceirização tem, por obrigação, que respeitar direitos já consagrados na constituição (como FGTS, Seguro Desemprego, jornada adequada de trabalho e outros) e os juízes devem aplicá-la de acordo a axiologia, não havendo nenhum desrespeito ao Legislativo e, muito menos, violação da tripartição dos poderes.

Assim, o próprio Projeto de Lei 4330/04, em trâmite no Congresso Nacional, deveria respeitar a ordem jurídica vigente, seguindo a linha já traçada pela Lei 6.019/74, e trazer disposições que proporcionassem a melhor aplicação possível da terceirização. A própria limitação material deste trabalho não permite maiores incursões, mas o referido Projeto de Lei não está adequado, pois posterga a responsabilidade daqueles que usufruem da força de trabalho contratada, assim restará ao Judiciário o papel de adequar a referida Lei.

Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim (2014, p. 113), apresentam as limitações constitucionais ao direito de contratar por meio da terceirização, sendo imprescindível a observância dos artigos 7º a 11º da CF/88, bem com os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV), além de outros. Destarte, estes parâmetros merecem respeito não apenas pelas empresas, mas também o Judiciário e o próprio Legislativo no momento de elaboração das leis.

Neste sentido, o Art. 186 da CF reforça a ideia de que a própria função social da propriedade está intimamente ligada com a observância das relações de trabalho. Assim, sendo a função social princípio inerente à ordem econômica e impondo o respeito obrigatório às normas que regulam a relação de trabalho e o próprio bem-estar dos trabalhadores, resta inquestionável que qualquer tentativa de precarização da relação laboral deve ser rechaçada, pois violadora da própria Constituição Federal e dos direitos trabalhistas conquistados ao longo de anos de lutas dos obreiros. Ademais, o Artigo 421 do Código Civil de 2002 impõe o respeito à função social do contrato à liberdade de contratar. Se faz importante a transcrição dos referidos artigos,

184

De tudo o que foi exposto, observa-se, sem sombra de dúvidas, que os direitos dos trabalhadores devem ser resguardados e a terceirização não pode ser utilizada como instrumento de precarização. Diversos dispositivos constitucionais foram citados, demonstrando a clareza de suas disposições. Assim, ainda que o legislador desrespeite tais disposições, não há como sustentar a ideia de que os magistrados devem passar ao largo destes princípios e optar pela exclusiva aplicação de textos legislativos absurdos. Vale ressaltar que a livre iniciativa também deve ser protegida, assim a terceirização não deve ser ojerizada, como já aduzido, mas utilizada em sua melhor possibilidade para todos.

6 A responsabilidade solidária do tomador

Verificadas todas as questões levantadas, partimos de duas premissas: primeiro, que a terceirização não pode ser instrumento de precarização dos direitos trabalhistas (especialmente quando confundida a locação de mão de obra); e segundo, que o instituto não deve ser proibido, pois também há que se respeitar a livre iniciativa e o poder diretivo do empregador. Esta conclusão é baseada na união de parcela do entendimento dos dois autores abaixo,

A subcontratação de empregados contraria a finalidade do direito, seus princípios e sua função social e, por isso, constitui-se em exceção ao princípio da ajenidad, onde a relação de emprego se forma diretamente com o tomador dos serviços, isto é, com o empregador natural (relação bilateral) (BOMFIM, 2015, p. 483).

Não há norma proibindo a terceirização, seja em atividade-fim, seja em atividade-meio. E nem seria razoável haver, pois a forma de gerenciar seu negócio e quais setores vai atuar deve ser decisão da própria empresa (CARELLI, 2014 p. 84).

Sem ter a pretensão de se imiscuir em todas as questões inerentes à terceirização, inclusive, pela limitação imposta a este tipo de pesquisa, entendemos que um ponto crucial para que seja possível autorizar a terceirização é a responsabilidade pelo seu uso. A cada um é dado o direito de gerenciar seu negócio, mas, também, a este bônus atrela-se o ônus de arcar com os custos (ideia do risco proveito e princípio da justiça), especialmente quando proporcionado o lucro decorrente da força de trabalho humano.

Em que pese o posicionamento amplamente majoritário da Doutrina e Jurisprudência pátria ser a de que a responsabilidade do tomador aplicada nos contratos de terceirização lícita é subsidiária, entendimento consagrado na Súmula 331 do TST, com a devida vênua, seria mais acertada a responsabilização solidária.

Insta ressaltar que na terceirização ilícita (intermediação de mão de obra) já é sedimentado o entendimento de que a responsabilidade da tomadora é direta, consoante inciso I da Súmula 331 do TST, “[...] a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974)”. Assim o que será discutido é a responsabilidade diante da terceirização lícita.

185

São diversos os argumentos que reforçam a ideia de responsabilização solidária, sendo muito bem destacados por Laercio Lopes da Silva às fls. 51 a 61, especialmente 53, em *A terceirização e a precarização nas relações de trabalho*. É bastante elucidativa a apresentação de alguns dos argumentos principais abaixo.

Na terceirização ocorre a celebração de dois contratos distintos, um entre empregado e a prestadora de serviços e outro entre as empresas. Assim, na relação desenvolvida entre a prestadora e a tomadora o empregado é considerado típico terceiro. Deste modo, os efeitos da relação entre as mesmas deve se aplicar ao contrato de trabalho do empregado, exatamente, tendo este como terceiro que sequer participou da relação desenvolvida.

Ainda com base no suprarreferido autor, um primeiro questionamento que se tem que fazer é se um contrato de natureza civil entre as partes empresariais (prestadora versus tomadora) pode ter efeito negativo no contrato de trabalho de uma pessoa que não participou minimamente do contrato firmado entre elas. Assim, não é aceitável que as empresas, em um contrato de natureza civil, possam decidir livremente sobre ônus para um terceiro não participante da relação. Isso seria, inclusive, uma inovação no direito. Vale destacar que esse ônus é expressivo, substancial, pois os efeitos da responsabilidade subsidiária da tomadora remeteria o pagamento das verbas do trabalhador a um futuro incerto, por conta de um benefício de ordem, que beneficia justamente a parte exploradora da mão de obra.

Não se pode olvidar da função social do contrato, pois necessária e sustenta a responsabilidade solidária em contratos cíveis, independentemente da participação do terceiro ofendido na relação travada. Assim, *verbi gratia*, é possível a responsabilidade direta do fabricante de um veículo por um vício no freio e que causou danos a um terceiro. Ou seja, este é estranho ao contrato e, ainda assim, é beneficiado pela responsabilização direta. Na terceirização, negar este direito ao obreiro seria mais do que negar um benefício justo a um terceiro ofendido, seria, em verdade, o absurdo de se impor um grave prejuízo. Resta inquestionável que um trabalhador hipossuficiente na relação, que teve sua mão de obra explorada, pode acionar e executar diretamente a tomadora. Alicerça este entendimento a obra de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 216-220).

Nesta linha de raciocínio, o Precedente Normativo n. 38 do TRT 2, corretamente se adéqua a uma visão contemporânea do Direito Constitucional, alocando os direitos trabalhistas ao lado direitos sociais e direitos fundamentais, como deve ocorrer. Assim, consagra-se o princípio constitucional da Solidariedade, defendido pelo autor abaixo comentado, amparado nas constituições democráticas, na visão atual dos direitos humanos e neoconstitucionalismo. O teor do referido precedente é o que se segue, “[...] o tomador da mão de obra, ainda que em atividade-meio, é responsável solidário pelos créditos trabalhistas do trabalhador assim alocado, correspondente ao tempo que durar a terceirização.”

186

Em verdade, o que vem ocorrendo, é a exploração da força de trabalho do obreiro, com a conseqüente obtenção de lucros pelas tomadoras de serviço, enquanto as prestadoras apenas contratam. Portanto não existe fundamento algum para as tomadoras se furtarem à sua responsabilidade. Neste sentido, Laercio Lopes da Silva (2015, p. 55) é preciso ao dizer,

Ora, quem contrai uma dívida junto é, de ordinário, devedor solidário [...] Quando está em jogo um direito fundamental, como os direitos sociais relativos aos direitos trabalhistas, nunca pode haver qualquer tipo de subsidiariedade, tanto que a Constituição quando se refere à saúde, educação, e outros direitos fundamentais sempre se refere ao Município, Estado e a União numa ordem solidária.

Em favor do empregado estão a função social do contrato, a boa-fé contratual e a probidade, marcando a eticidade do contrato, previstos nos artigos 421 e 422 do Código Civil.

A conduta irresponsável das empresas é totalmente contrária aos referidos princípios, pois obriga o empregado a renunciar seu direito, aceitando uma subsidiariedade que, via de regra, submete o trabalhador a longos períodos de atraso no recebimento de suas verbas trabalhistas e até inadimplência, sem falar na redução de direitos comum à terceirização (SILVA, 2015, p. 56-57).

Se os preceitos constantes nestes artigos devem ser respeitados em contratos de natureza civil, não há sombra de dúvidas quanto aos contratos relacionados a direitos trabalhistas.

Assim resta à tomadora litigar com a prestadora quanto ao direito de regresso relativo ao pagamento das verbas trabalhistas, pois nada impede que as mesmas pactuem quanto à res-

ponsabilidade. O que não se pode aceitar é que esta pactuação implique em renúncia de direitos por parte do trabalhador.

Neste mesmo sentido, Rodrigo Carelli (2014, p. 170), apresenta medidas que seriam satisfatórias em coibir a utilização fraudatória da terceirização e citando, dentre elas a responsabilização solidária da tomadora. Esta solução, mais do que adequada, é a mais justa.

A integridade do direito do trabalho somente será mantida com a não confusão entre os fenômenos da terceirização e da intermediação de mão de obra. [...] Assim, as três iniciativas a serem propostas, algumas já com utilização pelos tribunais trabalhistas, seriam:

1) Responsabilidade solidária do contratante em relação aos trabalhadores da contratada...

Em suma, de todos os argumentos apresentados, resta latente que o Direito vigente impõe a responsabilidade solidária da tomadora em contratos de terceirização, restando à mesma acionar em regresso a prestadora de serviços. Pensar o contrário seria o mesmo que trazer para a relação de trabalho uma precária aplicação do Direito que não se coaduna, sequer com o Direito Civil, quiçá com um ramo historicamente protetivo e de vanguarda.

7 Considerações finais

O Direito do Trabalho é o ramo do Direito que guarda maior relação com a luta histórica entre as classes. É um direito permeado por influência de todas as vertentes, pois os legisladores acabam produzindo as leis de forma a satisfazer o setor que tenha maior sucesso em suas pressões ao Poder Público.

Por vezes prevalecem os interesses dos detentores do capital, que se utilizam do poder financeiro e fazem manobras para que a legislação se coadune com seus anseios, quais sejam, livre iniciativa com total liberdade e obtenção máxima de lucros. Em outros momentos, os trabalhadores fazem valer a força de sua união, com capacidade de paralisar a produção de diversos setores, e o seu poder de influência sobre o voto de expressiva parcela da população, impondo aos governantes que satisfaçam seu desejo de melhores condições de trabalho e de vida digna.

Assim, é inquestionável, e comprovado historicamente, que o Direito do Trabalho é fruto deste sopesamento entre a pressão dos trabalhadores e dos empregadores, como ocorreu com o desenvolvimento da classe burguesa na Revolução Industrial e opressão dos obreiros.

Com isso, concluímos que a atividade do legislador é viciada por diversas influências, o que não pode ser, de logo, julgado como negativo. Entretanto, esta conclusão deve estar presente para se entender que a lei deve ser controlada através da criação, interpretação e aplicação dentro de uma perspectiva de justiça e igualdade material.

Deste modo, especialmente por ter sido superado o positivismo, entendemos que cabe ao Judiciário o fundamental papel de fazer Justiça, trazendo para a lei o melhor resultado prático diante do caso concreto em julgamento. Ademais, o neoconstitucionalismo trouxe o postulado

da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) e a força normativa da Constituição, impondo um mandado de otimização da eficácia desta, através do dever de aplicação imediata dos direitos fundamentais a todos. Destarte, a Constituição Federal, como “lei” maior do ordenamento, determina, na relação de trabalho, a observância dos seus artigos 7º a 11º, os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV), e a função social da propriedade (art. 186 da CF), além de outros.

\Podemos, então, deixar assentado que não apenas os trabalhadores e as empresas devem observar estes parâmetros, mas também o Judiciário e o próprio Legislativo no momento de elaboração das leis. Com isso, o Judiciário, mais do que o poder de controlar a Lei em sua aplicação, tem o dever de fazer Justiça, com base nos dispositivos suprarreferidos, sem que este ativismo judicial possa ser considerado afronta à tripartição de poderes.

Nesta linha de raciocínio, existem limitações constitucionais ao direito de contratar, por meio da terceirização, e devem ser respeitadas. O enfraquecimento das classes trabalhadoras possibilitou que a terceirização aparecesse como um fenômeno de precarização dos direitos, no entanto não pode ser este o escopo do instituto.

188

Com isso, concluímos que a terceirização deve ser permitida, como expressão da livre iniciativa, possibilitando aos empregadores o melhor desenvolvimento de sua atividade empresarial, mas como fenômeno de administração empresarial e não de relativização de direitos. Assim, deve também ser limitada, de forma que seja também proveitosa aos trabalhadores, ao invés de simplesmente danosa.

Concluímos ainda que a melhor solução, para alcançar este equilíbrio de forças e direitos, é a responsabilização da tomadora de serviços de forma solidária, pois a mesma é efetiva exploradora da mão de obra do trabalhador, através do qual obtém lucros, e de igual modo deve se submeter ao respeito ao princípio do risco proveito e ao caráter forfetário que se extrai da *ajenidad*. Deve o empregador assumir os ônus decorrentes do bônus de exercer sua atividade da forma que melhor lhe convém.

É, assim, papel do Poder Legislativo, respeitar as normas constitucionais e reformular o projeto de lei 4.330/04, de forma a impor a responsabilização direta da tomadora. Furtando-se este Poder à sua obrigação, resta ao Judiciário o dever de aplicar o direito da forma mais adequada e justa.

De todo o exposto, concluímos que este é o melhor caminho para que seja repetida a livre iniciativa, de acordo da função social da propriedade, possibilitando a utilização da terceirização, mas da melhor forma para todos, não se olvidando da Justiça.

Referências

ANTUNES, Ricardo. **Dimensões da precarização estrutural do trabalho**. A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização. São Paulo: Boitempo, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São

Paulo: Malheiros, 2009.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e direitos trabalhistas no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2007.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização como intermediação de mão de obra** [em linha]. Brasil, 2014 [citado em 10 de Junho de 2016].

Disponível em URL: <<https://bibliotecaprt21.wordpress.com/2014/09/02/livro-digital-terceirizacao-co-mo-intermediacao-de-mao-de-obra-de-rodrigo-de-lacerda-carelli/>>. Acesso em: 16 de Agosto de 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método – Grupo Gen, 2015.

CUT; DIEESE. **Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha**. Dossiê acerca do impacto da Terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

Disponível em URL: <<https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-DesenvolvimentoLayout.pdf>>. Acesso em: 16 de Agosto de 2016.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTR, 2014.

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

DRUCK, Maria da Graça; FRANCO, Tânia. **A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização**. São Paulo: Boitempo, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, Vol 4,

189

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional: esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Laercio Lopes da. **A terceirização e a precarização nas relações de trabalho: a atuação do juiz na garantia dos direitos fundamentais nas relações assimétricas de poder. Uma interpretação crítica do PL n. 4.330/2004**. São Paulo: LTR, 2015.

Novo código de processo civil e desconsideração da personalidade jurídica: impactos no processo do trabalho

Guilherme Guimarães Feliciano¹

Introdução. *Disregard doctrine*: brevíssimo esboço

A teoria da *disregard of legal entity* tem provável origem no célebre *case* Salomon v. Salomon & Co. Ltd., que remonta à Inglaterra de finais do século XIX. Aaron Salomon, comerciante do segmento calçadista, havia constituído uma sociedade comercial que tinha por sócios, além dele próprio, seis membros de sua própria família, para os quais distribuiu seis únicas ações representativas, reservando para si outras vinte mil delas; e, isto feito, transferiu para a sociedade todo o seu fundo de comércio. A sociedade também emitiu títulos privilegiados, que Salomon adquiriu posteriormente, tornando-se também credor privilegiado da companhia. A empresa, porém, mostrou-se economicamente inviável, entrando em liquidação um ano depois de sua constituição, com diversas dívidas em aberto. Para proteger os interesses de seus inúmeros credores, o liquidante reclamou, nos tribunais, uma indenização pessoal de Aaron Salomon, uma vez que a companhia correspondia ainda à atividade pessoal do próprio Aaron; afinal, os demais sócios eram fictícios. Ante as evidências, o juízo de primeiro grau e a corte de apelação deferiram o pleito, desconsiderando a personalidade jurídica da sociedade e impondo a Salomon a responsabilidade pessoal pelos débitos da sociedade. Tal decisão foi posteriormente reformada pela *House of Lords*, que preferiu prestigiar a autonomia patrimonial da sociedade regularmente constituída; mas já estavam lançados os fundamentos da teoria da desconsideração. Nos EUA, por sua vez, a *disregard doctrine* deita raízes no caso *Bank of the United States v. Deveaux*, sendo certo que, em 1809, as cortes norte-americanas já erguiam o véu da personalidade jurídica para alcançar e considerar as características dos sócios individuais.²

Já no Brasil, de tradições legislativas (*civil law*), a *disregard doctrine* foi expressamente positivada, pela primeira vez, no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), em seu artigo 28, *caput*, ao dispor que “[o] juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da socie-

¹ Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Doutor em Direito Penal e Livre-Docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo. Membro do Conselho Editorial da Revista ANAMATRA de Direito e Processo do Trabalho (ANAMATRA / LTr). Coordenador da Pós-Graduação *lato sensu* em Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Taubaté (UNITAU). Ex-Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região (AMATRA XV) (gestão 2011-2013). Diretor de Prerrogativas da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (gestão 2013-2015). Vice-presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (gestão 2015-2017). Membro da Academia Taubateana de Letras (cadeira 14).

² V., por todos, FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 58. V. também FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Desconsideração e consideração da pessoa jurídica no Direito Penal Ambiental: Convergindo antíteses aparentes para a tutela penal do meio ambiente humano*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, FDUSP, jan./dez. 2013. v. 118. p. 511-513.

dade quanto, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”, e que “[a] desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”. Ulteriormente, a Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, depois atualizada pela MP 1.540-29, de 2/10/1997, estatuiu que “a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração” (art. 18), consagrando a figura da “disregard”, agora no âmbito do Direito Econômico, a aparente meio caminho entre a teoria “menor” (aquela do CDC) e a teoria “maior” (a que viria a seguir, com o NCC). Por fim, o Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002) dispôs, em seu artigo 50, que, “[e]m caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

É essa a teoria – e são esses os preceitos legais – que justifica(m), como bem se sabe, o direcionamento das execuções trabalhistas ao patrimônio pessoal dos sócios das empresas condenadas em ações reclamationárias, muitas vezes com uma “automaticidade” que causa espécie a tantos quantos não militam frequentemente na Justiça do Trabalho. E, ao lado daqueles dispositivos, frequentemente se esgrigem outros, inerentes ao subsistema juslaboral, como são os artigos 2º, 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho.

191

No entanto, com o advento da Lei n. 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil), insinuou-se forte movimento tendente a *repensar*, no campo procedimental, a aplicação da *disregard* aos litígios trabalhistas. Mas em que sentido? E com que razão? Instaurou-se a polêmica.

A esse hiato hermenêutico dedicamos a nossa presente digressão.

1 Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no NCPC

O novo Código de Processo Civil trouxe a lume uma genuína novidade em matéria de desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se do *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, regulado entre os artigos 133 e 137 da Lei n. 13.105/2015. A nova lei basicamente estatuiu um *rito próprio* para a desconsideração da personalidade jurídica, que haveria de ser incidentalmente aplicado em todos os casos – inclusive em juizados especiais (artigo 1.062/NCPC) nos quais coubesse, em sede cognitiva ou executiva, desconsiderar a capa formal da personalidade jurídica para se atingir diretamente o patrimônio dos administradores, sócios ou associados. Sua finalidade é conferir, por um lado, regularidade e uniformidade aos procedimentos de desconsideração; e, por outro, assegurar aos administradores, sócios e associados das entidades-rés, em tais hipóteses, condições adequadas para o exercício do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF).

Pelo novo código, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica passa a ser uma nova modalidade de *intervenção de terceiros* no processo (daí a sua localização no capítulo IV do título III do livro III da Parte Geral do NCPC), na modalidade passiva. Será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo (artigo 133, *caput*), não havendo, na lei processual civil, hipótese de instauração “*ex officio*”, por iniciativa do juiz.

O parágrafo 1º do artigo 133 dispõe que “[o] *pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei*”, no que se reporta aos *pressupostos materiais* da desconconsideração, que evidentemente deverão estar presentes para o deferimento do pedido. Tais pressupostos de admissibilidade serão mais ou menos rigorosos, conforme estejamos diante, respectivamente, de desconconsiderações regidas pela *teoria maior* (artigo 50 do NCC) ou pela *teoria menor* (artigos 28 do CDC e 4º da LCA), para utilizarmos uma dicotomia relativamente aceita pela doutrina nacional (conquanto não unânime)³. Nos casos regidos pela *teoria menor*, deve-se comprovar a *fraude e/ou o abuso de direito* (a dita *formulação subjetiva*), ou então a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica e seus administradores, sócios ou associados (a dita *formulação objetiva*); na formulação subjetiva, cabem todos os usos que configurem abuso da personalidade jurídica, abuso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação de estatutos ou contratos sociais (artigos 50 do NCC e 28, *caput*, 1ª parte, do CDC), sempre com intenção de frustrar os interesses dos credores. Já nos casos regidos pela *teoria maior*, admite-se a desconconsideração da personalidade jurídica quando simplesmente houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração (artigo 28, *caput*, 2ª parte, do CDC); ou, de um modo mais geral, sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados (artigo 4º da LCA).

192

O procedimento do NCPC aplica-se, ademais, às hipóteses de desconconsideração “inversa” (ou “reversa”) da personalidade jurídica, i.e., aos casos em que a cognição/execução deverá ir além do patrimônio da pessoa natural feita ré, para alcançar também o patrimônio da pessoa jurídica que tal pessoa administra ou integra e que, de algum modo, serviu de anteparo formal para ocultação de patrimônio próprio.

O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, como também na fase de cumprimento de sentença e também nas execuções fundadas em título executivo extrajudicial. Sua autonomia formal está assegurada no parágrafo 1º do artigo 134 do NCPC, pelo qual “[a] *instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas*”. Por outro lado, a instauração do incidente é dispensada, no processo civil, se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida desde logo, na *petição inicial*, hipótese em que será imediatamente citado o sócio (na desconconsideração direta) ou a pessoa jurídica (na desconconsideração reversa); em tal caso, o contraditório será exercido imediata e conjuntamente com o réu principal, na própria fase cognitiva.

Se o incidente for efetivamente instaurado pelo juiz da causa, dar-se-á a suspensão do processo principal, exceção feita à hipótese do artigo 133, §2º, do NCPC (i.e., quando a descon-

³ V., por todos, COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. II. p. 31 e ss.

sideração for *ab initio* requerida na petição inicial). O novo código registra, ademais, que “[o] requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica” (artigo 133, §4º), o que significa que a petição deverá indicar articuladamente os fatos configuradores da fraude, do abuso, da confusão patrimonial, do estado de insolvência etc.; posteriormente, se acaso controvertidos, esses fatos deverão ser provados pela parte que os alega.

O sócio ou a pessoa jurídica indicados no incidente serão citados para manifestação em quinze dias; no mesmo prazo, deverão requerer as provas cabíveis. Havendo necessidade de provas, abre-se lapso instrutório, ao qual se aplicam as regras gerais das audiências de instrução (artigos 358 a 368 do NCPC) e do direito probatório (artigos 369 a 379), no que couber. E, concluída a fase instrutória, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Proferida em primeiro grau, caberá agravo de instrumento (artigo 1.015, IV, NCPC); proferida em segundo grau, pelo relator, caberá agravo interno (artigo 136, parag. único, NCPC).

Por fim, uma vez acolhido o pleito de desconsideração, reza a lei que “a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente” (artigo 137). Significa que, alienados ou onerados bens quaisquer da pessoa indicada no incidente – seja ele o administrador, o sócio, o associado (na desconsideração direta) ou a pessoa jurídica (na desconsideração reversa) –, nas condições jurídico-legais do artigo 792, I a V, do NCPC, essas alienações e onerações serão desconsideradas no processo principal, já que ineficazes para a pessoa do requerente. De se ver, ademais, que, na hipótese do inciso IV (“quando, ao tempo da alienação ou oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência”), deve-se ter em conta, obviamente, a própria ação principal ajuizada em face do réu cuja personalidade jurídica foi desconsiderada.

193

2 Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho

A propósito do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na Lei n. 13.105/2015, é comentário comum, entre alguns dos protagonistas intelectuais do NCPC, que o novo rito teria sido concebido “especialmente” para as execuções trabalhistas, ante as queixas reiteradas de excessos, notadamente entre representantes da advocacia.

Promulgada a lei, porém, já não importa aferir a *mens legislatoris*. Antes, ou ao lado dela, é preciso perquirir a *mens legis*, o que pressupõe mínima abstração sistemática⁴. O que significa

⁴ V., a propósito, FERRAZ JR., apontando as críticas às chamadas “correntes subjetivistas”: “Não se vai primeiro à mens legislatoris para depois atingir o sentido da norma, posto que, na verdade, primeiro se alcança o sentido da norma (se interpreta) e só depois é que se descobre a intenção do legislador. Em segundo lugar, a corrente subjetivista recorre ao mesmo pressuposto indemonstrável da teoria idealista, supondo que a intenção do legislador (mens ou voluntas) é algo distinto da articulação linguístico-normativa e que existiria uma forma de acesso ao seu pensamento normativo que não seja por meio do seu discurso normativo. Ora, para reconhecer esse pensamento (como intenção) inarticulado linguisticamente teríamos de buscar uma vontade capaz de se comunicar de forma não linguística. Como isso é impossível, recorre-se aos debates preliminares, aos testemunhos pré-normativos, os quais, porém, também têm de ser interpretados! Se as palavras do legislador, unidades em que se expressa a consciência, representassem ideias, elas se fundariam num vazio, refletindo um certo arbítrio, o que torna o critério da

indagar: uma vez integrado ao sistema processual brasileiro, o incidente de descon sideração da personalidade jurídica *pode* ser aplicado ao processo do trabalho? Vejamos.

2.1 O artigo 15 do NCPC: evolução e interpretação

O artigo 15 do NCPC provocou, como se sabe, certa perplexidade quanto ao papel do artigo 769 da CLT a partir da entrada em vigor do novo código. Originalmente, no PL n. 6.025/2010 (Câmara dos Deputados), o preceito estava assim vazado:

Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, administrativos ou trabalhistas, as disposições deste Código lhes serão *aplicadas supletivamente (g.n.)*.⁵

Ditada desta maneira, a norma pareceu relativizar o clássico binômio de *subsidiariedade* que a jurisprudência e a doutrina processual trabalhista construíram a partir do artigo 769 da CLT. É que, segundo o pensamento juslaboral consolidado, para que a norma de direito processual comum – i.e., o *Direito Processual Civil* (ao menos pela interpretação hoje corrente⁶) – possa ser aplicada ao processo do trabalho, há que ter **omissão** (da legislação processual trabalhista) e **compatibilidade** (entre a norma importada do processo comum e a principiologia do processo do trabalho). O mesmo se diga, ademais, do artigo 889 da CLT, quanto à execução trabalhista. O artigo 15, entretanto, ignoraria, ao menos textualmente, o segundo elemento do binômio (i.e., a *compatibilidade*), por se referir apenas à “ausência de normas” (i.e., à *omissão*). Dir-se-ia que o pressuposto da compatibilidade é óbvio; mas, se tão óbvio fosse, não constaria expressamente do texto celetário de 1943 (“...*exceto naquilo em que for incompatível...*”). Os que advogam essa nova compreensão supõem, na verdade, que o artigo 15 do NCPC *derrogou* a norma do artigo 769 da CLT, já que sequer referia a subsidiariedade. É fato que, nalgumas falas públicas, o próprio presidente da Comissão de Juristas, o Ministro LUIZ FUX (STF), deixou transparecer tal pretensão, no pretense propósito de auxiliar o operador do Direito Processual do Trabalho, às voltas com um diploma legislativo que ultrapassa o seu septuagésimo aniversário.

E, com efeito, lido e interpretado sem o devido cuidado, o preceito permitiria, por exemplo, que um juiz do Trabalho viesse a admitir agravo de instrumento contra decisão liquidatária

interpretação verdadeira inexplicável” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 246-247). O autor, no entanto, critica também a teoria objetivista de interpretação da norma, propondo a utilização do método lógico-sistemático (para neutralizar os comunicadores e conferir à norma o caráter de *imperativo despsicologizado*) e dos métodos histórico-sociológico e teleológico-axiológico, logrando a máxima congruência entre autoridade, liderança e reputação, e por conseguinte a *boa interpretação*, que revela a vontade do legislador racional (p. 257). Como reportamos em outra obra, cremos ser esta uma teoria igualmente *objetivista*, embora calcada em pressupostos diversos (teoria linguística e semiótica) e operacionalizada com instrumentos mais refinados.

⁵ Em relação à redação original do PLS n. 166, no Senado da República, o texto em questão excluiu apenas os **processos penais**; e, desnecessariamente, a nosso ver. Veja-se a nota subsequente.

⁶ Com a qual, diga-se, não concordamos. A rigor, tanto o *processo civil* quanto o *processo penal* poderiam ser considerados, em um sentido mais amplo, “direito processual comum”. Quanto a isso, v. *Fênix — por um novo processo do trabalho: a proposta dos juízes do Trabalho da 15ª Região para a reforma do processo laboral (comentada pelos autores)*, de nossa lavra, em coautoria com os juízes GERSON LACERDA PISTORI, JORGE LUIZ SOUTO MAIOR e MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO (São Paulo: LTr, 2011).

de sentença (artigo 1015, parágrafo único, do NCPC⁷), já que a Consolidação das Leis do Trabalho hoje é omissa a respeito dos métodos de liquidação sentencial (exceto quanto à liquidação por cálculos, *ex vi* do artigo 879, mas sem qualquer referência aos respectivos modos de impugnação). E, na mesma linha, entender-se-ia que, diante do silêncio da CLT, o incidente de descon sideração da personalidade jurídica seria integralmente aplicável ao processo do trabalho, inclusive quanto ao “prazo comum” de quinze dias para a defesa dos requeridos (maior que qualquer dos prazos celetários em fase de conhecimento). Mais ainda, a decisão interlocutória final, no incidente de descon sideração, desafiaria agravo de instrumento (artigos 135 e 1015, IV, do NCPC)...

Tais exegeses, se levadas a cabo na esfera do processo laboral, representariam evidentes retrocessos, notadamente nas execuções trabalhistas. Isso porque, sem sombra de dúvidas, essas interpretações – que decorreriam da mera *omissão* da CLT a respeito – estariam em desacordo com a **principiologia do processo laboral**, notadamente em razão dos princípios da celeridade processual, da concentração dos atos processuais, da oficialidade da execução e da irrecorribilidade das decisões interlocutórias (*ut* artigo 893, §1º, da CLT).

Para evitar semelhantes dificuldades, que no limite fariam vir abaixo todo o pórtico de inteligência jurisprudencial já erigido sobre o artigo 769 consolidado, era de toda conveniência *corrigir* a redação do preceito, durante a tramitação legislativa, para que fosse promulgado o seguinte texto:

Na ausência de normas que regulem processos penais, eleitorais, administrativos ou trabalhistas, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletivamente, *exceto naquilo em que forem incompatíveis com os respectivos sistemas ou princípios (g.n.)*.

195

É o que propuséramos originalmente, por intermédio da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA). Com isso, já não restariam dúvidas de que, tanto no processo do trabalho como nos demais ramos da processualística contemporânea (processo administrativo, penal, penal militar, eleitoral, etc.), a norma processual civil só poderia ser “importada” quando não conflitasse com os princípios e a sistemática própria de cada um daqueles ramos. No caso específico da Justiça do Trabalho, preservar-se-ia a jurisprudência já construída para o tema da subsidiariedade do direito processual comum, incrementando-se a segurança jurídica, sem prejuízo da renovação advinda dos novos princípios e regras positivados pelo NCPC (especialmente em seu artigo 139). E, diga-se, *nem poderia ser outra a interpretação correta do preceito*. Mas, para prevenir arroubos colonizadores do processualismo civil, conviria ressaltar.

Entretanto, *não se ressaltou*. Ao final, para tentar evitar tal hermenêutica desconstrutiva, a própria ANAMATRA chegou a propor destaque supressivo para que, à maneira do processo penal, o processo do trabalho fosse *excluído* do artigo 15. Outra vez não houve êxito. E assim se promulgou, no NCPC, o texto do artigo 15:

⁷ A que correspondia, *mutatis mutandis*, o artigo 475-H do Código de Processo Civil de 1973.

Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas *supletiva e subsidiariamente* (g.n.).

Legem habemus. Resta agora, ao aplicador do Direito, manejar uma hermenêutica minimamente razoável. E a interpretação não poderia ser outra, se não aquela que ensaiamos acima: **o artigo 15 do NCPC não ab-roga ou derroga o artigo 769 da CLT; antes, reforça a sua inteligência tradicional** (inclusive na perspectiva da *mens legislatoris*, já que *assimilou*, na tramitação perante a Câmara dos Deputados, o advérbio “subsidiariamente”). O “supletivo”, nesse passo, discrepa do “subsidiário”, mas apenas naquilo que a doutrina processual laboral já havia incorporado desde as últimas alterações do CPC de 1973 (Leis ns. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006). Para as lacunas ditas “normativas”, i.e., *textuais*, dir-se-á da aplicação *subsidiária* do processo comum, lá onde não houver texto legal específico em vigor; e de aplicação *supletiva* se dirá, com afastamento de textos legais formalmente em vigor, para as lacunas ditas *ontológicas* (em que o texto legislativo padece de decrepitude social, i.e., está irremediavelmente *desligado* da realidade social em que deve ser aplicado) e para as lacunas ditas *axiológicas* (em que o texto legislativo, uma vez aplicado, conduz a soluções que são – ou se tornaram – *injustas*, notadamente à luz dos valores constitucionais em vigor)⁸.

Entendimentos similares foram recentemente externados, com maestria, por ATHAYDE CHAVES e TEIXEIRA FILHO (respectivamente):

196

Ainda que esse tema tenha despertado alguma polêmica, quando promulgado o novo código, entendo que *o seu art. 15 em nada altera a metodologia de subsidiariedade e/ou supletividade das normas processuais comuns ao processo do trabalho*, assim como presente nos arts. 769 e 889 da CLT. A grande questão, ainda em aberto, diz respeito à necessidade de evolução na metodologia processual quanto ao diálogo das fontes, em especial em razão do influxo dos direitos fundamentais e a colmatação das insuficiências normativas processuais na Justiça do Trabalho. *Esse é um desafio que já se nos apresentava antes e que continua bastante presente, porque se produz pouca ciência sobre o problema das lacunas supervenientes no subsistema processual do trabalho*, revelando-se, não raro, certo colorido discricionário na questão da aplicação de normas processuais gerais nesse terreno especializado. Assim, entendo que *não existe antinomia entre as regras mencionadas. O problema é metodológico e de supremacia da Constituição Federal, que exige eficiência da tutela processual diferenciada que deve ser prestada pela Justiça do Trabalho*. E isso não significa uma defesa historicamente acrítica do processo do trabalho, que não nasceu para ser autônomo, normativamente falando. Nasceu impregnado com valores diferentes e uma ideologia de efetividade e simplicidade processuais, mas não isolamento ou autonomia estanque. Não se pode negar a condição pré-constitucional da parte processual da CLT, bem como os avanços científicos do processo comum. A grande tarefa do intérprete e aplicador do processo do trabalho é considerar esse cenário e reconhecer o complexo método que se lhe apresenta na concretização da norma processual trabalhista.⁹

⁸ Sobre a “completude” do sistema jurídico e as suas diversas lacunas, v., por todos, DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 68 e ss.

⁹ CHAVES, Luciano Athayde. *Entrevista*. In: *Jornal Anamatra*. Brasília: ANAMATRA, 2016. n. 184. p.11 (g.n.).

Ainda:

Nada muda, a meu ver. O art. 769, da CLT, estabelece, desde sempre, os dois requisitos para a aplicação de normas do “direito processual comum” (em cujo conceito se compreende o CPC) ao processo do trabalho: a) omissão do sistema desse processo especializado; b) compatibilidade da norma externa com o aludido sistema. O art. 15, do NCPC, cogita, unicamente, da omissão (lacuna, “ausência de normas”), colocando de lado o requisito da compatibilidade, que tem funcionado, na prática, há mais de sessenta anos, como uma eficiente segunda linha de defesa do processo do trabalho, em face das sucessivas e crescentes arremetidas do processo civil. O que me preocupa, pois, no tocante ao art. 15, do NCPC, não é, propriamente, o que ele diz, e sim, o que deixou de dizer. Como advertia o poeta Curitiba, Paulo Leminski: “Repara bem no que não digo”. De resto, é importante lembrar que, *nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB), norma genérica (CPC) não revoga norma específica (CLT).*

A prevalecer a regra do art. 15, do CPC – possibilidade admissível apenas *ad argumentandum* –, estar-se-á rendendo ensejo a que sejam vilipendiados os princípios fundamentais do processo do trabalho. Não é despropositado advertir que o paroxismo dessa influência do NCPC pode implicar perigoso risco à sobrevivência institucional do próprio processo do trabalho, máxime se for atingido o que denominamos de seu núcleo vital, formado:

- a) pela ampla liberdade concedida ao juiz na direção do processo (art. 765);
- b) pela declaração de que somente haverá nulidade se o ato inquinado acarretar manifesto prejuízo à parte (art. 794, *caput*);
- c) pela faculdade concedida ao juiz para proceder à intimação, *ex officio*, de testemunhas (art. 825, parágrafo único);
- d) pela potestade reconhecida ao juiz de dar início à execução (de título judicial – art. 878, *caput*);
- e) pela irrecorribilidade (imediata) das decisões interlocutórias (art. 893, § 1º) – apenas para referir alguns corolários.

Historicamente, aliás, houve tentativa de tornar concreta a possibilidade de sutil obliteração do processo do trabalho, mediante a inserção de parágrafo único no art. 769, da CLT, dispondo: “O direito processual comum também poderá ser utilizado no processo do trabalho, inclusive na fase recursal ou de execução, naquilo em que permitir maior celeridade ou efetividade de jurisdição, ainda que existente norma previamente estabelecida em sentido contrário” (destaquei). Cuidava-se, como se nota, não de incidência subsidiária ou supletiva do processo civil, e sim, substitutiva, significa dizer, derogatória! Projeto, com esse objetivo, havia sido apresentado pelo então deputado federal Luiz Antônio Fleury Filho, sendo, todavia, arquivado, para alívio de quantos lutavam pela sobrevivência do processo do trabalho. Como nós.¹⁰

¹⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Entrevista*. In: *Jornal Anamatra*. Brasília: ANAMATRA, 2016. n. 184. p.12 (g.n.).

Conquanto não partam das mesmas teses, ambos concordam que, para a questão da subsidiariedade do processo comum no processo do trabalho, **nada muda**. É também como pensamos. E, com este norte, portanto, passamos ao tópico seguinte.

2.2 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho: incompatibilidade

Se, como dito, na tensão entre o artigo 15 do NCPC e o artigo 769 da CLT, *as linhas mestras deste último devem sobressair-se* (notadamente quanto à **compatibilidade**), o que dizer da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (artigos 133 a 137 do NCPC) ao processo do trabalho?

A nosso ver, o filtro da compatibilidade leva necessariamente à tese da **inaplicabilidade** do incidente nos processos tramitados sob os ritos da Consolidação das Leis do Trabalho e da Lei n. 5.584/1970. E a sua *absoluta incompatibilidade* com o processo do trabalho deriva fundamentalmente de seis razões.

A uma, pelo histórico *impulso oficial do processo laboral na fase executiva* (estabelecido legalmente, diga-se, muito antes do “processo sincrético” civil, disposto pela Lei n. 11.232/2005). Com efeito, dispõe o artigo 878 da CLT que “[a] execução poderá ser promovida [...] ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente” (g.n.). O processo do trabalho dispensa, portanto, qualquer exigência de “pedido da parte ou do Ministério Público”, como se lê no artigo 133, *caput*, do NCPC (que, vimos, *não admite* a instauração *ex officio*); e isto obviamente se aplica às extensões subjetivas do polo passivo executivo, quando for o caso.

A duas, pela *irrenunciabilidade prima facie dos créditos trabalhistas reclamados ou exequendos*, a autorizar, “*in casu*”, a relativização do princípio dispositivo. Isto também se dá, *mutatis mutandis*, no exercício do direito de defesa perante o processo penal: pelas mesmas e óbvias razões — porque estão em jogo direitos humanos fundamentais aprioristicamente irrenunciáveis —, dar-se-á sempre a designação de um defensor, ainda que o réu *não queira* se defender. No entanto, como vista acima, o rito criado para a desconsideração da personalidade jurídica *não transige* com o impulso oficial, condicionando-o necessariamente à iniciativa interessada de terceiros. O princípio dispositivo, na regra ditada pelo artigo 133, *caput*, do NCPC, reina absoluto.

A três, pela *natureza monolítica do processo laboral* e pelo próprio *princípio da concentração dos atos processuais*, que não se compadecem com “incidentes” autônomos ou com “exceções rituais”, tramitadas em autos apartados, sob numeração própria e com comunicação formal ao distribuidor (artigo 134, §1º, NCPC). Nos procedimentos trabalhistas, *tudo se incorpora ao rito de fundo*, como se dá, p.ex., com a exceção de incompetência “*ex ratione loci*” (artigo 800 da CLT), com a impugnação ao valor da causa (artigo 2º, §2º, da Lei n. 5.584/1970) e com os próprios embargos à execução (sempre entendidos pela doutrina nacional como um mero *incidente endógeno não-autônomo*, enquanto os processualistas civis nele sempre viram uma ação autônoma incidental).

A quatro, pelo *princípio da simplicidade das formas*, inerente ao processo do trabalho (veja-se, *e.g.*, o artigo 840, §1º, da CLT), não se compadece com **(a)** a necessidade de requerimentos prévios formais (artigo 133, *caput*, NCPC); **(b)** a “demonstração” textual exauriente do preenchimento dos pressupostos materiais específicos das diversas hipóteses de *disregard* (artigo 133, §4º, NCPC) – que o reclamante, jejuno em leis e exercente do “*ius postulandi*” (artigo 791/CLT), dificilmente conhecerá, notadamente nas variantes apontadas acima (teorias maior e menor); e **(c)** as citações prévias às restrições de patrimônio – e já se cogitam de “saídas” para essa impraticável aplicação, como, *p.ex.*, a “universalização” das constrições cautelares “*inaudita altera pars*”, autorizadas pelo artigo 139, IV, *c.c.* artigo 9º, par. único, do NCPC, para somente depois instaurar-se *ex officio* o incidente.

A cinco, pelo *princípio da celeridade processual*, que igualmente informa o processo do trabalho – mais intensamente do que o processo civil ou o processo penal, como revelam os próprios prazos processuais trabalhistas –, e que não se compadece **(a)** com o prazo dilatado para a resposta dos requeridos (*quinze dias* – artigo 135/NCPC –, contra o prazo mínimo de *cinco dias* – artigo 841/CLT – reservado para o réu originário no processo do trabalho); e **(b)** com a *suspensão do processo principal* durante a tramitação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (artigo 133, §3º, NCPC), absolutamente desconhecida, até então, do processo do trabalho e do próprio processo civil. O processo do trabalho, em particular, suspende-se apenas nas hipóteses de exceções de incompetência, impedimento e suspeição (artigo 799/CLT); ou, em sede executiva, nos embargos de terceiros (artigo 678/NCPC), porque omissa a CLT; e nada mais. Nas práticas hoje correntes, nada obsta a que, concomitantemente ao curso de prazo judicial deferido para a produção de provas requeridas pelo sócio retirante (que alega, *p.ex.*, já não ter responsabilidade patrimonial, à vista do artigo 1003 do Código Civil, desejando provar o momento da sua saída), produzam-se atos de constrição patrimonial para a garantia do juízo, além de outros atos de comunicação processual que acaso sejam necessários. E nada justifica que tal possibilidade deixe de existir.

A seis, porque entendemos que, no âmbito do Direito do Trabalho, a responsabilidade patrimonial dos sócios pelos débitos trabalhistas de pessoas jurídicas rege-se pelos critérios da chamada *teoria menor*, à vista do que dispõem os artigos 2º, *caput*, 10 e 448 da CLT, associados ao próprio artigo 28, §5º, do CDC (pela via do artigo 8º, par. único, da CLT). Disso decorre que, sendo líquida e certa a dívida e atestada a inadimplência da pessoa jurídica, estão já presentes os pressupostos materiais da desconconsideração, sendo despicienda, de regra, qualquer dilação probatória para comprovação de fraude ou abuso de direito, e menos ainda para colheita de provas acerca das “intenções” do administrador, do sócio ou do associado. Jogando com a coerência interna do sistema jurídico, parece-nos insustentável que a responsabilidade subsidiária de sócios quanto a créditos decorrentes de lesões a consumidores ou ao meio ambiente regule-se pela teoria menor, bastando-lhe a mera insolvência (ou, de modo mais abrangente, que a personalidade jurídica seja, “*de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos*”), e que, em relação a credores trabalhistas – detentores de créditos superprivilegiados, *ut* artigo 449, §1º, da CLT –, aquela responsabilidade regule-se pela teoria maior, exigindo confusão patrimonial, fraude ou abuso comprovados. E, para os casos regidos pela teoria menor (como são, insista-se, os relati-

vos a créditos trabalhistas), o novo rito criado pelo NCPC tem pouquíssima utilidade: em geral, constatada a inadimplência na fase executiva, nada mais resta a provar.

Não estamos sós. Com fundamentos semelhantes, a melhor doutrina tem repudiado a aplicação do IDPJ na Justiça do Trabalho. Assim, p. ex., ATHAYDE CHAVES:

Dizem que esse dispositivo foi pensado para a Justiça do Trabalho, em razão da intensidade com que se promove a desconsideração direta e inversa da personalidade jurídica das pessoas executadas. Sem adentrar no mérito dessa afirmação, quase preconceituosa (na medida em que o esforço que se faz na execução visa a efetividade das tutelas), creio que a formalidade do incidente não reverbera no processo do trabalho. Tal como já sucedeu ao tempo em que os embargos do devedor, no processo comum, eram uma ação autuada de forma apartada dos autos da execução, a instrumentalidade processual trabalhista não demanda um procedimento lateral para a desconsideração. Desde que respeitados os direitos fundamentais processuais, não vejo razão para o excesso de formalismo.¹¹

E, na mesma linha, TEIXEIRA FILHO:

Dizer se o procedimento respeitante ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, traçado pelos arts. 133 a 137 do NCPC, incidirá, ou não, no processo do trabalho, implica certo vaticínio temerário. O que posso afirmar, em concreto, é que esse procedimento se revela incompatível com o processo do trabalho pelas seguintes razões jurídicas, entre outras:

1) Retira a possibilidade de o juiz instaurar, por sua iniciativa, o incidente, contrariando os arts. 765 e 878, *caput*, da CLT. O NCPC somente atribui legitimidade à parte ou ao Ministério Público para isso (art. 133, *caput*); não, portanto, ao juiz;

2) Há suspensão do processo (NCPC, art. 134, § 3º), fato que conspira contra a celeridade do procedimento trabalhista, lembrando que o art. 799, *caput*, da CLT, dispõe que unicamente terão efeito suspensivo do processo as exceções de suspeição (e impedimento) ou incompetência (relativa). A despeito de o NCPC haver banido essas exceções (arts. 64, *caput*, e 146), a CLT ainda as prevê (arts. 799 a 802); destarte, sob o aspecto essencialmente técnico (CLT, art. 769), não há como aplicar ao processo do trabalho os mencionados dispositivos do estatuto processual civil;

3) Atribui ao autor da ação o ônus da prova quanto ao preenchimento dos pressupostos legais específicos para a desconsideração da personalidade jurídica (art. 134, §4º); no processo do trabalho, tem-se aplicado, com fulcro no art. 8º, da CLT, o art. 28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que conduz a resultado diverso daquele que tenderá a ser produzido pela incidência do art. 134, §4º, do NCPC;

4) Estabelece um contraditório prévio (NCPC, art. 135), ao passo que a Justiça do Trabalho sempre adotou o contraditório diferido, ou seja, estabelecido após a constrição patrimonial do sócio. Não há, nisso – e por isso –, ofensa ao art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal;

¹¹ *Op. cit.*, p. 13.

5) Prevê a interposição de recurso da decisão interlocutória que julga o incidente (NCPC, art. 136, parágrafo único, em interpretação sistemática), em visível contraposição ao art. 893, § 1º, da CLT.¹²

Outros tantos autores seguem na mesma direção.¹³ Razões várias e suficientes, afinal, para que desde logo se alijasse o novel rito dos processos que tramitam perante a Justiça do Trabalho. Nada obstante, entendeu de outro modo o Tribunal Superior do Trabalho.

3 A Instrução Normativa n. 39/2016 e o IDPJ

Diversamente de tudo quanto exposto até aqui, o Tribunal Superior do Trabalho, por sua composição plenária, compreendeu ser *aplicável ao processo do trabalho* o rito do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, por intermédio da Resolução n. 203, de 15/3/2016, que editou a *Instrução Normativa n. 39/2016*. Esta, por sua vez, “*dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva*”. Trata-se do produto intelectual dos intensos trabalhos de uma comissão de ministros do TST designada para esse fim e coordenada pelo Ministro JOÃO ORESTE DALAZEN.

Nos seus *consideranda*, o Tribunal Pleno entendeu, como nós, que “*as normas dos arts. 769 e 889 da CLT não foram revogadas pelo art. 15 do CPC de 2015, em face do que estatui o art. 2º, §2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*”. E, adiante, ao cogitar da aplicação dos artigos 9º e 10 do NCPC (que não é objeto deste estudo), também pondera a necessidade de “[...] *se compatibilizar [os conteúdos do NCPC] com os princípios da celeridade, da oralidade e da concentração dos atos processuais no Processo do Trabalho, visto que este, por suas especificidades e pela natureza alimentar das pretensões nele deduzidas, foi concebido e estruturado para a outorga rápida e impostergável da tutela jurisdicional (CLT, art. 769)*”.

Não obstante, no que diz respeito ao IDPJ, premissas iguais levaram a conclusões diferentes. Nos termos do artigo 6º da IN n. 39/2016,

[a]plica-se ao Processo do Trabalho o incidente de descon sideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

§1º. Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, §1º da CLT;

II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III - cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado

¹² *Op. cit.*, p. 14.

¹³ V., e.g., SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; DIAS, Carlos Eduardo de Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Comentários ao novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. v. I. *passim*.

originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).

§2º. A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC.

Pela intelecção do texto acima, cumpriria ao juiz do Trabalho abrir, ao requerido (administrador, sócio, associado, pessoa jurídica etc.), o dilatado prazo de *quinze dias* para a sua “defesa”, como também para a especificação de provas, ainda que o magistrado entenda por bem aplicar, à hipótese, a teoria menor (e supor, por isto, desnecessária qualquer prova acerca de fraudes, abusos ou confusões patrimoniais). Deveria, ademais, entender suspenso o processo, pelo tempo necessário para a produção das provas que fossem indicadas pelo requerido; nenhum outro ato processual poderia praticar, senão aqueles de natureza cautelar (artigo 301/NCPC). A nosso ver, o comando é notoriamente *avesso* aos fundamentos do processo do trabalho, pelas tantas razões explicitadas no tópico anterior. Mas isto tudo dissemos lá.

Aqui, há outro importante aspecto a debater: afinal, os juízes do Trabalho estão *adstritos* ao rigoroso cumprimento da Instrução Normativa n. 39/2016, ainda que não compartilhem de suas teses?

Compreendemos que **não**.

202

Em primeiro lugar, não há vinculatividade porque o direito processual não pode ser ditado por uma instrução normativa, à vista do que diz o artigo 22, I, da Constituição. Com efeito, “[c]ompete *privativamente à União legislar sobre [...] direito [...] processual [...]*”; e só se legisla pelas espécies normativas previstas no artigo 59/CF, de modo que *instruções normativas de tribunais* não são fontes formais idôneas para ditar direito novo em seara processual (ou, a rigor, em qualquer seara), nem para vincular a conduta dos cidadãos, à luz do artigo 5º, II, CF.

De outro turno, se a IN n. 39/2016 não está a ditar direito novo (porque não pode fazê-lo), e se tampouco está a consolidar jurisprudência (porque ainda não se formou a respeito), é certo que, como ato oficial, *não pode tisonar a independência técnica dos juízes do Trabalho*, sob pena de agressão à *independência funcional* da Magistratura, como lapidarmente descrita por CANOTILHO¹⁴:

A **independência funcional** é uma das dimensões tradicionalmente apontadas como constituindo o *núcleo duro do princípio da independência*. Significa ela que o juiz está apenas submetido à lei, ou melhor, às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas no exercício da sua função jurisdicional (g.n.).

É, ademais, o que pontua, com grande proximidade, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), em recente ação direta de inconstitucionalidade apresentada ao Supremo Tribunal Federal e distribuída à Min. CÁRMEN LÚCIA (ADI n. 5.516/DF). Com efeito, já em seu primeiro item (“*Objeto da Ação*”), rejeita-se a “*INSTRUÇÃO*

¹⁴ A *independência funcional* está ao lado da *independência pessoal*, que diz com a impraticabilidade de transferências, suspensões, aposentações e demissões à margem da lei ou em razão das decisões emanadas, e da *independência coletiva*, que diz com a autonomia da judicatura, inclusive orçamentária — em relação aos demais poderes da República. V. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 617-618.

NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO QUE, A PRETEXTO DE REGULAMENTAR O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, (1) LEGISLA, (2) SEM COMPETENCIA CONSTITUCIONAL OU LEGAL, E (3) VIOLA A INDEPENDÊNCIA DOS MAGISTRADOS”.

Nessa medida, ataca a IN n. 39/2016, a uma,

porque invadiu a competência do legislador ordinário federal para dizer, desde logo, quais seriam os dispositivos do novo CPC que seriam aplicáveis ao processo trabalhista, assim como os que não seriam. Ou seja, instituição uma típica norma de “sobredireito”, como a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC, instituída pelo Decreto-Lei 4.657/42 e alterada pela Lei n 12.376/10).

A duas, ataca-a porque viola

o art. 5º, II, da CF (princípio da reserva legal) e o art. 96, I, “a”, da CF (competências privativas dos Tribunais para editar seus Regimentos Internos apenas sobre as matérias internas do Tribunal), porque o Tribunal Superior do Trabalho não possui competência, quer constitucional, quer legal, para o fim de expedir Instrução Normativa com a finalidade de “regulamentar” a lei processual federal.

A três, impugna-a porque viola

o princípio da independência dos magistrados, contido em vários dispositivos da CF, como o art. 95, I, II e III, e o artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, porque cabe a cada magistrado ou Tribunal, no exercício da prestação jurisdicional, conferir a interpretação da lei ao julgar os casos concretos, e não ter de se submeter a normas de “sobredireito” editadas por um Tribunal, que não tem função legislativa.

203

E arremata:

Devia o TST, no máximo, ter editado enunciados ou expedido recomendação, para que os juízes e Tribunais observassem o entendimento que a Comissão de Ministros compreendeu que seria o mais adequado e correto.

Nunca, d.v., realizado a edição de uma Instrução Normativa, que submete os magistrados à sua observância, como se fosse uma lei editada pelo poder legislativo.

Por tudo isso, a ANAMATRA pede a concessão da medida cautelar para o fim de que seja *suspensa* a eficácia da Instrução Normativa n. 39/2016, com efeitos *ex nunc*; e, ao final, a procedência do pedido de declaração de nulidade por vício de inconstitucionalidade formal e material, também com efeitos *ex nunc*. Mas daí também poderá advir, como nos parece mais adequado, provimento declaratório de eficácia *erga omnes* com *interpretação conforme* da IN n. 39, para que a ela não se reconheçam senão efeitos de *recomendação* (i.e., efeitos não-vinculantes), como, aliás, sugerido no preâmbulo da peça.

Seria, a nosso sentir, a solução jurídica mais adequada. Mas o tempo dirá.

Considerações finais

Pelo quanto exposto, supomos ter restado, ao leitor que buscou nestas linhas elementos para o seu convencimento, mais perplexidade e muito menos convicções. Afinal, temos conosco, a favor da tese esgrimida, doutrinadores de escol; e temos contra nós – i.e., contra a tese esgrimida – nada menos que uma instrução normativa do Tribunal Superior do Trabalho. É evidente que a IN n. 39/2016 sinaliza, desde sempre, qual deverá ser a compreensão das diversas turmas do Tribunal Superior do Trabalho acerca da aplicabilidade dos artigos 133 a 137 do NCPC ao processo do trabalho; e, portanto, arrisca-se mais quem quiser enfrentá-la (ainda que, na linha das razões há pouco expostas, não a compreendamos “vinculante” em qualquer sentido).

Por outro lado, a vingar o tratamento próprio das nulidades no processo do trabalho – no sentido de que, “[n]os processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho[,] só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes” (artigo 794/CLT: *pas de nullité sans grief*) –, parece certo que não caberá anular atos processuais e excussões patrimoniais em detrimento de administradores, sócios e associados, ainda se não instaurado previamente o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, desde que, no bojo do procedimento em curso, *o juiz do Trabalho tenha assegurado aos prejudicados **contraditório bastante, ainda que diferido***; e que tenha apreciado, em decisão fundamentada, as razões por eles expostas, como também as provas acaso produzidas. Atendidos, nessa alheta, os ditames dos artigos 5º, LV, e 93, IX, da Constituição da República, nada haverá a reparar. Ao revés, anulando os atos pela mera inobservância do rito civil do IDPJ, os tribunais do trabalho estarão, a rigor, **negando** a instrumentalidade do processo do trabalho e **renegando** o artigo 794 da CLT (princípio da transcendência). Inadequado e retrocessivo.

Resta, pois, optar. E, nos casos concretos, decidir, com coragem, conforme a opção feita. Valham-nos neste epílogo, afinal, as palavras de LUTHER KING: “*Our lives begin to end the day we become silent about things that matter*”...

Referências

- BAPTISTA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CHAVES, Luciano Athayde. Entrevista. In: **Jornal Anamatra**. Brasília: ANAMATRA, 2016. n. 184.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. II.
- COSTA MACHADO, Antonio Claudio da. Um Novo Código de Processo Civil?. In: **Jornal Carta Forense**. São Paulo: Stanich & Maia, 5/7/2010 (*Legislação*).
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Desconsideração e consideração da pessoa jurídica no Direito Penal Ambiental: Convergindo antíteses aparentes para a tutela penal do meio ambiente humano. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, FDUSP, jan./dez. 2013. v. 118.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães; PISTORI, Gerson Lacerda; MAIOR, Jorge Souto; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **Fênix – por um um novo processo do trabalho: a proposta dos juízes do**

Trabalho da 15ª Região para a reforma do processo laboral (comentada pelos autores). São Paulo: LTr, 2011.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1991.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v. I.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; DIAS, Carlos Eduardo de Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **Comentários ao novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2016. v. I.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Entrevista. In: **Jornal Anamatra**. Brasília: ANAMATRA, 2016. n. 184.

Os honorários advocatícios sucumbenciais na justiça do trabalho e o novo código de processo civil

José Arnaldo de Oliveira¹

Resumo: A finalidade deste artigo é apresentar ao leitor as situações de aplicação no processo do trabalho do instituto dos Honorários Advocatícios Sucumbenciais, considerando-se as disposições legislativas previstas na CLT, bem como aquelas definidas no novo Código de Processo Civil. A condenação da parte em honorários advocatícios está bem definida pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, consolidando a jurisprudência através da Súmula n. 219. Os honorários de sucumbência são aqueles fixados pelo juiz na sentença, condenando o vencido, nos termos do artigo 85 do novo Código de processo Civil. O artigo 791 *caput* da Consolidação das Leis Trabalhistas atribui capacidade postulatória ou *jus postulandi* a empregados e empregadores, ou seja, poderão pleitear seus direitos pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar suas reclamações até o final. A permanência do *jus postulandi* mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, isto é, a possibilidade das partes postularem sem serem representadas por um advogado, tem sido o principal argumento para a não concessão dos honorários sucumbenciais na justiça do trabalho, devido à incompatibilidade desses dois institutos. A Emenda à Constituição 45/2004 alterou o artigo 114 da Constituição Federal, ampliando a competência material da Justiça do Trabalho. Quem antes solucionava somente relação de emprego, agora é confirmadamente competente para processar e julgar, por exemplo, as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho. No processo do trabalho e na justiça do trabalho, mesmo antes das inovações legislativas em andamento e pendentes de aprovação pelo congresso nacional, é perfeitamente possível a condenação do vencido em honorários advocatícios de sucumbência nas demandas decorrentes da relação de emprego, desde que a parte, concomitantemente: a) esteja assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970). De modo geral, nas lides que não derivem da relação de emprego, ou seja, nas ações trabalhistas que não decorram do vínculo em emprego estabelecido pela CLT e legislações especiais, cabe a condenação nos honorários advocatícios da sucumbência submetida as regras dos artigos 85, 86, 87 e 90 do Código de Processo Civil. Por fim, não se pode olvidar que o pedido de pagamento das despesas com honorários de advogado, fundamentado com base no disposto nos artigos 389 e 404 do Código Civil Brasileiro, trata-se de puro artifício jurídico para burlar o entendimento consolidado na Súmula 329 do C. TST, não cabendo a sua aplicação no processo do trabalho nas demandas originárias da relação de emprego.

Palavras-chave: Honorários Advocatícios Sucumbenciais. Jus Postulandi; Súmula 219 e 329 do C. TST; Demandas decorrentes da relação de emprego. Novo Código de Processo Civil.

Conforme o Estatuto da Advocacia, em seu artigo 22 da Lei 8.906/94, honorários de sucumbência são definidos como verba autônoma devida pela parte vencida diretamente ao advogado da parte vencedora, determinados de acordo com as particularidades do serviço jurídico que prestou, com o objetivo de que este último seja ressarcido dos gastos que teve com a contratação do advogado que defendeu seus interesses no processo.

¹ Juiz do Trabalho na Bahia (TRT 5a. Região). Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Pós-graduado pela Universidade Tiradentes e pela Universidade Federal da Bahia (Ufba). Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Tiradentes.

No processo do trabalho, a condenação da parte em honorários advocatícios está bem definida pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, consolidando a jurisprudência através da Súmula n. 219. Entretanto, verifica-se em julgados proferidos por juízes em diversos regionais, o deferimento de honorários advocatícios na forma de indenização pelos gastos efetuados pela parte com a contratação de advogado.

O deferimento dos honorários na forma indenizatória tem como fundamento o fato de, ao contratar um advogado, o trabalhador teria reduzido em pelo menos 20% o montante do que lhe é devido pela inadimplência do empregador.

Ressaltam as decisões favoráveis ao deferimento que o Código Civil, em seus artigos 389 e 404, estabelece obrigação ao devedor de responder por perdas e danos, juros e correção monetária, além dos honorários, mesmo que vigente no direito do trabalho o instituto do *jus postulandi*, afirmando-se que o empregado tem o direito à contratação de advogado de sua escolha e confiança.

Como é cediço, os honorários advocatícios representam a remuneração do profissional em razão da prestação de serviços em sua atuação judicial, sendo, portanto, a principal fonte de renda do advogado, motivo pelo qual possui natureza alimentar.

A Lei nº 8.906, de 4 julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no seu artigo 22, indica três tipos de honorários advocatícios, são eles: a) os convencionados (acordados com o cliente); b) os fixados por arbitramento judicial (quando estes não foram ajustados previamente pelas partes e havendo discordância quanto ao seu valor); e, c) os de sucumbência.

207

Os honorários de sucumbência são aqueles fixados pelo juiz na sentença, condenando o vencido, nos termos do artigo 85 do novo Código de processo Civil².

Como já vimos anteriormente, as hipóteses de permissividade para a condenação dos honorários advocatícios sucumbenciais na justiça do trabalho estão definidas na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho³, estabelecendo clara restrição à condenação do vencido ao

² Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 2o Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

[...]

³ Súmula nº 219 do TST

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016

I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I).

pagamento dos referidos honorários, **quando se tratar de demanda oriunda da relação de emprego**. Isto porque, as ações decorrentes da relação de emprego possuem estreita relação com o *jus postulandi*, que é reconhecido aos empregados e empregadores nos termos do artigo 791 da CLT⁴.

O artigo 791 *caput* da Consolidação das Leis Trabalhistas atribui capacidade postulatória ou *jus postulandi*, a empregados e empregadores, ou seja, poderão pleitear seus direitos pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar suas reclamações até o final.

Outrossim, cumpre destacar que o artigo de lei supracitado, não limita o *jus postulandi* à fase de conhecimento ou a primeira e segunda instância. No entanto, de forma diversa e sem qualquer base legal, o Tribunal Superior do Trabalho, ao editar a súmula n. 425⁵, restringiu o alcance desse instituto, adotando o entendimento de que não alcança a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e **os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho**.

A permanência do *jus postulandi* mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, isto é, a possibilidade das partes postularem sem serem representadas por um advogado, tem sido o principal argumento para a não concessão dos honorários sucumbenciais na justiça do trabalho, devido à incompatibilidade desses dois institutos.

Em referência ao *jus postulandi*, a recepção do artigo 791 da CLT foi colocada em dúvida pela Constituição Federal de 1988, uma vez que esta, no seu artigo 133⁶ considerou o advogado essencial à administração da Justiça, argumento que também foi reforçado pela lei 8.906/94, em

II – É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

VI – Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.

⁴ Art. 791 – Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

⁵ Súmula nº 425 do TST

JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010

O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

⁶ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

seu artigo 2º *caput*, e no artigo 1º, I, afirmando ser atividade privativa de advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário⁷.

Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho ao consagrar a súmula 329⁸, trouxe em sua redação que, mesmo após a promulgação da Constituição Federal em referência ao artigo 133, permanece válido o entendimento da súmula 219. Ou seja, o *jus postulandi* ou capacidade postulatória perante os órgãos da Justiça do Trabalho continua em vigor, como forma de facilitar o acesso a justiça trabalhista.

Observa-se ainda que na Justiça do trabalho, nos termos do artigo 789 §1º da CLT⁹, não vigora o princípio da sucumbência recíproca, ou seja, as custas da Justiça do Trabalho são pagas pelo vencido na demanda.

Assim, caso o reclamante venha ajuizar ação trabalhista com diversos pedidos e obteve êxito em parte deles, ainda que exista sucumbência em parte, será declarado parcialmente vencedor, não admitindo a aplicação subsidiária do artigo 86 do Novo Código de processo civil¹⁰, **pois não existe lacuna na lei trabalhista nesse sentido.**

Cumpre ainda destacar que, embora o artigo 85 do Novo CPC¹¹ determine expressamente que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor (e não ao advogado), as despesas que antecipou e os honorários advocatícios, os honorários de sucumbência pertencem ao advogado.

A lei 8.906/94 que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos advogados do Brasil inverteram radicalmente a titularidade desses específicos honorários, deixando de ser

⁷ Lei N. 8.906, de 04 de julho de 1994.

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

A postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais.

[...]

Art. 2º O Advogado é indispensável à administração da justiça.

⁸ Súmula nº 329 do TST

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

⁹ Art. 789. Nos dissídios individuais e nos dissídios coletivos do trabalho, nas ações e procedimentos de competência da Justiça do Trabalho, bem como nas demandas propostas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição trabalhista, as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento), observado o mínimo de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) e serão calculadas:

(...)

§ 1o As custas serão pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão. No caso de recurso, as custas serão pagas e comprovado o recolhimento dentro do prazo recursal.

¹⁰ Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.

¹¹ Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor..

indenização das despesas despendidas pela parte vencedora, para consistir em parte da remuneração do seu advogado, sendo o ônus imputado à parte vencida.

Nesse sentido, o artigo 22 *caput* ainda dispõe que

A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”. (grifo não consta do original) Destaca-se ainda que os honorários de sucumbência do advogado são direitos indisponíveis, e também possuem natureza alimentar, conforme § 14 do art. 85 do Novo Código de Processo Civil¹².

A Emenda à Constituição 45/2004, alterou o artigo 114 da Constituição Federal¹³, ampliando a competência material da Justiça do Trabalho. O que antes solucionava somente relação de emprego, agora é confirmadamente competente para processar e julgar, por exemplo, as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.

Surgiram então, discussões doutrinárias acerca do alcance da alteração promovida pela EC 45/2004, no que se refere a expressão “relação de trabalho” e a respeito dos honorários sucumbenciais.

Em se tratando da expressão “relação de trabalho”, deve-se entender que a nova competência da Justiça do Trabalho está assentada na relação de trabalho *lato sensu*, gênero de que é espécie a relação de emprego. Nesta última, tem como sujeito empregado e o empregador, naquela os sujeitos da relação de trabalho é o tomador de serviços e o trabalhador.

Todavia, após a edição da referida emenda constitucional, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da resolução 126/2005, editou a Instrução Normativa 27/2005, dispondo sobre

¹² § 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

¹³ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II – as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV – os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

inúmeras normas procedimentais aplicáveis ao processo do trabalho, estabelecendo no artigo 5º que,

[...] exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência (grifo nosso).

Desse modo, distribuída na Justiça do trabalho uma ação que envolva relação de trabalho diversa da relação de emprego, o Tribunal Superior do Trabalho passou a reconhecer a possibilidade de condenação do vencido em honorários advocatícios de sucumbência. Não obstante, caso a lide decorra da relação de emprego, a condenação de honorários, para o Tribunal Superior do Trabalho – TST, somente será possível nos exatos termos das súmulas 219 e 329, em razão do *jus postulandi* das partes previsto no artigo 791 da CLT.

Atualmente, a tendência para a justiça trabalhista é a de caminhar no sentido de adotar os honorários advocatícios em razão da mera sucumbência.

Há projetos de leis no congresso nacional, como por exemplo, o projeto de lei n.33/2013, elaborado pela ex-deputada Clair da Flora Martins, que estabelece honorários de sucumbência na justiça do trabalho e ainda considera imprescindível a atuação do advogado nesta esfera do judiciário.

O referido projeto de lei tem por finalidade dispor sobre a imprescindibilidade da presença de advogado nas ações trabalhistas e prescreve critérios para fixação de honorários advocatícios e periciais na Justiça do Trabalho, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a exemplo do art. 791 da CLT, modificando a sua redação para estabelecer que a sentença condenará o vencido, inclusive quando vencida a Fazenda Pública, ao pagamento de honorários de sucumbência aos advogados, fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos: I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar da prestação do serviço; III – a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo profissional e o tempo exigido para seu serviço.

Entretanto, enquanto não modificada a ordem jurídica processual trabalhista em vigor, deve prevalecer o entendimento evidenciado em recente julgado do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, nos autos do Processo 0001463-39.2014.5.05.0028, da lavra da Relatora Desembargadora MARGARETH RODRIGUES COSTA, 2ª. TURMA, publicado no Diário da Justiça de 20/04/2016. no seguinte sentido:

Ementa:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDENIZAÇÃO POR GASTOS COM ADVOGADO. IUS POSTULANDIDAS PARTES. A possibilidade de deferimento de honorários advocatícios sucumbenciais, nesta Justiça Especializada, cinge-se às hipóteses em que a parte está assistida pelo sindicato da categoria profissional a que pertence e tem concedido o benefício da gratuidade judiciária, conforme estabelece a Súmula 219 do TST, ou *quando se discute uma relação de trabalho, conforme orientação traçada na Instrução Normativa 27 do Superior Tribunal do Trabalho. O mesmo raciocínio se aplica aos honorários ad-*

vocatícios contratuais, cuja previsão de condenação, em sede trabalhista, apenas se configura quando presentes as condições previstas na Lei n.º 5.584/70. Tudo isso por considerar que ainda vigora na Justiça do Trabalho o ius postulandi das partes, que lhes permite ingressar em Juízo sem assistência de advogado (grifo nosso).

Considerações finais

Assim, podemos concluir que no processo do trabalho e na justiça do trabalho, mesmo antes das inovações legislativas em andamento e pendentes de aprovação pelo congresso nacional, é perfeitamente possível a condenação do vencido em honorários advocatícios de sucumbência

- nas demandas **decorrentes da relação de emprego**, desde que a parte, concomitantemente: a) esteja assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970¹⁴).
- de modo geral, **nas lides que não derivem da relação de emprego**, ou seja, nas ações trabalhistas que não decorram do vínculo em emprego estabelecido pela CLT e legislações especiais relacionadas, cabendo a condenação nos honorários advocatícios da sucumbência submetida as regras dos artigos 85¹⁵, 86¹⁶, 87¹⁷ e 90¹⁸ do Código de

212

¹⁴ Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

¹⁵ Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

¹⁶ Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.

¹⁷ Art. 87. Concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem proporcionalmente pelas despesas e pelos honorários.

§ 1º A sentença deverá distribuir entre os litisconsortes, de forma expressa, a responsabilidade proporcional pelo pagamento das verbas previstas no *caput*.

§ 2º Se a distribuição de que trata o § 1º não for feita, os vencidos responderão solidariamente pelas despesas e pelos honorários.

¹⁸ Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.

§ 1º Sendo parcial a desistência, a renúncia ou o reconhecimento, a responsabilidade pelas despesas e pelos honorários será proporcional à parcela reconhecida, à qual se renunciou ou da qual se desistiu.

§ 2º Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente.

§ 3º Se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver.

Processo Civil.

Diante da conclusão supra, não se pode olvidar que o pedido de pagamento das despesas com honorários sucumbenciais, fundamentado com base no disposto nos artigos 389 e 404 do Código Civil Brasileiro, trata-se de puro artifício jurídico para burlar o entendimento consolidado nas Súmulas 219 e 329 do C. TST, não cabendo a sua aplicação no processo do trabalho nas demandas originárias da relação de emprego.

§ 4º Se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade.

Trabalho médico: personalidade jurídica, cooperativismo e fraude

Juliana Botelho Huff¹

Resumo: Artigo que versa sobre a utilização de pessoas jurídicas e cooperativas nas relações de trabalho dos médicos. As contratações cíveis para a utilização da mão de obra médica através desses expedientes têm sido comuns, o que levou ao questionamento a respeito da licitude dessas práticas. A construção de uma resposta perpassa pela investigação a respeito dos elementos caracterizadores do vínculo de emprego no mundo pós-fordista. Constatada a insuficiência da noção clássica de subordinação jurídica para garantir a proteção do hipossuficiente em um contexto de relações de trabalho cada vez mais marcadas pela liberdade executiva e pelo colaborativismo - em substituição à hierarquia rígida e ao uso ostensivo do poder punitivo - necessária a investigação em torno de teorias que propõe a renovação ou a substituição desse elemento. São explicadas seis teorias, quatro das quais propõe uma releitura da ideia de subordinação e duas que apostam no seu abandono. Após a explanação teórica, é realizada a análise do entendimento do TRT da 5ª Região sobre o tema. Por fim, os conceitos estudados são aplicados aos casos concretos dos médicos entrevistados. Aos dados fáticos do cotidiano da relação laboral se subsumem ou não os elementos próprios da relação de emprego, permitindo a separação dos casos de fraude ao sistema protetivo do Direito do Trabalho e dos casos de uso legítimo dos institutos cíveis apontados (personalidade jurídica e cooperativismo).

Palavras-Chave: Pejotização. Cooperativismo. Médico. Emprego. Subordinação.

214

1 Introdução

O sol ainda não havia se levantado quando o despertador do celular começou a tocar. Ele desligou o alarme. Olhou para a cama. Desejou voltar ao sono. “Não... Vou me atrasar...”, pensou. Conformou-se. Levantou, tomou um banho rápido, vestiu-se, comeu qualquer coisa. Saiu de casa. Andou duas quadras, chegou à praça principal da cidade. Lá já estavam os enfermeiros do posto de saúde. Cumprimentou a todos e começou a checar os recados que recebera pelo *whatsapp* durante a noite. O carro que os levaria ao posto chegou. Ele entrou, os demais também. Pegaram uma estrada de terra bastante acidentada por aproximadamente quarenta minutos. Chegaram ao local de trabalho. O posto já estava cheio. Cumprimentou os presentes ao passar pelo corredor e se instalou no consultório que lhe fora destinado. Ligou o computador, abriu o sistema da entidade. Chamou o primeiro paciente. Horas depois, após atender todos os pacientes agendados e alguns “extras” em razão da virose que assolava a região, pegou o carro de volta, com motorista do seu contratante e voltou à cidade.

Essa é a rotina de trabalho vivida de segunda a quinta por um dos nossos entrevistados. É similar à de muitos empregados brasileiros, mas ele não tem a CTPS assinada, o seu contratante não recolhe FGTS, não tem direito a férias (muito menos ao terço constitucional), não recebe horas extras, nem horas *in itinere*...

¹ Advogada. Pós-Graduada em Direito Processual Civil (Faculdade Baiana de Direito). Bacharela em Direito (UFBA).

Por quê?

Bom, dizem que ele é autônomo. Foi contratado por meio de uma cooperativa, da qual nem mesmo lembra o nome. Sabe que ela serve para que ele receba sua remuneração mensal, só.

Situação similar vive uma médica recém-formada. Trabalha uma vez por semana como plantonista em um hospital da capital. Também dizem que é autônoma. Foi contratada através da pessoa jurídica que criou com outras amigas, pois “ter PJ” foi condição imposta pela entidade para efetuar os pagamentos dos plantões.

Essas contratações são lícitas ou há fraude à legislação trabalhista?

A construção de uma resposta adequada ao questionamento levantado perpassa, primeiramente, pela revista ao conceito de empregado no mundo pós-fordista e, em seguida, pela verificação dos detalhes das relações de trabalho entre os médicos e as instituições de saúde.

Esclarecemos que os dados referentes à análise jurisprudencial e às entrevistas foram coletados durante o desenvolvimento da pesquisa “O problema do conceito de empregado na contemporaneidade: analisando o enquadramento judicial do vínculo empregatício dos ‘profissionais liberais (advogados e médicos)’”, do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da Universidade Federal da Bahia (UFBA), financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

215

2 Quem é empregado hoje

A partir de 1973 o mundo assistiu ao declínio do modelo fordista e ao surgimento da acumulação flexível (HARVEY, 2013, p. 141). Esse novo modelo tem como repercussão no mundo do trabalho a difusão de novos métodos de controle do trabalhador, mais sutis, permitindo maior liberdade na execução do serviço e, por isso mesmo, confundindo os teóricos do Direito do Trabalho que se acostumaram com o trabalhador fisicamente subordinado da fábrica fordista².

2.1 Fim do emprego?

Há quem afirme, como Catharino (1982, p. 214), que, com o avanço das formas cooperativas de inserção do trabalhador ao setor produtivo, este trabalhará de forma livre. Por isso, o trabalhador prescindiria da proteção do Direito do Trabalho, que surgiu num momento histórico e pode não existir no futuro, com o fim da relação de emprego, que, para ele, está perdendo hegemonia.

A posição do autor se deve à ideia de que o vínculo de emprego só existe quando presente uma heterodireção forte que cerceia a liberdade do trabalhador durante a execução dos

² Para uma análise detalhada do tema, cf. nosso trabalho: HUFF, Juliana Botelho. **Trabalho médico: relação de emprego e fraudes**. 2015. 117 fls. Monografia (Graduação, Direito) – Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2015

seus serviços. Com a reestruturação produtiva supramencionada essa interferência excessiva dá lugar a uma maior liberdade no labor para determinados setores – inclusive porque a subjetividade do trabalhador vem se estabelecendo como diferencial competitivo para muitas empresas –, criando uma gestão do trabalho mais cooperativa e colaborativa que subordinante.

As referidas alterações no modo de execução do trabalho são apenas superficiais, não descaracterizando a essência do trabalho assalariado e a necessidade de proteção que o trabalhador demanda.

A proteção social é devida em razão da hipossuficiência do trabalhador que aliena sua força de trabalho por não ser proprietário dos meios de produção e não pela forma como este exerce o seu labor, que é mera adaptação ao que melhor atende aos interesses do patrão. Assim, não concordamos que a relação de emprego está em vias de extinção, mas percebemos que o Direito do Trabalho precisa revisitar seus conceitos elementares com o intuito de permitir que o aplicador enxergue o empregado nesse trabalhador dos novos tempos.

Analisaremos as propostas para que isso ocorra no item que segue.

2.2 Elementos do vínculo empregatício

216

A doutrina majoritária extrai dos art. 2º e 3º³ do texto consolidado os quatro elementos considerados essenciais para a verificação da relação empregatícia, a saber: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação⁴.

Esclareceremos com brevidade os três primeiros e nos deteremos no último, justamente por ser a subordinação o elemento principal do vínculo de emprego, como veremos em breve.

2.2.1 Pessoalidade, onerosidade e não eventualidade

O primeiro dos requisitos, a pessoalidade, demonstra a necessidade de o contrato de trabalho ser intrasferível e indissociável da personalidade do prestador (NASCIMENTO, 2011, p. 649).

Assim, por esse elemento se depreende que há a contratação *intuitu personae*, existindo uma relação fiduciária, bem como a inevitabilidade de se atrelar o trabalho ao trabalhador que o

³ Art. 2º, *caput*, da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”; Art. 3º, *caput*: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

⁴ Alguns autores, como Amauri Mascaro Nascimento (2011) e Maurício Godinho Delgado (2012) acrescentam o elemento pessoa física, de forma dissociada do elemento pessoalidade. Outros, como Luciano Martinez (2014), inserem o critério da não assunção dos riscos, que não incluímos, apesar da previsão expressa do art. 2º da CLT, em face de considerarmos que falta, a tal elemento, essencialidade, já que, muitas vezes, o empregador transfere ao empregado partes dos riscos do empreendimento, sendo esta uma estratégia cada dia mais utilizada, como se pôde constatar no capítulo II do presente trabalho.

presta. Então, conclui-se que o trabalhador apenas poderá prestar o seu trabalho por si mesmo, não por intermédio de outrem (BARRETO, 1964, p. 15).

Delgado (2012, p. 285) acrescenta que, quando a substituição do trabalhador se der de forma meramente eventual, ela não é suficiente para afastar a pessoalidade, pois esta situação excepcional não pode ser considerada relevante na dinâmica do contrato. Também se manifestam nesse sentido Amaro Barreto (1964, p. 15), Evaristo de Moraes Filho (1971, p. 207), Messias Donato (1977, p. 66) e José Catharino (1982, p. 163).

Da pessoalidade também se extrai que apenas pode se considerar empregado a pessoa física, vez que às pessoas jurídicas não são garantidas as proteções sociais do Direito do Trabalho (CUEVA, 1943, p. 349).

Delgado (2012, p. 285) concorda com a necessária prestação por pessoa física, mas, lembra-se de afirmar que a existência de uma pessoa jurídica criada apenas para escamotear o vínculo de emprego existente, de fato, entre uma pessoa física e o tomador de serviços, não afasta reconhecimento do vínculo, em razão da aplicação do princípio da primazia da realidade.

A onerosidade, enquanto segundo elemento da relação de emprego, demonstra a necessária natureza sinalagmática do contrato de trabalho. Se no estado natural o fruto do trabalho seria atribuído ao trabalhador para que este subsistisse e, em razão de circunstâncias sociais, há alienação do bem da vida produzido, é de se concluir ser necessário que o tomador forneça meios para a subsistência do prestador (OLEA, 1984, p. 27).

A não eventualidade, por seu turno, consiste, segundo Amauri Nascimento (2011, p. 652), na constância do desenvolvimento da atividade dentro do contexto da empresa.

Apesar da importância e essencialidade dos critérios citados e sucintamente explicados até aqui, o critério qualificador da relação de emprego, que a diferencia do trabalho autônomo, é a polêmica subordinação. Face à sua importância, será tratada em tópico próprio, que segue:

2.2.2 Subordinação

A subordinação não tem previsão expressa nos artigos 2º e 3º do texto consolidado, havendo, diversamente, a utilização do termo “dependência”. Entretanto, no lugar deste vocábulo, a doutrina e jurisprudência dominantes ordenam a leitura da expressão subordinação, por considerarem que a dependência é critério extrajurídico, ou, muito amplo⁵⁶.

⁵ Sussekind, Maranhão e Vianna (1966, p. 282) afirmam que a dependência é expressão vaga, podendo significar muitas coisas, de modo que recomenda a leitura de “subordinação jurídica” em substituição à expressão “sob dependência” presente na CLT.

⁶ Tal descompasso entre a literalidade da norma e a sua interpretação se deu, conforme Oliveira (2014, p. 92-97), em decorrência do avanço do positivismo no Direito do Trabalho. O esforço para a construção desse critério, considerado por muitos a “pedra de toque” do Direito do Trabalho, é um esforço de adequação do Direito do trabalho à dogmática jurídica, para evitar uma confusão (à época considerada prejudicial, em razão do ideal de pureza metodológica) com a sociologia (MACHADO, 2009, p. 40).

Por ser o critério mais importante e controverso, muitas teorias surgiram ao redor desse conceito. Passemos, portanto, às interpretações que a ela foram e vêm sendo dadas:

2.2.2.1 Subordinação subjetiva ou clássica

Nesta leitura, a subordinação traz forte a noção de heterodireção, de sorte que se considera empregado o sujeito que se submete a ordens expressas, diretas, específicas e detalhadas, deixando ao empregado pouco espaço para decidir a respeito do modo de prestação dos seus serviços (PORTO, 2009, p. 43).

Adotando esta concepção, se concluiria ser empregado o médico que recebe ordens (atendendo, por exemplo, o paciente que a ele é designado por outrem) e cumpre horários. Não poderia ser considerado empregado, por outro lado, o profissional que demonstrasse qualquer elemento de autonomia, como condicionar sua permanência no serviço à alteração dos dias de plantão para outro escolhido por ele, ou situação similar. Para essa linha, só seria empregado o profissional que sempre se submetesse às ordens e não conseguisse nunca negociar sozinho a maneira como se daria a prestação do seu trabalho.

Este modo de organização da força produtiva é próprio do modelo fordista, no qual a disciplina sobre o corpo e tempo do trabalhador se fazia essencial para garantir a produtividade. Mas esta técnica disciplinar vem ruindo com o advento da reestruturação produtiva, de sorte que novas formas de utilização da mão de obra surgem. Estas não se preocupam mais em dominar o corpo do trabalhador, mas cooptar a mente, através de métodos de controle mais sutis.

Ademais, assistimos a uma inversão no domínio da técnica nas relações de emprego. Com a demanda por trabalhos mais especializados, passa-se a contratar pessoas com maior *know how* que o dono do negócio ou seus prepostos. Estes profissionais, portanto, não necessitam de vigilância ou orientações de procedimento, exercendo seu serviço com maior liberdade (BARROS, 2004, p. 149).

Dispensada a necessidade de ordens e vigilância ostensiva na relação de trabalho, muitos trabalhadores começaram a ter negada a proteção aos Direitos Sociais, embora fossem igualmente hipossuficientes em relação ao empregador. Diante desse problema, em que o Direito do Trabalho passa a negar proteção ao hipossuficiente por se apegar à noção de subordinação enquanto heterodireção, é que surge a discussão sobre a subordinação, com propostas que objetivam mantê-la, através de uma adaptação a este novo mundo do trabalho, e propostas que pretendem abandoná-la, substituindo-a por elementos considerados, pelos seus idealizadores, como realmente essenciais à relação de emprego.

2.2.2.2 Subordinação objetiva

Antes de tratarmos das teorias de releitura e de abandono da subordinação, precisamos tratar de outro recorte dado a este elemento, que é o recorte objetivo. Arion Romita (1983, p. 237), com fundamento doutrinário na ideia da alteridade como elemento essencial ao acesso ao Direito do Trabalho, critica a subordinação subjetiva, afirmando ser ela contrária à liberdade e

à igualdade, pressupostos essenciais a um contrato, propondo um entendimento diverso para a subordinação, ainda na década de 1980.

A natureza da relação entre o tomador e um prestador de serviços há de ser de emprego, segundo o autor, se houver a integração da atividade do obreiro na organização empresarial. É, então, proposta de análise objetiva, que não se volta ao modo como a prestação se dá, mas apenas se ela se adequa ou não à organização da empresa.

Assim sendo, um médico, ainda que não recebesse ordens expressas e não cumprisse horário, seria considerado empregado sempre que o serviço por ele prestado se ajustasse aos fins da empresa.

2.2.2.3 Propostas de releitura da subordinação

A subordinação é critério clássico e consagrado pela doutrina trabalhista. Muitos doutrinadores, então, buscam atualizá-la aos novos tempos, ou recuperar aquele que seria o seu sentido original.

Maurício Delgado (2007), Marcus Mendes e José Chaves Júnior (2007) e Lorena Porto (2009) entendendo que a subordinação subjetiva é restritiva e que a subordinação objetiva é demasiado ampla, elaboram teorias próprias. No geral, aproveitam a versão objetiva e trazem elementos para restringi-la, de forma a não abarcar os autônomos que eventualmente estivessem integrados aos fins da empresa.

Delgado defende a chamada subordinação estrutural. Em suas palavras esta seria: “a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na *dinâmica* do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, *mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento*” (DELGADO, 2007, p. 37, grifo do autor).

Apesar de autor afirmar que a sua construção da subordinação estrutural seria um desenvolvimento da subordinação objetiva e poderia sanar o problema de inclusão dos autônomos no conceito, não logramos perceber a diferença entre as teorias, tendo em vista que a ideia de inserção do trabalhador na dinâmica da empresa nos parece bem similar nesse ponto. O que se pode dizer, todavia, é que a subordinação estrutural parece abranger mais facilmente a situação do trabalhador cujo labor não está diretamente relacionado ao fim da empresa, já que a ideia de inserção na dinâmica empresarial pode contemplar, também, as atividades-meio.

Assim, pelo que entendemos da subordinação estrutural, o médico seria empregado não apenas quando laborasse numa instituição de saúde, mas também quando atuasse em qualquer outra empresa que não tivesse esse fim, desde que seu serviço, de alguma forma, se encaixasse na dinâmica do tomador.

Marcus Mendes e José Chaves Júnior (2007, p. 198), percebendo as dificuldades na determinação de empregado e empregador no contexto das novas formas de organização produtiva, buscam as conexões da subordinação jurídica com o conceito de alienação para, revitalizan-

do-a, responder à desestruturação, garantindo a proteção dos trabalhadores, sem desestabilizar o sistema jurídico com a adoção de outro critério, não consagrado pelos juristas.

Propõem, assim, a subordinação estrutural-reticular, desenvolvida a partir da proposta de Delgado aplicada à estruturação empresarial em redes no contexto de reengenharia produtiva. Para esses autores, seria empregado quem se vincula à empresa de forma direta e habitual e não tem controle da atividade econômica exercida pela empresa e, também, aquele que está envolvido na rede econômica. Neste último caso, seriam empregadores todos aqueles que participassem da rede, não apenas a empresa que contratou o trabalhador, normalmente com porte econômico menor.

Porto (2009, p. 253), busca reafirmar a subordinação jurídica como elemento qualificador da relação de emprego através da construção da noção de subordinação integrativa, mais ampla que a versão clássica e aplicável de imediato, sem necessidade de alterações legislativas.

A autora argumenta que a subordinação é a contraface do poder empregatício. Ele pode se manifestar de formas diversas, ou, se for do interesse do empregador, não se manifestar, o que não afastaria a relação de emprego, já que o exercício de tal poder só precisaria existir em potência, como uma faculdade.

No mundo do trabalho após a década de 1960 o poder diretivo passa a ser exercido de maneiras diferentes, mais sutis e menos visíveis, mas não menos intensas. Deste modo, a subordinação não desapareceu, ela apenas foi reconfigurada, acompanhando o poder diretivo.

Por isso, Porto não concorda que se deva nem forçar a utilização de critérios antigos aos casos novos que vêm surgindo, nem abandonar completamente os critérios da relação de emprego até então construídos, especialmente a subordinação, propondo, portanto, uma postura intermediária, de alterações, sem destruição: propõe a adoção da subordinação integrativa.

A proposta consiste na subordinação objetiva filtrada pelos critérios de autonomia propostos pelo expoente alemão Rolf Wank. Assim, após constatar que há subordinação objetiva seria necessário verificar a existência de indícios⁷ de autonomia, calcados na ideia de liberdade empresarial, para se concluir haver trabalho subordinado e relação de emprego.

Deste modo, com base em Porto (2009), um médico seria empregado se: a) recebesse ordens (subordinação subjetiva); b) não recebendo ordens, sua atividade estivesse vinculada aos fins da empresa (subordinação objetiva) e ele não fosse autônomo, ou seja, não gozasse de liberdade empresarial.

⁷ Porto traz como indícios de autonomia os seguintes: “[...] o obreiro deve prestar sua atividade para uma organização produtiva alheia; os frutos do seu trabalho não lhe pertencem, originalmente, mas, sim, a essa última; não possui uma organização empresarial própria; ele não assume riscos de ganhos ou perdas, os quais são assumidos por seu empregador.” (PORTO, 2009, p. 253)

2.2.2.4 Propostas de abandono da subordinação

Rodrigo Goulart (2012) e Murilo Oliveira (2014) defendem o abandono da subordinação enquanto elemento qualificador da relação de emprego. O principal problema apontado por ambos quanto ao critério é o fato de ela ser uma consequência do vínculo empregatício e não sua causa.

Por se tratarem de propostas diferentes e construídas com argumentos diversos, serão expostas em tópicos apartados.

2.2.2.4.1 Expropriação do Trabalho

Goulart (2012) propõe como centro de análise para a proteção trabalhista a existência ou não do trabalho expropriado. É critério que, de acordo com o próprio elaborador, é de análise subjetiva, e, segundo ele, deve ser mesmo, pois o direito não pode se fechar às condições circunstanciais das relações, precisando analisá-las e julgá-las, caso a caso, com o intuito de valorizar o trabalho humano.

É expropriado o trabalho quando os seus resultados não são diretamente aproveitados pelo trabalhador, mas por um terceiro. Há, assim, a diferença de três relações em que se faz presente o trabalho humano: a consumerista, a autônoma e o vínculo de emprego. Nas relações de consumo e de autonomia é o próprio prestador que se apropria do resultado, enquanto que na relação de emprego essa apropriação é feita pelo tomador.

221

Concordamos com a ideia do autor, no sentido de que é a condição de trabalho expropriado que deve dar acesso à proteção social. Contudo, não pudemos perceber, no desenvolvimento teórico da obra, meios de aplicação e diferenciação da situação de autonomia e de emprego.

2.2.2.4.2 Dependência Econômica

Oliveira (2014, p. 33) propõe o rompimento com a subordinação como elemento chave para a caracterização do vínculo empregatício, afirmando que ela deve passar a ser mero indício de assalariamento.

O autor justifica o rompimento na recorrente situação de trabalho dependente e não subordinado, no fato de ser a subordinação um dogma que nunca justificou sua “jurisdicionalidade” e por dar maior ênfase ao modo de realização do trabalho que ao destino do seu resultado (se é apropriado por terceiro ou não).

Para Oliveira (2014, p. 172), o critério da dependência econômica é uma opção de recomposição do âmbito de aplicação do Direito do Trabalho.

Segundo o autor, é próprio do sistema capitalista a expansão dos dependentes, em razão da acumulação de riquezas e dos meios de produção. Se a cada dia há maior concentração de propriedade, a cada momento temos mais despossuídos que só têm sua força de trabalho como

instrumento para garantir meios de sobrevivências E esses sujeitos necessitam da proteção independentemente do modo como seus serviços são prestados: com ou sem ordens.

Mas o que é a dependência econômica para Oliveira?

Primeiro, é dependente o sujeito que não tem propriedade suficiente para empreender, precisando vender sua força de trabalho no mercado para garantir a satisfação de suas necessidades.

Assim, Oliveira afirma que há dependência quando há trabalho assalariado. Em outras palavras: quando o objeto da relação não é mercadoria, mas força de trabalho. A distinção pode ser feita quando se percebe que o objeto do contrato só tem funcionalidade na empresa quando associado à propriedade, aos meios de produção, ou seja, quando inserido no negócio. Nessa hipótese, a prestação serve como fator produtivo utilizado pelo empreendedor para atingir a finalidade da sua produção: o lucro. E este fator produtivo será utilizado como for do interesse do proprietário dos meios produtivos, que tem o direito de organizar seu empreendimento.

Nos casos, todavia, em que apesar de o trabalhador não deter a propriedade há entre as partes (a que oferece o trabalho e a que fornece o capital) uma verdadeira comunhão, também não há dependência. Assim é porque não há transferência de riqueza de uma parte para a outra, a relação não se baseia na mais-valia. Isso ocorre nos casos em que o trabalhador percebe parte significativa do resultado do seu trabalho, de modo que o ganho das partes é obtido por meio de uma divisão justa, que revela uma verdadeira sociedade, e não uma exploração.

222

Considerando que a dependência está inserta no art. 3º da CLT, afirma que esta teoria pode ser aplicada imediatamente, de modo que não depende de alterações legislativas, mas de mudanças de mentalidade.

Destarte, pela dependência econômica, consideraremos empregado o médico que, atendendo aos requisitos da pessoalidade, onerosidade e não eventualidade também não portar propriedade suficiente para empreender livremente e se apropriar dos lucros do seu labor, necessitando alienar sua força de trabalho, inserindo-se no contexto de quem detém os meios de produção (hospitais, clínicas e outras instituições de saúde, geralmente).

Outros elementos?

Os elementos da relação de emprego são apenas os expressos e explicados neste item 3. Portanto, não podem ser estabelecidos novos requisitos por meio de interpretação. Contudo, diversas são as oportunidades em que os julgadores criam elementos ao vínculo de emprego, tamanha é a importância que dão à existência de alguns indícios.

Não abordamos em momento nenhum a exclusividade, o grau de instrução e a boa remuneração como elementos do vínculo de emprego. De fato, não o são.

3. Analisando as relações de trabalho médicas

Esclarecidos no plano teórico os elementos da relação de emprego, passaremos a colocá-los em prática com o intuito de descobrirmos se as contratações de médicos por pessoas jurídicas ou cooperativas é lícita. Além disso, da análise das relações concretas, conseguiremos melhor pensar a teoria e também concluir qual ou quais teorias para a subordinação são aptas a refletir a existência de relações que merecem a proteção social.

Ao longo da pesquisa PIBIC, financiada pelo CNPq, realizamos pesquisa jurisprudencial no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região e entrevistas com médicos contratados por pessoa jurídica ou cooperativa. O resultado desse trabalho está esmiuçado ao longo desse tópico.

3.1 Análise jurisprudencial dos elementos da relação de emprego no trabalho médico

A existência de fraudes nas contratações de médico por meio de sociedades ou cooperativas depende da existência de vínculo empregatício. Como sabemos, a relação de emprego existe quando se fazem presentes os seus elementos essenciais: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação/dependência/expropriação.

Mas muitas vezes identificar a presença desses elementos não é simples. Faz-se necessário analisar a relação, extrair dela um conjunto de fatos que apontam para a concretização ou não dos elementos e interpretar. A jurisprudência então, quando julga pleitos de reconhecimento de vínculos acaba evidenciando o que considera como indícios dos elementos.

223

No caso dos médicos não é diferente. Com o intuito de entender quais os fatos são relevantes para que o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região reconheça a relação empregatícia, fizemos a análise de cinquenta e quatro acórdãos, com datas de publicação entre 12/5/2012 e 12/5/2015.

A pesquisa foi viabilizada pelo sítio eletrônico do Tribunal citado. Na aba de jurisprudência, filtramos os acórdãos buscando em seus inteiros teores as palavras-chave “médico” e “subordinação”⁸. Obtivemos setenta e duas páginas de resultado com inúmeros acórdãos no total. Em razão disso, decidimos limitar a pesquisa temporalmente para o período já indicado.

Visitamos todos os arquivos dos acórdãos que constavam nas trinta páginas contempladas pelo período pesquisado. Muitos fugiam completamente da proposta, vez que o termo “médico” é bastante comum em decisões em que se pleiteiam indenizações materiais ou morais, se discutem questões relativas a acidentes de trabalho ou pedidos de reintegração por doença. Cinquenta

⁸ Esclarecemos que o termo subordinação foi escolhido por facilitar a filtragem de processos em que se discutia a (in) existência do vínculo de emprego. A facilitação decorre do fato de a subordinação ainda ser considerado o elemento mais importante dessa relação, por diferenciá-la das prestações autônomas, e, por isso, comumente ser apreciado mais detidamente quando se pleiteia a declaração desta espécie de trabalho.

e quatro correspondiam ao que almejávamos analisar (decisões sobre vínculo empregatício médico) e compuseram nossa amostra.

A amostra conta com decisões proferidas por todas as cinco turmas. Doze acórdãos da 1ª turma; doze da 2ª; cinco da 3ª; treze da 4ª; e doze da 5ª. Este dado é importante por evitar que o posicionamento isolado de um órgão fracionado seja tomado como o pensamento esposado por todo o Tribunal.

Vinte e oito destas ações selecionadas foram julgadas procedentes. Destas, duas eram ações civis públicas nas quais se determinou que as entidades hospitalares reclamadas se abstivessem de contratar médicos por meio de cooperativas ou pessoas jurídicas, contratando nos moldes celetistas, regularizar o vínculo dos médicos que já lhes prestavam serviços e pagar indenização por lesões à coletividade no importe de R\$5.0000,00⁹ (cinco mil reais) e R\$ 20.000,00 reais¹⁰ (vinte mil reais). As demais foram demandas individuais.

Vinte e cinco foram julgadas improcedentes e em uma se reconheceu a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar a lide¹¹. Em uma das decisões improcedentes, o Tribunal fundamentou pela existência de vínculo de emprego, mas com entidade diversa da que se pleiteou¹².

Os elementos discutidos de forma mais detida no acórdão no caso dos médicos foram a subordinação e a pessoalidade. No geral, os contratantes reconheceram as prestações de serviços dos médicos, de modo que não questionavam a existência de onerosidade e não eventualidade na relação, mas afirmavam que a relação não seria de emprego, por supostamente faltar pessoalidade ou subordinação.

Em razão do reconhecimento da prestação, o Tribunal costuma inverter o ônus da prova, com base no art. 818 consolidado¹³ e no art. 333, II¹⁴, do CPC. Considerando que no capitalismo a tendência é o assalariamento, a relação de emprego se presume quando há a prestação de serviços. Assim, se a relação se deu sob outros moldes, o reclamado deverá provar. Esse entendimen-

⁹ Processo 0000489-31.2011.5.05.0311 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 204533/2014, Relator Desembargador PAULO SÉRGIO SÁ, 4ª. TURMA, DJ 22/7/2014.

¹⁰ Processo 0000679-76.2011.5.05.0025 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 133023/2013, Relatora Desembargadora MARIZETE MENEZES, 3ª. TURMA, DJ 23/4/2013.

¹¹ Processo 0000015-83.2013.5.05.0022 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 189892/2014, Relatora Desembargadora LOURDES LINHARES, 4ª. TURMA, DJ 8/4/2014.

¹² No caso, a médica pediu reconhecimento do vínculo com a OSCIP e responsabilidade solidária do Município, mas a turma entendeu que seria caso de vínculo de emprego com o Município e responsabilização solidária do Município, motivo pelo qual não foi a reclamatória foi improcedente, e o RO não teve provimento. Processo 0000478-12.2011.5.05.0631 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 105823/2012, Relator Desembargador EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, DJ 26/7/2012.

¹³ Art. 818, CLT: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”

¹⁴ Art. 333, II, do CPC: “O ônus da prova incumbe: [...] II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

to apenas não foi aplicado aos médicos em um acórdão, no qual se entendeu que a autonomia do profissional liberal é presumida¹⁵.

Apesar de não ser de grande relevo, por normalmente não haver controvérsia nesse ponto, relataremos o que o Tribunal valorou como indícios de onerosidade e não eventualidade. Aquela é considerada presente com a simples apresentação de comprovação do pagamento pela prestação de serviços. Esta foi tida como existente pela apresentação da escala em que o nome do médico se encontra, por depoimento testemunhal ou mesmo pela confissão dos demandados.

A pessoalidade diversas vezes é um empecilho para que o médico obtenha o reconhecimento do vínculo. Sobre o tema, o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região tem decisões que interpretam de formas diversas os mesmos indícios.

A possibilidade de fazer-se substituído é a questão central das discussões a respeito deste elemento nas ações de reconhecimento de vínculo envolvendo médicos. O debate em torno desse ponto é recorrente, pois os médicos plantonistas, quando não podem se fazer presentes nos plantões para os quais foram designados, comumente enviam outro profissional.

Essa prática foi interpretada como falta de pessoalidade em alguns dos acórdãos pesquisados¹⁶. Mas, também já se entendeu por não afastar a pessoalidade no caso em que há obrigação de o profissional informar previamente a substituição¹⁷, depender de autorização para tanto¹⁸, só poder ser substituído por médico que labore na mesma empresa¹⁹ ou que necessariamente esteja vinculado à mesma pessoa jurídica²⁰.

Entendemos que afastar a pessoalidade porque o médico pode se fazer substituir é interpretação que deve ser precedida de cuidadosa análise e cautela. O Capítulo III do Código de Ética Médica (Res. CFM nº 1931/2009) prevê que: “É vedado ao médico: [...] Art. 9º Deixar de

15 Ementa: RELAÇÃO DE EMPREGO. MÉDICO – O profissional liberal traz implícita a autonomia na prestação de seus serviços, competindo a ele mesmo trazer prova convincente da subordinação jurídica essencial à configuração do vínculo empregatício alegado. Dessa forma, a simples prestação de serviço pelo Médico não importa em reconhecimento de vínculo de emprego (Processo 0000394-09.2012.5.05.0006 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 147794/2013, Relator Desembargador MARCOS GURGEL, 1ª. TURMA, DJ 13/6/2013).

16 Processo 0000380-82.2013.5.05.0008 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 211794/2014, Relator Desembargador NORBERTO FRERICHES, 5ª. TURMA, DJ 09/09/2014; Processo 0000397-45.2013.5.05.0291 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 198888/2014, Relatora Desembargadora ANA LÚCIA BEZERRA SILVA, 4ª. TURMA, DJ 03/06/2014; Processo 0001166-15.2011.5.05.0003 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 137518/2013, Relatora Desembargadora LUÍZA LOMBA, 2ª. TURMA, DJ 16/04/2013; Processo 0000003-95.2010.5.05.0015 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 125306/2012, Relatora Desembargadora LÉA NUNES, 3ª. TURMA, DJ 30/11/2012.

17 Processo 0000238-42.2013.5.05.0020 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 217970/2014, Relator Desembargador LUIZ ROBERTO MATTOS, 1ª. TURMA, DJ 30/1/2015.

18 Processo 0000649-07.2012.5.05.0122 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 219971/2014, Relatora Desembargadora DÉBORA MACHADO, 2ª. TURMA, DJ 29/10/2014.

19 Processo 0001122-32.2012.5.05.0012 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 209870/2014, Relator Desembargador EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, DJ 16/09/2014.

20 Processo 0000491-64.2012.5.05.0020 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 189560/2014, Relator Desembargador ESEQUIAS DE OLIVEIRA, 5ª. TURMA, DJ 04/04/2014

comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por motivo de força maior [...]”.

Assim, o plantonista, quando impossibilitado de comparecer ao plantão já agendado, envia outro médico visando não incorrer em desvio ético. Ou seja, em muitos casos não é a liberdade que motiva o profissional a atuar desta maneira, mas a ética da sua profissão. Não se pode penalizar o médico, deixando de reconhecer sua condição de empregado, porque atuou no intuito de obedecer regulamentação atinente à sua categoria.

Além da questão das substituições, outros indícios foram relevantes para que o Tribunal julgasse a questão. A inserção do nome do médico na escala de plantão²¹, comunicações remetidas à pessoa física, não à jurídica²² (em caso de pejetização) e pagamentos efetuados diretamente ao médico ou à cooperativa com mas vinculados ao nome do profissional²³ foram indícios que apontaram para o reconhecimento da existência de pessoalidade.

Tratemos da subordinação. Como vimos no capítulo 3 do presente trabalho a subordinação é elemento que tem recebido diversas interpretações e sentidos. Naquela oportunidade analisamos essas novas interpretações, bem como as teorias que rompiam com o conceito (da dependência econômica e da expropriação). Agora, vamos mostrar o que o Tribunal tem aplicado.

A subordinação subjetiva ainda é a mais utilizada para negar o vínculo. Nas decisões em que houve reconhecimento de relação de emprego preponderou a utilização da subordinação objetiva e suas releituras como fundamento principal, com inclusão de indícios próprios da subordinação subjetiva, em alguns casos, para reforçar o convencimento.

Em números, a vinculação à atividade-fim foi questão debatida em treze ações. Destas, onze foram deferidas²⁴, reconhecendo-se o vínculo ou julgando procedente a ação civil pública. Em duas as ações foram julgadas improcedentes, dentre outros motivos, por o médico laborar em instituição cuja atividade-fim não era na área de saúde²⁵.

Dentre as teorias de releitura da subordinação objetiva, a que alcança maior repercussão no TRT5 é a da subordinação estrutural, seguida da integrativa. A doutrina de Maurício Delgado é citada literalmente em alguns acórdãos²⁶ e a de Lorena Porto aparece como fundamentação,

²¹ Processo 0000813-10.2013.5.05.0195 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 218098/2014, Relatora Desembargadora MARGARETH RODRIGUES COSTA, 1ª. TURMA, DJ 21/10/2014.

²² Processo 0000813-10.2013.5.05.0195 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 218098/2014, Relatora Desembargadora MARGARETH RODRIGUES COSTA, 1ª. TURMA, DJ 21/10/2014.

²³ Processo 0001122-32.2012.5.05.0012 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 209870/2014, Relator Desembargador EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, DJ 16/09/2014.

²⁴ Processo 0000813-10.2013.5.05.0195 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 218098/2014, Relatora Desembargadora MARGARETH RODRIGUES COSTA, 1ª. TURMA, DJ 21/10/2014;

²⁵ Processo 0000074-32.2013.5.05.0132 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 185746/2014, Relator Desembargador RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2ª. TURMA, DJ 27/02/2014 e Processo 0000561-94.2010.5.05.0491 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 175299/2013, Relatora Desembargadora DALILA ANDRADE, 2ª. TURMA, DJ 22/1/2014.

²⁶ Exemplo: Processo 0000076-71.2014.5.05.0421 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 232127/2015, Relator Desembar-

geralmente como sinônimo da subordinação estrutural, a exemplo do que ocorre na seguinte passagem:

Independentemente de receber a autora ordens diretas de superiores hierárquicos, as funções por ela exercidas acolhem estruturalmente o fim para o qual o hospital foi criado, integrando, portanto, seus próprios objetivos institucionais.

Isso vem apenas confirmar a subordinação jurídica da reclamante, também chamada pelos doutrinadores de “*subordinação estrutural ou integrativa*”, ainda que mitigada em um contexto que envolvia profissional liberal, naturalmente com alguma liberdade de atuação dentro das funções que exercia no hospital, do que tinha ciência prévia e sabia por, como, onde e de que maneira desempenhar (Processo 0000813-10.2013.5.05.0195 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 218098/2014, Relatora Desembargadora MARGARETH RODRIGUES COSTA, 1ª. TURMA, DJ 21/10/2014)

Da fundamentação acima percebemos que é questão clara de subordinação estrutural, vez que se entendeu que a médica mesmo sem receber ordens acolhia estruturalmente a dinâmica da empresa, um hospital.

Na pesquisa jurisprudencial encontramos os seguintes indícios de subordinação estrutural: inserção na dinâmica da empresa (4), exercício de função diretiva (3), atuação como preceptor de médicos residentes (1) e treinamento do corpo médico da empresa (1).

227

Inserção na dinâmica da empresa é termo amplo utilizado pelos julgadores que muito se aproxima da vinculação à atividade-fim. O exercício de função diretiva reflete esta inserção claramente, vez que a pessoa que coordena os trabalhos e não detém o capital da empresa é fundamental para a organização do empreendimento, de modo que não se entende que essa atividade seria delegada a um profissional autônomo que não fosse um dos sócios da empresa. A atuação como preceptor e o treinamento do corpo de médicos também revelam a inserção do trabalhador na dinâmica empresarial, mostrando a essencialidade do labor para que o tomador de serviços alcance seus fins.

Entretanto, como já foi dito, a subordinação subjetiva ainda é recorrente nas fundamentações. A sua ausência, ainda hoje e para o caso de profissionais intelectuais, continua a ser interpretada como autonomia, mesmo que claramente presentes a subordinação objetiva (original ou adaptada) ou a dependência econômica.

No seu voto em Recurso Ordinário, uma desembargadora-relatora trouxe o seguinte conceito para o elemento subordinação: “[...] consiste na atuação do empregador em dar a ordem (comando), acompanhar o cumprimento da ordem (controle) e punir o empregado pelo descumprimento da ordem (fiscalização)”²⁷. Esse é, exatamente o conceito de subordinação sub-

gador MARCOS GURGEL, 1ª. TURMA, DJ 12/5/2015.

²⁷ Processo 0000495-53.2011.5.05.0015 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 130480/2013, Relatora Desembargadora ANA LÚCIA BEZERRA SILVA, 4ª. TURMA, DJ 29/1/2013

jetiva, evidenciando que ainda há no Tribunal alguns desembargadores que se mantêm fieis a essa noção.

Os indícios de subordinação subjetiva apontados foram: controle da jornada (7), responder a superior hierárquico (4), trabalho diário (1), exercício de poder punitivo (1) e atendimento a pacientes agendados pelo hospital (1).

Os indícios de autonomia apontados nos acórdão pesquisados foram: liberdade na jornada (13), não exclusividade (9), não receber ordens (6), não sofrer punição (4), ausência de coação para firmar contrato civil (4), remuneração variável (3), alto grau de instrução (3), participação nos resultados (3), ser sócio de pessoa jurídica (3), aportar capital (2), pagar a terceiros para auxiliar na atividade (2), organizar o negócio (2), atender pacientes próprios no hospital (1), atender por cortesia sem necessidade de autorização (1), ser profissional liberal (1), recusar-se a prestar o serviço (1) e participar de assembleias da cooperativa (1).

Os indícios liberdade de jornada, não receber ordens e não sofrer punição são próprios da subordinação subjetiva e estão entre os mais utilizados para negar o reconhecimento dos vínculos.

A não exclusividade foi o segundo indício mais recorrente. Como sabemos, a exclusividade não é elemento da relação de emprego, mas a valoração que lhe é dada é tamanha que muitas vezes diferencia o autônomo do empregado, no entendimento jurisprudencial. Nos casos de vínculo médico a aplicação desse indício é problemática, já que poucos são os profissionais que mantêm um único vínculo, conforme pudemos perceber nas nossas entrevistas e Maria de Carvalho (2010, p. 100) relatou na sua dissertação de mestrado. Isso ocorre, pois o regime de plantões permite a compatibilidade de horários de vários vínculos.

A ausência de coação para firmar contrato civil não poderia ser considerada pra qualquer efeito. Não indica ausência de subordinação e fere uma das principais características do Direito do Trabalho: seu caráter cogente. Não é relevante se o profissional foi ou não coagido, o que importa é se estão ou não presentes os elementos do vínculo de emprego.

No caso dos médicos nem sempre a empresa precisa coagir o médico para que crie uma pessoa jurídica ou se associe a uma cooperativa fraudulenta. Como essa prática é recorrente nesse mercado de trabalho, com pouco tempo de exercício profissional o médico já tem um CNPJ com o qual poderá ser contratado pelos hospitais facilmente.

Perceber remuneração variável é indício que toca na questão da onerosidade. Como vimos no capítulo 3, não é relevante que a remuneração seja fixa ou variável, por unidade de tempo ou de produção, basta que a finalidade da relação seja econômica. Ademais, a remuneração por produtividade não deveria ser tomada como indício de autonomia, mas de subordinação. Essa forma de contraprestação dos serviços vem sendo utilizada a cada dia com mais frequência, vez que com ela o empregado se torna fiscal de si mesmo e, quando não produz o suficiente recebe a pior das sanções: comprometimento da sua renda. Destarte, esse tipo de remuneração é um tipo sutil de controle, mas bastante eficiente.

Também já afirmamos nessa monografia que o alto grau de instrução não é indício de autonomia. O profissional intelectual quando carece de propriedade para empreender precisa vender sua força de trabalho como qualquer outro trabalhador. Interpretação diversa, repetimos, é inconstitucional.

Ser sócio de pessoa jurídica, na realidade dos médicos, não deveria ser considerado indício de autonomia. Nesse mesmo capítulo mostramos que o fenômeno da pejetização ataca sobremaneira a área de saúde, de modo que o profissional liberal que encontra-se nessa situação busca o Judiciário para ver reconhecido o vínculo de emprego pela primazia da realidade. Se o julgador se apega à constituição de uma PJ e à existência de contrato entre pessoas jurídicas para negar o vínculo, ele está violando o princípio da primazia da realidade.

Ante à proletarização do profissional liberais descabido incluir essa condição como indício de autonomia. Já afirmamos que o capitalismo tende à generalização do assalariamento, o que atinge a todas as profissões, inclusive àquelas que outrora denominadas liberais.

Quanto aos demais indícios, concordamos que apontam para a autonomia, sobretudo “aportar capital” e “organizar o negócio”. Evidentemente que, ponderados com outros elementos, será possível concluir pela existência de vínculo de emprego.

Desse tópico concluímos que:

- A jurisprudência do Tribunal ainda não é firme no que toca à definição de quando o médico é ou não empregado;
- Em muitos casos se aceitou a vinculação à atividade-fim como suficiente para fins de preenchimento do elemento subordinação;
- Ainda é bastante exigida a comprovação da subordinação subjetiva que tem por principais indícios: cumprimento de horário, recebimento de ordens e submissão a sanção.

3.2 Entrevistas

Ao longo da pesquisa PIBIC, financiada pelo CNPq, realizamos seis entrevistas. Dos nossos entrevistados, quatro são sócios de uma ou duas sociedades e um é cooperativado. Investigamos o dia a dia dessas relações e, neste tópico, exporemos nossas conclusões se, no caso, há ou não fraude há legislação trabalhista, com base na doutrina estudada e jurisprudência analisada.

3.2.1 Primeira entrevista

Nosso primeiro entrevistado foi um médico de vinte e quatro anos com dois meses de exercício profissional. Ele possuía três vínculos: um com a aeronáutica e dois de plantonista. Nos dois últimos ele atuava através de uma pessoa jurídica que ainda estava constituindo. Assim, realizou vínculo informal, com o compromisso de informar a PJ quando ela estivesse regulari-

zada. Ambos os vínculos eram bastante recentes, de modo que ele sequer tinha recebido pelos plantões àquela altura.

Resumidos os vínculos, analisaremos se se faziam presentes os elementos da relação de emprego e se havia ou não fraude.

Em primeiro lugar pontuamos que a onerosidade era clara. Apesar de o profissional ainda não haver recebido qualquer parcela, o intuito econômico da pactuação era indubitável. Segundo relato do profissional, o valor que receberia pelos plantões equivaleria a aproximadamente sessenta por cento da renda total.

A não eventualidade também era evidente. Nos dois hospitais ele tinha um dia de plantão preestabelecido durante a semana, sem previsão para encerramento da pactuação.

No que toca à pessoalidade, também a consideramos presente. Um dos vínculos exigia um treinamento específico, de modo que o profissional não podia se fazer substituir livremente, mas apenas trocar plantão com colegas que laborassem na instituição; no outro hospital, também havia certa dificuldade em se fazer substituir, pois havia registro.

A presença do elemento qualificador também era hialina. Presentes se fizeram tanto a subordinação subjetiva quanto a objetiva, a expropriação do trabalho e a dependência econômica.

230

A subordinação subjetiva encontrava-se presente pois em ambos os vínculos percebemos a necessidade de cumprimento de horário. Em um dos casos havia marcação de ponto biométrico, enquanto noutro era necessário que o profissional informasse a chegada através de ligação para um setor interno.

Outro ponto é que a escala não era livremente escolhida por ele, embora houvesse certa negociação. Para estabelecimento dos plantões fixos, a funcionária da empresa responsável pela organização da escala informou os dias e horários disponíveis e, dentre as possibilidades oferecidas ele optou por aquela que lhe era mais conveniente.

Ademais, relatou a existência de prestação de contas da atividade, o que demonstra o controle da empresa sobre a atividade do profissional. Havia um sistema informatizado que controlava a quantidade de pacientes atendidos e o tempo de espera de cada um deles naquele plantão.

A subordinação objetiva estava presente nos dois casos. Em ambos havia vinculação intrínseca entre o labor profissional e a atividade-fim da empresa. Ademais, o médico acolhia estruturalmente a organização da entidade, já que lançava dados no sistema da empresa, que não são obrigações próprias do exercício profissional, mas assumidas em razão do contrato com a entidade.

Havia expropriação, pois a atribuição do resultado do trabalho era diferenciada. O hospital vendia o serviço do médico, recebia por ele e pagava ao profissional apenas o valor pré-estabelecido pelo plantão.

Também percebemos a existência da dependência econômica no relato. A propriedade do estabelecimento não era do médico, que possuía apenas poucos instrumentos de trabalho de pequena monta, como um estetoscópio. Por não ter como empreender livremente, precisou se vincular aos hospitais, para que estes utilizassem seu labor na consecução de seus fins, em troca de uma contraprestação.

Presentes, pois, todos os elementos da relação de emprego e configurada a fraude à legislação trabalhista.

Contudo, quando questionado se se considerava autônomo ou empregado o médico afirmou que se entendia como autônomo porque “Se hoje eu quiser sair, eu saio”. Ou seja, a possibilidade de rescindir o contrato imediatamente é vista pelo profissional como autonomia. Não concordamos, pois qualquer empregado pode demitir-se e cessar a prestação de serviços de forma imediata. A diferença é que, sendo empregado, se assim o quiser, deverá indenizar o empregador pelo aviso prévio não trabalhado.

3.2.2 Segunda entrevista

A segunda entrevistada foi uma médica de vinte e três anos e quatro meses de exercício profissional. Ela possuía dois vínculos: residência médica e prestação de serviços em favor de um grande hospital de Salvador. O primeiro vínculo era híbrido entre relação de emprego e educacional, fugindo dos limites desse artigo, de modo que não nos aprofundamos na sua análise. O segundo vínculo foi bastante debatido.

A relação em questão se estabelecia entre a pessoa jurídica por ela constituída e o hospital para a realização de plantões semanais. Também consideramos haver fraude, em razão da presença de todos os elementos essenciais da relação de emprego.

A onerosidade se fazia presente. A médica fornecia sua mão de obra com intuito econômico, de modo que aquilo que recebia por ele equivalia a aproximadamente sessenta e cinco por cento de sua renda total.

A não eventualidade também era perceptível. A profissional tinha horário de trabalho definido na semana, já estava inserida de forma fixa na escala para atender a necessidades permanentes do hospital.

Ela não podia se fazer substituir livremente, de sorte que acreditamos preenchido o elemento da pessoalidade. No hospital encontrava-se cadastrado o seu CRM e a sua digital, de modo que não podia enviar qualquer pessoa em seu lugar para “cobrir” o plantão. A troca de plantão existia e ela entendia como uma obrigação no caso de precisar faltar.

Havia, também nesse caso, subordinação subjetiva, objetiva, expropriação do trabalho e dependência econômica.

A subordinação subjetiva foi evidenciada de diversas formas. Primeiro, havia necessidade de cumprimento de horário, que era monitorado por marcação biométrica. Caso o profissional se atrasasse ou saísse mais cedo, o valor por aquele tempo era descontado. Ademais, se o profissional faltasse o plantão sem avisar ele sofria a ameaça de ser denunciado ao Conselho Regional de Medicina (CREMEB) e também não conseguia mais “pegar plantão” no local, ou seja, era desligado. A médica relatou que um colega seu “parou de pegar plantão” nesse hospital após um atraso de uma hora e meia sem justificativa. Assim, ficou claro o exercício do poder punitivo.

Havia hierarquia no estabelecimento. Nos plantões diurnos, a profissional respondia perante o chefe de plantão ou chefe do dia. Eram eles quem advertiam os profissionais em caso de atrasos, ausências ou quaisquer outras faltas. Durante a noite havia a diarista. A diarista poderia, inclusive, divergir da profissional no que toca à realização de exames que a ela competia autorizar, de modo que se evidenciava a ingerência no exercício laboral.

Antes de tratarmos da subordinação objetiva, achamos relevante abordar as novas formas de disciplina que se faziam presentes na organização dessa atividade:

Havia bonificação para a equipe do turno caso ela conseguisse atingir a meta. Essa meta consistia em não permitir que os pacientes esperassem mais de quinze minutos pelo atendimento. Caso esse tempo fosse ultrapassado, o paciente era “perdido”. Se no período de um mês a equipe conseguisse “perder” apenas 25% dos pacientes, receberia a bonificação.

Em alguns casos, quando o atendimento estava lento, os chefes lançavam no grupo público do *telegram* a produtividade de cada profissional. Desse modo, como a bonificação era em equipe, um colega passava a pressionar o outro para que atendesse mais pacientes, visando a garantir a bonificação da equipe: “eles fazem isso pra estimular as pessoas pra se esforçarem mais pra não ficarem sendo expostas no grupo”.

Ou seja, a intensidade de controle por parte da empresa era diluída e dividida com a equipe. Havia, também, uma desarticulação entre os profissionais, que passavam a cobrar uns dos outros a produtividade, em vez de cobrar do Hospital uma remuneração mais adequada, por exemplo.

A subordinação objetiva também era verificada. A atuação da médica se inseria na atividade-fim do hospital. Ademais, ela acolhia estruturalmente os direcionamentos da empresa no que toca a preenchimento de formulários e a realização de procedimentos próprios da entidade e não inerentes ao exercício da Medicina.

Havia expropriação e dependência econômica pelos mesmos motivos elencados na análise da primeira entrevista.

Durante a entrevista a médica deixou claro seu desejo de que o vínculo se desse nos moldes celetistas e que a constituição de pessoa jurídica não era uma opção da profissional, mas uma imposição para a inserção no mercado de trabalho médico em Salvador.

3.2.3 Terceira entrevista

A terceira entrevistada era médica, de vinte e quatro anos, com três meses de exercício profissional. Ela não tinha pessoa jurídica nem cooperativa, mas se valia da pessoa jurídica de terceiros para realizar eventuais plantões em hospitais que apenas aceitavam trabalho prestado por meio de PJ.

Não haveria fraude trabalhista, no caso, ainda que ela houvesse constituído uma sociedade. Os plantões que prestava eram marcados pela eventualidade, pois ela não possuía qualquer acerto estável com as entidades, apenas comparecendo para “cobrir” o plantão de alguém que não pôde ir ou por urgência da entidade.

3.2.4 Quarta entrevista

A entrevista que analisaremos nesse subitem nos foi concedida por um médico de trinta e um anos de idade, com seis anos de exercício profissional.

Seu único vínculo, à época, era como associado de uma cooperativa que prestava serviços para um Município do interior do Estado.

233

A fraude também era evidente pois encontravam-se presentes todos os elementos do vínculo de emprego e havia terceirização ilícita da atividade-fim pelo ente público.

A onerosidade era inquestionável. Todos os meses o profissional recebia um valor fixo que era pago pelo Município por intermédio da cooperativa. A não eventualidade também era clara, pois o profissional atendia de segunda a quinta-feira em uma Unidade de Saúde da Família, na zona rural.

Ele também não podia se fazer substituir. Não laborava em regime de plantão, mas por consulta. Assim, se algum imprevisto ocorresse, ele remarcaria os pacientes para outra data, repondo posteriormente o dia de trabalho. A remarcação era descomplicada, pois os casos não eram de urgência/emergência, mas de acompanhamento. Havia pessoalidade.

A subordinação subjetiva também podia ser constatada da análise do caso concreto. Ele precisava cumprir horário, assinando folha de ponto, inclusive; a hierarquia se fazia presente, pois qualquer acerto quanto ao seu vínculo – tirar férias informalmente, por exemplo – era acertado com o Secretário de Saúde do Município; poderia ser dispensado por ordem desse mesmo Secretário.

Também notamos a subordinação estrutural. O médico se vinculava a uma das atividades-fim da Administração Pública, que é a prestação de serviços de saúde, e tinha por obrigação, inclusive, preencher a ficha do Sistema Único de Saúde (SUS) por um sistema informatizado.

O cooperativismo era fraudulento. O profissional sequer sabia o nome da cooperativa, apenas achava que era de Feira de Santana. O único vínculo que tinha com ela era para receber sua remuneração, jamais fora a qualquer assembleia, não recebia qualquer prestação da cooperativa como seu cliente e não percebia qualquer vantagem nesta condição.

A associação à cooperativa ocorreu por sugestão do próprio Secretário de Saúde. O entrevistado já fazia parte do quadro de médicos que trabalhavam pelo regime celetista para o ente público, através de contratação de urgência. Após, advieram eleições municipais e alteração da gestão, que resolveu alterar as remunerações e os turnos de trabalho. Acontece que essa mudança não poderia ser realizada através de nova seleção para temporário e a prefeitura optou por contratar a cooperativa, orientando os médicos que já trabalhavam no Município a associarem-se a ela.

Desse modo, nosso entrevistado laborava antes como empregado do Município, através de contratos precários e de urgência. Com a mudança de gestão viu-se compelido a migrar para uma contratação fraudulenta via cooperativa, continuando a laborar da mesma forma, na prática.

Quando questionado se se considerava autônomo ou empregado não titubeou, respondendo: “Empregado, com certeza”.

3.2.5 Quinta entrevista

234

A quinta entrevista foi realizada junto a uma médica com doze anos de exercício profissional. Ela possuía quatro vínculos. Dois como empregada pública, tendo sido regularmente contratada através de aprovação em concurso público, um como empregada privada, numa faculdade de medicina da capital e, por fim, um vínculo como autônoma, sócia de uma pessoa jurídica.

Analisaremos apenas o último vínculo, por ser o único em que não havia vínculo de emprego reconhecido.

A médica compunha uma sociedade com outros colegas mastologistas. Uma clínica de oncologia cedeu o espaço para que eles montassem a clínica. O interesse da clínica nessa operação residia, principalmente, em receber pacientes com câncer encaminhados pela clínica de mastologia da entrevistada para tratamento quimioterápico. Ademais, a instituição cedente recebia 5% do valor das consultas realizadas por esses médicos. Ou seja, a médica entrevistada e seus sócios não investiram com recursos financeiros para formação da sociedade, mas apenas com trabalho.

Na hipótese, entendemos não haver onerosidade. A médica recebia a sua remuneração a partir das consultas que realizava e a clínica retinha uma parcela irrisória (5%) enquanto oferecia toda a estrutura necessária da operação da atividade. Ou seja, a atribuição pelo resultado do trabalho se dava em favor da trabalhadora, não de terceiro. A instituição não pagava a ela ou aos seus sócios para que prestassem algum serviço.

Não havia subordinação subjetiva. A médica não tinha obrigação para com a clínica de cumprir horário (apenas com seus pacientes), também não possuía superior hierárquico e não cumpria ordens.

Havia subordinação objetiva. A atividade da médica encontrava-se vinculada ao fim da empresa. A sociedade que por ela era constituída não participou com capital, apenas com trabalho, de modo que se inseria na dinâmica da clínica. Eis o problema da subordinação objetiva e da subordinação estrutural. Elas permitem que verdadeiros autônomos sejam interpretados como empregados. Daí a existência de tantas outras teorias para evitar o hiperdimensionamento do vínculo de emprego.

Já afirmamos que não havia expropriação. Também há de se entender não haver dependência econômica, pois apesar de a médica não possuir toda a propriedade necessária, não era assalariada, conseguindo empreender autonomamente através de um contrato em que remunerava a outra clínica com uma porcentagem do seu resultado para gozar da estrutura necessária à sua atividade.

Assim, a pessoa jurídica era hígida, fundada na afeição dos sócios que desejavam alcançar fim econômico comum. Não havia qualquer fraude.

3.2.6 Sexta entrevista

235

O sexto entrevistado era médico oncologista de trinta e seis anos com dez anos de exercício profissional. Seu único vínculo era com uma clínica de oncologia, que o contratou através de uma pessoa jurídica constituída por ele e outros colegas por ser essa a condição imposta para a contratação de qualquer médico.

Nesse vínculo, constatamos haver os elementos da não eventualidade, pois a prestação dos serviços ocorria com habitualidade, da onerosidade, já que o hospital pagava ao médico uma parte das consultas por ele realizadas e da pessoalidade, vez que ele não podia se fazer substituir.

No que toca ao elemento qualificador, a depender da teoria adotada conclusões diferentes serão alcançadas.

O profissional tinha liberdade no que toca aos horários, podendo fechar e abrir o consultório quando desejasse, bem como desmarcar pacientes e reagendá-los. Mas havia um superior hierárquico a quem ele se submetia e que pode lhe aplicar sanções, como advertências. Assim, poderíamos afirmar que se encontrava presente a subordinação subjetiva, no que tange à existência do poder punitivo e hierarquia.

Havia também subordinação objetiva. Ora, o médico relacionava-se diretamente com a atividade-fim da empresa: era médico oncologista que atendia em uma clínica de oncologia. Percebemos a subordinação estrutural, pois o médico acolhia estruturalmente a dinâmica da empresa, o que era desvelado quando afirmava a necessidade de seguir a “creditação” que nas suas palavras eram: “como se fosse um controle de qualidade, como se fosse um ISO 9000 das

indústrias [...] é visando a segurança do paciente, evitando erros médicos etc. [...] São instruções da entidade favorecendo a boa prática clínica”. Ou seja, era um procedimento adotado pela entidade médica com o intuito de garantir a qualidade do atendimento, evitando erros, e que era seguido pelo entrevistado.

Entretanto, não havia dependência econômica ou expropriação. Apesar de o médico em questão não deter a propriedade ou investir financeiramente no negócio, percebe-se que havia entre as partes uma comunhão de interesses. Isso se dá pois o médico percebia oitenta por cento do valor das consultas por ele realizadas. Ou seja, não seria possível afirmar que existia exploração nessa relação, visto que o profissional retinha boa parte do que produzia e a clínica era remunerada com vinte por cento em razão do investimento no negócio para manutenção da estrutura física do estabelecimento.

Acreditamos, portanto, que não se pode falar em fraude nesse caso. A essência do vínculo empregatício reside exatamente na existência ou não da exploração e se ela não existe nada justifica a proteção social conferida ao emprego: nem mesmo a existência de subordinação subjetiva ou objetiva. Não podemos, sem dúvida, afirmar que uma relação em que o profissional recebe oitenta por cento do resultado do seu esforço é exploratória.

Considerações finais

236

No presente trabalho a existência de diversas contratações de serviços médicos fora dos moldes celetistas, com a utilização de pessoas jurídicas e cooperativas, nos despertou a curiosidade. A pergunta principal que nos orientou foi: essas contratações são lícitas ou há fraude à legislação trabalhista?

A busca de respostas nos remeteu ao estudo dos elementos do vínculo empregatício no mundo pós-fordista, em que as relações de emprego deixam de ser marcadas por uma heterodireção e passam a contar com certo dinamismo e flexibilização procedimental.

Mas que elementos são esses? Descobrimos que os elementos essenciais da relação de emprego são, a princípio, a onerosidade, a não eventualidade, a pessoalidade e a subordinação. Percebemos, ainda, que esse último elemento tem sido rediscutido, tanto para que se adapte aos novos tempos, quanto para que fique no passado, sendo abandonado.

A subordinação clássica foi ultrapassada com o pós-fordismo que mudou as relações e permitiu novas formas de controle do profissional. Ela não consegue perceber nos novos empregados o assalariamento. Por isso, foi necessário ajustar as lentes. A subordinação objetiva viu empregados demais, até onde não deveria. E diversas outras lentes vieram.

Na contramão, apresentamos as propostas da dependência econômica e da expropriação do trabalho. Ambas dizem que a subordinação, em quaisquer de suas modalidades, só enxerga as aparências. Buscam, então, perceber a alma do assalariamento: para a primeira, é a carência da propriedade, para a segunda, a heteroatribuição do trabalho.

E o Tribunal Regional da 5ª Região, como interpreta esses elementos? Qual teoria tem sido aplicada para definir a autonomia ou o emprego? Foram as perguntas que nos moveram em seguida. Constatamos, da análise dos acórdãos publicados nos últimos três anos, que o Tribunal ainda se utiliza da subordinação clássica ou subjetiva, já aceita a teoria da subordinação objetiva e não se manifesta explicitamente sobre as teses da dependência e da expropriação.

Com esses conhecimentos, passamos a avaliar os casos concretos dos médicos entrevistados ao longo da pesquisa PIBIC. Em três casos concluímos que haveria fraude e em dois haveria autonomia real, sem qualquer escamoteamento do vínculo empregatício.

A última entrevista foi essencial. Nela pudemos constatar que, de fato, a subordinação é critério que não alcança a essência do vínculo de emprego, o que consideramos que se pode obter através das teorias da dependência e da expropriação.

Assim, concluímos que as contratações por pessoas jurídicas serão fraudulentas sempre que presentes os elementos essenciais da relação de emprego, que após a pesquisa concluímos que são, verdadeiramente: não eventualidade, onerosidade, pessoalidade e dependência (ou expropriação). Assim será ainda que o médico deseje a pactuação civil, que labore com maior liberdade ou que receba uma remuneração melhor quando contratado nesses termos.

Referências

- BARRETO, Amaro. **Tutela Geral do Trabalho**. v.1. 1. ed. Guanabara: Edições Trabalhistas S/A, 1964.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Trabalhadores intelectuais**. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Alice_Barros.pdf. Acesso em 25 de julho de 2014.
- CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Berberino. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3a. Região**, v. 46, p. 197-218, 2007.
- CUEVA, Mario de la. **Derecho Mexicano del trabajo**. 2. ed. México, D.F.: Librería de Porrúa Hnos. y Cia., 1943.
- DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, nº 2, p. 12-39, 2007.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 279-
- DONATO, Messias Pereira. **Curso de Direito do Trabalho: Direito Individual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- GOULART, Rodrigo Fortunato. **Trabalhador autônomo e contrato de emprego**. Curitiba: Juruá, 2012.
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. São Paulo: Loyola, 2013. p. 15-184.
- MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica: uma perspectiva reconstrutiva**. São Paulo: LTr, 2009.
- MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, José de Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1971.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.

211- 218/643-660.

OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 4. ed. Tradução de C. A. Barata Silva. São Paulo: LTr, 1984.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica**: revisitando os conceitos. Curitiba: Juruá, 2014.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. Contrato de Trabalho: formação e nota característica. In: GONÇALVES, Nair Lemos; ROMITA, Arion Sayão. **Curso de Direito do Trabalho**: homenagem a Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: LTr, 1983. p. 231-240,

***Dumping* Social nas relações de trabalho: a insuficiência do modelo de reparação individual e busca por um novo viés coletivo de resolução de conflitos**

Juliana Oliveira de Abreu¹

Resumo: O presente artigo propõe realizar uma análise da prática de *Dumping* Social e de suas formas de reparação. Em verdade, pretende-se desenvolver um estudo relacionado com a possibilidade de reparação do dano social no Direito do Trabalho, decorrente do reiterado descumprimento de direitos e garantias trabalhistas, com a finalidade de obter uma redução de custos e ampliação de lucros pela empresa.

Em face da realidade do Poder Judiciário Brasileiro, que comumente se depara com número vultoso de demandas trabalhistas em virtude do descumprimento reiterado de direitos por uma única empresa, percebe-se a necessidade de desenvolver novas formas de resolução de conflitos, abandonando o âmbito meramente individual para construir um viés social e coletivo a fim de não só reparar os danos, mas também buscar a prevenção da malfadada prática de *dumping* social.

Assim sendo, através de estudos voltados para leitura de obras doutrinárias e legislações, análises jurisprudenciais e aprofundamento de institutos jurídicos, objetiva-se confirmar a indispensável reparação de danos socialmente considerados não só através da atuação do Ministério Público do Trabalho, mas também com a possibilidade de o juiz condenar *ex officio* à reparação do dano social relacionado à prática reiterada de descumprimento de direitos trabalhistas com intuito de incorrer em concorrência desleal e ao proveito econômico obtido ilicitamente.

239

Palavras-chave: *dumping*; reparação do dano; direitos e garantias trabalhistas; dignidade da pessoa humana; dano social.

1 Noções introdutórias a respeito do *Dumping*

O termo *Dumping* advém do verbo inglês “dump”, que significa “[...] desfazer-se de algo e depositá-lo em determinado local, deixando-o lá como se fosse lixo” (MASSI; VILLATORI; p. 4).

Conforme ensina Jair Teixeira dos Reis (2011), o vocábulo foi primeiramente utilizado nos direitos comercial e internacional para denominar o fenômeno que decorre da “[...] exportação de uma mercadoria para outro país por um preço abaixo do valor normal, entendendo-se como tal um preço inferior ao custo de produção do bem ou então inferior àquele praticado internamente no país exportador” (REIS; 2011; p. 123).

Nesse sentido, nota-se que o *dumping* é uma prática extremamente prejudicial para o comércio, porquanto se caracteriza pela concorrência desleal decorrente da venda de produtos em valores inferiores ao de mercado com a finalidade de prejudicar as demais empresas e maximizar seus lucros.

Destarte, essa malfadada prática acarreta muitas consequências danosas para a socieda-

¹ Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2014). Servidora Pública do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

de, pois violam direitos sociais, repercutindo no âmbito individual e coletivo,

[...] como o abuso de direito, em função da exploração de limites econômicos e sociais, vantagem indevida, ante a concorrência desleal, e ato ilícito, em relação às agressões individualmente consideradas (MORAIS; TUNHOLI; 2013; p. 21-22).

A esse respeito, uma das extensões dessa prática incide exatamente no âmbito do direito do trabalho, originando o denominado *Dumping Social*².

Sobre o tema, Letícia Tunholi e Dulce Mendes de Moraes (2013) conceituam o *dumping social* como uma prática reiterada por certos empregadores que

[...] violam os direitos dos trabalhadores, com o objetivo de conseguir vantagens comerciais e financeiras, mediante o aumento da competitividade desleal no mercado, em razão do baixo custo da produção de bens e prestação de serviços (MORAIS; TUNHOLI; 2013; p. 22).

Com efeito, resta configurada a prática de *dumping social* quando uma empresa, conscientemente e de forma reiterada, deixa de cumprir direitos trabalhistas com intuito de diminuir os custos com a produção e, assim, tornar os valores de suas mercadorias mais atraentes e competitivos no mercado de consumo.

240

Trata-se, portanto, de um fenômeno próprio do modelo capitalista de produção, porquanto “[...] é produto desse sistema a existência de forças díspares que interagem gerando prejuízos que, muitas vezes, mal disfarçam sua característica essencial: a redução de tudo, inclusive do homem e da natureza, à condição de mercadoria”. (MAIOR; MENDES; SEVERO; 2012; p. 11).

Cumprе salientar, outrossim, que o *dumping social* pode adotar duas principais acepções: a internacional, com enfoque no comércio exterior, e a interna, sendo, esta última, objeto de estudo mais aprofundado no presente trabalho.

Historicamente, a expressão “*dumping social*” correspondia à sua acepção internacional, que pode ser conceituada como conjunto de práticas de concorrência desleal “(...) verificadas a partir do rebaixamento do patamar de produção social adotado em determinado país, comparando-se sua situação com a dos outros países, baseando-se no parâmetro fixado pelas Declarações Internacionais de Direitos” (MAIOR; MENDES; SEVERO; 2012; p. 10).

² Sobre o tema, releva anotar que, além do *dumping social*, existem outras extensões do conceito de *dumping*, quais sejam, o cambial e o ambiental. O *dumping cambial* pode ser conceituado como aquele que “[...] funda-se na manutenção artificial de taxas de câmbio em parâmetros inferiores aos reais” e, nesse contexto, os produtos exportados ficariam muito mais baratos que os importados, o que facilitaria sua exportação (FERNANDEZ; p. 7).

Já o *dumping ambiental*, de acordo com Marlon Tomazette, corresponde à “[...] redução do preço de certas mercadorias em razão da inexistência ou da existência de menores exigências ambientais para a sua produção”. Dessa forma, instalar uma empresa em países que possuem uma legislação ambiental menos protetiva torna o produto com valor mais atraente e competitivo, pois os custos com a produção serão, conseqüentemente, menores. (TOMAZETTE; 2007; p. 208-210).

Destarte, tornou-se muito frequente no contexto mundial observar grandes empresas migrarem suas sedes para países subdesenvolvidos com intuito de evitar encargos trabalhistas e, assim, maximizar seus lucros.

É que, como se sabe, a legislação dos países mais desenvolvidos concede aos trabalhadores diversos direitos e garantias que são vistos pelas grandes empresas como obstáculos para persecução de lucros.

Nesse contexto, a empresa utiliza-se da inexistência de direitos trabalhistas mínimos, em certos países, para expor seus empregados a longas jornadas de trabalho, explorar o labor infantil, não investir em equipamentos de proteção e segurança do trabalhador, pagar salários ínfimos, dentre outras conjunturas que, em completa dissonância com o princípio da dignidade humana, caracterizam o ambiente degradante a que são expostos os trabalhadores.

Ademais, faz-se imperioso salientar que o *dumping* social não se restringe ao internacional, podendo ser visualizado, também, na economia interna de um país.

Nesse sentido, nota-se que, diferentemente do *dumping* social internacional, no qual as empresas migram para países com legislação trabalhista mais precária, o *dumping* social interno decorre do descumprimento reiterado por parte das empresas de direitos trabalhistas já consagrados no território nacional, com intuito de diminuir custos de produção e ampliar seus lucros.

Dessa forma, adota-se, no presente trabalho, o conceito prelecionado por Aline de Farias Araújo (2011), *ipsis literis*:

O *dumping* social pode ser entendido como um fenômeno sócio-trabalhista que emerge na conjuntura global atual, na qual as empresas e os empregadores, tendo por finalidade precípua a maximização dos lucros e a minimização dos custos da produção, passam, de maneira inescusável e reincidente, a descumprir as obrigações legais trabalhistas e preceitos fundamentais garantidores das relações de emprego. (ARAÚJO; 2011; p. 21).

Com efeito, as empresas, ao praticarem o *dumping* social, realizam uma análise de eventuais prejuízos e benefícios que poderiam advir da sua prática e, movidas com ânimo de lucro fácil, escolhem por não obedecer à legislação trabalhista vigente para, assim, diminuir seus custos de produção e ampliar seu capital.

Em verdade, trata-se de condutas reiteradas que “[...] impulsionam o desenvolvimento econômico e comercial, pois, acabam por reduzir os custos da produção, tornando o preço final mais acessível e competitivo, possibilitando às empresas privilégios no tocante à concorrência” (ARAÚJO; 2011; p. 22).

Sobre o tema, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Jorge Luiz Souto Maior, Ranúlio Mendes e Valdete Souto Severo (2012), que, em obra específica sobre o assunto, asseveram que

São empresas que optam pelo não pagamento de horas extras, pelo pagamento de salários “por fora”, pela contratação de trabalhadores sem reconhecimento de vínculo de emprego ou mesmo por tolerar e incentivar condutas de flagran-

te assédio moral no ambiente de trabalho. Constituem uma minoria dentre os empregadores e, por isso mesmo, perpetraram uma concorrência desleal que não prejudica apenas os trabalhadores que contratam, mas também as empresas com as quais concorrem no mercado. Além disso, passam a funcionar como indesejável paradigma de impunidade, influenciando negativamente todos aqueles que respeitam ou pretendem respeitar a legislação trabalhista. (MAIOR; MENDES; SEVERO; 2012; p. 9).

Nesse sentido, em virtude da insistência das empresas em descumprir direitos trabalhistas, o *dumping* social interno possui, como característica principal, a grande quantidade de reclamações trabalhistas em curso discutindo a mesma matéria, fato que assola o poder judiciário trabalhista e demonstra a necessidade de uma tomada de providências para condenar essa malfadada prática.

Ressalte-se ainda que a “[...] tutela jurisdicional perseguida por um número expressivo de trabalhadores não obscurece o fato de que certamente sequer cinquenta por cento dos profissionais lesados pela conduta da empresa buscam seus direitos junto à Justiça do trabalho” (MAIOR; MENDES; SEVERO; 2012; p. 10).

Por conseguinte, o *dumping* social, que nunca havia sido previsto na legislação trabalhista brasileira, passou a ser alvo de preocupação dos operadores do direito e, nesse contexto, em 2007, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, editou enunciado reconhecendo a importância do tema e legitimidade dos magistrados para combater essa reprovável prática.

Nesses termos, o Enunciado nº 4 da ANAMATRA aduz:

DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido ‘*dumping* social’, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás já previam os artigos 652, ‘d’, e 832, § 1º, da CLT. (BRASIL. ANAMATRA. 2007).

Diante do exposto, nota-se que o *dumping* social interno produz consequências extremamente prejudiciais a toda a sociedade, vez que decorre do descumprimento de direitos sociais mínimos dos trabalhadores, garantidos pela própria Constituição Federal, o que será alvo de aprofundamento no presente artigo.

2 Dumping Social nas relações de trabalho

2.1 Efeitos danosos decorrentes da prática de *Dumping Social* interno nas relações de trabalho

O *Dumping Social* interno, conforme analisado em tópico anterior, corresponde ao descumprimento reiterado de direitos trabalhistas com intuito de diminuir os custos de produção e, assim, comercializar mercadorias com preços inferiores às demais empresas, perpetrando, portanto, em concorrência desleal.

A esse respeito, Jorge Luiz Souto Maior, Ranulio Mendes e Valdete Souto Severo (2012) afirmam que “[...] ao desrespeitar o mínimo de direitos trabalhistas que a Constituição garante ao trabalhador brasileiro, a empresa não apenas atinge a esfera patrimonial e pessoal de determinado trabalhador, mas também compromete a própria ordem social” (MAIOR; MENDES; SEVERO; 2012; p. 58).

Nesse sentido, percebe-se que a referida prática produz consequências prejudiciais não apenas aos trabalhadores, que têm seus direitos e garantias desrespeitados, mas também para toda a sociedade, “[...] pois além de proporcionar o desenvolvimento desleal do comércio, agride a dignidade da pessoa humana, submetendo os trabalhadores a condições de trabalho degradantes” (ARAÚJO; 2011; p. 23).

Com efeito, o ato de descumprir, de forma reiterada, direitos trabalhistas garantidos pela legislação brasileira, demonstra manifesta violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, vez que revela a preferência dos empregadores por perseguir o lucro em detrimento daqueles que, através de sua força de trabalho, foram os responsáveis pelo desenvolvimento da própria atividade empresarial.

Ademais, cumpre ressaltar que, ao praticarem concorrência desleal, característica definidora do *dumping social*, os empregadores prejudicam, também, as demais empresas do mercado de consumo que efetivamente cumprem os direitos trabalhistas, vez que estas passam a concorrer em desvantagem devido aos valores mais altos de seus produtos.

Nesse sentido, faz-se imperioso salientar que as pequenas e médias empresas são extremamente prejudicadas com a prática de concorrência desleal, ressaltando-se que

[...] o que determina seu insucesso não são os ‘encargos sociais’, como reproduz o discurso dominante, mas a concorrência desleal, exatamente o que se pretende coibir ou, de certo modo, diminuir, com a coibição do *dumping social* (MAIOR; MENDES; SEVERO; 2012; p. 22-23).

Destacam-se, ainda, outros prejuízos causados à sociedade em virtude do descumprimento das normas trabalhistas, a exemplo da ausência de pagamento do FGTS, que prejudica os próprios cidadãos, porquanto é a partir de sua arrecadação que importantes políticas públicas são custeadas (e.g. seguro desemprego), bem como dos recolhimentos previdenciários, que são responsáveis por custear a Seguridade Social e importantes benefícios assistenciais.

Nesse sentido,

[...] se vários empregadores, por estratégias fraudulentas, deixam de cumprir com as obrigações trabalhistas das quais esses custos decorrem, é mais que evidente que vai faltar dinheiro para a realização desses projetos do Estado Social [...]. (MAIOR; MENDES; SEVERO; 2012; p. 55).

Ademais, pode-se afirmar que o *dumping* social viola também a boa fé objetiva, pois o referido princípio prevê que a relação jurídica empregatícia deve ser pautada pela lealdade e transparência, o que “[...] impede (ou deveria impedir) um empregador de contratar sem formalizar o vínculo, de não pagar verbas trabalhistas ou de descartar o trabalhador, como se fosse mercadoria” (SEVERO; p. 30).

Outrossim, releva anotar que, no modelo econômico capitalista da atualidade, o trabalho é indispensável para a sobrevivência e vida digna do indivíduo. Nesse contexto, a partir do momento em que a empresa desrespeita direitos trabalhistas de forma reiterada – tais como jornada de trabalho, intervalos intrajornada e interjornada, descanso semanal remunerado, dentre outros – a contraprestação pelo trabalho efetuado passa a não ser realizada de maneira integral, ocasionando prejuízos à própria sociedade com as transgressões à ordem econômica e à valorização social do trabalho.

Inclusive, os valores sociais do trabalho estão positivados na Constituição Federal como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, haja vista que

244

[...] não interessam apenas a quem trabalha. Importam à sociedade, que se pretende saudável e, portanto, imune a empregadores que tratam os seres humanos como meio para o atingimento do resultado lucro (SEVERO; p. 27).

Sobre o tema, Juliana Machado Massi e Marco Antônio César Villatore salientam que:

Se todos os trabalhadores deixarem de receber pelo seu trabalho, não há subsistência. Não há consumo de bens essenciais e muito menos supérfluos. O desemprego aumenta e as pessoas deixam de ter uma vida digna. Em razão disso é que a Justiça do Trabalho brasileira tem despertado sua atenção para um problema de proporções gigantescas. A necessidade de lucro não pode se sobrepor à dignidade do trabalhador sob pena de desestabilizar toda a sociedade. (MASSI; VILLATORE; p. 8).

Dessa forma, tem-se que a exploração demasiada da mão de obra laboral ocasiona problemas de ordem física – uma vez que o cansaço exacerbado acarreta prejuízo na saúde do trabalhador, o que o impede de realizar suas tarefas com a mesma produtividade – e de ordem econômica – já que a baixa remuneração não permite que o trabalhador consuma.

Nesse sentido, cumpre salientar que a empresa exerce papel indispensável à sociedade, vez que é a grande responsável pelo desenvolvimento econômico do país,

[...] seja através dos empregos que cria, das receitas fiscais e parafiscais que o Estado através dela arrecada, seja através dos serviços ou produtos que produz e faz circular, do desenvolvimento que proporciona (CASSAR; 2014; p. 192).

Por conseguinte, nota-se que o empresário não deve agir apenas em proveito próprio, mas sim respeitando os interesses de toda a sociedade, isto é, deve respeitar a legislação ambiental, pagar os tributos que lhes são devidos corretamente, bem como promover a efetivação dos direitos sociais garantidos aos seus trabalhadores, cumprindo, dessa forma, com a função social da propriedade consubstanciada no artigo 170, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o qual aduz que:

Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

III – função social da propriedade

Destarte, é possível afirmar que a função social da propriedade, preceito constitucional de extrema importância para a sociedade,

[...] parte do pressuposto de que direitos fundamentais geram deveres igualmente fundamentais, exigíveis de imediato, inclusive dos particulares, sob pena de tornar inócuo o projeto constitucional (MAIOR; MENDES; SEVERO; 2012; p. 19).

Nesse diapasão, é possível concluir que quando a empresa desrespeita de forma reiterada os direitos trabalhistas, com intuito de obter vantagens econômicas, não está agindo em conformidade aos interesses da sociedade, descumprindo, assim, a sua própria função social.

Dessa mesma maneira concluem Jorge Luiz Souto Maior, Ranulio Mendes e Valdete Souto Severo, ao assegurarem que

[...] não é nenhum exagero dizer que a própria empresa perde sua legitimidade de atuar no mercado, uma vez que fere frontalmente o preceito constitucional da função social da propriedade, que refletiu na própria atuação negocial [...]. (MAIOR; MENDES; SEVERO; 2012; p. 11).

2.2 A configuração do Dano Social

Os direitos sociais possuem relevante importância para a sociedade, pois são resultantes das diversas reivindicações realizadas em virtude da ostensiva exploração dos trabalhadores, característica do modelo econômico capitalista vigente.

Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet (2011) afirma que

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanham, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. (SARLET; 2011; p. 47).

Nesse contexto, surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão, que evidenciam a necessidade de corresponder às reivindicações das classes menos favorecidas, principalmente a operária,

[...] como fruto de um compromisso do Estado e da Sociedade, que ‘divide’ os âmbitos de atuação, em prol da criação de uma comunidade mais inclusiva, com condições mínimas de vida digna para todos, buscando efetivar, dessa forma, a justiça social. (MAIOR; MENDES; SEVERO; 2012; p. 15).

Por conseguinte, os direitos sociais encontram-se positivados na Constituição Federal, em seus artigos 6º ao 9º, compondo, juntamente com as garantias individuais, o rol de direitos constitucionais fundamentais.

Imperioso ressaltar, ainda, que os direitos sociais são responsáveis por impor diversos valores à sociedade – a exemplo da solidariedade, justiça social e proteção à dignidade da pessoa humana – e, assim, desenvolver o denominado capitalismo socialmente responsável.

Destarte, o capitalismo socialmente responsável encontra seu próprio fundamento na atuação ética e voltada para os interesses da sociedade,

[...] na medida em que o desrespeito às normas de caráter social traz para o agressor uma vantagem econômica frente aos seus concorrentes, mas que, ao final, conduz a todos ao grande risco da instabilidade social (MAIOR; 2007; p. 1317).

Nesse contexto, quando as empresas desrespeitam os direitos sociais trabalhistas, sobrepondo os interesses econômicos aos de ordem social, não se está apenas atingindo a esfera individual do trabalhador, mas sim à própria sociedade, caracterizam-se, portanto, o dano social.

246

2.3 Formas de Reparação do *Dumping Social*

Conforme o exposto nos pontos anteriores desse capítulo, é de se depreender que o reiterado descumprimento de direitos trabalhistas, com intuito de obter vantagens econômicas através da prática de concorrência desleal, evidencia uma conduta extremamente danosa não apenas para os trabalhadores, mas também para toda a sociedade.

Outrossim, impende salientar que o Princípio da Proteção é o princípio norteador do direito do trabalho, porquanto prevê, como sua função principal, a concessão de maior proteção jurídica aos trabalhadores diante do desrespeito às garantias trabalhistas por parte de seus empregadores. Nesse contexto, o mencionado princípio caracteriza-se, sobretudo, pela intensa intervenção estatal nas relações privadas através de imposição de direitos mínimos aos trabalhadores, restringindo, por conseguinte, a autonomia da vontade das partes.

A esse respeito, conclui com maestria Maurício Godinho Delgado (2010):

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se

afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente. (DELGADO; 2010; p. 183).

Nesse sentido, tem-se que, pautado no princípio da proteção, o Poder Judiciário deve empreender todos os esforços necessários para fazer cumprir as normas protetivas aos trabalhadores, pois, tendo em vista sua hipossuficiência em relação aos seus empregadores, são prejudicados pela ostensiva exploração de sua força de trabalho e reiterado desrespeito às garantias sociais previstas na Constituição Federal.

Por conseguinte, nota-se que a reparação individual do dano, pleiteada através do ajuizamento de reclamações trabalhistas, não é suficiente para restituir *in integrum* os prejuízos decorrentes dessa malfadada prática, sendo necessário, portanto, a atuação conjunta do Poder Judiciário e do Ministério Público do Trabalho para efetivar a proteção jurídica dos direitos sociais garantidos constitucionalmente aos trabalhadores, respeitando, nesse contexto, a dupla finalidade da reparação dos danos coletivos, quais sejam, a função punitiva ou sancionatória e a pedagógica ou preventiva.

2.3.1 *Dumping* Social e a Tutela dos Direitos Coletivos pelo Ministério Público do Trabalho

O Ministério Público do Trabalho (MPT) ³ é órgão que assume fundamental importância no combate à prática de *dumping* social pelas grandes empresas, tendo em vista que cabem a ele a tutela e proteção dos danos de natureza coletiva na seara trabalhista.

247

Sobre o tema, a Lei Complementar nº 75 (BRASIL, 1993), que aduz sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, em seu artigo 83, inciso III, dispõe que:

Art. 83: Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

(...)

III – promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;

(...)

Do dispositivo supratranscrito, extrai-se a lição de que a Ação Civil Pública possui como finalidade precípua a proteção dos direitos sociais constitucionalmente garantidos e pode ser manejada pelo Ministério Público para a consecução desse mister.

3. Apenas para fins esclarecedores, tem-se que o Ministério Público da União divide-se em três ramos: O Ministério Público Federal – que atua juntamente à Justiça Comum Federal –, o Ministério Público Militar – cuja atuação desenvolve-se perante a Justiça Militar – e o Ministério Público do Trabalho – responsável, exatamente, pela proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos na seara trabalhista.

Como foi afirmado anteriormente, o dano decorrente do *dumping social* tem natureza coletiva, vez que traz consequências negativas para toda a sociedade, seja pela violação à dignidade humana – princípio que norteia todo o ordenamento jurídico –, ou pela transgressão à ordem econômica; ao valor social do trabalho; à função social da propriedade; à boa-fé objetiva; dentre outros efeitos prejudiciais estudados anteriormente em tópico específico (vide tópico 2.1 do presente trabalho).

Logo, não é difícil concluir que seria a Ação Civil Pública um eficiente instrumento no combate ao *dumping social*.

A respeito da relevância social da Ação Civil Pública, Raimundo Simão de Melo (2014) assevera que:

Destaca-se sua importância porque tais direitos são bens do povo e, por isso, constituem interesse público primário da sociedade, que, na maioria das vezes, não podem ser tutelados individualmente porque o cidadão é quase sempre um hipossuficiente que não dispõe de condições técnicas, financeiras e até psicológicas para enfrentar os poderosos em demandas que duram muitos anos perante o Judiciário. Em outros casos, nem mesmo compensa a atuação individualizada diante do baixo valor econômico provocado pela lesão ao interesse individual decorrente da agressão coletiva. (MELO; 2014; p. 167-168).

248

Na mesma linha de entendimento do referido autor, tem-se que as ações individuais, muito por conta do baixíssimo valor condenatório dela decorrentes, não têm o condão de evitar que as empresas sintam-se encorajadas a praticar condutas violadoras das normas trabalhistas.

Muito melhor seria, nesse diapasão, suscitar no mérito da Ação Civil Pública proposta pelo *Parquet* razões que justificassem uma majoração do valor indenizatório em razão do dano moral coletivo. Só assim, de fato, seria possível restituir in *integrum* os danos decorrentes do reiterado descumprimento de direitos trabalhistas.

À guisa de exemplificação, para melhor compreender a situação acima disposta, utiliza-se o caso de uma empresa que, de forma reiterada e consciente, não realiza pagamentos de FGTS aos seus empregados, com o intuito de diminuir seus custos de produção e, assim, obter vantagens econômicas.

No referido caso, na eventualidade de os empregados ingressarem – nem todos o fariam, certamente – com ações individuais, o valor da condenação de cada um deles, somados, ainda não seria suficiente para obter um resultado intimidatório e dissuasórios satisfatórios. As empresas, além de considerarem a hipótese de não serem, muitas vezes, demandadas em juízo, *calculam* e não se dissuadem pelos suaves empecilhos que podem decorrer da aplicação da condenação individual.

Com efeito, deve ingressar na equação um novo fator contramotivador, qual seja, o dano moral coletivo.

É daí que emerge de importância, no contexto do combate ao *dumping social*, o Ministério Público do Trabalho. Deparando-se com a reiteração do ato ilícito praticado pela empresa

e com a finalidade de prejudicar a própria ordem social, deve, ao propor Ação Civil Pública requerendo indenização por dano moral coletivo, majorar o pleito reparatório. Agindo assim, o *Parquet* contribuirá sobremaneira para a dissuasão à prática de *dumping* social, bem como para a reafirmação da validade das normas trabalhistas.

Conclui-se, portanto, que o papel exercido pelo Ministério Público do Trabalho no combate às práticas de *dumping* social é de importância salutar, ressaltando, inclusive, que cada vez com mais frequência tem-se visto no Judiciário Brasileiro o provimento de Ações Civis Públicas pleiteando o pagamento de indenização pelo referido dano social.

Em 2012, por exemplo, a Loja Magazine Luiza, através de Ação Civil Pública proposta pelo MPT, foi condenada ao pagamento de indenização no montante de R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) em virtude da prática de *dumping* social, valor este que foi mantido pelos seus próprios fundamentos em acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Cumprir trazer à baila trechos da referida sentença condenatória, abaixo transcritos:

[...] tem-se que determinada empresa incorre na prática do “dumping” social quando deixa de cumprir, de forma reiterada, inescusável e consciente, obrigações trabalhistas basilares, com a intenção de diminuir seus custos e, por consequência, aumentar seus ganhos, o que, em última razão, prejudica concorrentes cumpridores de suas obrigações laborais e os incentiva a atuarem do mesmo modo. [...] Nesse contexto, não se pode, em absoluto, se falar em impossibilidade de condenação de determinada empresa por “dumping” social com alicerce no frágil argumento de ausência de previsão legal, já que a essência constitucional da formação do Estado Democrático, com a compatibilização dos valores acima referidos, denunciam situação diametralmente oposta. (...) Por tudo exposto, dúvidas não existem, a meu ver, acerca da existência de danos que transcendem a esfera individual em razão de conduta empresarial que pode ser denominada de “dumping” social, entendida como uma prática em que se verifica o descumprimento reiterado e inescusável de normas trabalhistas de natureza cogente, com intuito deliberado de majorar ganhos através da redução de custos com pessoal. Os danos em questão são merecedores de efetiva e adequada reparação, como forma, inclusive, de reafirmação do Estado enquanto gestor do bem comum e da vida em sociedade (mecanismo de defesa do pacto social e enfrentamento da barbárie, situação impensável em uma sociedade civilizada pelo próprio conteúdo axiológico contido na Constituição – prevalência do caráter pedagógico). (SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. 2012)

Lado outro, cumpre salientar a importância *pedagógica* que também pode assumir o Ministério Público do Trabalho. A explicação é simples: É que, como visto, haverá casos em que o descumprimento aos direitos trabalhistas não se enquadrará como *dumping* social, seja por faltar a comprovação da reiteração da conduta lesiva; ou do ânimo do agente de causar prejuízo, é dizer, de obter vantagem com o descumprimento dos direitos trabalhistas (MAIOR; 2007; p. 1321).

Assim, por exemplo, se a empresa reiteradamente deixar de realizar os depósitos do FGTS devidos aos seus empregados, para fornecer essa quantia em dinheiro, acreditando estar beneficiando seus trabalhadores, não será possível, em tal situação, considerar a hipótese de configuração do *dumping* social, pois inexistente o elemento subjetivo de lesionar.

No quadro hipotético que se trouxe à baila, não poderia o Ministério Público pleitear a condenação da referida empresa por dano social. Contudo, assumiria o *Parquet*, mesmo nessa hipótese, importância equivalente, pois atuaria com o intuito de conscientizar o empregador da relevância dos depósitos do FGTS.

De todo o exposto, é de se constatar o efetivo valor que tem o Ministério Público do Trabalho no mister de estabilização social e normativa, de modo a agir no fortalecimento geral da sensação de confiança no cumprimento da ordem jurídica.

2.3.2 A (im)possibilidade de condenação autônoma por *Dumping Social*

Em virtude da ausência de legislação explícita sobre o tema, é de se perceber a divergência doutrinária existente a respeito da possibilidade de o magistrado, ao julgar reclamações trabalhistas em que reste evidenciada a prática de *dumping* social pela empresa, possa condená-la de ofício pelo dano perpetrado à sociedade.

250

Com intuito de cessar as divergências que se alastram na doutrina a esse respeito, o Projeto de Lei nº 1.615/11, que se encontra atualmente na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) da Câmara dos Deputados, já possuindo parecer do relator pela sua aprovação, foi proposto para trazer à legislação trabalhista brasileira normas jurídicas que tratariam explicitamente do *dumping* social interno e de suas formas de reparação, concedendo legitimidade ao magistrado para coibir *ex officio* o dano à sociedade nas demandas individuais.

Diante do exposto, em decorrência de inexistir, atualmente, legislação específica sobre o tema, vozes autorizadas propugnam o entendimento de que faltaria legitimidade ao juiz para conceder indenização por prática de *dumping* social quando a parte não cuidasse de formular seu pleito nesse sentido.

Todavia, observa-se que a falta de previsão legal específica sobre o tema não tem o condão de impedir que o magistrado da causa, quando perceber existentes os requisitos configuradores do *dumping* social, faça incidir justa indenização com o fim de coibir essa reprovável prática, vez que, através de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, é possível encontrar bases que respaldam suficientemente a atuação do juiz nesse sentido.

Dessa mesma forma, a ANAMATRA, após reconhecer a necessidade de se reprimir a prática de *dumping* social, em seu enunciado nº 4º da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, dispõe que “Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, ‘d’, e 832, § 1º, da CLT” (BRASIL. ANAMATRA, 2007).

Nesse diapasão, cumpre trazer à baila os preceitos legais supramencionados, que fundamentam a reparação do dano coletivo nas reclamações trabalhistas:

Art. 404 do Código Civil: As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único: Provado que os juros de mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, **pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar**. (sem grifos no original) (BRASIL. Lei nº 10.406, 2002)

Art. 652, 'd' da CLT: Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento: [...] d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência. (BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, 1943).

Art. 832, § 1º da CLT: [...] Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento. (BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, 1943).

A interpretação dos artigos destacados acima permite concluir que é possível, ainda que em demandas individuais, conceder indenizações suplementares independentemente do pedido da parte, ressaltando-se, ainda, que “(...) esse acréscimo condenatório não necessariamente precisa ser dirigido para o indivíduo ofendido; percebendo o julgador a extensão dos prejudicados, poderá decidir pela condenação na forma de indenização por dano social” (ARAÚJO; 2011; p. 26).

251

Em verdade, as indenizações estabelecidas em virtude do *dumping* social não serão, de forma alguma, direcionadas ao reclamante, pois a referida conduta ocasiona um dano na natureza coletiva, devendo o valor ser revertido à própria sociedade prejudicada, seja por meio da destinação dos valores a um fundo específico ou para entidades sem fins lucrativos que prestam serviços assistenciais (ARAÚJO; 2011; p. 27).

Nesse sentido, é possível concluir que:

Como se vê, a possibilidade de o Juiz agir de ofício para preservar a autoridade do ordenamento jurídico foi agasalhada pelo direito processual e, no que se refere ao respeito à regulamentação do Direito do Trabalho, constitui um dever, pois o não cumprimento convicto e inescusável dos preceitos trabalhistas fere o próprio pacto que se estabeleceu na formação do nosso Estado Democrático e Social de Direito, para fins de desenvolvimento do modelo capitalista em bases sustentáveis e com verdadeira responsabilidade social. (MAIOR; MENDES; SEVERO; 2012; p. 93).

Para corroborar ainda mais o que já foi dito, há, também, a previsão do artigo 765 da CLT, o qual aduz que os juízes do trabalho “(...) terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas” (BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, 1943).

Nesse sentido, destaca-se que o magistrado, à luz do Princípio Dispositivo, não pode ser visto como mero aplicador da lei. A sentença não é – e nem deve ser! – fruto de uma mera

subsunção ao direito legislado, senão um processo complexo que toma a lei como um ponto de partida. Não se defende, com isso, à total evidencia, a figura de um juiz arbitrário, desgarrado das normas do nosso ordenamento, que decide segundo sua própria consciência. Todavia, é de se ter em conta que a função judicante evidencia a obrigação do magistrado de “(...) atuar no processo utilizando-se do ordenamento jurídico vigente de sorte a conferir-lhe a máxima eficácia” (MAIOR; MENDES; SEVERO; 2012; p. 88).

A esse respeito, Jorge Luiz Souto Maior, Ranulio Mendes e Valdete Souto Severo (2012) asseguram que:

A garantia de um devido processo legal passa pelo caráter dispositivo (democrático) do processo. Esse caráter, entretanto, é de ser considerado em consonância com outros princípios presentes em nossa esfera jurídica, tais como o da dignidade da pessoa humana (norte do nosso sistema jurídico) e o da efetividade da tutela (que se justifica apenas e na medida em que visa a preservar o núcleo essencial da dignidade humana, ou seja, dos direitos fundamentais).

A violação do princípio da dignidade humana, que pode ser indicado como a essência mesma do nosso compromisso jurídico-social, representa a violação da própria Constituição. Representa traição ao princípio fundamental da organização em sociedade, que é o respeito ao homem como ser dotado de dignidade, como razão de ser do próprio ordenamento jurídico. Admitir tais premissas implica assumir uma conduta comprometida diante do processo. É vê-lo como instrumento para efetivação de direitos. (MAIOR; MENDES; SEVERO; 2012; p. 89).

252

Diante de tudo quanto foi exposto, faz-se imperioso salientar que a indenização suplementar, com finalidades punitiva e pedagógica, deve ser aplicada pelo magistrado de forma excepcional, isto é, não é o simples desrespeito às normas trabalhistas que resultará no *dumping* social.

Torna-se necessário, portanto, que se identifique no caso concreto a repercussão social negativa da conduta, de forma a lesionar os interesses de toda uma coletividade de pessoas de difícil ou impossível determinação.

Sobre o tema, Aline de Farias Araújo (2011) ressalta, ainda, que o juiz deve conferir se as finalidades sancionatória e preventiva já não estão sendo alcançadas através de outras medidas, a exemplo dos termos de ajuste de conduta e ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, multas administrativas ou acordos com os sindicatos. (ARAÚJO; 2011; p. 27).

Deve, também, restar comprovado o elemento objetivo para configuração do *dumping* social, qual seja, a reiteração da conduta lesiva, quer dizer, a empresa deve ser reincidente em determinada prática danosa. Além disso, é preciso demonstrar o *animus* do agente, isto é, sua intenção em praticar a conduta danosa. (MAIOR; 2007; p. 1321)

A esse respeito, Juliana Machado Massi e Marco Antônio César Villatore (p. 15). observam que muitas empresas descumprem normas trabalhistas de forma corriqueira, mas sem possuir a intenção de obter vantagens econômicas no mercado de consumo e, nesses casos, o

simples pagamento das verbas devidas com acréscimo de juros e correção monetária já satisfaz a reparação do dano, não configurando, portanto, a prática de *dumping* social.

Por conseguinte, com intuito de tornar mais evidente a indispensável atuação do magistrado na coibição da prática de *dumping* social, cumpre trazer à baila o julgado a seguir transcrito:

DA RESPONSABILIDADE SOCIAL – ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR “DUMPING SOCIAL”. (...)

Como bem ressaltado pelo Juízo de origem, o meio ambiente de trabalho é o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometem a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores. Assim, é direito do cidadão ter um ambiente de trabalho adequado e seguro, o qual, se desrespeitado, provoca agressão a toda a sociedade, que, no final das contas, responde pelas mazelas decorrentes de acidentes de trabalho ou doenças profissionais a ele equiparadas.

(...) No âmbito das relações de trabalho, o “*dumping* social” poderia ser compreendido pela obtenção de lucros excessivos pelo empregador que, através de medidas reiteradas e contumazes, suprime direitos dos trabalhadores e investe pouco em melhorias das condições de trabalho, com o fito de obter mais lucro e com isso, oferecer produtos com preços bem inferiores no mercado às custas da exploração da mão-de-obra. Neste contexto, se do lado empresarial, a empresa se sobressai, por outro lado, ela explora e deixa de oferecer condições dignas de trabalho, causando danos e prejuízos à sociedade ensejando a indenização por “*dumping* social”, com fundamento nos artigos 186, 187, 404, parágrafo único, e 927, todos do Código Civil e artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.

No caso dos autos, esta indenização foi arbitrada de ofício considerando-se as peculiaridades das ações manejadas contra a reclamada e as condições de trabalho verificadas pela própria Juíza Sentenciante em Inspeção realizada no local de trabalho.

(...) o valor arbitrado de R\$20.000,00 em favor da Santa Casa de Misericórdia de Araguari é condizente com as mazelas verificadas na inspeção judicial a que se refere a Juíza de origem nos últimos parágrafos da fl. 283. A reclamada afirma ter tomado algumas providências para tentar melhorar as condições do local de trabalho. Entretanto, não fornece básicos equipamentos para proteger os braços das empregadas do contato com a solução que continha ácido e sal, na qual permaneciam as tripas manuseadas pela reclamante e demais empregadas do setor. (MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 2009).

Assim, tem-se que a condenação por *dumping* social, mesmo quando a parte não tenha pleiteado tal provimento, é medida que se impõe à luz dos princípios do Direito do Trabalho para garantir a eficácia dos direitos sociais fundamentais constantes da própria Constituição Federal.

3. Considerações finais

De tudo quanto exposto, foi possível extrair as seguintes conclusões à guisa da proposta neste trabalho delineada, atinente ao reconhecimento da prática de *dumping* social no âmbito interno do território nacional, bem como de sua necessária coibição:

1. O *dumping* corresponde a um fenômeno típico dos direitos comercial e internacional que retrata a prática de empresas de vender produtos inferiores ao valor de mercado com intuito de prejudicar as demais concorrentes. Essa reprovável prática produz também efeitos na esfera trabalhista, caracterizando, dessa forma, o denominado *dumping* social, o qual poderá ser visualizado no âmbito do mercado externo ou dentro do próprio território nacional.
2. O *dumping* social interno corresponde ao reiterado descumprimento de direitos sociais trabalhistas já consagrados pelo ordenamento jurídico pátrio, com a finalidade de praticar concorrência desleal e obter vantagens econômicas. Trata-se, portanto, de um dano de natureza coletiva, vez que traz consequências negativas não apenas para o empregado, mas para toda a sociedade, seja pela violação à dignidade humana, princípio que norteia todo o ordenamento jurídico, ou pela transgressão à ordem econômica, ao valor social do trabalho, à função social da propriedade, à boa-fé objetiva, dentre outros efeitos extremamente prejudiciais.
3. O Ministério Público, nos termos da Lei nº 7.347/85 e da Lei nº 8.078/90, tem a legitimidade para defender os direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos. Dessa forma, tem-se que a atuação do Órgão Ministerial no combate ao *dumping* social é, além de adequada, essencial, notadamente quando se tem em conta que as meras indenizações a título individual não fazem integrar na equação reparatória importante elemento dissuasório, qual seja, o dano moral coletivo.
4. Ademais, a atuação engajada do *Parquet* é da fundamental importância pedagógica para que, mesmo nos casos em que não se reste configurado o *dumping* social, fortaleça a consciência do empregador na necessidade de respeitar os direitos fundamentais do trabalhador.
5. Para configurar o *dumping* social, faz-se necessária a presença de dois principais requisitos, quais sejam, a reiteração da conduta lesiva pela empresa (requisito objetivo) e o *animus* de lesionar (requisito subjetivo).
6. A legitimidade do magistrado para, de ofício, impor condenação à parte pela prática de *dumping* social possui respaldo no ordenamento jurídico pátrio, nos termos do enunciado nº 4º da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho realizada pela ANAMATRA e com fulcro no disposto nos artigos 404 do Código Civil, 652, 'd', e 832, § 1º da CLT.
7. Há determinadas empresas que optam deliberadamente por violar a legislação trabalhista orientando seus passos e ações nesse sentido, muito por conta da *atratividade*

dos benefícios (descumprir os mais básicos dos direitos trabalhistas compensa!), o que leva a crer, por mais evidente que possa parecer o raciocínio, que a *elevação do montante indenizatório* (tem-se aqui em mente fundamentalmente a condenação pela prática de *dumping social*) pudesse exercer um eficiente efeito dissuasório.

Destarte, o magistrado exerce papel indispensável no combate à prática do *dumping social*, pois, através da imposição de indenizações suplementares com finalidades preventiva e sancionatória, está garantindo a eficácia dos direitos sociais fundamentais.

Referências

ARAÚJO, Aline de Farias. A Necessária Repressão da Justiça do Trabalho aos casos de Dumping Social. In: **Revista da ESMAT** 13. Ano 4, vol. 4, 2011, p. 18 e segs. Disponível em: <[http://www.amatra13.org.br/arquivos/revista/REVISTA%20DA%20ESMAT%2013%20ANO%204%20N%204%20OUT%202011\[PARA%20IMPRESS%C3%83O%20COM%20302%20PAGINAS\].pdf](http://www.amatra13.org.br/arquivos/revista/REVISTA%20DA%20ESMAT%2013%20ANO%204%20N%204%20OUT%202011[PARA%20IMPRESS%C3%83O%20COM%20302%20PAGINAS].pdf)>. Acesso em: 11 de março de 2016.

BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. **Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**. Brasília: TST, 2007. Disponível em: <http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=169487&infobase=sumulas.nfo&jump=Enunciado%20079%2fAnamatra%2fJornadaJTrabalho&softpage=Document42>. Acesso em: 22 de março de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 de agosto de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 27 de fevereiro de 2016.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75**, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 1 de março de 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1615/2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509413>>. Acesso em: 20 de março de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Trabalho. **Acórdão proferido no processo nº 01341-2008-047-03-00-5**. Recorrente: Indústria de Subprodutos de Origem Animal Lopesco LTDA e Tripan LTDA. Recorrido: Abadia Aparecida Gomes Coelho. Desembargadora: Cleube de Freitas Pereira. Minas Gerais, 9 de março de 2009. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=687683>. Acesso em: 20 de março de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (15ª Região). Trabalho. **Sentença condenatória proferida no processo nº 0001993-11.2011.5.15.0015**. Autor: Ministério Público do Trabalho (Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região). Réu: Magazine Luiza S.A. Juiz: Eduardo Souza Braga. Franca, 12 de julho de 2012. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.w ListaProcesso?pTipoConsulta=PROCESSOCNJ&pArgumento1=0001993&pArgumento2=11&pArgumento3=2011&pArgumento4=0015>>. Acesso em: 04 de março de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (18ª Região). Trabalho. **Sentença condenatória proferida no processo nº 00495.2009.191.18.00-5**. Autor: João Batista Ferreira Moraes. Réu: MARFRIG – Frigorífi-

co e Comércio Alimentos S.A. Juiz: Ranúlio Mendes Moreira. Mineiros, 12 de maio de 2009. Disponível em: <http://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetalhaProcesso.seam?p_num_dist=495&p_ano=2009&p_cidade=140&tipo_proc=RTS&p_num_trt=0&p_ano_trt=0&p_tipo_trt=XX&p_grau_pje=1&dt_autuacao=07%2F04%2F2009&popup=0&conversationPropagation=begin>. Acesso em: 21 de março de 2016.

CASSAR; Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

FERNANDEZ, Leandro. **Dumping Social e o Comércio Internacional**. Disponível em: < http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130426155913.pdf >. Acesso em: 18 de março de 2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O dano social e sua reparação. In: **Revista Legislação do Trabalho** (obra coletiva). São Paulo, LTr, ano 71, nº. 11, p. 1317 e segs, nov. 2007.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranulio; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping Social nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. **O Dumping Social e a Total Possibilidade de Tutela das Minorias na Atividade Empresarial**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27ef345422b300b5> >. Acesso em: 06 de março de 2016.

MELO, Raimundo Simão de. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MORAIS, Dulce Teresinha Barros Mendes de; TUNHOLI, Letícia Pessanha. O Dumping Social nas Relações de Emprego: Como Proteger o Direito Fundamental ao Trabalho Digno. In: **Revista Processual de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros** (obra coletiva). p. 19 e segs. Ano IV, vol. 11. Disponível em: < <http://www.institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2014/05/2-Revista-de-Gesta%CC%83o-11-Leti%CC%81cia-e-Dulce-revisado.pdf> >. Acesso em: 01 de março de 2014.

REIS, Jair Teixeira dos. **Resumo de Direito Internacional & Comunitário**. 3. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

SARLET; Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEVERO; Valdete Souto. O Dano Social ao Direito do Trabalho. In: **Caderno 15 da Anamatra IV** (obra coletiva), p. 25 e segs. Disponível em: < <http://www.amatra4.org.br/cadernos/265-caderno-15?start=3> >. Acesso: 16 de março de 2016.

SOUZA, Rossifran Trindade. Direitos Fundamentais e Dumping Social, in **Direito Constitucional do Trabalho em Temas** (obra coletiva). São Paulo: LTr, 2012, p.399 e segs.

TOMAZETTE, Marlon. O Conceito do Dumping para a Regulamentação Multilateral do Comércio Internacional. Disponível em: < <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/222> >. Acesso em: 12 de fevereiro de 2016.

TUNHOLI; Letícia Pessanha. Dumping Social – indenização deve ser requerida pelo ofendido. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/dumping-social-indenizacao-deve-ser-requerida-pelo-ofendido >. Acesso em: 10 de fevereiro de 2016.

Incidente de assunção de competência e o processo do trabalho

Leonardo Carneiro da Cunha¹

Fredie Didier Jr.²

1 Nota introdutória

Uma das principais novidades do CPC-2015 foi o incrível aperfeiçoamento feito no incidente de assunção de competência, antes timidamente previsto no §1º do art. 555 do CPC-1973.

Esse incidente é plenamente aplicável ao processo do trabalho, tanto no âmbito dos tribunais regionais do trabalho, quanto no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho³.

Pode-se afirmar, inclusive, que o antigo *incidente de uniformização de jurisprudência* (arts. 476 e segs. do CPC-1973) desdobrou-se, no CPC-2015, no incidente de resolução de demandas repetitivas e no incidente de assunção de competência.

A observação é importante, pois o §3º do art. 896 da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.015/2014, determina a aplicação do incidente de uniformização de jurisprudência, tal como regulado pelo CPC-1973, ao processo do trabalho. Sucede que esse incidente deixou de existir, em razão da superveniência do CPC-2015. Em seu lugar, vieram os dois novos incidentes referidos acima.

Esse ensaio cuida de um desses novos incidentes: o incidente de assunção de competência. O objetivo é demonstrar o seu perfil dogmático e a sua importância.

2 Breve histórico legislativo

Não é de hoje a iniciativa legislativa de municiar os tribunais de instrumentos destinados a prevenir e a eliminar a divergência jurisprudencial. Com mais ou menos intensidade, há muito tempo a legislação vem oferecendo expedientes destinados a tal finalidade.

¹ Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFPE. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado.

² Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente pela USP. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado.

³ A propósito, o Fórum Permanente de Processualistas Civis deliberou a respeito do assunto; enunciado n. 335: “O incidente de assunção de competência aplica-se ao processo do trabalho”; enunciado n. 167: “Os tribunais regionais do trabalho estão vinculados aos enunciados de suas próprias súmulas e aos seus precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas”; enunciado n. 171: “Os juízes e tribunais regionais do trabalho estão vinculados aos precedentes do TST em incidente de assunção de competência em matéria infraconstitucional relativa ao direito e ao processo do trabalho, bem como às suas súmulas”.

No processo civil brasileiro, houve, ao longo da história, diplomas legais que conferiram instrumentos destinados a *prevenir* a divergência jurisprudencial.

O Decreto nº 16.273, de 20 de dezembro de 1923, que organizou a Justiça do Distrito Federal, previu o instituto do *prejulgado*, dispondo, em seu art. 103, que, quando se anteviesse pela votação que a câmara julgadora iria proferir resultado diverso do entendimento já manifestado por outra, fosse convocada uma reunião das duas câmaras para uniformizar o entendimento. A Lei nº 319, de 25 de novembro de 1936, previu, em seu art. 2º, o pronunciamento prévio da Corte Plena sobre a matéria a respeito da qual pudesse ocorrer divergência entre câmaras ou turmas. O art. 861 do Código de Processo Civil de 1939 determinava:

[...] A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.

Mas também foram pensados instrumentos de *correção* da desarmonia jurisprudencial.

O referido Decreto nº 16.273, de 1923, em seu art. 108, III, c, previa o cabimento de recurso de revista contra decisão que divergisse de entendimento manifestado por outra câmara julgadora. A citada Lei nº 319, de 1936, estabelecia, em seu art. 1º, que das decisões finais das cortes ou de qualquer de suas câmaras ou turmas cabia revista para a Corte Plena quando contrariasse ou divergisse de outra decisão, também final, da mesma corte ou de algumas de suas câmaras ou turmas. E, finalmente, o Código de Processo Civil de 1939 regulava, em seus arts. 853 a 860, o recurso de revista cabível

258

[...] nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, turmas ou grupos de câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das câmaras, turmas ou grupo de câmaras, que contrariar outro julgado, também final, das câmaras cíveis reunidas.

O Código de Processo Civil de 1973 previu, em seus arts. 476 a 479, a *uniformização de jurisprudência*, que consistia num incidente, instaurado no curso de um recurso, remessa necessária ou ação de competência originária em qualquer tribunal. O incidente de uniformização de jurisprudência pressupunha causa pendente em tribunal, a ser julgada por “turma, câmara ou grupo de câmaras”, aí se acrescentando, em razão da organização de alguns tribunais, as seções. Descabia, portanto, o incidente se o órgão julgador fosse o plenário ou o órgão especial⁴. Não era um recurso; era um incidente, somente podendo ser instaurado antes de encerrado o julgamento. Não é por outro motivo, aliás, que o art. 476 do CPC-1973 enunciava que competia a qualquer juiz solicitar o “pronunciamento prévio” do tribunal quando ocorresse a hipótese ali prevista. Não cabia o incidente de uniformização de jurisprudência se a decisão *já* tivesse sido *proferida*. Cabia o incidente se houvesse divergência, de modo que o incidente somente podia ser repressivo.

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, n. 7, p. 9.

O procedimento do incidente de uniformização de jurisprudência era burocrático e moroso. A câmara ou turma deveria suscitá-lo, lavrando um acórdão. Suscitado o incidente, o caso era encaminhado ao plenário ou órgão especial, que iria definir o entendimento a ser adotado, lavrando-se um segundo acórdão. Definido o entendimento, o julgamento era retomado pela turma ou câmara originária que iria, então, seguindo o entendimento estabelecido pelo plenário ou corte especial, julgar o caso concreto.

Com o advento da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, o art. 555 do CPC de 1973 passou a ter um § 1º com o seguinte teor:

Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar, reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

O dispositivo estendeu à apelação e ao agravo, nos tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, regra existente no Regimento Interno do STF (art. 22, par. ún, “b”)⁵ e no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 14, II)⁶.

O § 1º do art. 555 do CPC de 1973 passou a prever, a bem da verdade, mais um incidente de uniformização de jurisprudência. A regra ampliou as hipóteses de uniformização de jurisprudência no âmbito interno dos tribunais, evitando a adoção do procedimento previsto nos arts. 476 a 479 do CPC de 1973, que era meramente repressivo e implicava uma bipartição da competência funcional para julgamento da causa.

A previsão contida no § 1º do art. 555 do CPC de 1973 remetia para órgão de maior composição, dentro do mesmo tribunal, o julgamento de recurso atribuído, originalmente, a turma ou câmara, a fim de uniformizar a jurisprudência. Afetar o julgamento a outro órgão, com fulcro no referido dispositivo, diferia da adoção do procedimento de uniformização de jurisprudência calçado nos arts. 476 a 479 daquele Código. Este último fazia com que o plenário ou órgão especial definisse o entendimento do tribunal, devendo o julgamento ser retomado pela turma ou câmara para deslenho do mérito da questão, enquanto a previsão contida no § 1º do art. 555 permitia o julgamento por outro órgão, retirando da turma ou câmara a atribuição de conferir desfecho ao caso.

O incidente de assunção de competência, previsto no art. 947 do CPC, é uma reformulação do incidente previsto no § 1º do art. 555 do CPC-1973. Além de ser aplicável quando ocor-

⁵ Art. 22 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: “O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário. b) quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário”.

⁶ Art. 14 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: “Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: I - quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em Súmula pela Seção; II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção; III - nos incidentes de uniformização de jurisprudência (art. 118). Parágrafo único. A remessa do feito à Seção far-se-á independentemente de acórdão, salvo no caso do item III (art. 118, § 1º)”.

rer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal (CPC, art. 947, § 4º), é admissível quando o julgamento do recurso, da remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

3 Instrumento destinado a concretizar a tutela da segurança jurídica

O art. 926 do CPC estabelece que devem os tribunais uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Em virtude de vários dispositivos contidos no CPC, a atividade jurisdicional deve orientar-se pela necessidade de adoção de mecanismos de uniformização de jurisprudência, com vistas ao atendimento das exigências de isonomia e de segurança jurídica.

Não se tolera mais a possibilidade de os órgãos jurisdicionais, diante de situações concretas similares, conferirem resultados díspares. A divergência jurisprudencial atenta contra o princípio da isonomia. É preciso que casos iguais tenham idêntica solução jurídica. Nesse sentido, firmado entendimento jurisprudencial sobre determinado tema, os casos que envolvam tal assunto devem seguir esse mesmo entendimento.

A obediência aos precedentes e a uniformização da jurisprudência prestam-se a concretizar, ainda, a segurança jurídica, garantindo previsibilidade e evitando a existência de decisões divergentes para situações semelhantes, sendo certo que decisões divergentes não atingem a finalidade de aplacar os conflitos de que se originaram as demandas. Casos iguais devem ter, necessariamente, decisões iguais, sob pena de se instaurar um estado de incerteza.

O respeito aos precedentes assegura a segurança jurídica, conferindo credibilidade ao Poder Judiciário e permitindo que os jurisdicionados pautem suas condutas levando em conta as orientações jurisprudenciais já firmadas. Em outras palavras, o respeito aos precedentes estratifica a *confiança legítima*: os jurisdicionados passam a confiar nas decisões proferidas pelo Judiciário, acreditando que os casos similares terão o mesmo tratamento e as soluções serão idênticas para situações iguais.

Se é certo que os tribunais devem tutelar a segurança jurídica, uniformizando sua jurisprudência, o art. 947 do CPC, ao prever o incidente de assunção de competência, põe à sua disposição mecanismo destinado a prevenir e a corrigir divergência jurisprudencial, contribuindo para que os tribunais cumpram o dever de uniformização jurisprudencial.

4 Competência e cabimento

O incidente de assunção de competência pode ser instaurado em *qualquer tribunal*⁷, inclusive nos *tribunais superiores*. *Enquanto não julgada a causa ou o recurso*, é possível haver a instauração do incidente de assunção de competência, cujo julgamento produz um precedente obrigatório a ser seguido pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados.

⁷ Nesse sentido, enunciado n. 468 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O incidente de assunção de competência aplica-se em qualquer tribunal.”

O incidente de assunção de competência é admissível em *qualquer causa* que tramite no tribunal. Não é sem razão, aliás, que o art. 947 do CPC estabelece ser ele admissível “*quando o julgamento de recurso, da remessa necessária ou de processo de competência originária*” envolver relevante *questão de direito*, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

5 Objetivos

Já se pode perceber que o grande objetivo do incidente de assunção de competência é assegurar a segurança jurídica. Para isso, há três fins específicos que reforçam esse seu grande objetivo.

Em primeiro lugar, o incidente de assunção de competência tem por finalidade *provocar o julgamento de caso relevante por órgão colegiado de maior composição*. Há um deslocamento de competência no âmbito interno do tribunal. O caso, que deveria ser julgado por uma câmara ou turma, é afetado a outro órgão de maior composição, a ser indicado pelo regimento do tribunal, que passa a assumir a competência para julgar o caso. É exatamente isso que consta do § 2º do art. 947 do CPC: “*O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência*”. Ao julgá-lo, o órgão define o entendimento da corte.

Também constitui finalidade específica do incidente de assunção de competência *prevenir ou compor divergência interna no tribunal*. É por isso que o § 4º do art. 947 do CPC assim dispõe: “*Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal*”. Se já há uma divergência interna na jurisprudência do tribunal, deve ser instaurado o incidente de assunção de competência. Nesse ponto, tal incidente funciona como instrumento a ser utilizado pelo tribunal para o cumprimento do dever de uniformizar sua jurisprudência, dever esse que lhe é imposto pelo art. 926 do CPC. De igual modo, e com a mesma finalidade de cumprir com o dever de uniformizar seu entendimento, o tribunal deve instaurar o incidente de assunção de competência quando se revelar possível o dissenso entre suas câmaras ou turmas. Assim, e com a finalidade de prevenir a divergência, o tribunal deve instaurar o incidente de assunção de competência.

Ainda constitui objetivo do incidente de assunção de competência a *formação de precedente obrigatório*, que vincula o próprio tribunal, seus órgãos e os juízos a ele subordinados. Afetado o caso a órgão de maior composição indicado pelo regimento interno, a decisão por ele tomada “*vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão da tese*” (CPC, art. 947, § 3º).

6 Microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios

Os tribunais têm o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (CPC, art. 926). Por essas razões, juízes e tribunais devem observar “*os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos*” (CPC, art. 927, III).

Já se viu, no item anterior, que o incidente de assunção de competência tem na formação de precedente obrigatório um de seus objetivos. Esse também é um dos objetivos do incidente de resolução de demandas repetitivas e do julgamento dos recursos repetitivos. Formado o precedente obrigatório, tanto no incidente de assunção de competência como no julgamento de casos repetitivos, os juízos e tribunais devem observá-lo, proferindo julgamento de improcedência liminar (CPC, art. 332, II e III), dispensando a remessa necessária (CPC, art. 496, § 4º, II e III) e conferindo-se ao relator o poder de decidir monocraticamente (CPC, art. 932, IV, *b e c*, V, *b e c*; art. 955, parágrafo único, II). Cabe reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (CPC, art. 988, IV), sendo considerada omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (CPC, art. 1.022, parágrafo único, I).

Há uma unidade e coerência sistêmicas entre o incidente de assunção de competência e o julgamento de casos repetitivos, cumprindo lembrar que o termo “julgamento de casos repetitivos” abrange a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos repetitivos (CPC, art. 928).

Em outras palavras, existe um *microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios*, formado pelo incidente de assunção de competência e pelo julgamento de casos repetitivos. Suas respectivas normas intercomunicam-se e formam um microsistema, garantindo, assim, unidade e coerência. Para que se formem precedentes obrigatórios, devem ser aplicadas as normas que compõem esse microsistema, tal como se passa a demonstrar nos subitens a seguir destacados.

O incidente de assunção de competência *não* pertence ao microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos (CPC, art. 928). A informação é relevante. O julgamento de casos repetitivos é gênero de incidentes que possuem natureza híbrida: servem para gerir e julgar casos repetitivos e, também, para formar precedentes obrigatórios. Por isso, esses incidentes pertencem a *dois* microsistemas: o de gestão e julgamento de casos repetitivos e o de formação concentrada de precedentes obrigatórios; o incidente de assunção de competência pertence apenas ao último desses microsistemas. Por isso, apenas as normas que dizem respeito à função de formação e aplicação de precedentes obrigatórios devem aplicar-se ao incidente de assunção de competência; as normas relativas à gestão e julgamento de casos repetitivos (como a paralisação de processos a espera da decisão paradigma) não se lhe aplicam.

6.1 Aplicação do núcleo desse microsistema

O microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios contém normas que determinam a ampliação da cognição, com qualificação do debate para a formação do precedente, com a exigência de fundamentação reforçada e de ampla publicidade. Essas normas compõem o núcleo desse microsistema.

Além das normas relativas à *formação* do precedente, o referido microsistema compõe-se também das normas concernentes à *aplicação* do precedente.

Todas essas normas aplicam-se aos instrumentos que integram esse microsistema, incidindo no incidente de assunção de competência.

6.2 Aplicação das normas relativas à formação do precedente

Para formação do precedente obrigatório, aplicam-se as normas que exigem a ampliação da *cognição* e da *publicidade*, com qualificação do debate e dever de fundamentação reforçada. Tais normas passam a ser examinadas a seguir.

6.2.1 Participação de *amici curiae*

Os instrumentos destinados à formação de precedente devem contar com ampla participação de interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Todos devem participar, com a finalidade de ampliar a qualidade do debate, permitindo que a questão de direito seja mais bem compreendida, com a apresentação de diversos pontos de vista e variados argumentos a serem objeto de reflexão pelos julgadores.

É por isso que o art. 983 do CPC – inserido no capítulo relativo ao incidente de resolução de demandas repetitivas – determina que o relator ouvirá as partes e os demais interessados, os chamados *amici curiae*. Cada *amicus curiae* deve contribuir com sua experiência, seus estudos, documentos, materiais, dados, informações, enfim, com material que amplie a qualidade do debate e permita um melhor aprofundamento do assunto pelo tribunal.

263

Essa mesma previsão é repetida no art. 1.038, I, do CPC, segundo o qual o relator do recurso selecionado para julgamento, no âmbito dos recursos repetitivos, poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno.

A exemplo do que ocorre no julgamento de casos repetitivos, o relator, no incidente de assunção de competência, deve solicitar ou admitir a manifestação de *amici curiae*⁸. É preciso aplicar a regra do microsistema (de formação concentrada de precedentes obrigatórios) ao incidente de assunção de competência.

6.2.2 Audiências públicas

Além da participação de *amici curiae*, o relator poderá designar audiências públicas para colher depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria a ser discutida no incidente de assunção de competência. Como já afirmado, o incidente de assunção de competência tem, como um de seus objetivos, a formação de um precedente. Para a formação de precedente, é preciso ampliar a cognição e ter um debate de qualidade.

A designação de audiências públicas está prevista nos arts. 983, § 1º, e 1.038, II. Tais dispositivos referem-se, respectivamente, ao processamento do incidente de resolução de deman-

⁸ Nesse sentido, enunciado n. 201 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Aplicam-se ao incidente de assunção de competência as regras previstas nos arts. 983 e 984”.

das repetitivas e dos recursos repetitivos. Embora não mencionem expressamente o incidente de assunção de competência, devem a este ser aplicados, por formarem todos eles o microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios.

6.2.3 Reforço do dever de motivar

Os instrumentos que se destinam à formação de precedentes – integrantes que são de seu específico microsistema – são estruturados, como visto, para viabilizar ampla cognição, com um debate qualificado. A ampliação da cognição e do debate desagua numa decisão com motivação reforçada, a servir de paradigma, de orientação, de precedente, enfim, de regra a ser seguida nos casos sucessivos.

É por isso que os arts. 984, § 2º, e 1.038, § 3º, ambos do CPC, estabelecem que o conteúdo do acórdão deve abranger a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários (art. 489, § 1º, IV). É preciso que haja fundamentação reforçada, com a criação de um precedente de qualidade.

O tribunal, ao julgar o incidente de formação concentrada de precedentes obrigatórios, deve apresentar, no acórdão, de forma separada e destacada, uma espécie de índice ou sumário com todos os argumentos enfrentados pelo tribunal, separados de acordo com a relação que tenham com a tese discutida: favoráveis e contrários a ela. Assim, o acórdão de incidentes desse tipo deve ser escrito de um modo a que se destaquem as suas três partes fundamentais: a) a lista dos argumentos examinados; b) a tese firmada; c) o julgamento do caso.

264

Os referidos dispositivos não mencionam o incidente de assunção de competência, não havendo, no capítulo a ele destinado, texto normativo que reproduza a exigência de motivação reforçada. Sem embargo disso, tal imposição aplica-se igualmente ao incidente de assunção de competência, pois se trata de norma inserida no âmbito do microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, do qual ele faz parte.

6.2.4 Intervenção do Ministério Público

Não custa repetir que a construção do precedente deve pautar-se na ampliação do debate e na motivação qualificada. Para qualificar o debate na formação do precedente, é obrigatória a intervenção do Ministério Público (CPC, arts. 976, § 2º, e 1.038, III).

Embora o incidente de assunção de competência também seja um procedimento de formação concentrada de precedente obrigatório, o legislador silenciou sobre a necessidade de participação do Ministério Público. Esse silêncio deve ser suprido por uma interpretação *microsistemática*: a participação do Ministério Público é obrigatória no incidente de assunção de competência, pois essa é a (correta) opção do microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios brasileiro.

O Ministério Público tradicionalmente é o terceiro *ouvido*, obrigatoriamente, quando se pretende ampliar e qualificar a discussão. A função de *fiscal da ordem jurídica* é, basicamente,

para isso. Não faria sentido excluir essa participação no incidente de assunção de competência, quando ela é exigida em outros procedimentos aptos à produção de precedentes igualmente obrigatórios.

Além disso, no incidente de assunção de competência, há, sempre, como pressuposto, a discussão de relevante questão de direito, *com grande repercussão social* (CPC, art. 947). A existência de interesse social é causa de intervenção do Ministério Público (CPC, art. 178, I). Ou seja: é ínsita ao incidente de assunção de competência a relevância social que justifica a participação obrigatória do Ministério Público.

Por uma ou por outra razão, é obrigatória a intimação do Ministério Público no incidente de assunção de competência⁹.

6.2.5 Publicidade

Os instrumentos processuais destinados à formação concentrada de precedentes obrigatórios devem, como visto, ser conduzidos de modo a viabilizar a mais ampla discussão, com decisão que contenha motivação reforçada.

Para que se viabilize essa ampla discussão, é preciso que se confira ampla publicidade à instauração e ao julgamento do mecanismo destinado à formação do precedente. Isso ocorre no incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, art. 979, §§ 1º, 2º e 3º), cujas regras devem aplicar-se igualmente aos recursos repetitivos e ao incidente de assunção de competência.

265

Quer isso dizer que a instauração e o julgamento do incidente de assunção de competência devem ser sucedidos da mais ampla divulgação e publicidade.

6.2.6 Regras sobre superação

O incidente de assunção de competência, da mesma forma que o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos, destinam-se a formar precedente obrigatório.

Firmado o precedente, este deve ser seguido pelos juízos sucessivos que estejam vinculados ao respectivo tribunal. Se, posteriormente, houver necessidade de alterar o entendimento firmado no precedente ou de superar o precedente, aquele mesmo tribunal poderá, adotando o mesmo procedimento, rever a tese jurídica firmada no incidente. A revisão do entendimento adotado pelo tribunal pode fazer-se do mesmo modo, ou seja, pelo incidente de assunção de competência, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Aplica-se, no particular, o texto do art. 986 do CPC, com as devidas adaptações.

A alteração da tese jurídica adotada no incidente de assunção de competência, que deve observar a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, poderá ser precedida de audiências

⁹ Nesse sentido, enunciado n. 467 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O Ministério Público deve ser obrigatoriamente intimado no incidente de assunção de competência”.

públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que ofereçam condições de contribuir para a rediscussão da tese, podendo haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Enfim, ao incidente de assunção de competência aplicam-se os §§ 2º, 3º e 4º do art. 927 do CPC¹⁰.

6.3 Incidência das normas relativas à aplicação do precedente

Julgado o caso pelo incidente de assunção de competência, além de ser decidido o recurso, a remessa necessária ou o processo originário, será fixado o precedente. Estabelecido o entendimento do tribunal, o precedente firmado haverá de ser aplicado, rendendo ensejo às consequências dessa sua aplicação e atraindo a adoção de algumas regras, a seguir destacadas.

Se algum juízo vinculado ao tribunal não observar a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para garantir sua observância (CPC, art. 988, IV).

Após firmada a tese jurídica pelo tribunal no julgamento do incidente, se for proposta alguma demanda cujo fundamento a contrarie, o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido independentemente da citação do réu, desde que não haja necessidade de produção de provas a respeito dos fatos alegados pelo autor (CPC, art. 332, III).

266

A tutela provisória satisfativa, no Código de Processo Civil, pode ser antecedente ou incidental e ter por fundamento a urgência ou a evidência. A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando, entre outras hipóteses, as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (prestigia-se aqui a importância e a força dos precedentes judiciais). Em tal hipótese (CPC, art. 311, II), a tutela antecipada pode ser concedida liminarmente, ou seja, *inaudita altera parte* (CPC, art. 311, parágrafo único).

Embora o dispositivo não se refira a precedente firmado em incidente de assunção de competência, não há razão para interpretá-lo restritivamente e permitir a tutela de evidência apenas para precedentes firmados em julgamento de casos repetitivos. Não custa reafirmar o que já se disse: há um microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, de maneira que é cabível a tutela de evidência quando a pretensão do autor estiver respaldada em precedente firmado no julgamento de incidente de assunção de competência. O juiz pode conceder a tutela de evidência, que poderá, inclusive, ser deferida liminarmente.

Concedida a tutela de evidência e vindo ela a ser confirmada na sentença, ou quando sua concessão de der na própria sentença, a apelação não terá efeito suspensivo, permitindo-se o seu cumprimento provisório (CPC, art. 1.012, § 1º, V).

¹⁰ Nesse sentido, enunciado n. 461 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O disposto no §2º do art. 927 aplica-se ao incidente de assunção de competência”.

A sentença que se apoie na tese jurídica firmada pelo tribunal no julgamento do incidente não estará sujeita à remessa necessária, ainda que proferida contra a Fazenda Pública (CPC, 496, § 4º, III).

Na execução provisória, a caução será dispensada quando a sentença houver sido proferida com base em precedente firmado em julgamento de casos repetitivos (CPC, art. 521, IV). Considerando o *microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios*, também deve ser dispensada a caução na execução provisória quando a sentença fundar-se em precedente firmado no incidente de assunção de competência.

Nos tribunais, os julgamentos serão proferidos isoladamente pelo relator, a quem se permite negar seguimento ao recurso quando fundado em argumento contrário à tese firmada no referido incidente (CPC, art. 932, IV, c). Poderá, por outro lado, o relator dar provimento imediato ao recurso quando este fundar-se exatamente na tese jurídica firmada no incidente de assunção de competência (CPC, art. 932, V, c).

Enfim, firmada a tese jurídica no incidente de assunção de competência, os juízos deverão aplicá-la a todos os casos que nela se fundarem.

7 Pressupostos do incidente de assunção de competência

O incidente de assunção de competência está previsto no art. 947 do CPC, que está assim redigido:

267

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.

Tal dispositivo contém a previsão dos pressupostos para a instauração do incidente de assunção de competência. Destaca-se, como primeiro pressuposto, a existência de *relevante questão de direito*. O julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária envolve relevante questão de direito que mereça ter sua cognição ampliada, com contraditório mais qualificado e fundamentação reforçada, a fim de firmar um precedente sobre o tema, prevenindo ou eliminando divergência jurisprudencial.

A questão de direito envolvida no caso, além de relevante, pode ser de direito material ou de direito processual. Não há restrição de matéria. Qualquer questão de direito que seja relevante, independentemente do tema, pode ensejar a instauração do incidente de assunção de competência, transferindo o julgamento para um órgão de maior composição que, ao julgar o caso, irá firmar precedente obrigatório.

Não basta, porém, que a questão seja relevante. É preciso, ainda, que haja *grande repercussão social*. O termo é indeterminado, concretizando-se a partir dos elementos do caso, mas é possível utilizar como parâmetro ou diretriz o disposto no art. 1.035, § 1º, do CPC, que trata da

repercussão geral, devendo-se considerar a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico¹¹ que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

Ao lado disso, há também um pressuposto *negativo*. Não cabe o incidente de assunção de competência se houver repetição da discussão em múltiplos processos. A existência de múltiplos processos convoca a instauração de instrumentos destinados ao julgamento de causas repetitivas, que compreendem o incidente de resolução de demandas repetitivas ou os recursos repetitivos¹². Havendo múltiplos processos repetitivos, não cabe o incidente de assunção de competência. Este é cabível para questões relevantes, de grande repercussão social, em processo específico ou em processos que tramitem em pouca quantidade.

Alguns exemplos de questões relevantes, que podem não estar sendo discutidas em casos repetitivos e, por isso mesmo, podem ser objeto de incidente de assunção de competência: a) discussão sobre se há ou não direito de alguém a ser reconhecido como pertencente a um “terceiro gênero” (nem feminino nem masculino) e, por isso, saber qual será o seu regime jurídico na relação de trabalho (que banheiro usará, por exemplo); b) saber se um sindicato pode ou não celebrar uma convenção processual coletiva; c) saber se é possível reconvenção no processo do trabalho; d) discussão sobre a interpretação extensiva de determinado rol legal taxativo etc.

Para que se instaure o incidente de resolução de demandas repetitivas, é preciso que haja (a) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e, (b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. É dizer: se houver múltiplos processos, não cabe a assunção de competência, mas incidente de resolução de demandas repetitivas.

Há situações que podem estar entre as duas hipóteses, acarretando eventuais dúvidas sobre o cabimento do incidente de assunção de competência. Imagine-se, por exemplo, que haja cinco ou dez processos sobre o mesmo tema. Todos foram julgados no mesmo sentido. Rigorosamente, há aí casos repetitivos, mas não há a existência de “múltiplos processos”. Por terem sido todos julgados no mesmo sentido, também não há risco de ofensa à isonomia, nem à segurança jurídica, mas a questão pode ser relevante, de grande repercussão social. Nesse caso, não caberá o incidente de resolução de demandas repetitivas (por não haver risco à isonomia, nem à segurança jurídica), mas é possível que se instaure a assunção de competência, por ser conveniente prevenir qualquer possível divergência futura (CPC, art. 947, § 4º).

¹¹ Nesse sentido, enunciado n. 469 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A “grande repercussão social”, pressuposto para a instauração do incidente de assunção de competência, abrange, dentre outras, repercussão jurídica, econômica ou política”.

¹² Nesse sentido, o enunciado n. 334 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Por força da expressão ‘sem repetição em múltiplos processos’, não cabe o incidente de assunção de competência quando couber julgamento de casos repetitivos”.

8 Legitimidade para provocar a instauração do incidente de assunção de competência

O relator, antes ou durante o julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária, pode propor, de ofício, a assunção de competência.

Enquanto examina o caso, e antes mesmo de pedir inclusão em pauta para julgamento, o relator pode verificar a presença dos pressupostos para a assunção de competência e decidir que ela deve ser instaurada, requerendo a inclusão do processo na pauta do órgão de maior composição, indicado pelo regimento interno, a fim de que assuma a competência para julgamento do caso. O relator deve participar do julgamento. Este órgão de maior composição irá, preliminarmente, por ocasião do próprio julgamento, avaliar a proposta do relator e concordar ou não com a presença dos pressupostos previstos no art. 947 do CPC para, então, assumir ou não a competência para julgamento do caso.

Em vez de assim proceder, o relator poderá, ao examinar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária, pedir sua inclusão em pauta no órgão fracionário competente para o julgamento e, lá durante o julgamento, desde que antes de sua conclusão, o colegiado decidir pela transferência da competência para o órgão de maior composição, indicado pelo regimento interno para formação de precedente obrigatório. Assim decidido pelo colegiado, será instaurado o incidente de assunção de competência, sendo o caso incluído na pauta do órgão de maior composição, que poderá assumir ou não a competência para o julgamento do caso, ao reconhecer ou não o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 947 do CPC.

269

Além do relator ou do colegiado, a assunção de competência pode ser instaurada por provocação de qualquer uma das partes da causa pendente no tribunal. Também podem requerer a instauração da assunção de competência o Ministério Público ou a Defensoria Pública. A legitimidade do Ministério Público ou da Defensoria Pública está relacionada ao pressuposto da “grande repercussão social”. A análise do cabimento da assunção de competência imiscui-se com a própria análise da legitimidade do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Se não houver “grande repercussão social”, além de não caber a assunção de competência, não haverá legitimidade para requerer sua instauração.

No tocante especificamente à Defensoria Pública, sua legitimidade relaciona-se com sua função típica, definida constitucionalmente, havendo necessidade de o caso envolver interesses de necessitados ou versar sobre tema que a eles esteja relacionado. É preciso, em resumo, que haja a chamada *legitimidade adequada* ou *representação adequada*.

O relator ou o órgão colegiado deve propor a assunção de competência ao presidente do órgão indicado pelo regimento interno, pedindo-lhe a inclusão em pauta para julgamento. É por petição que a parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública deve requerer a assunção de competência. A petição será dirigida ao relator do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária, que deverá examinar se estão presentes os pressupostos previstos no art. 947 do CPC e, então, pedir ou não a inclusão do caso na pauta de julgamento do órgão indicado pelo regimento interno do tribunal.

9 Competência

O incidente de assunção de competência provoca a transferência da competência. O recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária, que seria julgado por um órgão fracionário, passará, em razão da assunção de competência, a ser julgado por um órgão de maior composição, indicado pelo regimento interno. Tal órgão pode ser o plenário, a corte especial, uma seção, um grupo de câmaras, enfim, um órgão, de maior composição, indicado pelo regimento interno do tribunal.

Cabe ao tribunal, segundo disposto no art. 96, I, *a*, da Constituição Federal, elaborar seu regimento interno, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. É por isso que o órgão que deve passar a julgar o caso, em virtude da assunção de competência, deve estar previsto no regimento interno.

O tribunal, ao indicar o órgão que irá assumir a competência do caso para efeito de firmar precedente obrigatório, deve observar o disposto no art. 978 do CPC, ou seja, deve indicar o mesmo órgão responsável pela uniformização de jurisprudência do tribunal¹³.

O relator deve manter-se o mesmo. Afetado o julgamento ao órgão indicado pelo regimento, não se altera o relator. Ainda que ele não componha o órgão indicado pelo regimento, deve participar do julgamento, mantendo a função de relator. E, se houver outro caso a ser afetado ao órgão indicado pelo regimento, o relator mantém-se prevento, aplicando-se, no particular, o disposto no § 3º do art. 1.037 do CPC.

270

10 Ordem cronológica para julgamento e aplicação ao incidente de assunção de competência

Nos termos do art. 12 do CPC, os tribunais devem observar a ordem cronológica de conclusão para proferir acórdãos. Tal regra, que concretiza os princípios da igualdade, da impessoalidade e da duração razoável do processo, comporta exceções relacionadas no § 2º do próprio art. 12, entre as quais merece destaque a do “*julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas*” (inciso III).

O julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas contém em si uma assunção de competência, justamente porque o órgão indicado pelo tribunal para julgá-lo deveria, igualmente, julgar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária (CPC, art. 978, parágrafo único). Diante disso, surge a indagação: o incidente de assunção de competência subsome-se a essa hipótese, encartando-se na exceção prevista para o incidente de resolução de demandas repetitivas? Em outras palavras, o incidente de assunção de competência deve ser julgado na ordem cronológica ou fora da lista?

As exceções previstas no § 2º do art. 12 do CPC justificam-se como hipóteses que afastam a observância da isonomia e da impessoalidade. No caso do julgamento de casos repetitivos, é

¹³ Nesse sentido, o enunciado n. 202 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que está assim redigido: “O órgão a que se refere o § 1º do art. 947 deve atender aos mesmos requisitos previstos pelo art. 978”.

preciso que se confira agilidade e prioridade na resolução da questão e na fixação do precedente, pois todos os processos que contenham a mesma discussão ficam sobrestados enquanto não se define a tese a ser-lhes aplicada. Trata-se, enfim, de exceção que se ajusta ao microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos. Não é exceção que se amolde ao microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios.

É por isso o incidente de assunção de competência não está inserido na exceção prevista no § 2º do art. 12 do CPC, não deve ser ali considerado inserido. O julgamento da assunção de competência será feito pelo órgão indicado pelo regimento interno, incluindo-se na sua pauta, com observância da ordem cronológica de conclusão.

11 Recurso

A decisão que julga o incidente de assunção de competência é um acórdão. Esse acórdão é recorrível.

Sempre será possível a oposição de embargos de declaração. Caso tenha sido proferido por Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, caberá, ainda, recurso especial ou extraordinário; caso tenha sido proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, caberá recurso extraordinário; se proferido pelo Supremo Tribunal Federal, caberão apenas embargos de declaração.

Caso tenha sido proferido por Tribunal Regional do Trabalho, caberão recurso ordinário ou recurso de revista, para o Tribunal Superior do Trabalho, a depender da causa que tenha sido julgada; caso o julgamento tenha sido proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, caberá recurso extraordinário, uma vez preenchida uma de suas hipóteses de cabimento.

271

O art. 987 do CPC, com exceção da parte que determina o efeito suspensivo automático aos recursos especiais e extraordinário, aplica-se ao julgamento de incidente de assunção de competência. Do julgamento da assunção de competência cabem recursos especial e extraordinário, presumindo-se a repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida. Julgado o recurso, a tese adotada pelo STF ou pelo STJ terá aplicação em todo território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. Em outras palavras, formado o precedente, este haverá de ser aplicado obrigatoriamente.

O recurso especial ou extraordinário, na assunção de competência, não tem efeito suspensivo automático, por ser regra peculiar ao microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, não se aplicando ao julgamento do incidente de assunção de competência. As demais regras previstas no art. 987 do CPC ajustam-se ao microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios. Estas, aí sim, incidem no caso de assunção de competência.

Por essa mesma razão, não se aplica ao incidente de assunção de competência o disposto no § 3º do art. 982 do CPC, não sendo possível haver a suspensão nacional de processos que tratem do mesmo tema, já que esta é uma regra direcionada à gestão e julgamento de casos repetitivos, não se aplicado à assunção de competência.

A Resolução nº 203/2016 do Tribunal Superior do Trabalho e o art. 805 do Novo Código de Processo Civil: incompatibilidade ao processo do trabalho de acordo com a constituição de 1988

Manoel Jorge e Silva Neto¹

Resumo: Este artigo busca examinar o art. 3º, inciso XIV, da Resolução nº 203/2016, do Tribunal Superior do Trabalho, realizando investigação de natureza constitucional para concluir acerca de sua incompatibilidade com o processo do trabalho.

Palavras-chave: Constituição. Direito Processual do Trabalho. Direito Processual Civil. Direitos Sociais dos Trabalhadores.

Abstract: This article seeks to examine the art. 3, item XIV, Act n. 203/2016, of the Superior Labor Court and also seeks to make a constitutional law research in other to conclude its incompatibility with the procedural labor law.

Keywords: Constitution. Procedural Labor Law. Procedural Civil Law. Worker's Social Rights.

272

1 Introdução

O propósito da presente investigação se prende ao exclusivo exame do art. 805, *caput*, e seu parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil (NCPC), recentemente reputado compatível ao processo do trabalho pelo art. 3º, inciso XIV, da Resolução nº 203, de 15 de março de 2016, do Tribunal Superior do Trabalho.

A finalidade é demonstrar que, de acordo com os princípios e normas conformadoras do *valor social do trabalho* previstas na Constituição de 1988, a disposição do NCPC considerada compatível é, desengadamente, dissonante das determinações constitucionais que tutelam o trabalho humano, *venia concessa*.

Para isso, será necessário realizar breve estudo sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, de modo específico no que se refere à capacidade expansiva das denominadas *cláusulas constitucionais programáticas*.

Após, será certificada a previsão constitucional do princípio de proteção ao hipossuficiente e os seus importantes desdobramentos, inclusive no contexto do direito processual.

2 Questão de ordem. Natureza jurídica da Resolução nº 203/2016, do Tribunal Superior do Trabalho

Norma administrativa editada por tribunal superior não adstringe a liberdade do julgador.

¹ Subprocurador-geral do Trabalho (DF). Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT).

Esse é o marco principal, a ideia básica, o autêntico mantra intelectual a ser recitado em cada momento que se puser a extrair considerações acerca da Resolução nº 203/2016 e sua suposta eficácia para restringir a constitucional autonomia conferida a Juízes do Trabalho.

Logo, qualquer consideração alojada nesse trabalho guarda, indissociável, a ilação de que norma administrativa não poderá impor contingente restrição à liberdade do julgador, desde que se tome por certo que o princípio da liberdade-matriz e o princípio da legalidade (art. 5º, II/CF) interdita o aparecimento de leis em sentido exclusivamente material – como é o caso da Resolução nº 203/2016 – destinados a limitar a liberdade individual, aqui materializada na liberdade de julgar.

Somente leis editadas pelo Parlamento podem promover restrições à liberdade das pessoas; no que se refere a magistrados, de remotíssima constitucionalidade seria a previsão impositiva de limites à liberdade de julgar. Isso porque somente de modo excepcional resoluções administrativas são capazes de limitar a atividade de Juízes e Promotores de Justiça, tal como se opera quando a Constituição Federal expressamente autoriza o exercício da competência regulamentar pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (art. 103-B, § 4º, I e art. 130-A, § 2º, I, da Constituição), e ainda assim sujeitas a controle de constitucionalidade se a restrição se dirigir a prerrogativas constitucionalmente protegidas.

Por consequência, a edição de norma administrativa pelo Tribunal Superior do Trabalho e dirigida a explicitar quais dispositivos do NCPC são e quais não são compatíveis ao processo do trabalho deve, em verdade, ser percebida no âmbito de tentativa de auxílio interpretativo diante da aplicação imediata das novas disposições processuais após a vacância legal de um ano (arts. 1.045 e 1.046 do NCPC), conformando, desse modo, atividade de natureza *não vinculante* do Poder Judiciário.

Logo, a Resolução nº 203/2016 é ato administrativo de natureza *discricionária, interpretativa* e, sobretudo, *não vinculante*.

Nada além disso.

Sobremais, a Resolução nº 203/2016 é farol ainda de baixo alcance, visto que os dispositivos no NCPC considerados compatíveis não foram postos à prova no altiplano das multitudinárias controvérsias que serão objeto de sedimentação jurisprudencial.

E somente o tempo e a experiência judiciária serão capazes de delimitar o universo das normas do NCPC compatíveis ao processo do trabalho.

3 Aplicabilidade das Normas Constitucionais e a Resolução nº 203/2016, do Tribunal Superior do Trabalho

A discussão a respeito das normas programáticas se tornou mais acesa e fustigante a partir do momento em que os estudiosos se entregaram ao exame de como se poderia extrair efeitos concretos de tais dispositivos constitucionais, mesmo porque, em virtude do mais comezinho fato de configurarem normas jurídicas, redundaria em invulgar despropósito atribuir-lhe, meramente, contextura declarativa.

Vezzio Crisafulli, na Itália, distingue três modalidades de normas constitucionais, tomando por parâmetro o âmbito eficaz: a) *normas de eficácia plena*; b) *normas de eficácia limitada de legislação*; e c) *normas de eficácia limitada programáticas*².

As normas de eficácia limitada programáticas são enunciados preceptivos que vinculam os diversos órgãos do Estado à realização dos objetivos fundamentais da unidade política, assinalados pelo poder constituinte originário.

Crisafulli, ao desvendar a compostura de tais normas, arremata: “Em vez de regularem, desde o primeiro momento, de modo direto e imediato, determinadas ordens de situações e relações, regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre essas matérias: estabelecem, isso sim, aquilo que os órgãos governamentais deverão ou poderão fazer, relativamente a determinados assuntos”³.

Crisafulli foi o grande responsável pela mudança de centro do moderno direito constitucional, na medida em que sua teoria fez emergir, em bases científicas de indiscutível rigor, arcabouço teórico assentado na ideia da normatividade dos preceitos programáticos e a consequente obrigatoriedade de extração de efeitos concretos de tais disposições.

Em monografia específica sobre o tema, José Afonso da Silva, baseado também nas investigações de Crisafulli, classifica as normas constitucionais em: a) *normas de eficácia plena*; b) *normas de eficácia contida*; e c) *normas de eficácia limitada*, divididas estas, ainda, em normas de eficácia limitada de *princípio institutivo* e de *princípio programático*⁴.

274

As normas programáticas constituem a elevada reserva do propósito do estado, sendo proibido aos órgãos constituídos reduzir o plexo de metas inserto na constituição e afastar as cláusulas que consagram o programa estatal, tornando-se indiferentes a tais dispositivos mediante a adoção de tese de não vigência dos preceitos programáticos por força da sua dependência a fatores de compostura econômica, política, social ou até cultural, como costuma ser defendido, aqui e ali.

Na esteira do que, de forma inaugural, foi exposto pelo constitucionalista italiano, pode-se, com amparo ainda na doutrina nacional⁵, extrair os seguintes efeitos concretos das normas constitucionais programáticas: a) impõem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam a legislação futura, sob pena de ser declarada a inconstitucionalidade das leis com elas incompatíveis; c) informam a concepção do Estado, vinculando a emissão de normatividade aos fins colimados; d) estabelecem um *telos* para a interpretação, integração e aplicação das leis; e) *condicionam a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário*; f) criam situações jurídicas subjetivas.

² Cf. Vezzio Crisafulli, “Efficacia delle norme costituzionali programatiche”, *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, 1951.

³ *Apud* J. H. Meirelles Teixeira, *Curso*, *Op. cit.*, p. 319.

⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

⁵ Cf. SILVA, José Afonso da Silva. *Op. cit.* p. 146-147.

Frise-se um dos efeitos expansivos das normas programáticas: condicionamento da atividade discricionária da Administração, seja no âmbito do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Por outro lado, quando explicados os limites postos à edição de resoluções por tribunal superior, restou caro que a Resolução nº 203/2016, do TST, não detém caráter normativo-vinculante, pois não decorreu de exercício do poder regulamentar.

Assim, só pode ter compostura orientadora, fazendo com que se insira no conjunto dos atos administrativos reconhecidos como discricionários.

Todavia, a discricionariedade não mais representa ação do administrador liberta de tudo e de todos. De jeito algum!

O efeito expansivo das normas constitucionais programáticas, que concretizam o fim, os objetivos do estado brasileiro, impõe que a atividade discricionária da Administração Pública reverencie incondicionalmente a teleologia sufragada nas normas fixadoras de diretrizes e presentes no sistema constitucional.

Daí resulta que o efeito específico e concernente ao condicionamento da atividade discricionária da Administração faz com que a Resolução nº 203/2016 se submeta ao regramento proporcionado pela referida capacidade expansiva das normas programáticas, porquanto no atual quadro de desenvolvimento do direito administrativo, pode-se encampar facilmente a ideia de submissão do administrador não apenas à lei, mas sobretudo às regras e princípios constitucionais, perfectibilizando o *princípio da juridicidade administrativa*.

275

4 As Disposições Constitucionais Protetivas do Trabalho Humano: Fundamentos para a Incompatibilidade do Art. 805, do NCPC ao Processo do Trabalho

Convictamente, são inúmeras as disposições constitucionais programáticas que se inclinam fortemente pela tutela ao trabalho humano: iniciando-se pelo *valor-fonte* do sistema normativo brasileiro, nos dizeres precisos de Miguel Reale⁶, consubstanciado no incedível fundamento inerente à *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III/CF); prosseguindo com os objetivos fundamentais reprovadores do estado de pobreza e marginalização (art. 3º, III); condensando-se na proteção social trabalhista registrada nos importantíssimos incisos do art. 7º; elegendo a valorização do trabalho humano como um dos fundamentos da ordem econômica (art. 170, *caput*); e, finalmente, culminando com a referência de que *a ordem social tem como base o primado do trabalho* (art. 193, *caput*).

Por outro lado, merece especial destaque o enunciado do art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição”, passando a indicar, a partir daí, de modo meramente exemplificativo, o conteúdo mínimo da proteção ao trabalhador brasileiro.

⁶ Cf. Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias, p. 101.

Inegavelmente, denota o enunciado normativo que o princípio protetor tem residência constitucional. Não fosse pela forma incisiva como dispôs o legislador constituinte originário, ao determinar direitos aos trabalhadores, mas ressalvando que tantos outros podem ser criados para melhoria de suas condições de existência, os fundamentos do Estado brasileiro pertinentes à dignidade da pessoa humana e à valorização social do trabalho seriam suficientes para admitir a inserção em nível constitucional do postulado tuitivo.

O princípio de proteção ao hipossuficiente, também chamado de princípio tuitivo ou protetor, comporta três desdobramentos: a) aplicação da regra *in dubio pro operario*; b) aplicação da *norma mais favorável*; c) aplicação da *condição mais benéfica*.

Nesse passo, impõe-se referir o comando do art. 805, do Novo Código de Processo Civil: “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados”.

Não é nova a discussão sobre a aplicabilidade do meio executivo menos gravoso ao executado na execução trabalhista, visto que o revogado Código de Processo Civil de 1973 previa, no art. 620, enunciado análogo: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

276

E a controvérsia jurisprudencial em torno ao dispositivo igualmente não é nova, tanto que o enunciado da Súmula nº 417, item III, prevê que

[...] em se tratando de execução provisória, fere direito líquido e certo do impetrante a determinação de penhora em dinheiro, quando nomeados outros bens à penhora, pois o executado tem direito a que a execução se processe da forma que lhe seja menos gravosa nos termos do art. 620, do CPC.

E os tribunais trabalhistas prosseguem controvertendo sobre o assunto, já, no particular, afastando-se da orientação jurisprudencial consubstanciada na Súmula nº 417, III/TST:

Por fim, ainda que não se desconheça o entendimento contido na Súmula nº 417, III, do TST, o fato da execução ser meramente provisória, sem adentrar nos atos expropriatórios, não afasta a observância da ordem preferencial dos bens penhoráveis prevista pelo art. 655 do CPC, que, em momento algum, traz qualquer tratamento diferenciado em relação a esta ou àquela. Portanto, entendendo que a determinação do bloqueio de valores por meio do sistema BACEN JUD não se reveste de ilegalidade ou abusividade, já que atende a ditame legal.

Diga-se, ainda, acerca da alegação da inobservância do art. 620 do CPC, que o princípio da execução menos gravosa não se sobrepõe ao princípio da execução mais eficaz, devendo ser aplicado com parcimônia na execução trabalhista” (RO nº 21.619-28.2015.5.04.000).

Parece-me que a hipótese é mesmo de inaplicabilidade do dispositivo no processo do trabalho.

Ora, se o art. 7º, *caput*, prescreve solenemente que são direitos dos trabalhadores todos aqueles descritos nos incisos, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*, não parece haver espaço para a aplicação subsidiária do art. 805, *caput* e, por decorrência, de seu parágrafo único, à vista do mero e simples fato da projeção do princípio tuitivo para o campo processual como lógica consequência do caráter eminentemente alimentar do salário e da circunstância de o salário-alimento se converter em crédito cuja satisfação está na razão inversa do prestígio que estranhamente se devota aos meios executivos menos gravosos ao devedor na execução trabalhista.

Aliás, a própria Constituição Federal já acena para tratamento diferenciado quando o crédito tem natureza alimentar, conferindo-lhe primazia diante dos demais créditos habilitados perante a Fazenda Pública, conforme registram o art. 100 e §§.

Portanto, os notórios reveses da execução trabalhista e as conhecidas idas e vindas da turbulenta satisfação do julgado fatalmente se agudizarão com a incidência, ao processo do trabalho, do art. 805, *caput*, e seu parágrafo único, do NCPC, circunstância tanto mais triste e insólita quanto se constata que o direito processual do trabalho é vivificado pela elevadíssima tarefa de dar o pão a quem, com o seu trabalho, tentou matar a própria fome.

E a síntese conclusiva: a Resolução nº 203/2016, do TST, ao deter natureza jurídica de ato administrativo discricionário atrai para si o condicionamento imposto pelas normas constitucionais programáticas, dentre os quais a que eleva à magnitude constitucional a proteção ao trabalho do indivíduo, cuja antítese é a incidência ao processo do trabalho do art. 805, do NCPC.

277

Resolução que manifesta atividade discricionária da Administração deve reverência obrigatória aos preceitos constitucionais que protegem o trabalho humano.

Se é verdade que a respeito do tema grassa desconfortável dissidência jurisprudencial, não menos é verdade que o indigitado dissenso pretoriano seria, sob todas as formas, indicativo da inconveniência de o Tribunal Superior do Trabalho verberar a aplicação ao processo do trabalho do art. 805, do NCPC, notadamente quando a teoria da constituição recomenda a observância dos comandos constitucionais programáticos, que, ao revés, induziriam a Corte à reprovação de sua incidência ou, no mínimo, ao prudente silêncio.

5. Considerações finais

Diante do exposto, concluo que o art. 3º, XIV, da Resolução nº. 203/2016, do Tribunal Superior do Trabalho, ao encerrar grave incompatibilidade com as normas constitucionais protetoras do trabalho humano, deve ser revogado, ou, alternativamente, desconsiderado pelas diversas instâncias trabalhistas quando do julgamento de incidentes na execução.

Referências

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed., Brasília: UnB, 1995.

CRISAFULLI, Vezzio. Efficacia delle norme costituzionali programmatiche. In: **Rivista Trimestrale de Diritto pubblico**, Milano, Giuffrè, 1951.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de Direito Constitucional**. Atualizado por Maria Garcia, São Paulo: Forense Universitária, 1991.

REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

O Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC de 2015 e seus reflexos no processo de execução trabalhista

Marcelo Rodrigues Prata¹

Nenhum ordenamento nasce num deserto; metáforas à parte, a sociedade civil em que se vai formando um ordenamento jurídico, como o do Estado, não é uma sociedade natural, absolutamente desprovida de leis, mas uma sociedade em que vigem normas de vários tipos, morais, sociais, religiosas, comportamentais, costumeiras, convencionais e assim por diante. O novo ordenamento que surge nunca elimina completamente as estratificações normativas que o precederam: parte daquelas regras passa a integrar, através de uma recepção expressa ou tácita, do novo ordenamento, o qual, deste modo, surge limitado pelos ordenamentos precedentes.

Roberto Bobbio, Teoria do ordenamento jurídico

Resumo: O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, regulamentado pelo CPC/2015, representa um desafio aos operadores da Justiça do Trabalho, considerando que a *necessidade de citação do sócio* e a *suspensão do processo executório* podem facilitar a evasão de bens do devedor e, por conseguinte, representar a frustração do processo execução. Neste estudo aceitamos o desafio de tentar apresentar uma solução para esse problema por intermédio do *diálogo entre as fontes* do CPC/2015 e a CLT, sob a égide da CF/1988. O novo CPC, ao contrário do que possa parecer a um leitor apressado, não apresenta apenas entraves ao processo trabalhista. Ele igualmente concede aos jurisdicionados modernos instrumentos, capazes de lhe conferir efetividade, sem prejuízo do *devido processo legal*, ou seja, permitindo o *diálogo democrático entre as partes e o juiz* no sentido da *construção conjunta* de uma *norma individual mais justa* para a solução do caso concreto. Aliás, o CPC/2015 oferece ao reitor do processo ferramentas para que possa exercer seu *poder geral de cautela*, garantindo o *resultado útil do processo*. Entre as medidas à sua disposição está o *arresto*, com o qual se poderá *garantir a existência de bem futuramente penhorável*. Resta saber se tanto o incidente de desconsideração da personalidade jurídica quanto o *arresto* podem ser instaurados pelo juiz sem a provocação das partes.

279

Palavras-chave: Aplicação supletiva do CPC/2015 à CLT. Desconsideração da personalidade jurídica. Efetividade da execução.

1 O processo de colmatação das lacunas previsto pela CLT

Dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho: “Art. 8º – [...] Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”. E ainda: “Art. 769 – Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”. Já no processo de execução, a CLT determina, de modo expresso, que a Lei de Execução Fiscal – Lei nº 6.830/1980 – seja aplicada, subsidiária-

¹ Juiz Titular da 29ª Vara do Trabalho de Salvador. Mestre em Direito pela PUC/SP. Aprovado no Curso de Especialização em Processo – Pós-Graduação “Lato Sensu”, promovido pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Graduado em Direito pela UCSAL. Professor do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Faculdade Farias Brito. Autor de diversos artigos e livros.

mente. Caso contrário, vejamos: “Art. 889 – Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”.

Por seu turno, Lei de Execução Fiscal dispõe: “Art. 1º – A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”.

Vale dizer, na execução trabalhista o intérprete socorrer-se-á dos dispositivos expressos na Consolidação das Leis do Trabalho, aqui não encontrando resposta para as suas indagações, lançará mão da Lei de Execução Fiscal. Finalmente, se a solução do caso concreto não estiver contida neste último Diploma, só então, buscará amparo no **Código de Processo Civil**. **Em todo esse processo, o jurisperito ainda não poderá perder de vista os princípios estruturantes** do processo trabalhista.

1.1 Aplicação subsidiária do NCPC à CLT

O CPC/2015 prevê: “Art. 15 – Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Por sinal, aplicar *subsidiariamente* o Código de Processo Civil significar colmatar as lacunas porventura existentes na legislação processual pertinente aos processos trabalhistas.

280

1.2 Aplicação supletiva do NCPC à CLT

Aplicar *supletivamente* o Código de Processo Civil transmite a ideia de *complementar* a legislação já existente relativa aos processos trabalhistas, *aperfeiçoando-a* consoante os princípios constitucionais que regeram a criação do NCPC, a exemplo dos *princípios do acesso à Justiça, do devido processo legal, da boa-fé objetiva, da segurança jurídica, da duração razoável do processo e da celeridade, da efetividade e da proporcionalidade*.²

É evidente, contudo, que essa grande inovação trazida pelo NCPC deve ser feita com muito critério, *respeitando-se as peculiaridades de cada ramo do direito*, sob pena de descaracterizá-los. (Art. 769 da CLT.).

Por outras palavras, aplicar *supletivamente* o NCPC não pode representar uma espécie de “colonização” do processo civil em relação ao processo trabalhista, mas, sim, a renovação deste último, conformando-o aos preceitos da CF/1988.

1.3. Natureza jurídica da IN nº 39/2016 do TST

A Instrução Normativa nº 39 – que dispõe sobre as normas do CPC/2015 aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho, de forma não exaustiva, editada pela Resolução nº 203, de

² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 124 e 128.

15 de março de 2016 – muita embora tenha inegável utilidade em um *momento de insegurança jurídica*, decorrente da necessidade de se interpretar e aplicar imediatamente o NCPC no processo trabalhista, evidentemente, *não vincula os juízes*, porquanto o *poder-dever de interpretação e aplicação* do Direito não lhes pode ser subtraído nem muito menos ser punido pelo teor de suas decisões ou por expressar opiniões. (Art. 41 da LC nº 35/1979 e arts. 140 e 371 do CPC/2015).

Na realidade, como bem salientou o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) em seu pedido de intervenção, na qualidade *amicus curiae*, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5516/DF, movida pela ANAMATRA contra a IN nº 39/2016 do TST, esta última *não se trata de ato normativo primário*, ou seja, *não tem natureza jurídica de lei – forma estrutural* com a qual se reveste a *norma jurídica*, criada pelo Parlamento, segundo o *devido processo legislativo*³ –, mas, sim, a de *ato normativo secundário*.

Por outras palavras, a IN nº 39/2016 foi editada por uma *resolução*, cuja natureza jurídica é a de mero *ato administrativo normativo*, possuindo como *fim apenas o de aclarar e detalhar o que já está na lei, não podendo contrariá-la* nem usurpar seu poder de *innovar* no ordenamento jurídico.⁴ Aliás, consta no Ofício do Gabinete da Presidência do TST de nº 0446/2016 juntado aos autos da referida ADI nº 5516/DF que a IN nº 39/2016 *possui caráter fundamentalmente orientativo e exemplificativo*.⁵

2. Pressupostos legais para o deferimento da desconsideração

281

O CDC abraçou expressamente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Aliás, segundo o seu art. 28, ela será aplicável nas hipóteses de *abuso do exercício de direito, excesso de poder, infração da lei, ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social*, bem assim em caso de *má administração*, capaz de levar a empresa à recuperação judicial, falência ou inatividade. Além disso, poderá ser igualmente desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade representar um *escolho à reparação de prejuízos* causados aos consumidores.

Na mesma linha, o art. 50 do CC explicita que o abuso da personalidade jurídica fica caracterizado quando há *desvio de finalidade* ou *confusão entre o patrimônio* da sociedade e o dos seus sócios. Noutro giro, ressalva o mesmo CC: “Art. 1.024 – Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”.⁶

³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 233.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 161-166.

⁵ Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4977107>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

⁶ Já na esfera fiscal, o CTN prevê: “Art. 135 – São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I – as pessoas referidas no artigo anterior (os sócios, entre outros); II - os mandatários, prepostos e empregados; III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Art. 136 – Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”. A propósito, temos a Súmula nº 435 do STJ: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal

3 Da desconsideração inversa

Na exposição de motivos ao Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, produzido pela comissão de juristas instituída pelo Ato nº 379/2009 do presidente do Senado Federal, temos que a *desconsideração inversa* é cabível “... nos casos em que se abusa da sociedade, para usá-la indevidamente com o fito de camuflar o patrimônio pessoal do sócio”.⁷ Vale dizer, a *desconsideração inversa* é possível quando o sócio *transfere ou onera artificialmente seus bens pessoais em favor da sociedade*, com o intuito de frustrar seus credores, que não encontrarão bens do devedor passíveis de execução.

4 Cabimento e processamento do incidente de desconsideração

Dispõe o CPC/2015 no que tange ao incidente de desconsideração:

Art. 134 – O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º – A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º – Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º – O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Como vimos, o incidente de desconsideração é cabível em qualquer estágio do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução baseada em título executivo extrajudicial. Aliás, prevê o art. 932: “Incumbe ao relator: [...] VI – decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal;...”. Além disso, o art. 1.062 do NCPC diz que cabe igualmente o incidente de desconsideração no processo de competência dos juizados especiais.

Por sua vez, a instauração do referido incidente na fase executiva implicará *suspensão* do processo.

No processo trabalhista, a **IN nº 39/2016 do TST**, que dispõe sobre as normas do NCPC aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho, de forma não exaustiva, *orienta*: “Art. 6º – Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137)...”.

para o sócio-gerente”.

⁷ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2014.

5 Iniciativa do incidente de desconsideração da personalidade jurídica

5.1 Do princípio da demanda ou da inércia da jurisdição

O *princípio da demanda* ou da *inércia da jurisdição* é corolário do *princípio dispositivo*. Ele é revelado no apotegma latino *ne procedat iudex ex officio, nemo iudex sine actore*. O Estado-juiz deve se abster de fomentar conflitos ao iniciar ele mesmo o processo, é mister que as próprias partes tentem solucionar a lide por meio da *mediação*, *transação* ou do *juízo arbitral*. Além disso, o juiz que iniciasse *sponte sua* o processo perderia a *imparcialidade* necessária para processar e julgar a ação.

A propósito, o *princípio da demanda* assim se expressa no CPC/2015: “Art. 2º – O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”. E ainda: “Art. 141 – O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”.

5.2 A iniciativa do pedido desconsideração na Justiça Comum

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, pelo que se infere dos termos do CPC/2015, aparentemente, não pode ser instaurado, de ofício, pelo juiz, ou seja, é necessária a iniciativa da parte, aí incluído o membro do Ministério Público, nos casos em que couber sua intervenção.⁸

283

5.3 Iniciativa do incidente de desconsideração na Justiça do Trabalho na fase de execução

Na esfera trabalhista temos o princípio do *jus postulandi*, ou seja, existe a possibilidade de se recorrer à Justiça do Trabalho sem a assistência de advogado. Assim, o *jus postulandi* nas Varas e Tribunais Regionais do Trabalho é autorizado – art. 791 da CLT e SUM-425/TST. Além disso, o *bem da vida* perseguido nesta Especializada tem *natureza jurídica alimentar*. Daí a razão pela qual o *princípio da demanda* é aqui atenuado pelo *princípio inquisitivo*. Assim, se aceita a atuação do juiz do Trabalho, por vezes, de ofício, buscando-se reequilibrar a insofismável assimetria existente na maioria absoluta das demandas que envolvem empregado e empregador.

Por outras palavras, a CLT concede ao magistrado trabalhista poderes excepcionais para fazer cumprir os seus preceitos. Caso contrário, vejamos: “Art. 765 – Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”. E ainda: “Art. 878 – A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior”. Noutros termos, o CPC/2015,

⁸ Caso contrário, vejamos o que diz o referido *Codex* quanto ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica: “Art. 133 – O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º – O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º – Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica”.

evidentemente, não pode representar um retrocesso em termos de *efetividade* da Justiça do Trabalho, mas, sim, ao contrário, um avanço na concretização dos direitos fundamentais.

De outra banda, a doutrina e a jurisprudência não podem, *sic et simpliciter*, ignorar o fato de que o CPC/2015 veio à lume com o propósito de atingir o *modelo constitucional do processo*, ou seja, propiciar a *participação democrática das partes* na construção das soluções processuais, à luz dos *princípios do devido processo legal, da duração razoável do processo e da celeridade* do processo. Vale dizer, o NCPC deve ser lido em consonância com a CLT de forma a ser atendido o preconizado pela CF/1988.

De tudo o que foi dito, se pode afirmar que estando o reclamante satisfatoriamente assistido por advogado, é de se supor que ninguém mais do que o próprio credor esteja ciente da real situação financeira do devedor e da prática de atos tendentes a fraudar credores ou a execução, porquanto, quase sempre, está a própria parte muito mais rente a realidade dos fatos do que o juiz. Assim, no silêncio do reclamante, presume-se que não esteja o devedor praticando atos que justifiquem a desconsideração da personalidade jurídica, cujo pedido, aliás, deve ser suficientemente fundamentado com fins no art. 50 do CC/2002, sob pena de inépcia. (Art. 840, § 1º da CLT c/c o art. 330, I, § 1º, I do CPC/2015.).

Por outro lado, estando o reclamante, na fase executória, desacompanhado de advogado, ou na hipótese em que este não diligencie razoavelmente pelo andamento da execução, mesmo quando provocado a tanto, não se pode falar aí em *paridade de armas* entre as partes. Assim, os *princípios da isonomia e da segurança jurídica* – art. 5º, *caput* e incs. I, XXXIII e XXXVI e 6º da CF/1988 – recomendam que o juiz do Trabalho instaure, de ofício, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, *ex vi* dos arts. 765 e 878 da CLT.

Caso contrário, o reitor do processo tornar-se-á conivente com a transformação da sentença condenatória trabalhista numa *norma individual simbólica*, ou seja, criada apenas com o objetivo imediatista de se oferecer uma resposta capaz de *arrefecer as pressões sociais* para a resolução dos problemas, sem que exista uma real possibilidade de solucioná-los.^{9,10} A propósito, diz a IN nº 39/2016 do TST: “Art. 6º – Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878)”.

⁹ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36 e 39.

¹⁰ Por sinal, leia-se a própria doutrina formulada na esfera cível por eminentes jusprocessualistas: “A lei só alude ao incidente feito a requerimento da parte ou do Ministério Público. Nada impede, porém, que o juiz dê início também de ofício, sempre que o direito material não exigir a iniciativa da parte para essa desconsideração. O fundamental é a observância do contraditório prévio para a concretização da desconsideração, já que essa é a finalidade essencial do incidente”. (In MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 208.). Em sentido contrário veja: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 519 e NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil e legislação extravagante*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.623.

6. Recurso cabível contra decisão que apreciou a desconsideração

Prevê o CPC/2015:

Art. 136 – Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória, contra a qual caberá agravo de instrumento.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

O art. 1.015, IV do NCPC igualmente diz que cabe *agravo de instrumento* contra decisão interlocutória que decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. De outro lado, o art. 1.019, I do mesmo Diploma determina que recebido o agravo de instrumento no tribunal e *distribuído imediatamente, o relator*, no prazo de cinco dias *poderá atribuir efeito suspensivo* ao recurso ou deferir, em *antecipação de tutela*, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão. Noutros termos, a concessão do *efeito suspensivo* ao agravo de instrumento depende da percepção do relator quanto à gravidade da situação concreta.

De tal arte, se a desconsideração se apresentar como capaz de dar azo a uma inaceitável invasão na esfera patrimonial do sócio, em detrimento do direito de propriedade e da ampla defesa (art. 5º, XXII e LV da CF/1988), compete ao relator conceder efeito suspensivo ao agravo, paralisando-se o processo até o seu julgamento. Isso, contudo, tão-somente em casos excepcionálíssimos, levando-se em conta o *princípio da duração razoável do processo*. Nesse caso, o ideal é que defira, de logo, monocraticamente a *antecipação dos efeitos da tutela recursal*, de modo a permitir o prosseguimento da ação principal no juízo originário.

285

Por sua vez, o recurso cabível contra decisão do relator que apreciar originariamente o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é o agravo interno.

6.1 Recurso cabível na esfera trabalhista

No que tange à decisão interlocutória que apreciar o pedido de desconsideração da personalidade jurídica na *fase de execução*, dispõe a CLT quanto ao recurso de *agravo de petição*: “Art. 897 – Cabe agravo, no prazo de 8 (oito) dias: a) de petição, das decisões do Juiz ou Presidente, nas execuções;...”

Por sua vez, o art. 899 da CLT fala sobre a exigência do respectivo *depósito recursal*:

Art. 899 – Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

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

§ 2º – Tratando-se de condenação de valor indeterminado, o depósito corresponderá ao que for arbitrado, para efeito de custas, pela Junta ou Juízo de Direito, até o limite de 10 (dez) vezes o salário-mínimo da região. [...]

Noutro giro, temos a Lei nº 8.177/1991 que ao estabelecer regras para a *desindexação da economia* prescreveu a respeito do tema em foco:

Art. 40 – O depósito recursal de que trata o art. 899 da Consolidação das Leis do Trabalho fica limitado a Cr\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzeiros), nos casos de interposição de recurso ordinário, e de Cr\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de cruzeiros), em se tratando de recurso de revista, embargos infringentes e recursos extraordinários, sendo devido a cada novo recurso interposto no decorrer do processo.

[...]

§ 2º – A exigência de depósito aplica-se, igualmente, aos embargos, à execução e a qualquer recurso subsequente do devedor. [...]. (Grifamos.).

Por sua vez, temos a SUM-128/TST:

DEPÓSITO RECURSAL

I – É ônus da parte recorrente efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso.

II – Garantido o juízo, na fase executória, a exigência de depósito para recorrer de qualquer decisão viola os incisos II e LV do art. 5º da CF/1988. Havendo, porém, elevação do valor do débito, exige-se a complementação da garantia do juízo.

III – Havendo condenação solidária de duas ou mais empresas, o depósito recursal efetuado por uma delas aproveita as demais, quando a empresa que efetuou o depósito não pleiteia sua exclusão da lide (grifos nossos).

No que toca aos valores do depósito recursal estes vêm sendo disciplinados por Atos do C. Tribunal Superior do Trabalho.

Sumariando, na fase de execução trabalhista, contra a decisão que apreciar o incidente em comento caberá o agravo de petição, todavia, para tanto será necessário que a execução esteja totalmente garantida por penhora ou depósito recursal. Caso contrário, será necessária a realização do depósito recursal, nos valores atualmente previstos no ATO.SEGJUD.GP Nº 326/2016, ou seja, R\$ 8.959,63, sendo que, até a garantia plena da execução, cada interposição de agravo de petição implicará o respectivo depósito recursal.¹¹

7 Benefício de ordem

O acolhimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica implica tão-somente a *responsabilidade subsidiária do sócio* em garantir a execução. Desse modo, ele pode requerer o *benefício de ordem* para que sejam executados *primeiramente os bens da sociedade*. Todavia, compete ao sócio *indicar bens livres e desembargados da sociedade, localizados na comarca*

¹¹ Em sentido contrário quanto à necessidade de depósito recursal o art. 6º, § 1º, II da TST-IN nº 39/2016.

na qual corra a execução (art. 795, § 2º do NCPC). Caso estes sejam insuficientes para garantir a dívida só então a execução será *redirecionada* contra o sócio.

8 O problema das penhoras bancárias online que surpreendem terceiros

É consabido não ser a fase de cognição comparativamente problemática na Justiça do Trabalho – contribuindo para tanto, e.g., a irrecorribilidade das decisões interlocutórias – mas, sim, a sua fase de execução, considerando a dificuldade de se encontrar bens do devedor capazes de garantir a dívida. Daí a razão pela qual o instituto da *desconsideração da personalidade jurídica* vem sendo manejado pioneiramente pela Justiça do Trabalho com relativo o sucesso.

Nada obstante, esta Justiça Especial vem recebendo justas críticas no sentido de que terceiros vêm sendo literalmente surpreendidos com o bloqueio de valores em suas contas bancárias sem nem ao menos terem a oportunidade para se defenderem. Quando, então, poderiam arguir, v.g., que nunca fizeram ou já não fazem parte da sociedade executada há mais de dois anos (art. 1003, § ún. do CC/2002). Poderiam ainda, se tivessem tido chance em tempo hábil para tanto, indicar bens livres e desembaraçados da empresa para suportar a execução. Ou ainda arguir que os valores apreendidos em sua conta corrente têm natureza jurídica salarial.

Saliente-se que nem sempre se tem conseguido liberar os bens injustamente apresados com a agilidade necessária, deixando-se o terceiro em situação delicada até que os seus argumentos sejam ouvidos e cessado o constrangimento indevido.

287

Parece-nos, por conseguinte, que na fase executória trabalhista não deve o juiz se apressar em determinar o bloqueio online nas contas bancárias de terceiros via convênio Bacenjud sem que o sujeito passivo da medida seja sequer ouvido.

9 O problema do devedor que subtrai bens à execução trabalhista

Objeta-se que a oportunidade de contraditório prévio às medidas executórias daria ao sócio tempo mais do que suficiente para se evadir do cumprimento dívida – havendo aí inclusive a *suspensão do processo de execução* contra a devedora principal, caso o incidente em tela ocorra no curso do processo executório, forte no art. 134, § 3º do CPC/2015 – o que frustraria o objetivo principal da desconsideração da personalidade jurídica.

Nada obstante, se houver *receio justificado* de que isso ocorra, existem instrumentos capazes de evitá-lo, como o manejo do *arresto de bens de terceiro*, a fim de garantir penhora futura.¹² Aliás, reza o CPC/2015: “Art. 301 – A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito”. E ainda:

Art. 300 – A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

¹² V. arts. art. 828 a 830 do CPC/2015 quanto ao procedimento correlato.

[...]

§ 2º – A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Ora, se o juiz do Trabalho pode, *ex officio*, iniciar o processo de execução, excepcionalmente, nada lhe impede de determinar, ainda de ofício, o arresto de bens de terceiro suficientes para a garantia da execução, em caso de inegável disparidade de armas entre as partes.¹³ Por sinal, como diz o brocardo: “*In eo quod plus est semper inest et minus*”, ou seja, aquele a quem se permite o mais, não se deve negar o menos

A propósito, não se pode relegar ao oblívio que o *arresto* é uma tutela de urgência de natureza cautelar – tipicamente *preventiva* e *provisória*¹⁴ –, servindo de mero instrumento para a *garantia da penhora*, podendo, *ipso facto*, ser levantado se o juiz for convencido de sua inutilidade ou ilegalidade (arts. 296 e 301 CPC/2015).

Aliás, tanto o CPC/1973 quanto o CPC/2015 concedem ao juiz o *poder geral de cautela*, de modo que este possa efetivamente garantir, *ex officio*, o *resultado útil* do processo.¹⁵

Com maior razão ainda se impõe o manejo do *poder geral de cautela* do juiz do Trabalho, considerando a natureza jurídica do direito material a ser protegido, forte nos arts. 765 e 878 da CLT.¹⁶ No que tange à sua aplicabilidade ao *incidente de desconsideração de personalidade jurídica* propriamente dito, professa CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

O eventual temor por uma dilapidação patrimonial durante o processamento do incidente de desconsideração de personalidade jurídica é facilmente superável pelo amplo poder cautelar do juiz, o qual poderá, em caso de perigo, determinar medidas urgentes capazes de assegurar a integridade do patrimônio do eventual obrigado (inalienabilidade de bens, bloqueio de depósitos ou aplicações bancárias etc. – art. 300).^{17, 18}

Nessa mesma linha, orienta o art. 6º, § 2º, *in fine*, da IN nº 39/2016 do TST: “A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC”.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 624.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 694.

¹⁵ Se não, vejamos o ensino de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR segundo o qual “[...] quando houver situação de vulnerabilidade da parte e risco sério e evidente de comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional, poder-se-á, excepcionalmente, fugir do rigor do princípio dispositivo, tornando-se cabível a iniciativa do juiz para determinar medidas urgentes indispensáveis à realização da justa composição do litígio. Cf. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 624.

¹⁶ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 1371.

¹⁷ *Instituições de direito processual civil*. V. I. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 58.

¹⁸ No mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 401.

10 Da inexistência de responsabilidade objetiva do credor em caso de determinação, *ex officio*, de arresto

Reza o CPC/2015 quanto à *responsabilidade objetiva* do autor no caso das tutelas de urgência:

Art. 302 – Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I – a sentença lhe for desfavorável;

II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Por outro lado, na hipótese em que o próprio juiz do Trabalho determina, de ofício, o arresto de bens do sócio, caso a medida venha a ser considerada indevida, não poderá o reclamante ser objetivamente responsabilizado por isso, haja vista que não deu causa ao prejuízo. A propósito, o nosso Código Civil ao regulamentar a questão do *nexo causal* adotou *teoria dos danos diretos e imediatos*, nos seguintes termos: “Art. 403 – Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.¹⁹

289

11 Comunicado da desconsideração ao distribuidor e fraude à execução

Existe ainda a ferramenta à disposição do credor da *ineficácia da alienação ou oneração de bens*, após comunicado o distribuidor a respeito da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Se não, vejamos o previsto no CPC/2015: “Art. 134 – [...]. § 1º - A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas”. E ainda: “Art. 137 – Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente”. Aliás, a Resolução CSJT nº 136/2014, que institui o sistema processo judicial eletrônico da Justiça do Trabalho – PJe-JT prevê:

Art. 26 – A *distribuição da ação* e a juntada da resposta, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, serão feitas *diretamente por aquele que tenha capacidade postulatória*, sem necessidade da intervenção da secretaria judicial, de forma automática, mediante recibo eletrônico de protocolo, disponível permanentemente para guarda do peticionante (Grifos nossos).

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 71-76.

Por outras palavras, a partir do momento em que a petição relativa à desconsideração da personalidade jurídica é protocolada pela própria parte por meio do PJe considera-se em *fraude à execução* a alienação ou oneração de bens do sócio e, por conseguinte, estas são ineficazes em relação ao credor.²⁰

A propósito, por intermédio do PJe-JT pode ser requerida certidão de distribuição de ações trabalhistas – CDAT. Além disso, a consulta ao Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT) pode ser feita por meio do site do TRT da 5ª Região, clicando-se no link CNDT - Certidão Negativa (art. 828 do CPC/2015).

Não fora isso o bastante, estando o credor desassistido de advogado, ou na hipótese em que este não diligencie razoavelmente pelo andamento da execução, o juiz do Trabalho pode, de ofício, determinar a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes por intermédio do SISTEMA SERASAJUD, *ex vi* dos arts. 765 e 878 da CLT, art. 782 do CPC/2015 e do art. 17 da IN 39/2016 do TST.

12 Necessidade de ouvida do terceiro na desconsideração iniciada, de ofício, pelo juiz do Trabalho

12.1 Da não-surpresa

290

Posto que o juiz do Trabalho, todas as vezes que o exequente não esteja patrocinado por advogado ou quando este mostrar inoperante, possa, de ofício, dar início ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica da executada, isso não implica, obviamente, deva, de logo, determinar o bloqueio de numerário a ser convertido em penhora na conta bancária do suposto sócio sem ao menos lhe dar oportunidade de se defender contra essa *decisão surpresa*. Aliás, reza o CPC/2015: “Art. 10 – Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício”.

Todavia, se empresa devedora e seus sócios já tiveram *comportamento evasivo* em outras execuções que pendem na Justiça do Trabalho é de se supor que venham a adotar o mesmo *modus operandi*, o que autoriza o juiz, na falta de bens da empresa, a lançar mão do **arresto** dos bens do sócio, suficientes para garantir a execução, concedendo-lhe, em seguida, após a citação, oportunidade para se manifestar quanto à medida referida, bem como sobre a desconsideração da personalidade jurídica.

Ressalte-se que *após a citação o arresto se converterá automaticamente em penhora*, caso não haja por parte do sócio, no prazo de 48 horas, (a) *cumprimento da decisão ou acordo*, (b) *depósito judicial* ou (c) *indicação bens livres e desembaraçados* capazes de garantir a execução – arts. 135 e 830 do CPC/2015 c/c os arts. 880 e 882 da CLT.

²⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 521.

Considerações finais

1. Por intermédio da desconsideração da personalidade jurídica, o juiz do Trabalho, em casos especiais, corta no cerne o *propósito* dos sócios que usam a sociedade como *escudo* para fraudar seus credores. A desconsideração da personalidade jurídica é cabível nas hipóteses de *abuso do exercício de direito, excesso de poder, infração da lei, ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social*, bem assim em caso de *má administração*, capaz de levar a empresa à recuperação judicial, falência ou inatividade. Além disso, ela cabe se houver *desvio de finalidade* ou *confusão entre o patrimônio* da sociedade e o dos seus sócios.
2. Aplicar *supletivamente* o NCPC não pode representar uma espécie de “colonização” do processo civil em relação ao processo trabalhista, mas, sim, a renovação deste último, conformando-o aos preceitos da CF/1988. A propósito, a IN nº 39/2016 *possui caráter essencialmente orientativo e exemplificativo*.
3. Estando o reclamante, na fase executória, desacompanhado de advogado, ou na hipótese em que este último não diligencie razoavelmente pelo andamento da execução, o juiz do Trabalho pode instaurar, de ofício, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, *ex vi* dos arts. 765 e 878 da CLT e do art. 6º da IN nº 39/2016 do TST.
4. Se houver *receio justificado* de que o sócio oculte seu patrimônio ao ser citado a respeito do incidente de desconsideração da personalidade jurídica o juiz do Trabalho pode, excepcionalmente, determinar, de ofício, o **arresto** de bens de terceiro suficientes para a garantia da execução – arts. 300 e 301 do CPC/2015, arts. 765 e 878 da CLT e art. 6º, § 2º, *in fine*, da IN nº 39/2016 do TST.
5. A partir do momento em que a petição relativa à desconsideração da personalidade jurídica é protocolada pela própria parte por meio do PJe considera-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens do sócio e, por conseguinte, estas são ineficazes em relação ao credor (Arts. 134 e 137 do CPC/2015 e art. 26 da Resolução CSJT nº 136/2014.).
6. O sócio possui o *benefício de ordem* na hipótese da *desconsideração da personalidade jurídica* – art. 4º, I e V e § 3º da LEF e art. 795 do CPC/2015, subsidiariamente aplicado.
7. Na fase de execução trabalhista, contra a decisão que apreciar o incidente em comento caberá o *agravo de petição*, todavia, para tanto será necessário que a execução esteja totalmente garantida por *penhora* ou *depósito recursal*, sendo que, até a garantia plena da execução, cada nova interposição de agravo de petição implicará o respectivo depósito recursal — forte no art. 40 da Lei nº 8.177/1991 e SUM-128/TST

8. **Inova muito positivamente o NCPC ao considerar que também o sócio age em fraude à execução** quando aliena ou onera bens **na hipótese de ser acolhido o pedido de desconsideração** (§ 3º do art. 792).

Referências

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento Jurídico**. Tradução de Marcelo Ari Solon. 2. ed., São Paulo: Edipro, 2014.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. 17. ed., Salvador: Juspodivum, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. I. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2016.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. ed., São Paulo: LTr, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- 292 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil penal e administrativo**. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil e legislação extravagante**. 16. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Vol. I. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.
- SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed., São Paulo: LTr, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O Contrato de trabalho e o direito ao equilíbrio econômico-financeiro à luz da Emenda Constitucional 45

Marcus Menezes Barberino Mendes¹

Síntese: 1. Escopo do direito e instituição de condição da ação para a administração estatal do conflito coletivo. 2. Capitalismo e contratualismo x sociedade e segurança econômica. 3. Tendência ao desequilíbrio dos preços econômicos no tempo. 4. Direito subjetivo individual e coletivo ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de trabalho por prazo indeterminado. 5. Sujeitos passivos da obrigação e instrumentos de reparação. 6. Conclusão.

Palavras chaves: Contrato, emprego, equilíbrio econômico-financeiro, incerteza, segurança econômica, reparação.

1 Escopo do direito e instituição de condição da ação para a arbitragem estatal do conflito coletivo

Esse artigo pretende analisar, ainda que de modo incipiente, as condições de equilíbrio dos contratos de trabalho de longa duração (ditos contratos por tempo indeterminado) no contexto de um mercado de trabalho de bases eminentemente capitalistas, assumindo desde já que há um dever jurídico de promover o equilíbrio econômico-financeiro de qualquer contrato e, especialmente, dos contratos de emprego, e a função jurisdicional cumpre parcela de responsabilidade nesta seara.

Três são as premissas para a sua análise: o direito contemporâneo, mesmo numa sociedade tão heterogênea como a brasileira, busca legitimação através da partilha de direitos e responsabilidades entre os membros da comunidade, arbitrando o conflito distributivo segundo critérios racionalizadores; o direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é inerente a todo regime contratual e a lesão a este postulado pode assumir diversas formas e ter múltiplos agentes; na sociedade brasileira um dos instrumentos de mediação do conflito distributivo entre capital e trabalho sofreu significativa alteração, estabelecendo legitimação concomitante para a invocação da solução político-estatal, aumentando sobremodo a responsabilidade dos agentes negociadores.

A Alteração promovida pelo Poder Reformador com a emenda Constitucional 45 de 30/12/2004, menos do que retirar do Estado alguma função na administração²³ de conflitos co-

¹ Juiz Federal do Trabalho Substituto, do TRT da 15ª Região, mestrando em Economia Social e do Trabalho pela Universidade Estadual de Campinas.

² A palavra administração tenta emprestar aos mecanismos de intervenção jurisdicional a idéia de processo, em substituição à palavra “solução”, que transmite uma ideia estacionária, positivista e, até certo ponto, romântica acerca da eficiência e legitimidade das suas decisões.

³ A contenda acerca da permanência ou não do Poder Normativo e da constitucionalidade da nova redação do art. 114 vai longe. Confira-se a esse respeito os artigos de José Luciano de Castilho Pereira e Marcos Neves Fava em *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada e Nova Competência da Justiça do Trabalho*, respectivamente.

letivos de trabalho – o que constituir-se-ia numa antinomia direta com a garantia constitucional da indeclinabilidade da jurisdição – instituiu procedimento tendente a elevar a responsabilidade dos sindicatos de trabalhadores e empregadores acerca do estabelecimento das condições de trabalho.⁴ A constitucionalidade de tal restrição ao acesso ao Judiciário está a se provar, mas a hipótese aqui suscitada tem premissas diversas.

O acesso ao Judiciário passou a ter como condição ao exercício do direito de ação a aquiescência pelas partes em conflito. Desloca-se, portanto, a pretensão da esfera pessoal e da busca da tutela ao direito subjetivo violado, para a esfera de patrimônio compartilhado, não obstante seja flagrante a assimetria entre os supostos co-titulares da pretensão.

2 Capitalismo e contratualismo. Sociedade e segurança econômica

O contrato não é um fenômeno genuíno do capitalismo, mas é evidente que somente no capitalismo é que se tornou uma instituição hegemônica para a aquisição de bens e direitos e assunção de deveres. Em sua concepção liberal é a capacidade de contratar que nos diz o grau de inserção dos indivíduos na sociedade.

No intermédio entre a 1ª e a 2ª revolução industrial, a noção de liberdade individual começou a derruir⁵ e os conflitos sociais e políticos conduziram a novas instituições, que mitigaram o regime contratual em sentido estrito reconhecendo a assimetria do trabalho.

O contínuo desenvolvimento do capitalismo, sem qualquer peia, coloca em risco não apenas os que diretamente se envolvem na produção, mas a sociedade e suas instituições, pois transfere aos indivíduos e famílias – e contemporaneamente ao Estado – os efeitos adversos do uso intensivo do trabalho.

Em qualquer era da civilização humana há estreita relação entre a esfera de produção de bens e serviços e as demais esferas da vida em sociedade (a família, o lazer, a religião, a autoridade política, etc). Mas se nas formas sociais pretéritas a economia destinava-se à satisfação das necessidades elementares da comunidade e restava subordinada às demais esferas, no capitalismo a esfera econômica tende a se autonomizar e mesmo penetrar nas demais esferas, impondo seu cálculo racional e pragmático.

Assim, a comunidade, despojada das formas tradicionais de acesso a bens de subsistência, vê-se inserida em uma situação de permanente instabilidade social e econômica. Quanto

⁴ Neste texto empresta-se conceito amplo às condições de trabalho, englobando direitos econômicos, direitos de expressão, regras de negociação, direito à informação, regras de entrada e saída do mercado de trabalho, como a submissão a exames e testes de proficiência, e concessão de garantias de emprego e novas condicionalidades para a dispensa.

⁵ Lembra Orlando Gomes que “Quando as condições da infraestrutura social já estavam suficientemente amadurecidas, o Estado se dispôs a intervir nas relações de trabalho entre patrões e operários. Não podia fazê-lo, imediatamente, aplicando a própria experiência estatutária, pois isso seria o mesmo que subverter as ordens jurídico-econômica e política estabelecidas. E o estado tem por missão assegurar a sobrevivência dessas ordens, isto é, do regime vigente. Fê-lo, porém, por outros meios menos drásticos e mais respeitosos da ordem jurídica capitalista.” Apud *Curso de Direito do Trabalho*, p. 10.

mais urbana e complexa a sociedade, maiores e diversos são os conflitos distributivos entre os que trabalham (e também os que precisam trabalhar, mas não conseguem, por múltiplas razões) e os que demandam e contratam trabalho humano.

Nessas condições sociais, faz-se necessário revalorar no direito um outro aspecto de uma antiga noção jurídica: a de segurança econômica, um qualificativo material do tradicional instituto da segurança jurídica.⁶ A segurança econômica é corolário do direito à vida, do pertencimento a uma determinada comunidade, enfeixando de modo concreto o exercício da cidadania no plano econômico e social.

A noção de segurança econômica conduz ao reconhecimento do direito à justa retribuição pelo trabalho, do direito à renda provisória no curso de evento que impeçam o trabalho humano (doenças, desemprego, acidente de trabalho, aposentadoria). Por força do uso intensivo do trabalho imposto pela nova forma de sociabilidade, a sociedade passa a demandar múltiplas formas de regulação que elevem a segurança econômica dos trabalhadores e não proprietários dos meios de produção de bens e serviços, inaugurando o que Jossierand denomina de “dirigismo contratual”.

3 Tendência ao desequilíbrio dos preços econômicos no tempo

As teorias tradicionais do Direito e Economia concebem a possibilidade de uma sociedade em equilíbrio. O positivismo e sua visão auto-poiética do fenômeno jurídico⁷ é um dos exemplos dessa vertente, que em economia tem equivalente entre os clássicos (a romântica e terrível ideia da mão invisível) e neo-clássicos.

295

Nesse texto assumimos que a regra nas sociedades contemporâneas e capitalistas é a mutação e, por isso, a tendência aos desequilíbrios e a construção de assimetrias entre seus membros. Muitas são as causas dessas mutações, mas para os objetivos desse texto fiquemos com a noção incipiente de que o exercício da liberdade em suas múltiplas facetas conduz a constantes alterações na sociedade. Naquilo que nos importa, produz alterações nos contratos e nas condições de execução destes.

Com efeito, ao longo da execução de um contrato de locação de imóvel, por exemplo, muitos fatores externos aos contratos concorrem para a alteração dos seus termos iniciais, como aumento de impostos relacionados com a propriedade de imóvel, perda de receita do locatário, aumento (ou redução) da demanda por imóveis alugados, modificação do uso do solo na zona da cidade onde se localiza o imóvel.

⁶ A segurança jurídica, tal como a extraímos do liberalismo e do contratualismo, limita-se a assegurar o cumprimento integral das obrigações contratuais assumidas, concretizando as expectativas de certeza e previsibilidade dos contratos. No direito público constitui-se nas obrigações primárias do Estado de respeitar, em face da lei nova, o ato jurídico perfeito, os direitos adquiridos e a coisa julgada.

⁷ É Everaldo Gaspar Lopes de Andrade quem discorre com mais vagar sobre a perspectiva positivista de solução dos conflitos coletivos de trabalho em alentada obra. A esse propósito, Cf. *Dissídio Coletivo*. Ltr: São Paulo, 1993. p. 17-32.

Esses eventos, embora não provocados pelos contratantes, alteram significativamente suas percepções sobre a utilidade e onerosidade do contrato celebrado. É certo que numa relação jurídica que se presume a igualdade entre os signatários, os próprios termos do contrato e a negociação direta mostram-se eficientes na busca do reequilíbrio contratual.

Mas a igualdade entre contratantes no mundo contemporâneo, é menos do que uma verificação empírica, é uma demonstração de saudosismo hoje mitigado pelo próprio direito civil. De todo o modo, resta demonstrado alguns dos efeitos do exercício da liberdade dos diversos agentes econômicos num singular contrato de locação.

O problema assume contornos mais dramáticos em contratos cuja assimetria é a regra. Tal é o caso do contrato de emprego, espécie do gênero trabalho que desde sempre atrai uma variedade de prestação de labor humano, ainda que muitas vezes a sua forma jurídica se expresse como sendo um contrato de trabalho autônomo urbano ou rural, negócio jurídico cooperativo, prestado interna ou externamente ao local de onde se irradia o mando do empregador.

A fundamental assimetria neste fenômeno jurídico é o centro da sociabilidade moderna: a propriedade dos bens de produção e sua potencial e quase irrefreável capacidade de inovação produtiva e social, em contraposição à necessidade de trabalho estável dos não-proprietários. É contra a notável discrepância entre o capital e o trabalho que se legitima a ação do estado⁸. E isso se faz em qualquer das suas funções políticas precípuas, inclusive a jurisdicional.

296

A formação de preços numa economia aberta segue dinâmica das mais complexas, já que eventos nacionais e internacionais interferem na sua composição. Aliás, uma economia de mercado é caracterizada exatamente pela ação individual e competitiva dos agentes econômicos na defesa do auto-interesse⁹.

Por suposto, esses agentes não agem por impulso. Antes, se utilizam de refinado cálculo e estratégia para maximizar seus resultados e minimizar as incertezas que cercam a atividade econômica. Nesse cálculo se incluem ações agressivas como reajustar preços, inovar a gestão, incorporar novas tecnologias, reduzir preços para aumentar sua participação no mercado, reduzir o custo de pessoal com múltiplas estratégias, promover elisão tributária, se antecipar as estratégias dos competidores.

Para os seres humanos avulta a importância das estratégias para reduzir os custos com pessoal, já que serão estes que terão maior repercussão na segurança-econômica das famílias e dos indivíduos. A fixação dos custos de uso do trabalho é uma das tarefas fundamentais do cálculo empresarial.

⁸ É Catharino que nos lembra ser “[...] a invasão das normas compulsórias ao terreno consensual não se espriaia contra a vontade de ambas as partes. Na realidade, a lei coagindo a hipersuficiência do empregador está, em última análise, embora pareça contraditório, zelando pelo equilíbrio indispensável à vida normal do próprio contrato”.

⁹ Embora não pertença ao universo keynesiano, não se pode deixar de fazer alusão que a noção de expectativa em Keynes decorre exatamente de uma compreensão do autointeresse dos empresários. A esse propósito confira-se os capítulos 4 e 5 da Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda.

Quanto mais dissimétrica as relações entre capital e trabalho, maior a pressão que aquele exerce sobre esse. São múltiplos os instrumentos utilizados pelos agentes econômicos: argumentos acerca da baixa rentabilidade, excesso de custos ex lege de uso do trabalho, concorrência nacional ou internacional, possibilidade de dispensa, entre outros.

Desnecessário dizer que a tendência ao desequilíbrio dos preços gerais da economia impacta diretamente o contrato de trabalho, já que afetam as condições de vida e subsistência dos não-proprietários. Nessas condições a fixação do salário em seu valor nominal por longos períodos coloca em periclitacão as múltiplas formas de expressão da personalidade humana, já que reduz sobremodo as possibilidades de existência digna.

4 Direito subjetivo individual e coletivo ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de trabalho por prazo indeterminado

Fixados os pressupostos da tendência ao desequilíbrio dos contratos e da existência de crescente assimetria entre tomadores e vendedores de trabalho¹⁰, podemos agora realçar uma das funções políticas do Estado contemporâneo: assegurar instrumentos e procedimentos, tanto no micro como no macro cosmo, para reduzir e atenuar os efeitos da assimetria política e jurídica entre contratantes e dos desequilíbrios contratuais impostos por essa assimetria.

Ao Estado cabe retardar, redirecionar ou coibir as tendências ao desequilíbrio, modulando a velocidade das mudanças sociais, ante a impossibilidade de retorno a formas societárias tradicionais e pretéritas. Diria mesmo que essa é uma das funções da noção de equidade.

297

Os desequilíbrios econômico-financeiros dos contratos de emprego não decorrem, necessariamente, da ação dos empregadores sobre o salário pago aos seus trabalhadores. A alteração é resultante da ação de todos os agentes econômicos. Menos do que manifestação de altruísmo, a noção de equidade se traduz como uma “cláusula” de interpretação e de autopreservação da sociedade, à medida que permite compreender a necessidade de redistribuir as consequências sociais das assimetrias geradas pela ação dos agentes e grupos sociais dominantes, não apenas mas especialmente na esfera econômica.

A hipótese suscitada por esse texto, já se vê, nega a ideia de uma sociedade de indivíduos, reconhecendo ser a sociabilidade imanente aos seres humanos imersos numa sociedade com múltiplas relações. O que somos é o que a sociedade reconhece como pertencimento humano. É esse sentido de pertencimento que nos permite falar em titulares de direitos subjetivos perenes, cuja complexidade de afirmação não elide a sua existência, apenas nos instiga a buscar novos mecanismos para sua concretude. É mesmo fator de legitimação política dos estados nacionais o reconhecimento e a tutela dos direitos econômicos e sociais dos cidadãos não proprietários dos bens de produção.

É de suma importância social, portanto, reconhecer o direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de emprego, quer no plano individual, quer no plano coletivo, pois é

¹⁰ É sempre útil ressaltar que a ideia de trabalho como uma mercadoria é a mais artificial e ao mesmo tempo natural das mistificações coletivas da sociedade contemporânea, já que ele é indissociável do ser humano.

esse elemento do contrato que permite dar concretude aos princípios da República e ao disposto nos arts. 6º, 7º e 170, VIII, da sua Constituição. A privação material imposta aos empregados e seus dependentes não é um elemento externo ao fenômeno contratual. Também não se trata na hipótese de defender meramente a aplicação da teoria da imprevisão e da cláusula *rebus sic stantibus*, mas de reconhecer uma pretensão universal ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, e dos contratos de emprego em especial.

A temporalidade da revisão da equação contratual pode variar no tempo e isso demonstra a experiência dos diversos estados nacionais, mas não pode ser um elemento intrínseco ao contrato, já que este tende a reforçar a assimetria entre as partes quando deixado a um mecanismo de auto ajuste¹¹.

É certo, ainda, ser possível estipular diversas modalidades de revisão: mecanismos de reajuste automático com base num índice/cesta de âmbito nacional; reajuste vinculado ao desempenho setorial; reajuste fundado no desempenho da empresa. É ainda possível estabelecer sanções inibitórias que conduzam indiretamente à revisão da equação contratual, como o reforço do papel dos sindicatos nos mecanismos de ingresso e saída dos indivíduos no mercado de trabalho; imposição do dever negocial e de sanções pela recusa, que podem variar de multa, astriente, proibição de dispensa sem justo motivo no curso do processo negocial, ou durante a vigência de sentença normativa, além de sanções punitivas mais severas, cuja análise desborda do escopo desse texto.

298

Qualquer que seja o modelo positivado para dar concretude ao direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de emprego em seus planos individual ou coletivo, não poderá restar imune ao contraste da noção de equidade que é inerente a função jurisdicional. Uma série de situações obstáculos podem surgir como se verá adiante, clamando pela intervenção do estado-juiz¹².

5 Sujeitos passivos da obrigação e instrumentos de reparação

Uma das premissas deste artigo é a ausência de sentença normativa que julgue o conflito entre o capital e o trabalho e que estabeleça, de algum modo, uma nova equação econômico-financeira do contrato coletivo de trabalho. Menos por reconhecer a infalibilidade das sentenças normativas, senão pela força política que lhe reconhece o regime constitucional nacional vigente.

¹¹ Em verdade, não há nas sociedades contemporâneas uma situação de desregulação que confirme a possibilidade de autorregulação. Ou a regulação, contratual ou legal, tende à correção da assimetria entre capital e trabalho, ou a reforça-la. A “desregulação” é a escolha pela regulação assimétrica e não a promoção da liberdade e da autonomia de vontades.

¹² Há aqui uma filiação evidente do texto a um modelo de jurisdição que transcenda a relação entre lei e atuação jurisdicional. Como lembra Gregório Assagra de Almeida “[...] partiu-se da concepção, também, de que o escopo jurídico da jurisdição não é simplesmente fazer atuar a lei, como se mecanicamente o juiz apenas declarasse o direito já existente; ao contrário, filiou-se à concepção de que a função jurisdicional também cria o direito e, especialmente no campo do direito processual coletivo comum, transforma a realidade social, ao dar efetividade aos direitos sociais fundamentais como os referentes ao meio ambiente, ao patrimônio público em sentido amplo, ao consumidor e outros direitos coletivos consagrados na Constituição.” *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4.

Embora inédita, a partir da Emenda Constitucional 45¹³ e ante a inexistência de legislação específica acerca de atos anti-sindicais, tornou-se possível que a ausência de aquiescência do empregador obstaculize o acesso dos empregados à jurisdição. Ora, a longa duração do impasse negocial pode minar completamente o equilíbrio econômico financeiro dos contratos de emprego, dificultando ou mesmo impedindo a fruição de outros bens e direitos relacionados ao trabalho, como direito à saúde, transporte, habitação. Portanto, a negativa patronal ao acionamento do Poder Judiciário para administrar o impasse negocial importa resistência a pretensão inerente ao regime geral dos contratos.

O mesmo desequilíbrio pode advir da reiterada omissão negocial do sindicato profissional, já que detém o monopólio de representação negocial por força do disposto no art. 8º, III, da CF/88, atraindo para si a responsabilidade pelo dano eventualmente causado aos membros da categoria profissional, embora tal hipótese seja de difícil ocorrência, não só pela força e representatividade que se presume inerentes aos líderes sindicais¹⁴, como pela evidente pressão que os representados exercem nos momentos mais graves de rebaixamento do poder aquisitivo dos salários. A toda evidência, se a omissão negocial decorre de colusão entre o sindicato profissional e o sindicato patronal a este se estende o elo de responsabilidade, bem assim aos empregadores por ele representados, tal a gama de interesses enfeixados no conceito de representação sindical que decorre do monopólio imposto pela Constituição da República.

Hipótese complexa ocorre quando, malgrado a negociação tenha ocorrido, esta se verifique em clara e inequívoca violação dos deveres negociais e de representação dos sindicatos profissionais. Com efeito, incumbe aos sindicatos promover a intermediação e as tratativas negociais conducentes à defesa dos interesses econômicos e sociais dos seus representados.

299

Induvidosamente a submissão dos termos do acordo ou da convenção coletiva de trabalho ao crivo da assembleia impede a responsabilização pessoal dos dirigentes sindicais. Mas em situações em que se demonstre de modo cabal a ausência de boa fé negocial por parte dos representantes dos empregados restará elidida a imunidade decorrente do exercício da representação sindical.

A multiplicidade de eventos e de causalidades relacionadas com os desequilíbrios econômico-financeiros dos contratos introduz uma relativa indeterminação para se aferir a responsabilidade pelos danos causados. Todavia, se não podemos fixar um *numerus clausulus* de hipóteses de dano e de responsabilidades e seus correspondente sujeitos passivos, não nos escusamos de declinar algumas situações concretas onde tal responsabilidade é aferível. A ausência de revisão dos contratos de emprego imposta pela convenção coletiva de trabalho, sem correspondência

¹³ Presumindo-se apenas para fim desse estudo a sua constitucionalidade no que respeita ao tratamento que a nova redação do art. 114 deu à competência funcional dos Tribunais do Trabalho para dirimir os chamados conflitos econômicos coletivos de trabalho .

¹⁴ Mônica Sette Lopes dá contornos precisos à amplitude da intervenção dos sindicatos ao afirmar que “Só se pode entender a autonomia coletiva, no atual contexto da positividade no Brasil, com a participação do sindicato: a ele a ordem jurídica atribuiu, preponderantemente no que tange ao pólo profissional, a legitimidade para negociar e para firmar a norma coletiva oriunda daquelas tratativas. Por isto, sua manifestação mais aguda dá-se na negociação coletiva, que é o seu precípua objetivo.” Cf. *A convenção coletiva e sua força vinculante*, São Paulo: Ltr, 1998. p. 93

em fatos econômicos relevantes, suscita a responsabilidade do sindicato dos empregados pelo desequilíbrio contratual. Acresce-se ao pólo passivo o empregador, quando a contratação coletiva decorre de flagrante colusão entre os sindicatos de empregados e da categoria econômica.

O objetivo de reparação das variadas formas de danos aqui elencadas exemplificadamente, desafia o manejo dos instrumentos do direito processual do trabalho individual e coletivo, reclamando a criteriosa e construtiva ação da jurisprudência, tanto através dos cidadãos, seus entes de representação, como através do qualificado mecanismo de proteção jurisdicional que cerca a ação jurisdicional contemporânea fruto da relação dialógica entre as duas espécies de magistrados – Juízes e Procuradores do Trabalho.

No plano individual, por suposto, a possibilidade de tutela preventiva restaria senão prejudicada, ao menos reduzida a hipóteses de prova cabal de colusão entre empregadores e o sindicato laboral, com claro intuito de fraudar o processo negocial, ante a tradição de submissão da equação econômico-financeira do contrato de trabalho à negociação coletiva, por força do monopólio de representação coletiva incrustado no art. 8º, incisos II, III e VI, da Constituição. Mas a tutela reparadora se nos afigura pertinente e de largo manejo, não menos pela força da ideia de responsabilidade inerente a qualquer relação jurídica como da exegese que emerge da redação do art. 114, incisos III e VI, da Constituição da República.

300

Já no plano coletivo, as tutelas preventivas e reparatórias poderiam e devem ser manejadas, mormente quando a Magistratura possui entre seus quadros a função política de impulsionar a jurisdição na defesa da Constituição, da ordem jurídica e, dentro delas, sobretudo os direitos e garantias fundamentais dos brasileiros, atribuída ao Ministério Público do Trabalho¹⁵.

6 Considerações finais

Sumarizando o quanto se procurou aqui esgrimir acerca da estreita e dinâmica relação entre o regime contratual, seus elementos endógenos e a jurisdição, à luz do disposto na Emenda Constitucional 45, é possível dizer que

1. Os contratos e em especial os contratos de emprego, tendem ao desequilíbrio ao longo do tempo, quer por força de elementos externos, quer por força de elementos internos;
2. O equilíbrio econômico financeiro dos contratos é cláusula inalienável de qualquer regime contratual, mormente dos contratos de emprego, já que dele dependem a segurança econômica dos milhões de não-proprietários de bens de produção;
3. A manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos é um dever imposto aos contratantes e aos agentes que interferem no processo de negociação coletiva;
4. Excetuando a hipótese da ocorrência de sentença normativa que julga o conflito co-

¹⁵ Em diversas partes desse texto ressalta-se a relevância e a natureza político-institucional do Ministério Público, realçando aspectos que se complementam com os comentários da Procuradora e escritora Sandra Lia Simon, ao esgrimir argumentos acerca da reforma do Poder Judiciário em obra coletiva multicitada aqui.

letivo acerca do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, as demais hipóteses de correção ou não dos desequilíbrios torna possível a reparação e a prevenção de danos, tendo como sujeitos passivos os empregadores, seus sindicatos e mesmo o sindicato profissional, isolada ou conjuntamente, conforme cada caso concreto.

Evidente que este é um texto que não exclui as muitas possibilidades de regulação do sistema de revisão econômico-financeira e muitos desdobramentos ainda virão na conformação do sistema de relações coletivas e individuais de trabalho no Brasil, com reflexos no funcionamento do Judiciário Trabalhista.

Referências

- ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CATHARINO, José Martins. **Tratado Jurídico do Salário**. São Paulo: Ltr., 1994.
- DA SILVA, Floriano Corrêa Vaz. O Poder Normativo da Justiça do Trabalho em Curso de Direito Coletivo do Trabalho coordenado por Georgenor de Sousa Franco Filho. São Paulo: Editora Ltr., 1998.
- DE ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes. **Dissídio coletivo**. São Paulo: Ltr., 1993.
- FAVA, Marcos Neves. **O esmorecimento do Poder Normativo** – análise de um aspecto restritivo da ampliação da Competência da Justiça do Trabalho, em Nova Competência da Justiça do Trabalho organizado por Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava, Ltr, São Paulo, 2005.
- GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, Rio de Janeiro, 1984.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, Rio de Janeiro, 1991.
- KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego do Juro e da Moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.
- LOPES, Mônica Sette. **A convenção coletiva e sua força vinculante**. São Paulo: Ltr., 1998.
- PEREIRA, José Luciano Castilho. **A reforma do poder judiciário; o dissídio coletivo e o direito de greve em Justiça do Trabalho: competência ampliada**, organizado por Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava. São Paulo: Ltr., 2005.
- SIMÓN, Sandra Lia. **A Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho em Nova Competência da Justiça do Trabalho** organizado por Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava. São Paulo: Ltr., 2005.

Aqui todo cuidado é pouco!

A Renúncia e a Transação nas conciliações dos dissídios individuais da Justiça do Trabalho

Moacyr Araújo Côrtes¹

Resumo: o presente artigo tem como objeto de análise os acordos pactuados nos espaços de conciliação de conflitos trabalhistas individuais da Justiça do Trabalho. O seu propósito fundamental é o de relativizar os desdobramentos práticos advindos da composição dos conflitos trabalhistas nestes espaços de conciliação, especificamente os parâmetros da Renúncia e da Transação. Para tanto, construir-se-á um exame crítico a partir das percepções captadas na lide, de modo que possam ser questionadas as reais funções e implicações de tais espaços dialógicos. Ademais, para efeito de síntese, menciona-se que a investigação intentada será conduzida sobre o viés metodológico das questões dogmático-práticas que envolvem o Direito Material e Processual do Trabalho.

Palavras-chave: Justiça do Trabalho. Conciliação. Renúncia. Transação.

I Introdução

As formas representativas do Direito têm apresentado inúmeras alterações nas últimas décadas, principalmente no que tange aos paradigmas da sua Interpretação e Aplicação. Tornou-se corriqueiro nos estudos jurídicos, aos menos teoricamente, voltar as atenções para a construção de uma racionalidade prática concebida a partir dos desígnios e fundamentos do Acesso à Justiça e de um aberto movimento imbuído pelo ideal de pacificação de conflitos, mediante a utilização de técnicas e instrumentos direcionados à orientação autocompositiva, a exemplo da Conciliação. Costuma-se afirmar, sem maiores cuidados, a existência de uma reflexão crítica capaz de permitir uma franca abertura do fenômeno jurídico em sentidos democráticos, que instaurariam espaços de diálogo e do consenso possível entre os atores sociais com interesses opostos, e a consecução de resoluções mais justas dos conflitos sociais que os envolvem.

Ao “inclinarse” a essa proposta, o Poder Judiciário tem reiterado a grande relevância da conciliação nas contendas jurídicas, sobretudo na seara trabalhista. Numa política/ideologia judiciária de economia e celeridade processual, e ao mesmo tempo, de aproximação dos interesses em disputa, a Justiça do Trabalho situou esta forma de composição como um dos seus lemas principais, culminando nos altos índices de processos finalizados. Nada obstante, em que pese as boas intenções dessa perspectiva teórica, não se deve alhear à criticidade sobre os caminhos práticos trilhados para a consagração desse projeto.

A partir de tal incitação à parcimônia e o direcionamento dos olhares mais aguçados à realidade, apreende-se com facilidade o deslocamento desmedido/desenfreado dos rumos da Conciliação nos dissídios individuais, nela transfigurando-se em vestes da normalidade a Re-

¹ Pós-Graduando em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Graduando em Filosofia pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Assistente do Ministério Público do Estado da Bahia.

núncia de direitos indisponíveis albergados por normas trabalhistas de elevada repercussão social. Nesse horizonte prático negativo, de maneira fluida a Conciliação termina por ser calculada para o desrespeito e desconstrução dos direitos trabalhistas.

Dentro desse contexto, o escopo do presente artigo direciona-se à análise crítica sobre o modo de tratar o conteúdo da composição dos conflitos individuais trabalhistas nos espaços de conciliação da Justiça do Trabalho (atividade não muito explorada pelos operadores do direito). Consequentemente este intento, finalizará visão tanto mais coerente quanto fiel da conciliação nestes espaços judiciais, do mesmo modo que atuará no resguardo aos direitos trabalhistas.

II A transação e a renúncia na conciliação

Não se pode deixar de declarar que estas temáticas residem num dos pontos mais nevrálgicos do Direito Material e Processual do Trabalho. As maiores dificuldades enfrentadas referem-se à abertura a que os temas estão vinculados, com posicionamentos doutrinários e jurisprudências dissonantes, seja quanto ao seu cabimento, seja quanto à sua extensão perante o ramo jurídico em tela, além da falta de sistematização e clareza das tratativas teóricas. Assim, no silêncio proposital dessa reprodução, termina por encontrar terreno fértil grandes celeumas sobre a conciliação e os acordos nela promovidos, tomando como base a demarcação do fim da querela por meio da presença da renúncia e/ou da transação. É nesta sequência que se faz necessário uma abordagem contextualizada que se possa atinar às especificidades e os limites à renúncia de direitos trabalhistas constitucionais e infraconstitucionais ainda reconhecidos como irrenunciáveis ou indisponíveis, assim como à transação sobre estes direitos.

303

À vista de certificação inicial, afirma-se, como já bastante difundido nesta seara, que o Direito do Trabalho é composto, em quase sua totalidade, por normas de ordem pública, as quais o Estado atribui maior relevo em razão do interesse público a que estão vinculadas, conquanto dirijam relações jurídicas entre particulares. Em que pesem as divergências doutrinárias, estas normas compõem o direito privado, foram instituídas para a normação das relações entre pessoas singulares, muito embora por tutelarem bens coletivos de grande repercussão e que não podem (e não devem) ficar ao alvedrio da autonomia das vontades, o Estado imprime-lhes para o devido resguardo, a imperatividade do comando análogo ao direito público. Por esta importante razão, denominam-se de leis e princípios de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia².

Com suporte nestas características intrínsecas consubstanciadas no processo histórico de consolidação, evita-se aqui o abuso da autonomia das vontades, fazendo com que os indivíduos as manuseiem em sua completude na medida em que o seu uso seja compatível com o interesse social, desdobrando-se em atributos cogentes e imperativos das normas jurídicas advindas da necessidade de minorar a superexploração do trabalhador através da regulação estatal. Estes atributos estão predispostos à finalidade precípua de restringir a autonomia das vontades nas relações contratuais de trabalho, assim como a fim de que estas normas possam ser respeitadas

² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol I. Introdução do Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 18.

pelos atores sociais que com elas lidam. A imensa relevância destas valorações demonstra-se da sua positivação na Constituição Federal, entre os direitos e garantias fundamentais, nas suas disposições da CLT, e em outras leis e normas esparsas, necessárias à própria ordem social e insuscetíveis de afastamento ou derrogações pelo arbítrio das partes. Em vista desta realidade, e por empoderar a sociedade de indubitável proteção, é que os direitos trabalhistas foram e ainda são considerados indisponíveis, não ficam ao alcance do despojamento individual, evitando, desta forma, o seu descumprimento e, por consequência, a sua ineficácia.

Todavia, há de se mencionar que imiscuídas entre tais normas de ordem pública, existe certa produção legislativa, doutrinária e jurisprudencial inclinada a afirmar a excepcionalidade de normas de cunho disponível³ ou de relativa indisponibilidade perante o Direito do Trabalho brasileiro. A exemplo, tem-se o art. 7º, com seus incisos VI, XII, XIV na Constituição Federal, os artigos 472, §2º, 500, 543, §1º todos da CLT, o art. 14, §2º da Lei 8.036/1990, a Súmula 51 do TST, entre outras passagens que servem de muleta à divisão das normas trabalhistas em direitos *Absolutamente Indisponíveis*, aqueles que revestidos de pleno interesse público remetaria ao patamar civilizatório essencial das relações de trabalho, a exemplo do respeito ao salário mínimo, a proteção à saúde e segurança do trabalhador, a assinatura na CTPS, entre outros, e em direitos *Relativamente Indisponíveis*, que seriam os concernentes a interesses individuais que não traduziriam um patamar mínimo civilizatório, passíveis somente à transação que não trouxesse prejuízos ao trabalhador (art. 468 da CLT), não se admitindo sobre eles a renúncia⁴, a exemplo da modalidade salarial, horas *in itinere*, entre outros citados acima.

304

Relevante frisar que mesmo dentro deste contexto, parece consenso perante a doutrina a reafirmação da natureza de ordem pública direito do trabalho e do caráter imperativo de suas normas, ainda que de forma mitigada. Sobreleva-se o entendimento de que os atos de disposição sobre a sua regulamentação, como a renúncia e a transação, possuem restrições mais intensas do que no campo do Direito Civil, e por isso suas delimitações eclodem com tamanha importância. Sobre estas restrições recaem a missão de se demarcar espaços de afirmação que possibilitem a resolução de inúmeras dificuldades de ordem interpretativa e prática, especialmente em virtude de não se contemplar com facilidade limites expressos nem muito menos regulamentação específica. É o que se pretende adiante, não obstante pare sobre estes temas uma disputa silenciosa que por um lado reafirma a regra da maior proteção aos direitos trabalhistas com a sua indispo-

³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000, p. 174. GIGLIO (1982), MARTINS (2012), MALLET (2000), LEITE (2012), estes e outros estudiosos informam que o Princípio da Indisponibilidade das normas trabalhistas não é absoluto, seja pela existência no ordenamento jurídico trabalhista de normas que possibilitam a disponibilidade de direitos ou que ensejam apenas uma relativa disponibilidade ou indisponibilidade. É o que também entendem os tribunais, como se observa nesta ementa: LIMITAÇÃO DO DIREITO AS HORAS IN ITINERE POR NORMA COLETIVA. VALIDADE. A Carta Constitucional de 88 proclama o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas como formas lícitas de criação de normas trabalhistas autônomas, observadas as especificidades de certas categorias e atividades empresariais. Neste contexto, não há irregularidade alguma na limitação do direito a hora *in itinere* nestes documentos negociais, uma vez que a norma que a prevê é de indisponibilidade relativa, e não absoluta. (TRT-5 - RecOrd: 00018783120115050641 BA 0001878-31.2011.5.05.0641, Relator: MARIZETE MENEZES, 3ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 5/11/2013.)

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 211 e 212.

nibilidade e irrenunciabilidade, e por outro lado, o impele ao abrandamento contínuo por meio do retorno à desmedida autonomia das vontades e a outros interesses convenientes.

III A renúncia e seus limites

A Renúncia é conceituada como ato unilateral da parte, através do qual ela se despoja de um direito de que é titular, sem correspondente concessão pela parte beneficiada pela renúncia. Trata-se de um instituto há muito utilizado pelo Direito Civil para disposição de interesses meramente privados de seus titulares, e que não recaia sobre eles alguma proibição legal, não podendo ser aplicada sobre direito público ou interesses de ordem pública⁵. A Renúncia ainda pode ser delineada como um instrumento de abdicação unilateral voltado para a redução de um direito subjetivo por seu titular; é um ato unilateral por meio do qual o renunciante abdica de um direito certo e de titularidade induvidosa⁶.

Como já mencionado, através dela, o autor desiste de direitos pleiteados ou da própria ação. Em específico na esfera trabalhista, geralmente consiste no ato voluntário do empregado em abdicar de um direito decorrente das normas trabalhistas do qual é titular, desde que, assim seja permitido pela legislação. Os seus elementos prevaletentes podem ser cotejados na *manifestação de vontade consciente e abdicativa*, dirigida à produção de um resultado prático pelo ordenamento jurídico, sendo que no Direito do Trabalho esta manifestação é ato unilateral e no Direito Civil pode ser bilateral, de acordo com a natureza do direito a que se renuncie⁷, além disso, também compõe elemento básico *a certeza do direito*, que referenda a sua existência.

305

A manifestação de vontade aduzida acima pode ocorrer na sua forma *expressa*, quando o titular do direito dele se despoja através de uma excepcional declaração de vontade permitida pela legislação, a exemplo dos raros pedidos de demissão formulados por membros de sindicatos, CIPAS, do acidentado, da grávida ou do empregado estável⁸, assim como pode ocorrer de forma *tácita*, quando apenas se presume a sua ocorrência, a exemplo da Súmula 51, item II do TST, que se fundamenta na escolha do empregado por determinado regulamento da empresa quando nela coexistam dois ou mais, e também o artigo 543, §1º da CLT quando o dirigente sindical solicitar ou acolher transferência para fora da base territorial. Esta última forma é rechaçada pela doutrina, em virtude do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas contido em várias passagens da Constituição Federal, da CLT, e das construções jurisprudenciais⁹.

Ainda sobre estas divagações classificatórias, quanto ao momento em que acontece, a renúncia pode ser *prévia* à admissão do empregado, quando manifestada antes que o vínculo de emprego se delibere, a exemplo do empregado que assina documento liberando empregador de pagar gratificação natalina ou, no exemplo concreto da contratação de serviço suplementar do

⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 301

⁶ DELGADO, 2012, p. 210; MASCARO, 2013, p. 878; MARTINEZ, 2012, p. 118.

⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 154.

⁸ Este é um exemplo bastante forçado em razão do pedido de demissão não se configurar uma renúncia. Assim seria se o empregado abdicasse da estabilidade e permanecesse no emprego.

⁹ BARROS, 2011, p. 156.

bancário quando do momento da sua admissão, Súmula 199 do TST. Este tipo de despojamento de direitos futuros não possui eficácia, são nulos, inadmissíveis considerando que a irrenunciabilidade é mandamento que disciplina os atos introdutórios da relação de emprego¹⁰. Pode se dar também *na vigência do contrato* de trabalho, quando se estabelece no curso do pacto laboral, só sendo admitida em sua validade quando expressa em permissivos legais, a exemplo do artigo 500 da CLT¹¹, artigo 543, § 1º da CLT, na Súmula 51 do TST¹², artigo 7º, incisos VI, XIII, e XIV da Constituição Federal¹³. E por fim, pode ocorrer *na extinção do contrato*, no momento da sua ruptura ou logo após, que só será admissível no que tratar de direitos disponíveis assim previstos legalmente, pois não é pelo fato de se ver extinto o contrato individual que o direito tutelado pelo estado, com caráter de ordem pública, deixa de ser irrenunciável.

Complementando o conteúdo da renúncia, muito se especula sobre a sua extensão nos acordos e convenções coletivas. Oportuno especificar que no país a Constituição Federal disciplinou de forma taxativa em seu artigo 7º incisos VI (irredutibilidade salarial), XIII (compensação e redução de jornada) e XIV (jornada de turnos ininterruptos), as hipóteses sobre as quais podem recair negociações coletivas e alguma renúncia, e estas sempre reduzidas pela contemporização sistêmica de proteção e dignidade do trabalhador a que remete esta norma fundamental¹⁴. Reflete-se, em razão desta taxatividade, que não há o se discutir sobre a renúncia a outros direitos estabelecidos constitucionalmente, ela não será possível seja por norma coletiva ou por qualquer outra convenção¹⁵.

306

Como se analisa na vertente material e processual do direito do trabalho pátrio, a renúncia tem campo de atuação bastante reduzido, tendo em vista que a irrenunciabilidade é regra, admitindo-a apenas excepcionalmente, quando não haja vício de consentimento, ou prejuízo para o trabalhador (art. 9º, 444, e 468 da CLT), e, ainda assim, a legislação expressamente a permitir. Este entendimento é base e ao mesmo tempo limite da própria sobrevivência do direito do trabalho, em razão de que a situação de inferioridade econômica do trabalhador, ainda que coletivamente considerado - na atual conjuntura - faz com que este, com facilidade, troque as

¹⁰ Caso fosse permitida esta modalidade de renúncia, em atenção à realidade brasileira cuja ideologia reinante é de exploração máxima da mão e obra, nenhum empregado seria admitido sem antes renunciar.

¹¹ Art. 500, da CLT – permite que o empregado estável renuncie ao emprego, por meio de pedido de demissão, desde que seja realizado com a intervenção do respectivo sindicato profissional.

¹² Súmula 51, item II, do TST – preceitua que havendo coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

¹³ Art. 7º, incisos VI, XIII, e XIV da CF/88 – possibilitam, mediante interveniência sindical e negociação coletiva, a redução temporária dos salários, a ampliação da jornada diária e semanal, a fixação de jornada superior a seis horas para quem trabalhe em turnos ininterruptos de revezamento.

¹⁴ Cabe ressaltar que, estas negociações coletivas possuindo prazo de vigência por força de lei, a ultratividade pestanejada sobre os seus acordos só será válida quando for favorável ao trabalhador, uma vez que as benesses atribuídas nas cláusulas convencionadas já integrariam os contratos individuais de trabalho, não podendo ser derogada senão por outra negociação coletiva. Súmula 277 do TST - **CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.**

¹⁵ Este é um posicionamento que se contrapõe a recente decisão do Supremo Tribunal Federal – STF a respeito da quitação ampla e irrestrita disposta nos Planos de Dispensa Involuntárias – PDIs, a partir de negociação coletiva.

garantias já conquistadas pela manutenção do emprego¹⁶. Além disso, este posicionamento se explica em virtude do legislador ainda entender que a desigualdade econômica do trabalhador frente aos impérios dos empregadores, empresários, e patrões de um modo geral, sempre pairou como padrão fático que o vulnerabiliza intensamente, merecendo limites estabelecidos através das intervenções inderrogáveis de normas jurídicas imperativas, cogentes, consideradas de grande relevância social, que tornam os direitos dos trabalhadores, em ampla parte, irrenunciáveis.

Não fosse esta contenção da autonomia das vontades parece lógico que as normas protetivas não trariam benefícios substanciais aos trabalhadores, em oposto, não seriam cumpridas haja vista a pressão contrária exercida por meio de coações abertas e/ou disfarçadas pelos empregadores. Por efeito desta realidade fática imersa em desigualdades, fora propiciada alguma superioridade jurídica ao trabalhador, e a renúncia repelida pela normatividade justralhista imperativa.

A despeito deste entendimento protetivo, existe um posicionamento prático, convalidado no dia a dia forense, que distorce sobremaneira estes parâmetros e se reproduz com uma normalidade surpreendente por entre a doutrina e a jurisprudência, beirando a incoerência de postulados. Defende-se, numa tautologia persuasiva, que no momento da Conciliação Judicial, seja no curso ou após a extinção do contrato de trabalho, haveria a possibilidade da renúncia, pois não estaria se questionando direitos e sim meros créditos correspondentes, e que estes não possuiriam a mesma proteção jurídica, tentando justificar esta ideia no fato de que a própria norma autoriza a conciliação entre as partes¹⁷. Ora, o crédito provindo de um direito nada mais é do que a face pecuniária dele, significando dizer que o compõe e corresponde a como ele é concretizado no mundo real, no qual se concebe que a força braçal e/ou intelectual do trabalhador disposta ao patrão deve ser retribuída com respectiva retribuição, protegida em sua garantia pelas normas jurídicas trabalhistas. Além disso, sendo o direito do trabalho irrenunciável, os créditos dele decorrente, como sua expressão monetária, também o é.

Este posicionamento embasado nos costumes da lide judicial trata-se de verdadeira benevolência para com atos ilícitos de sonegação de direitos e a precarização de direitos fundamentais. A referida tese escora-se somente na duvidosa ideia civilista de falta de vício de consentimento, dado que o empregador protela o pagamento de créditos trabalhistas provindos desses direitos, no andamento ou no momento da finalização do contrato de emprego para que, na conciliação da Justiça do Trabalho, possa ofertar créditos menores do que os devidos aos seus ex-empregados, com intuito de que estes se resignem na aceitação por “livre vontade”, uma vez que é mais vantajoso pagar menos do que realmente deve¹⁸. A adjetivação “duvidosa

¹⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 298.

¹⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições do direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 220; MARTINEZ, 2012.

¹⁸ ROCHA, Osiris *apud* GIGLIO, 1997, p. 41. [...] está realidade esta servindo para acobertar todo tipo de irregularidade praticada durante o contrato de trabalho. Assim, o empregador não paga salário mínimo, não recolhe contribuições previdenciárias, não registra o empregado nem lhe anota a Carteira Profissional e nem faz o depósito do FGTS. Depois, se demandado (salvo as hipóteses de punições pela fiscalização do Ministério do Trabalho ou da Previdência Social), faz o acordo. E fica tudo, praticamente, sacramentado,

ideia” persiste porque, nestes casos, o vício de consentimento é presumido, visto que, apesar da subordinação jurídica ter sido finalizada, a diminuição da liberdade prossegue mesmo após a extinção do contrato, agora ocasionada pelas restrições/dificuldades econômicas e pelo temor sobre a morosidade do judiciário.

Pois, então, parece falacioso propagar que a vontade do trabalhador, quando em juízo, é livre das pressões concretas que o sistema capitalista impõe, sobretudo quando o trabalho se torna condição de sobrevivência, como ocorre com o homem moderno¹⁹. Neste sentido, reconhecer a irrenunciabilidade do direito, sem proteger a sua expressão monetária de nada vale, especialmente em um ambiente de Estado capitalista, em que é justamente a expressão monetária que confere ao trabalhador a dignidade que a Constituição visa preservar. O mais curioso é que no, auge desta arguição de que o término do contrato ocasiona o falecimento do direito, como forma de mascarar verdadeiro despojamento de direitos trabalhistas, simplesmente esquecem-se de que por força do artigo 100, § 1º, da nossa Constituição Federal de 1988, os créditos trabalhistas têm natureza alimentar. Por consequência, são irrenunciáveis, característica esta expressamente prevista no art. 1.707 do Código Civil vigente e no artigo 9º da CLT.

No mais, importante frisar que restou atacado nas Conciliações da Justiça do Trabalho não é a liberdade para o ajuste de acordos transacionados, que põem termo à própria relação jurídica de direito material, mesmo que pelo esgotamento das tratativas seja em toda a sua amplitude, mas sim, o desmedido (sem maiores critérios) liberalismo individual que acaba mitigando normas de ordem pública, com grande repercussão social, em prol de uma suposta gestão da autonomia privada (simulada flexibilização do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas). Por conseguinte, entende-se mais ajustável aos horizontes da Conciliação na Justiça do Trabalho as prospecções da Transação.

308

IV A Transação e seus limites

A Transação, por sua vez, refere-se a uma relação jurídica na qual as partes fazem concessões recíprocas, despojamentos recíprocos que envolvam questões fáticas e jurídicas duvidosas²⁰. Corresponde a ato bilateral pelo qual as partes, fazendo concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas²¹. Como se atina, as suas notas básicas referem-se a: 1) prevenção ou existência de litigiosidade sobre determinadas relações jurídicas; 2) tratativa sobre pontos duvidosos (*res dubia*) quanto a direitos, seja em sua forma objetiva - quanto ao próprio direito - seja em sua forma subjetiva - quanto a existência do direito pleiteado pela

inclusive do ponto de vista judicial, porque, feito o acordo, não há defesa e não há prova, sequer da fraude. (...) o acordo, incrustado na lei com motivação de concórdia social, se transformou, na prática, em lamentável fatos de deturpação . No mais das vezes é sombra para a fraude de empregadores, ensina o empregado a mentir, ajuda os caça-níqueis e prejudica a Justiça do Trabalho.

¹⁹ SEVERO, Valdete Souto. *A Conciliação na Justiça do Trabalho*. Disponível em: www.trt4.jus.br/ItemPortlet/download/2014/07_Dezembro_2008.pdf. Acesso em 23/1/2014

²⁰ DELGADO, 2012, p. 210.

²¹ GIGLIO, Wagner Drdla. *A conciliação nos dissídios individuais do trabalho*. São Paulo: LTr, 1982, p. 48.

pessoa determinada; 3) resolução aconteça por concessões recíprocas, com vantagens e perdas equitativas para as duas partes envolvidas, colocando fim ao conflito ou prevenindo-o.

Tradicionalmente a Transação, assim como a Renúncia, é concebida como um constructo jurídico de cunho eminentemente civilista, pois referenda uma negociação jurídica sobre determinado interesse, possuindo fundamento econômico em perspectiva dupla ao projetar a transformação da insegurança em alguma segurança, e por outro lado, a obtenção de um resultado por alguma equivalência prestativa, reciprocidade, que rechace meras liberalidades. Por isso, os seus requisitos estão vinculados ao artigo 166 do Código Civil²², conquanto os seus principais pressupostos sejam a *incerteza quanto ao direito* pleiteado, que quando não exista ocorrerá a simples renúncia, e a *concessão recíproca*, que caso também não ocorra tal reciprocidade haverá qualquer outra figura como o reconhecimento, a renúncia, ou a desistência²³. Desta forma, não há como fugir das necessárias interações entre a esfera civil e a trabalhista, entretantes, que se considere a coerência das especificidades desta última e as restrições que impõem, principalmente, em atenção ao que se pondera no âmbito processual trabalhista, como a desigualdade entre as partes em litígio, assim como a garantia de defesa ao princípio da indisponibilidade de direitos, positivado nos artigos 9º, 444, 468 da CLT.

Devido à subordinação e à vulnerabilidade a que é acometido o trabalhador em sua relação de emprego, que com facilidade macularia a sua manifestação de vontade em vias extrajudiciais, as transações válidas, em caráter individual, geralmente ocorrem em juízo por meio das conciliações judiciais, exceto as transações realizadas pela conciliação na Comissão de Conciliação Prévia. É com base nesta avaliação que se afirma a relevância da proposição de marcos limitativos para estas transações, sendo que o seu primeiro marco propositivo se direciona à limitação das tratativas sobre *o que se postula, e sobre o que está delineado e enumerado na lide*, inclusive para identificar se há ou não controvérsia que caracterize a *res dubia*.

Por exemplo, através da petição inicial vislumbra-se, na exposição dos fatos, o que ocasionou o conflito, delimitando-o em pedidos certos e determinados, em advertência ao que é pacífico na doutrina e jurisprudência sobre o artigo 840 da CLT. Com este indicativo, poder-se-ia identificar em concreto os direitos postulados, além de começar a discernir sobre a possibilidade de existência da incerteza do direito para ambas as partes (ex. discussão sobre justa causa, prova sobre ato faltoso, indenização por danos morais, etc). Neste sentido, levando em consideração as propostas de conciliação na Justiça do Trabalho, o momento mais propício para que fosse realizado este balance de maneira paritária seria o lapso temporal entre a apresentação

²² Art. 166 do Código Civil – É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado - parte especial - tomo XXV- direito das obrigações: extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 130-131.

da contestação, a partir do conhecimento dos elementos da defesa do reclamado, até a segunda tentativa de conciliação, expressa no artigo 850 da CLT²⁴. O que isso quer dizer?

A partir da análise dos fundamentos de defesa restaria configurada as questões ou a questão sobre o quê as partes divergem, as pretensões que foram resistidas através de uma controvérsia plausível que geraria incerteza razoável sobre a situação jurídica objeto da demanda. Assim, seria possível identificar sobre quais pedidos recaem a incerteza quanto o devido, quanto à existência e limites de determinado direito. Haveria aqui uma dúvida real a respeito de um direito - não se sabendo de sua existência ou de seus limites, tornando-se viáveis concessões de ambas as partes; em verdade, um acordo assim não envolveria o direito em si, mas uma simples possibilidade de direito. Neste caso, note-se que a *res dubia*, implicaria não só uma dúvida real, efetiva, mas também uma dúvida subjetiva, e, nesse sentido, a incerteza envolveria as duas partes²⁵.

Esta explicação sempre acolhe bem casos práticos, por exemplo, se o empregado é despedido sob alegação de ter praticado ato faltoso, mas há dúvida sobre a configuração do ato como justa causa ou quanto a sua prova, verificar-se-á legítima transação se o trabalhador concorda em receber parte da indenização que lhe seria devida na hipótese de rescisão sem justa causa. Todavia, se o empregado é despedido sem que haja sido sequer alegada a existência de justa causa e o empregador lhe paga parte da indenização a que tem direito, é evidente que não se pode falar em transação. Da mesma forma, não se caracteriza a transação quando o empregado aceita receber, parcialmente, salários concernentes a serviços prestados, indenização de férias não gozadas ou quaisquer outras prestações que, incontestavelmente, lhe são devidas. Inexistindo a *res dubia*, não se pode falar em mútuas concessões e, portanto, em transação. Se o trabalhador firmou recibo de plena e geral quitação, ao receber parte do que, com certeza, lhe era devido, a coação econômica, viciadora do seu consentimento, deve ser presumida²⁶.

310

Adiante, o segundo marco convoca ao entendimento sistematizado dos artigos 841 e 843 do Código Civil, os quais determina que a transação deverá transcorrer somente quando a matéria litigiosa se tratar de *direitos patrimoniais de cunho privado*, e mesmo assim, será interpretada de maneira restritiva no que tange ao reconhecimento ou a declaração de direitos, visto a relevância social destes. Aqui, é importante ressaltar a cautela necessária em aferir quais são estes direitos patrimoniais disponíveis, incertos quanto à titularidade ou quanto à sua extensão, e que sobre eles ainda não tenham sido estabelecidas de forma expressa ou tácita a confissão ou a admissão.

²⁴ A primeira proposta de conciliação em audiência na Justiça do Trabalho (art. 846 da CLT) o juiz a realiza “[...] sem conhecer a resposta do réu, situação essa que, na prática, acaba servindo de instrumento para a chamada indústria da renúncia de direitos fundamentais sociais, fomentada pelo próprio Estado-juiz.” LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Conciliar é legal? Para quem? Análise do instituto da conciliação na Justiça do Trabalho*. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Org.). *Conciliação: um caminho para a paz social*. Curitiba: Juruá, 2013, p.745 e 746.

²⁵ VIANA, Márcio Túlio. Os Paradoxos da Conciliação – Quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez a desigualdade real. In: **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**, Belo Horizonte, V. 45, nº 75, p. 185-198, jan./jun. 2007

²⁶ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho* Vol. I. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 226.

Desta maneira, em advertência à natureza indisponível do direito trabalhista, somente parece plausível do ponto de vista teórico-prático conceber que ensejariam a transação, dentro da coerência do parâmetro anterior, os fatos que sobre eles recaíssem normas trabalhistas que trariam alguma vantagem patrimonial ao trabalhador, em contrário *sensu*, não poderia ocorrer a transação se estes fatos clamassem pela proteção de normas de ordem pública, como as da seguridade social, de proteção à saúde e segurança do empregado, entre muitas outras.

Vale sempre lembrar que, tratando-se de transação as *concessões recíprocas* de qualquer teor devem estar presentes, impondo a perspectiva de vantagens e perdas para as duas partes envolvidas no litígio²⁷. Concessões feitas somente por um dos interessados implicam renúncia ou reconhecimento do direito do outro. Tudo conceder sem nada receber não é transigir²⁸. Se uma das partes nada concede, transação não há. Dialogando com mesmo exemplo anterior, numa demanda judicial na qual se discuta entre outras questões a justa causa do empregador e as verbas rescisórias a que teria direito o empregado, restando dúvidas razoáveis quanto a esta configuração, poderiam as partes, conforme os fatos e as provas nos autos, convencionarem uma culpa recíproca.

Por último, chega-se ao terceiro marco limitativo da transação na conciliação trabalhista, que em realidade, é representado pela confluência de quatro requisitos formais para a convalidação deste negócio jurídico: 1) Atinar-se aos requisitos dispostos no art. 166 do Código Civil; 2) A presença da boa-fé; 3) Cuidado aos limites dispostos nos artigos 9º, 444, e 468 da CLT; 4) A não disponibilidade sobre direitos convalidados por normas de ordem pública. Ressalta-se que estes marcos foram cotejados em posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais inclinados aos desígnios da prudência frente aos direitos trabalhistas, e que se direcionam às expectativas de responsabilidade e comprometimento contra o péssimo costume que vai legitimando a redução de direitos sob a égide do poder judiciário, a banalização das renúncias disfarçadas em transações, e a da disposição de direitos indisponíveis.

311

V Considerações finais

Ao final deste primado, ratifica-se um entendimento de insurgência que aos poucos permitiu uma pequena compreensão de como a legislação trabalhista, as técnicas e instrumentos jurídicos são condicionados pelo modo de produção, e que por isso, se torna salutar a defesa de um Direito Material e Processual do Trabalho maior, de vanguarda, enquanto postular a mudança social legítima e que exprima o posicionamento jurídico dos trabalhadores, sempre buscando entendimentos e interpretações que concretizem padrões dignos dos seus direitos individuais e coletivos. Aqui, o retorno aos problemas cotidianos da praxe forense da Justiça do Trabalho nada mais é do que um posicionamento político-ideológico que intenciona sensibilizar a um mínimo de consequência reflexiva/questionadora ao que oficialmente consagrado, e transpassar

²⁷ SEVERO, Valdete Souto. *A Conciliação na Justiça do Trabalho*. Disponível em: www.trt4.jus.br/ItemPortlet/download/2014/07_Dezembro_2008.pdf. Acesso em 23.01.2014.

²⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 542.

o amplo processo estratégico/pedagógico de “esclarecimento”, “autoconsciência”, “emancipação” e “transformação” desta realidade²⁹.

Destaca-se, com isso, por mais utópica que pareça, a responsabilidade ética dos atores sociais envolvidos em tais demandas, sejam as partes, os advogados, e até mesmo os juízes³⁰. Não se pode perder de vista que mesmo perante este procedimento de Conciliação, judicial ou extrajudicial, mediante a transação, que teria o ideal de condicionar à participação democrática dos diversos atores sociais na constituição de resoluções mais justas dos seus conflitos através da persuasão e de um consenso possível, existem latentes desigualdades sociopolíticas entre os participantes do círculo retórico formado, relações de poder entre os agentes “privilegiados” do discurso e os demais participantes, composições e dimensões de classe do grupo social envolvido com as soluções, que retiram as partes de condicionamentos formais e ideais de liberdade e de igualdade para influenciar nos acordos adotados.

Com esta observação, finaliza-se o presente artigo indicando que por mais inclinado que se esteja para a composição mais amigável do conflito trabalhista, em juízo ou extrajudicialmente através de uma transação, não se deve descuidar dos limites informados. Estes são absolutamente possíveis, considerados dentro da sistemática jurídica apresentada, na qual, em princípio, as partes, os seus procuradores e o juiz se direcionariam à proteção máxima ao trabalho humano, e ao afastamento da disposição de direitos indisponíveis nas conciliações.

312

Referências

- ASSUMPCÃO, Luiz Felipe Monsore de. **Primeiras linhas sobre a Mediação Pública de conflitos trabalhistas no Brasil**: descortinando as “mesas redondas”. Disponível em: <http://www.aninter.com.br/ANAIS%20I%20CONITER/GT18%20Acesso%20E0%20justi%E7a,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/PRIMEIRAS%20LINHAS%20SOBRE%20A%20MEDIAC%C3O%20P%20DABLICA%20DE%20CONFLITOS%20TRABALHISTAS%20NO%20BRASIL%20-%20Trabalho%20completo.pdf>. Acessado em 14/2/2015.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed., São Paulo: LTr., 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. **O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do novo código civil**. São Paulo: LTr., 2003.
- COSTA, Carlos Coqueijo. **Direito Processual do Trabalho**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DAYA, Eladio. **La Conciliación em lós Conflictos de Trabajo**. Genebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1974.
- DELGADO, José. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. **Revista Processo**, São Paulo, RT, 2001,

²⁹ WOLCKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁰ É inegável que existe o depósito de maior confiança e credibilidade social nas transações ocorridas na Justiça do Trabalho, eis que operadas sob a vigilância e a tutela da própria magistratura especializada. SUSSEKIND, Arnaldo; *et al.* 1997, p. 224.

nº 103.

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. São Paulo, **Revista LTr**, v. 66, n. 6, jun. 2002.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 8. ed., Salvador: *Juspodivm*, 2013.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Conciliação – Justiça interativa: as perspectivas da Advocacia, do Ministério Público e da Magistratura. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Org.). **Conciliação: um caminho para a paz social**. Curitiba: Juruá, 2013.

GIGLIO, Wagner Drdla. **A conciliação nos dissídios individuais do trabalho**. São Paulo: LTr, 1982.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. **A conciliação no novo código de processo civil**. Disponível em: <http://icj.com.br/portal/artigos/a-conciliacao-no-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em 21/4/2015.

KOLLER, Carlos Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César. Conciliação no Direito Comparado e seus aspectos sociais e econômicos. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Org.). **Conciliação: um caminho para a paz social**. Curitiba: Juruá, 2013.

KOMATSU, Roque. **Tentativa de conciliação no processo civil**. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1978.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Conciliar é Legal? Para quem? Análise do instituto da conciliação na Justiça do Trabalho. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Org.). **Conciliação: um caminho para a paz social**. Curitiba: Juruá, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012.

LYRA FILHO, Roberto. **Direito do Capital e Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Fabris, 1982.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Direito Processual do Trabalho: efetividade, acesso à justiça, procedimento oral**. São Paulo: LTr., 1998.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Temas de processo do trabalho**. São Paulo: LTr., 2000.

MALLET, Estêvão. Estudos sobre renúncia e transação. In: **Tendências de Direito Material e Processual do Trabalho**. Cord. Yone Frediani. São Paulo: LTr, 2000.

MALTA, Cristóvão Piragibe Tostes. **Da competência do processo trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho – Doutrina e Prática Forense**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDES, Anderson de Moraes. A hora e a vez da conciliação. Brasília, **Revista CEJ**., V. 13, n. 46, jul./set. 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr., 1998.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol I. Introdução do Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTr.** Ano 65, nº 02, fev. 2001.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho.** 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado - parte especial - tomo XXV- direito das obrigações: extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

RAMOS FILHO, Wilson. A conciliação como obsessão no capitalismo descomplicado. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Org.). **Conciliação: um caminho para a paz social.** Curitiba: Juruá, 2013.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho,** 2011; 4. ed., São Paulo: LTr., 2012.

SEVERO, Valdete Souto; ALMEIDA, Almiro Eduardo de. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho.** São Paulo: LTr., 2014.

SEVERO, Valdete Souto. **A Conciliação na Justiça do Trabalho.** Disponível em: www.trt4.jus.br/Item-Portlet/download/2014/07_Dezembro_2008.pdf. Acesso em 23.01.2014.

SEVERO, Valdete Souto; ALMEIDA, Almiro Eduardo de. **Direito do trabalho – Aveso da precarização.** Vol. I. São Paulo: LTr., 2014.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho** Vol. I. 17. ed., São Paulo: LTr., 1997.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições do Direito do Trabalho.** 19. ed. São Paulo: LTr., 2000.

VIANA, Márcio Túlio. Os Paradoxos da Conciliação – Quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez a desigualdade real. In: **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região,** Belo Horizonte, v. 45, nº 75, p. 185-198, jan./jun. 2007.

VILLELA, João Baptista. **Curso de Direito do Trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr., 1996.

WOLCKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Negócios processuais: aplicação ao processo do trabalho - análise principiológica

Rafaella Souza Oliveira Costa¹

Não há razão para minimizar o papel da liberdade no processo, sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento de um Estado Democrático de Direito e se encara o processo jurisdicional como método de exercício de um poder. Há, na verdade, uma tendência de ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil (CAPONI, 2014).

Resumo: O Novo Código de Processo Civil prevê a possibilidade de as partes negociarem mudanças no procedimento legal, com o objetivo de melhor atenderem às suas necessidades e conveniências. Pautase na autocomposição, permitindo-se convenções de diversos âmbitos: com relação a ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, quer seja em fases pré-processual ou processual. O mesmo dispositivo, em seu artigo 15, disciplina a possibilidade de aplicação subsidiária das regras insculpidas ao Processo do Trabalho, dentre elas, também as que envolvem os negócios processuais. Contudo, tendo em vista o caráter peculiar do Processo do Trabalho, que resta permeado pelas regras protetivas do Direito do Trabalho, a primeira dúvida que surge é a se seria possível – ou, até mesmo, compatível - a permissão de convenções de tal natureza, vez que os sujeitos da relação processual não se revestem de igualdade de posições. Para analisar esta questão, mister elucidar se a interveniência do Estado, na regulamentação processual, é necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social e da preservação da dignidade da pessoa humana. Demais disso, não se pode fugir do relevante papel do princípio da proteção, como norteador das relações de trabalho e da boa-fé, como elemento sem o qual não se imprime validade aos negócios processuais.

Palavras-chave: Negócio processual. Aplicação. Processo do Trabalho.

1 Introdução

O arcabouço da conjuntura processual ao longo dos tempos denota que o Estado não vem desempenhando o seu papel de pacificador social a contento e demonstra que o modelo processual, até então adotado, encontrava-se revestido de medidas deveras burocráticas, morosidade, falta de efetividade e eficácia, o que acabou por fomentar uma cadeia de insegurança jurídica.

Como contraponto a tal cenário, o Novo Código de Processo Civil traz um conjunto de comandos que legitimam o diálogo e o controle de todas as ações dos sujeitos processuais, normatizando ferramentas de fiscalização para o comportamento dos mesmos.

Demais disso, propõe que o processo ofereça o máximo de aproveitamento de sua atividade e viabiliza, por conseguinte, a formação do intitulado processo democrático justo, através da elevação da influência das partes na preparação e formação do provimento judicial.

¹ Advogada. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC/MG. Pós-Graduada em Docência do Ensino Superior pela UNIFACS-LAUREATTE.

Nesse desiderato, encampa a normatização do Modelo Multiportas (ou Comparticipativo/Cooperativo), com meios integrados de solução dos conflitos, bem como aprimoramento da conciliação e da mediação.

E tal escopo veio a bom tempo, face o evidente asoberbamento da demanda do judiciário, proveniente da hiperjudicialização, reflexo de uma conduta notadamente litigiosa. Mas, tal modelo teria aplicação ao Processo do Trabalho, face o princípio basilar da proteção?

Com o presente trabalho, visa-se analisar se o instituto dos negócios processuais possui aplicabilidade ao processo do trabalho, à luz não apenas das concepções processuais civilistas, mas, sobretudo, das particularidades que permeiam e distinguem o processo do trabalho.

2 Negócios Processuais e o Modelo de Gerenciamento Processual

Segundo Fredie Didier Junior, o negócio processual pode ser definido como uma espécie de negócio jurídico que produz efeitos no processo, podendo alterar atos jurídicos ou situações jurídicas, envolvendo poderes, ônus e deveres (DIDER, 2015).

Resulta, sobretudo, do autorregramento da vontade, num modelo de gerenciamento processual que valoriza a cooperação, em aspecto diametralmente oposto ao método publicista e adversarial.

316

José Carlos Barbosa Moreira, em uma das primeiras obras no cenário jurídico brasileiro a tratar de convenção processual, defende que:

Não se poderia reconhecer à autonomia da vontade, no campo processual, atuação tão ampla como a que se lhe abre no terreno privatístico; no processo, ramo do direito público, deveria considerar-se proibido tudo quanto não fosse permitido (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 184).

Contudo, tal visão não reflete em sua totalidade o ideário que permeia a legislação processual civil hodierna, a qual, imbuída pela autonomia da vontade e pelas influências de gerenciamento processual democrático, acabou por potencializar a atuação das partes na condução processual, otimizando o exercício da jurisdição e da cooperação entre os sujeitos envolvidos no processo, para a obtenção de uma prestação jurisdicional justa e eficaz.

Quanto ao modelo de gerenciamento processual cooperativo, Humberto Theodoro Junior e outros (2015) é enfático:

A correção normativa que se extrai da comparticipação (ou cooperação, desde que relida em perspectiva democrática), afasta as visões estatistas e tenta primar por um comportamento objetivamente vinculado à boa-fé. Nestes termos, não é possível mais ler, sobre a égide do NCPC, a cooperação como singela colaboração, como realizado pela doutrina legatária da socialização processual (que advoga o protagonismo do Estado-Juiz tão somente na aplicação do Direito). É preciso ler a referida cooperação, como corolário do contraditório como garantia de influência.” (THEODORO JUNIOR e outros, 2015).

MITIDIERO (2007) prossegue na análise da atuação jurisdicional no processo cooperativo:

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. Desempenha duplo papel, pois ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se a alcançar, com isso, um 'ponto de equilíbrio' na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira 'comunidade de trabalho' entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em uma prioridade no processo.

Nesse viés, deve-se ter em mente que o modelo endossado pelo NCPC (Lei nº 13.105/2015) enfatiza a atuação das partes no processo e até mesmo antes do processo, impulsionando a resolução consensual dos conflitos. Os negócios processuais são acordos relativos ao processo, não somente especificamente quanto ao objeto da lide, mas quanto ao procedimento processual e tudo o quanto dele deriva.

Essa concepção deriva de uma mescla do modelo americano com os modelos dos países europeus, fundindo a tendência de flexibilização processual com a experiência francesa de contratualização do processo e o modelo multiportas.

Érico Andrade sintetiza:

A gestão ou gerenciamento ou o assim chamado *case management*, importa na enucleção de três importantes instrumentos para a sua concretização: (a) flexibilização processual, com mudança na estruturação dos procedimentos judiciais; (b) criação do calendário do processo; (c) contratualização do processo. Portanto, a gestão processual se manifesta na flexibilização procedimental, no calendário processual e na contratualização do processo (ANDRADE, 2011).

317

Neil Andrews (2012) inclui na gestão processual a cooperação e chega-se, assim, à delimitação do arcabouço do modelo de gerenciamento processual que alcança os negócios processuais.

O NCPC normatiza todas estas manifestações de gestão processual, podendo-se citar inúmeros exemplos de negócios processuais com previsão tipificada, os quais são chamados de negócios processuais típicos: eleição de foro, inclusive com a possibilidade de eleição de foro internacional, a não alegação da incompetência relativa (negócio tácito), calendário processual, renúncia ao prazo, acordo para suspensão de processo, negociação processual do processo, escolha convencional da liquidação por arbitramento, adiamento negociado da audiência, saneamento consensual, escolha consensual do perito, desistência do recurso, aceitação da decisão, convenção sobre ônus da prova, dentre outros.

Assim, no CPC de 2015, são prestigiados a liberdade das partes (princípio da liberdade) e o equilíbrio das funções dos sujeitos do processo. Trata-se da expressão latente do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, bem definido por Fredie Didier Junior como:

Complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico. Do exer-

cício desse poder, concretizado nos atos negociais, resultam, após a incidência da norma jurídica, situações jurídicas - gênero do qual as relações jurídicas são espécie (DIDIER, 2015).

O artigo 190 do NCPC dispõe que:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é 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.

E, nos termos do que prevê o artigo 200, o negócio processual produz efeitos desde logo, independentemente de homologação judicial na grande maioria dos casos.

Como se infere da previsão legal, somente é possível negócio jurídico processual em causas que admitem autocomposição. Isso não quer dizer que somente é possível em direitos disponíveis, pois há causas em que há direitos indisponíveis em que se permite autocomposição, como nos casos de alimentos.

A professora Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida registra que:

O art. 190 do CPC 2015 tem em vista, quando se refere à possibilidade de autocomposição, ao direito material objeto da disputa judicial. Se o direito material pode ser fruto de autocomposição, é lícita a convenção relativa ao processo do qual constitui objeto. Assim, se o direito material é indisponível (o seu titular não pode deixar de exercê-lo livremente), o processo que o tem por objeto não comportará convenção processual. Lembre-se que disponível é o direito que pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que exista norma cogente determinando o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato que a infringiu (ALMEIDA, 2016).

Esse entendimento é ratificado por Leonardo Carneiro da Cunha, o qual defende que “[...] o princípio do autorregramento da vontade não pode atingir normas processuais voltadas à proteção de direitos indisponíveis. Nesse sentido não é possível negócio processual que afaste o reexame necessário ou que trate de qualquer outro tema reservado à lei” (CUNHA, 2015).

Outrossim, as convenções processuais devem respeitar o modelo constitucional de processo justo, visto que a “[...] Constituição é sempre não só o ponto de partida, mas a lente com o qual se deve obrigatoriamente ler todo o sistema legislativo infraconstitucional do processo, o que leva, inclusive, a mudança de perspectiva no modo de entender e expor cientificamente o processo” (ANDRADE, 2010). Ou seja, o viés do respeito à Constituição é o ponto basilar para que os negócios processuais tenham validade.

A licitude do objeto, regulamentada pelo código civil, aplica-se também no âmbito processual. Negócio que seja simulado ou em fraude à lei, portanto, é nulo (simulação e fraude à lei tornam o objeto do negócio processual nulo – art. 142 NCPC).

Esses são critérios gerais que servem para orientar a validade do negócio. Mas, trata-se de um desafio que se desenvolverá nos próximos anos, com o desenrolar da operacionalidade do NCPC.

3 Cláusula geral de atipicidade dos negócios jurídicos processuais

Como já mencionado, o ineditismo da matéria no ordenamento pátrio, codificado no novo CPC, deu-se através de um artigo que retrata a denominada Cláusula Geral de Atipicidade dos Negócios Jurídicos Processuais.

A previsão encontra-se no art. 190 do NCPC, o qual constitui uma cláusula geral, que prevê ser possível a realização de negócio processual sobre procedimento (atos jurídicos) e sobre situações jurídicas.

O retro mencionado artigo deve ser interpretado conjuntamente com o art. 200 (que disciplina a aplicação imediata dos negócios processuais, ratificando a validade dos mesmos). O art. 190 e 200 andam lado a lado e fecham o sistema da negociação processual atípica.

Nos dizeres de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (2012), “abre-se espaço para um maior diálogo entre partes e juiz, ampliando a possibilidade de adequação às exigências específicas do litígio”.

Fredie Didier Jr (2015) cita inúmeros exemplos de negócios processuais atípicos, a saber: acordo de instância única (para não recorrer), acordo para criação de litisconsórcio necessário, acordo para tornar um bem penhorável impenhorável (impenhorabilidade negociada), acordo para criar uma prova ilícita, prova atípica negociada (estabelece um meio de prova não previsto), acordo para ampliar ou reduzir os prazos, acordo para dispensar assistente técnico, acordo para não haver perícia, acordo para permitir ingresso de terceiro no processo fora das hipóteses legais, acordo para autorizar a execução provisória ou para proibir a execução provisória, acordo para autorizar jurisdição por equidade, acordo de legitimação extraordinária convencional. Nesse viés, vale a liberdade para adequar a vontade das partes às especificidades da causa.

O referido autor enfatiza ainda que, como qualquer negócio jurídico, os negócios processuais atípicos obrigam os sucessores do negociante, seja *mortis causa*, seja por ato *inter vivos*.

Não se pode deixar de evidenciar que há possibilidades de acordos jurídicos processuais coletivos, como ocorre em TAC's e convenções coletivas. A CLT, inclusive, admite a convenção processual, valendo acrescentar que “até mesmo o acesso à justiça pode ser objeto de convenção entre as partes, quando se trate de dissídio coletivo de natureza econômica (comum acordo exigido pelo art. 114, §2º, da Constituição da República)”, tal qual ressalta Wânia Guimarães Rabêllo de Andrade (Andrade, 2016).

Pode-se falar também de negócios jurídicos relacionados a processos indeterminados, sendo quando há uma negociação para disciplinar processos, mas sem especificar quais, cabendo a processos que envolvam os sujeitos de maneira indeterminada. Um exemplo típico, relacionado à seara trabalhista, é o caso do acordo global, de todos os processos movidos em face de uma determinada empresa específica.

Como se denota, o NCPC encampa a previsão expressa de atipicidade do negócio processual, constituindo-se uma cláusula geral. Judith Martins Costa (1998) ensina que “[...] a

cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza no seu enunciado uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão em seu campo semântico.”

Julia Lipiani e Marília Siqueira (2015) atentam que devem ser obedecidos os seguintes requisitos no negócio processual: “(i) que a discussão deduzida em juízo deve envolver direitos passíveis de autocomposição; (ii) partes capazes; (iii) existência de situação de equilíbrio entre as partes.”

Será tarefa da doutrina e da jurisprudência definir os limites da negociação processual. Importante ressaltar que isto já vem sendo construído, como demonstram os Enunciados do Forum Permanente de Processualistas Civis, a exemplo do Enunciado nº 06, o qual prevê que “o negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação” e o Enunciado nº 17, que dispõe que “as partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”.

Forçoso é evidenciar a seguinte conclusão a que chegou o professor Daniel Amorim Assumpção Neves (2015) sobre o tema:

Quem sabe com a ampliação do objeto do acordo procedimental ele se torne mais frequente, em especial na formatação de contratos que não contam com convenção de arbitragem. As partes não abririam mão do acesso ao Poder Judiciário, mas já estabeleceriam de antemão as regras procedimentais para o futuro e eventual processo judicial. Sinceramente, acredito que a consagração efetiva do art. 190 do Novo CPC depende de mudança de cultura jurídica, tanto contratual como processual, e por isso nutro grandes expectativas práticas quanto à novidade.

320

4 Breve esboço histórico

Pedro Henrique Nogueira (2011), em sua dissertação de mestrado, acerca do histórico dos negócios processuais, esclarece:

Figuras a respeito de cujo caráter negocial se discute hoje, em doutrina e jurisprudência, não eram estranhas ao direito romano. Já na fase da *legis actiones*, durante a primeira etapa do procedimento (*in iure*), as partes contrapostas compareciam perante o magistrado (normalmente o pretor) e acordavam a solução da controvérsia ao *iudex* privado, formando a *litis contestatio*, com o compromisso de participar do juízo *apud iudicem* e aceitar o respectivo julgamento a ser feito na fase seguinte. Parte considerável da doutrina, por isso, tem acentuado o caráter contratual ou negocial da litiscontestação em Roma, que manteve seus caracteres básicos na segunda fase do processo civil romano (período *per formulas*), até o fim da *ordo iudiciorum privatorum* com a introdução do processo da *cognitio extra ordinem* (terceira fase), quando a *litis contestatio* passou a ser a fase em que o juiz ouvia as partes e se informava do litígio, eliminando qualquer resquício de contratualidade.

Loïc Cadiet (2012) evidencia os negócios processuais a partir do modelo contratual francês, aduzindo que

A contratualização contemporânea das relações sociais, ligada à decadência do centralismo estatal e seu corolário na categoria da produção normativa, o legicentrismo e que a reflexão sobre a contratualização da justiça e do processo, que se desenvolveu a partir dos anos 60, se inscreve na corrente que explica a emergência de uma ordem jurídica negociada entre os atores sociais, ao lado da ordem jurídica imposta pelo Estado, que identificamos com a referência ao conceito de posmodernidade.

O modelo contratual francês impõe a concepção ideológica de maior intervenção dos jurisdicionados no gerenciamento do processo, valendo-se de métodos alternativos de solução de conflitos, o que refletiu uma mudança paradigmática não apenas para o ordenamento jurídico local, mas capaz de influenciar o modelo processual de outros países, a exemplo do Brasil.

Contudo, como vaticina Thais Marques de Mendonça (2012), em sua dissertação de Mestrado:

A aceitação da contratualização do processo não é tema capaz de atrair opiniões convergentes. Tal se deve, primeiramente, ao fato de que o processo é concebido como ramo do direito público, o que se opõe ao instituto dos contratos, cuja existência se revela como instrumento privatístico, voltado para o direito civil, por sua vez essencialmente privado.

A referida autora avança no seguinte sentido:

No plano processual, público, o entendimento dominante era de que as partes não tinham ampla liberdade e, por isso, aquilo que não estivesse expressamente admitido, estaria proibido. Todavia, há de se ter em mente que o princípio do devido processo legal implica compreender um processo adequado e, consequentemente, adaptado.

Assim é que, talvez, após exploradas as experiências alienígenas, e considerada a existência de uma necessidade de flexibilização do processo em prol do princípio da adequação, será possível aplicar algumas soluções também ao sistema nacional. É dizer: a observação das experiências ora relatadas permitirá ao magistrado fazer uso do princípio da adequação, que lhe confere poderes para entregar ao jurisdicionado a tutela jurisdicional adequada, sem que, para tanto, viole os demais direitos fundamentais processuais das partes.

Por tal razão, embora se reconheça a influência da teoria contratual do processo na evolução da concepção do modelo processual, outros sistemas foram mesclados, chegando-se ao modelo cooperativo adotado atualmente.

Humberto Theodoro Junior e outros (2015), relatam a experiência das ADRs, esclarecendo:

Desde a década de 1970, existe uma enorme tendência de uso cada vez mais recorrente das anteriormente chamadas ADRs – Alternative Dispute Resolution – técnicas alternativas de resolução de conflitos) como opção ao sistema jurisdicional tradicional. Essa inclinação se iniciou como tendência de permitir que conflitos de menor complexidade, que não necessitassem de conhecimento jurídico, pudessem ser dimensionados fora do sistema tradicional (jurisdição).

Acrescentam ainda que

São vários os expedientes a que recorrem os legisladores reformistas, pensando-se ressaltar, no entanto, a recorrente perseguição de duas metas: a desburocratização do processo para reduzir sua duração temporal, e a valorização de métodos alternativos de solução de conflito, dentre os quais se destaca a conciliação (seja judicial ou extrajudicial).

Antonio Cabral (2015) assinala que as convenções processuais tiveram a influência da doutrina alemã, com premissas do processo privativístico, no final do século XIX.

Os juízes começaram a perceber que havia uma necessidade de flexibilização do procedimento; que o procedimento ordinário padronizado, tal qual os sonhos da era das codificações, não resolvia todos os problemas práticos. Por outro lado, o estilhaçamento da legislação com procedimentos especiais pulverizados também não nos atribuía uma uniformidade, que era o ideal. Então, havia uma necessidade de inserções de flexibilização dentro do procedimento padronizado. Isso começou a ser feito na jurisprudência europeia que também a partir de acordos e a jurisprudência francesa foi a que mais avançou nessa temática. Na França, esses acordos começaram como acordos de índole coletiva ou protocolos coletivos. O tribunais começaram a fazer acordos com a Ordem dos Advogados ou com associação de peritos, regulamentando informatização do processo e questões instrutórias (CABRAL, 2015, p. 28).

322

Certo é inferir que o sistema, como ora se apresenta, traz contribuições diversas, permeado pela flexibilização do procedimento, com tendência teórica emanada da cultura jurídica processual mundial, perpassando pelas tendências suso evidenciadas, bem como pelo modelo multiportas, chegando-se ao cenário que hoje se vislumbra.

5 Negócios processuais e boa-fé objetiva

O artigo 5º do CPC é uma cláusula geral processual, sendo, pois, dispositivo normativo construído de maneira indeterminada tanto em relação à sua hipótese normativa, como em relação à sua consequência normativa.

É cediço que, do enunciado normativo, é possível extrair hipótese e consequência. Uma cláusula geral é aquela que tem hipótese e consequência indeterminados. Ou seja, não se diz o que é boa-fé, nem se diz o que acontece se não for observada. Por ser uma cláusula geral, os tribunais entendem e definem os padrões dos comportamentos considerados de acordo com a boa-fé.

Fredie Didier Jr (2015), esclarece que a boa-fé foi concretizada em, no mínimo, quatro grupos de situações, como dizem os doutrinadores alemães²: “a presunção geral de ilicitude em razão do dolo, abuso do direito no processo, o *venire contra factum proprium* e o *supressio* processual.”

² O professor Menezes Cordeiro ensina que a confiança “exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela (CORDEIRO, A. M. da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1234).

Boa-fé subjetiva é um fato da vida (não é princípio, nem norma): o fato de alguém acreditar que está agindo licitamente. É ter a crença íntima de que seu comportamento é lícito.

A boa-fé objetiva não é um fato. É uma norma, mais precisamente um princípio, segundo o qual os comportamentos humanos devem estar pautados em um padrão ético de conduta. É a norma que impõe que o comportamento seja em conformidade com um padrão ético de conduta.

Nesse sentido, Valton Pessoa (2013), ensina que:

Para a exata compreensão e aplicação da boa-fé objetiva, vista como uma cláusula geral, faz-se imperioso que o operador do direito, em especial o juiz, lance mão de elementos e valores reinantes na sociedade e que não estão expressamente previstos no texto normativo, de técnicas de ponderação de interesses, e dos princípios fundamentais constitucionais, não se fazendo a mera subsunção da norma ao caso concreto nestas situações. A boa-fé objetiva passa a ser compreendida, por meio deste novo raciocínio interpretativo, como fonte de valor e de direitos nas relações obrigacionais.

Ademais, a boa-fé objetiva possui fundamentação de patamar constitucional, conforme ensina a professora Maria Teresa Negreiros:

A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana – em que está se presume parte integrante de uma comunidade, e não um ser isolado, cuja vontade em si mesma fosse absolutamente soberana, embora sujeita a limites externos. Mais especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica.

323

Traduções expressas da boa-fé são os deveres de fidúcia, fidelidade, cooperação e confiança. Sob o enfoque do princípio da boa-fé objetiva, muitos doutrinadores elencam que os sujeitos devem se submeter a uma série de deveres anexos, laterais ou secundários, valendo transcrevê-los, conforme ensinamentos de Judith Martins Costa e Clóvis de Couto e Silva (2006)³. São eles: dever de cuidado em relação à outra parte negocial, dever de respeito, dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio, dever de agir conforme a confiança depositada, dever de lealdade e probidade, dever de colaboração ou cooperação; dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2013), os deveres mais conhecidos são: dever de lealdade e confiança recíprocas, assistência, informação, sigilo ou confidencialidade. Segundo tais doutrinadores, apesar de serem deveres invisíveis, eles são juridicamente existentes, não se tratando de um rol taxativo. Nesse sentido, lecionam:

Quando se fala em deveres de lealdade e confiança recíprocas, costuma-se denominá-los deveres anexos gerais de uma relação contratual. Isso porque lealdade nada mais é do que a fidelidade aos compromissos assumidos, com

³ Apud TARTUCE, Flávio. *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Método, 2008, p. 109.

respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade. Ora se isso não estiver implícito em qualquer relação jurídica, não se sabe o que poderia estar. A ideia de lealdade infere o estabelecimento de relações calcadas na transparência e enunciação da verdade, com a correspondência entre a vontade manifestada e a conduta praticada, bem como sem omissões dolosas – o que se relaciona também com o dever anexo de informação – para que seja firmado um elo de segurança jurídica calcada na confiança das partes que pretendem contratar, com a explicitação, a mais clara possível, dos direitos e deveres de cada um. Confiança, nesse sentido de crença na probidade moral de outrem, é algo, portanto, que não se outorga por decreto, mas, sim, que se conquista justamente pela prática de uma conduta leal ou se pressupõe em uma sociedade que se pretende reconhecer como civilizada. (...)⁴

Desse modo, o princípio da boa-fé produz os deveres de cooperação e exerce uma função hermenêutica, pois orienta a interpretação da postulação e da decisão.

O princípio da boa-fé rege a formação e a execução dos contratos. Do mesmo modo, pode-se dizer que está intimamente relacionado à formação e à execução dos negócios processuais.

Irá nortear, assim, a formação e interpretação dos negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, valendo ainda apropriar-se das regras de interpretação dos negócios jurídicos do Código Civil, previstas nos artigos 112, 113, 114 e 423 do Código Civil.

324

6 Aplicabilidade ao Processo do Trabalho?

6.1 Negócios processuais e o princípio da proteção

Compreender a dimensão dos negócios processuais no ordenamento jurídico a partir da vigência do NCPC perpassa, inicialmente, pela análise de um elemento basilar: o autorregramento da vontade. Fredie Didier Jr (2015) ensina que “o autorregramento da vontade se define como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico”⁵.

O referido autor sintetiza o autorregramento da vontade (ou autonomia privada) em quatro vertentes: liberdade de negociação (possibilidade de efetivar negociações prévias antes da consumação do negócio), liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos), liberdade de estipulação (possibilidade de estipular o conteúdo do negócio) e liberdade de vinculação (faculdade de subsunção ao negócio). E avança, defendendo que o autorregramento de vontade não se limita à atuação no campo da vida privada, sendo também elemento presente no âmbito processual.

⁴ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos*. São Paulo: Forense, 2010, p. 107-108.

⁵ Do exercício desse poder, concretizado nos atos negociais, resultam, após a incidência da norma jurídica, situações jurídicas. (*Negócios Processuais*. coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1: il. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: coord. geral Freddie Didier Jr.).

É sobre essa égide que o Novo Código de Processo Civil prevê a possibilidade de coexistência entre a liberdade individual e o poder do Estado-Juiz, na formação de um ambiente processual que permita a autorregulação dos direitos das partes sem restrições.

Esta ideologia caracteriza o modelo de participação (ou modelo cooperativo relido do processo), através de um conjunto de comandos que fomentam o diálogo e o controle de todas as ações dos sujeitos processuais, como boa-fé processual, a fundamentação estruturada das decisões e o formalismo democrático. Construído está na premissa da otimização do funcionamento processual.

À medida em que, de um lado, cria ferramentas de fiscalização para o comportamento de todos os sujeitos, de outro, propõe que o processo ofereça o máximo de aproveitamento de sua atividade. “Assim, viabiliza a formação do processo democrático justo, elevando o patamar de influência das partes na preparação e formação do provimento judicial com que se haverá de solucionar o litígio em juízo” (THEODORO JR e outros, 2015).

Com este sistema, tenta-se evitar que os conflitos fiquem sem solução, construindo-se a melhor e mais viável solução para as demandas. Deste modo, os negócios processuais surgem como um ideal que possibilita a ampliação do acesso à justiça em todos os seus aspectos, pois o seu modelo permite um aumento na resolução dos conflitos que afligem e abalam a sociedade, além de aplicar o direito da melhor forma para todas as partes envolvidas e para o caso concreto.

A convenção processual aplicada no âmbito laboral pode efetivar o direito ao acesso à justiça, haja vista que, ao preconizar a busca pela construção da solução para os envolvidos, possibilita uma aproximação dos cidadãos com o judiciário e a consecução da justiça.

Crucial compreender de que maneira haverá incidência do instituto dos negócios processuais ao Processo do Trabalho, vez que, notadamente, tal instituto, fomentado no Novo Código de Processo Civil, pauta-se na ampliação da autonomia da vontade das partes em relação ao procedimento processual.

Apenas a existência da regra insculpida no art. 15 do Novo Código de Processo Civil, a qual aborda a aplicabilidade subsidiária dos seus dispositivos ao Processo do Trabalho, não possui o condão de tornar aplicável ao Processo do Trabalho as negociações processuais. Desse modo, mister estudar o modelo de gerenciamento processual insculpido e seus reflexos e aplicabilidades no Processo do Trabalho, à luz do sistema participativo, da boa-fé e do princípio da proteção.

É cediço que o Processo do Trabalho é regido por peculiaridades, vez que lida com a tutela de direitos sociais que envolvem o trabalho humano e a própria dignidade da pessoa humana, revestidas pela sua força motriz: o labor.

Mario de La Cueva (1965) esclarece:

A finalidade imediata do Direito do Trabalho é elevar os níveis de vida dos homens para que possam desfrutar do espetáculo da natureza dos bens produ-

zidos pelo trabalho material e intelectual de nossos antepassados e pela ação criadora daqueles que convivem conosco.

Com efeito, tal ramo do Direito possui regramentos e princípios impositivos e limitadores, dirigidos não ao apenas ao Estado, mas também aos particulares. Ingo Wolfgang Sarlet (2006) aduz:

Cumpra aceitar a vontade expressamente enunciada do Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na implementação e garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna (o que nos remete ao problema do conteúdo dos direitos sociais e de sua própria fundamentalidade).

Sarlet demonstra ainda que

Tal consideração justifica-se pelo fato de que também são sociais (sendo legítimo que assim seja considerado) direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade e a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores.⁶

326

Nessa perspectiva, o Direito Laboral possui como ontologia originária a proteção ao trabalhador, cuja acepção não se limita à hipossuficiência, assentando-se de maneira primordial sobre o patamar da dignidade da pessoa humana.

Para Plá Rodriguez (2000, p. 83):

O princípio da proteção é critério fundamental de orientação do Direito do Trabalho, de modo que o seu objetivo corresponde na produção de uma igualdade material por meio de leis protecionistas para com o mais fracos, revelando o compromisso com a igualdade substancial.⁷

Mauro Schiavi (2013), acerca das particularidades do Processo do Trabalho, registra:

Não há uma definição uniforme na doutrina sobre o direito processual do trabalho. Entretanto, a maioria dos estudiosos procura destacar nas definições, os princípios, as instituições e a finalidade do processo trabalhista. Para nós, o direito processual do trabalho conceitua-se como o conjunto de princípios, normas e instituições que regem a atividade da justiça do trabalho, com o objetivo de dar efetividade à legislação trabalhista e social, assegurar o acesso do

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 551-602. O trecho citado: p. 557

⁷ “Enquanto que no direito do comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho, a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes (PLÁ RODRIGUES, 2000, p. 83).

trabalhador à justiça e dirimir, com justiça, o conflito trabalhista. A legislação processual trabalhista visa impulsionar o cumprimento da legislação trabalhista, mas também da legislação social que ainda não tenha um vínculo de emprego, mas que vive de seu próprio trabalho. Nesse sentido, foi a dilatação da competência material da justiça do trabalho dada pela EC 45/2004 para abranger as controvérsias oriundas e decorrentes da relação de trabalho. Assim como o direito do trabalho visa à proteção do trabalhador e à melhoria da sua condição social (art. 7º, caput, da CF), o direito processual do trabalho tem sua razão de existência em propiciar o acesso dos trabalhadores à justiça, visando garantir os valores sociais do trabalho, a composição justa do conflito trabalhista, bem como resguardar a dignidade da pessoa humana do trabalhador. De outro lado. A função do processo do trabalho, na modernidade, é pacificar, com justiça, o conflito trabalhista, devendo considerar as circunstâncias do caso concreto e também os direitos fundamentais do empregador ou do tomador de serviços. O direito processual do trabalho tem os seguintes objetivos: assegurar o acesso do trabalhador à justiça do trabalho, impulsionar o cumprimento da legislação trabalhista e social, dirimir com justiça o conflito trabalhista.

É nesse perfilhar que se deve analisar a aplicabilidade dos negócios processuais no Processo do Trabalho, tema este que reflete debruçamento especial, posto que a visão anterior à nova sistematização do NCPC trazia um paradigma mitigado e sob o viés mais recorrente da mediação e da arbitragem.

Conforme ensinam Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra 2015)⁸, há claramente uma mudança de perspectiva:

O que antes era exceção, passa a ser regra e a intervenção publicista do julgador se torna excepcional. Especialmente no que toca ao domínio das relações de trabalho operar-se-ia a desconstrução de uma sistemática de funcionamento do rito processual, marcado pela intervenção principal do juiz compensando a hipossuficiência do trabalhador – o que é potencializado pelo fato de ainda hoje ser admitido o *jus postulandi* na justiça do trabalho -, para que fosse implantado o novo modelo.

Inobstante os negócios jurídicos perpassem também por estes meios de autocomposição, constituem-se em vias de amplitude e dimensões macro, que não se podem limitar a apenas tais técnicas alternativas.

Os negócios processuais possibilitam a construção de uma gestão participativa do processo, sendo propulsores de eficiência e economia, tanto no processo individual, como numa visão macro de gestão judiciária. Atribuem, pois, previsibilidade, uma programação e administração do Judiciário, as quais podem ser adotadas em vários segmentos, como alocação de recursos, controle de custos, fixação de metas.

Havendo-se a possibilidade de coadunar tudo isto com a informatização do processo, pode-se incrementar a própria programação administrativa do Judiciário. E, principalmente, ao

⁸ Cf. *Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: uspodivm, 2015.

contrário de representarem uma renúncia de acesso à justiça, as convenções processuais representam um reforço do acesso à justiça.

Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida (2016) argumenta:

A CLT prevê, nos arts. 765 e 769 que o juiz deve velar pelo rápido andamento do processo, valendo-se, se for o caso, do direito processual comum como fonte subsidiária do direito processual do trabalho; no art. 832, §1º, que o juiz na sentença condenatória, deverá fixar o prazo e as condições para o seu cumprimento; no art. 852-D, que o juiz determinará as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, e limitará ou excluirá as provas excessivas, impertinentes ou protelatórias, por exemplo.

A CLT autoriza, ainda, a flexibilização do procedimento, para sua adaptação às particularidades do caso concreto, como se tem, por exemplo, no art. 852-H, §1º, que permite o juiz, no procedimento sumaríssimo, a conceder vista de documentos fora de audiência, quando necessário, bem como no art. 879, §2º, da CLT, segundo o qual cabe ao juiz definir a forma de realização da liquidação de sentença.

No entanto, a CLT dá um passo adiante, na medida que atribui às partes o poder para, mediante convenção, definir, por exemplo, a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais (art. 789, §3º, da CLT). A CLT, portanto, admite a convenção processual, valendo acrescentar que até mesmo o acesso à justiça pode ser objeto de convenção entre as partes, quando se trate de dissídio coletivo de natureza econômico (comum acordo exigido pelo art. 114, §2º, da Constituição da República).

328

Ou seja, há disposições na própria CLT que já previam negócios processuais antes mesmo da vigência do NCPC. Demais disso, não se pode tecer o prejulgamento de que todo acordo processual será feito para prejudicar o trabalhador. É possível, por exemplo, que se construam convenções para ampliar prazos processuais em favor do trabalhador ou que se possa atribuir a competência a um foro mais benéfico ao trabalhador.

Neste paradigma, soa razoável que, mesmo na Justiça do Trabalho, que tem um grau de indisponibilidade superior à seara civilista, assegure-se a admissibilidade genérica dos negócios processuais, cabendo ao juiz a verificação casuística da sua compatibilidade com a ideologia protetiva, ínsita ao processo do trabalho.

As diferentes circunstâncias que abarcam o acesso à justiça revestem-se nitidamente de fatores econômicos, culturais, sociais e justificam as posições diferenciadas entre empregado e empregador nos processos.

Dessa forma, na seara laboral, o papel que o Estado desempenha é o de regulação social, com o objetivo de compelir a mercantilização do trabalho humano. Por regulação social do trabalho, Krein entende o conjunto de normas e instituições que foram criadas num determinado país no sentido de reduzir o desequilíbrio presente na relação capital-trabalho.⁹

⁹ KREIN, José Dari. *Debates contemporâneos: economia social e do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p. 21.

6.2 Negócios processuais e a IN 39 do C. TST

O TST editou a Instrução Normativa 39, para exprimir o entendimento da corte quanto à aplicação de determinados dispositivos do NCPC ao processo do trabalho. Entendeu que não se aplicaria ao processo laboral o artigo 190 do NCPC, vedando, assim, a incidência da cláusula geral de atipicidade em tal seara.

Não se pretende aqui tratar da constitucionalidade da referida instrução normativa, assunto este, por certo, digno de debate em oportunidades vindouras. Contudo, o que não se pode deixar de tratar é a questão da aparente dicotomia de tal posicionamento.

A razão aparente da inaplicabilidade (aparente porque a IN não acompanha suas justificativas quanto a este tema) reside na hipossuficiência, de modo que não seria recomendável que se deixe ao alvedrio das partes, naturalmente desiguais, a livre estipulação sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres.

No entanto, não se pode entender de todo incompatível ao processo do trabalho, vez que possível que haja negociação processual mais benéfica ao hipossuficiente. Outrossim, no processo laboral, nem sempre, haverá desigualdade entre os sujeitos, vez que há casos de ações movidas por sindicatos em face de empresas e pelo próprio MPT.

Como aduz Antonio Cabral (2015), “[...] se o acordo de vontade for celebrado em um contexto em que o indivíduo imponha a sua vontade unilateralmente a outro indivíduo, é claro que essa convenção deve ser, como qualquer contato, considerada inválida e ineficaz”.

Logo, não seria razoável presumir que toda negociação processual no âmbito do Processo do Trabalho traria prejuízos ao hipossuficiente ou estaria maculada pela mitigação do autorregramento da vontade, em face de disparidades existentes entre os sujeitos do processo e quanto à paridade de armas, no que concerne à impossibilidade igualitária de produção de prova.

Pouco tempo após entrar em vigor a IN 39, o próprio TST regulamentou a mediação, que permite tentativa de acordo antes do ajuizamento de dissídios coletivos, o que não deixa de ser a legitimação de uma espécie de negociação processual atípica em âmbito laboral.

Tal regulamentação se deu por meio do Ato 168/TST.GP, tendo como base o artigo 764 da CLT, que estabelece a valorização da conciliação como forma de solução de conflitos, e a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Sinal de que o cenário caminha para que a corte reveja o seu entendimento quanto ao tema.

A professora Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida (2016) entende que

A aplicação das convenções processuais no processo do trabalho deve ocorrer em sintonia com a relevância social da efetividade do Direito do Trabalho. As convenções somente são admitidas quando voltadas à realização concreta dos direitos trabalhistas, especialmente daqueles com estatura de direitos humanos e fundamentais.

E conclui:

Em suma, as convenções processuais devem ser recebidas e aplicadas no processo do trabalho, mas com reservas. A principal delas decorre da constatação de que o Direito do Trabalho e o processo que tem por objetivo torná-lo efetivo servem ao ser humano que vive da alienação da sua força de trabalho, com vistas à melhoria da sua condição humana, social, econômica e política, bem como da sua família.

Já Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra (2015) sugerem:

Se se pretende trazer a dinâmica das convenções processuais ao Processo do Trabalho, elas deverão ser submetidas ao crivo da negociação coletiva, espaço constitucionalmente indicado para o exercício da autonomia negocial dos trabalhadores. Portanto, se assim compreenderem conveniente, as entidades sindicais poderão colocar em sua pauta de negociação demandas quanto à disciplina processual dos direitos previstos nas próprias normas coletivas ou, quiçá, prevendo formas alternativas de trato processual dos direitos assegurados na legislação trabalhista heterônoma, desde que façam de modo a otimizar a satisfação dos direitos trabalhistas. Portanto, a compreensão de que no âmbito processual se desfazem as desigualdades verificadas nas relações materiais e a proposta de, para render maior autonomia ao direito processual, autonomizar as partes e tornar menos publicístico o processo, sem assumir que isso interfere na regulação social dos conflitos de direito material em questão, parecem contra fálicas em relação à liberdade observada na Justiça do Trabalho.

Decerto que as garantias proporcionais não foram indicadas na Constituição de 1988 como direitos passíveis de flexibilização. Dessa forma, eventuais convenções para dispor sobre essas garantias processuais devem necessariamente ser prospectivas, ou seja, ampliativas, de direitos em relação ao que já consta da observância de que os impactos coletivos de dinâmicas processuais sejam previstos, considerados e administrados pelos sujeitos coletivos obreiros.

Contudo, parece ser de aplicação mais factível o que concebe Carlos Medeiros da Fonseca (2014), ao endossar que:

A solução adequada para sanar tal conflito encontra-se na interpretação sistemática do parágrafo único do artigo 190 do CPC/2015, que estabelece a necessidade de o juiz controlar, inclusive, de ofício, a validade das cláusulas constantes do negócio jurídico processual. Com base no mencionado dispositivo legal, a inclusão das convenções no procedimento a ser seguido somente ocorre depois do obrigatório controle de sua validade pelo julgador, controle esse que pode ser considerado uma homologação tácita do negócio, tendo em vista que o juiz confere e certifica a regularidade (ausência de nulidade) da avença, acatando sua inserção no processo. Com essa homologação tácita, compreende-se que o julgador não poderá determinar a realização de novas provas fora dos limites da avença, por incidir a preclusão lógica na hipótese. O procedimento homologatório impede qualquer conduta futura logicamente incompatível com o conteúdo do negócio jurídico, inclusive, pelo próprio juiz, concluindo-se que os poderes instrutórios do julgador restam limitados pela preclusão lógica advinda da homologação do negócio jurídico processual.

7 Considerações Finais

Pode-se concluir que os negócios processuais, como previstos no Novo Código de Processo Civil, ao passo que potencializam a autonomia da vontade das partes sobre o procedimento, acabam por minimizar a intervenção do julgador.

Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2012, p. 167) defende que, ao Poder Judiciário Trabalhista foram atribuídos importantes papéis na regulação social do trabalho, notadamente o de “solucionar conflitos surgidos no âmbito da sociedade civil e do Estado” e também “fixar parâmetros relativamente claros acerca do sentido da ordem jurídica imperante nessas realidades sociais institucionais”.

Através do processo, tal função civilizatória e agregadora é exprimida, interferindo na forma de condução para o procedimento judicial trabalhista. Através do processo, também se possibilitará a conquista de meios relativos à dignidade da pessoa humana do trabalhador na solução dos conflitos trabalhistas.

A CLT destaca regras que reverberam a atuação mais destacada dos magistrados, retirando a validade de manifestações de vontade das partes, quando representarem violações ou ameaças a direitos. Isto para compensar a hipossuficiência do trabalhador.

Isto quer dizer que a utilização dos institutos que permeiam os negócios processuais no processo do trabalho deve estar imbuída pela lógica do princípio da proteção, bem como da boa-fé objetiva.

Assim, a dinâmica dos negócios processuais, no Processo do Trabalho, perpassará pelo crivo da concretização dos princípios basilares do Direito do Trabalho, na perspectiva da promoção e manutenção do trabalho digno.

Referências

ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. **O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz**. São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2014. 152 f. 151

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **Convenções Processuais: Disciplina no Código de Processo Civil de 2015 e aplicabilidade ao Processo do Trabalho**. O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho / Coordenador: Élisson Miessa. 2. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. **Revista de Processo**, ano 36, v. 193, São Paulo, RT, março/2011.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo Civil. Formas Judiciais e alternativas de conflitos na Inglaterra**. Tradução do autor: Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2 ed. São Paulo: RT, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: **Temas de Direito Processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva: 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Julgamento e ônus da prova. Temas de direito processual civil**. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo**. Temas de direito processual. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O processo, as partes e a sociedade**. RePro 125, São Paulo: RT: 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acessado em: 24 de agosto de 2013.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.html

CABRAL, Antônio. **Negociação Processual**. Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Formação de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 15 de setembro de 2014, às 9hs. Disponível “site”: <http://www.enamat>

CADIET, Loic. Les Conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualism du règlement des litiges. **Revista de Processo**, ano 33, n. 160, jun/2008.

CADIET, Loic. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. **Civil Procedure Review**, v. 3, n. 3, p. 4-6, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 4/5/2016.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Tradução de Pedro Gomes de Queiroz. **Revista de Processo**. São Paulo, RT, 2014, n. 228, p. 362.

CUEVA, Mario de La. **Panorama de Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Sulina, 1965.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 49 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira).

DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. A Aplicação das Convenções Processuais do Novo CPC ao Processo do Trabalho na Perspectiva dos Direitos Fundamentais, in: **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Justiça do Trabalho e sistema trabalhista: elementos para a efetividade do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; COSTA, Thais Mendonça Aleluia da. **A contratualização do processo civil francês: um novo horizonte para a adequação processual**. Dissertação de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2012. Disponível no “site” <http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8701>.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo** - v.198. Ano 36, agosto 2011, São Paulo, RT, 2011 (orientação de Teresa Arruda Alvim Wambier).

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. 2015. **Revista de Direito**. Porto Alegre, ano 15, nº 1.250, 01 de junho de 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2009.

FILHO, Manoel Carlos Toledo. Os poderes do Juiz do Trabalho face ao novo Código de Processo Civil. In: MIESSA, Elisson (Org.). **O Novo CPC e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2015.

FONSECA, Carlos Medeiros de. **Negócio jurídico processual e preclusão lógica: limitações aos poderes instrutórios do juiz**. Disponível no “site” <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j54r8mlx/IAYgT7QiK91AW4gI.pdf> Acesso em 05/05/2016.

GRAVATÁ, Isabelli. A aplicação da conciliação e da mediação do novo código de processo civil no

processo do trabalho, à luz do acesso à justiça. In: **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIPIANI, Julia; Siqueira, Marília. *Negócios Processuais*/coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira.. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1. (Grandes Temas do Novo CPC; coord. geral Freddie Didier Jr.).

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 303-306.

MENEGATTI, Christiano Augusto. **O Jus Postulandi e o Direito Fundamental de Acesso à Justiça**. São Paulo: LTr, 2011.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um Processo Civil Cooperativo**: O direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2007.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 116-117.

Apud TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Método, 2008, p. 109.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC**: inovações, alterações e supressões comentadas. São Paulo: Método, 2015, p. 172.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. São Paulo: Juspodivm, 2016.

NOVO CPC – **Fundamentos e Sistematização**/ Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia, Flávio Quinaud Pedron. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.) **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 551-602.

PESSOA, Valton. **A incidência do venire contra factum proprium nas relações de trabalho**. Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PU-C-SP. São Paulo: 2013. Disponível no “site” http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2013-0722T12:11:18Z13866/Publico/Valton%20Doria%20Pessoa.pdf

SCHIAVI, Mauro. **O Processo do Trabalho e o Princípio Protetor. Trabalho e Justiça Social**: um tributo a Mauricio Godinho Delgado / Coordenadoras: Daniela Muradas Reis, Roberta Dantas de Melo, Solange de Castro Coura. São Paulo: LTr, 2013, p. 472.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos**. São Paulo: Editora Forense, 2010, p. 107-108.

O Processo Judicial eletrônico e o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho

Renato de Souza Cardel¹

Resumo: A evolução do Processo do trabalho construiu um ramo do direito com situações complexas, mesmo permitindo a participação direta de partes sem advogados (*jus postulandi*). Com o advento do processo eletrônico e do PJe-JT, a comunidade jurídica passou a questionar a vigência do instituto, considerando os requisitos específicos para o manejo de ações judiciais desacompanhadas de patrono.

Palavras-Chave: *jus postulandi*; PJe-JT; Processo do Trabalho; Acesso à Justiça

1 Introdução

O objetivo do presente artigo acadêmico é abordar, de forma sintética, as possíveis dificuldades enfrentadas pelas partes, empregado ou empregador, no exercício do *jus postulandi* com a implantação e avanço do Processo Judicial Eletrônico - PJe, na Justiça do Trabalho.

Com as sucessivas alterações legislativas e Emendas Constitucionais, que modificaram a competência da Justiça do Trabalho, o Processo do Trabalho tornou-se um fluxo complexo de atos e decisões que demandam certa compreensão jurídica do trâmite processual, o que denota uma barreira, muitas vezes, de difícil transposição, para as partes que litigam desacompanhadas de patrono, no exercício do chamado *jus postulandi*.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, a prática de atos processuais, em geral, foi paulatinamente abandonando as petições impressas e passou a ser realizada por meio virtual, mediante o uso de assinatura eletrônica.

Característica marcante deste processo é a busca de economia de recursos, transparência dos dados e celeridade processual.

Na seara trabalhista, foi implantado em 29/03/2010, através de Acordos Técnicos de Cooperação, o Processo Judicial Eletrônico/PJe-JT, o que demanda um treinamento continuado de Juízes, Advogados, servidores e outros auxiliares da Justiça, considerando os requisitos para acesso à plataforma digital, que entre tantos, requer versões específicas de *softwares* e navegadores, bem como a utilização de cadeia de certificação digital.

Diante disso, é possível notar que em virtude do inevitável avanço tecnológico, economia de recursos e na busca da celeridade processual, também de âmbito constitucional, em virtude do princípio da razoável duração do processo, ocorre aparente prejuízo ao instituto do *jus postulandi*, uma vez que a parte sem acompanhamento profissional, poderá ter grandes dificuldades

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Biologia pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduando em Processo e Direito do Trabalho pela Universidade Católica do Salvador. Técnico Judiciário com lotação na Secretaria da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

de acesso à plataforma virtual, já que nem todos possuem habilidade com a internet e novas tecnologias, tampouco requisitos necessários, a exemplo de *token* com assinatura digital, etc.

No primeiro tópico do trabalho, serão abordados os mais relevantes aspectos do instituto do *jus postulandi*, sejam eles históricos ou jurídicos. Será trabalhado o seu conceito, bem como a evolução durante a era populista do direito, e sua aplicação atual, legislação e jurisprudência acerca do tema.

O tópico seguinte é dedicado a uma breve análise das novidades inseridas pela Lei 11.419/06, que possibilitou a implantação do processo eletrônico em diversas esferas, entre elas a Justiça Trabalhista. Versa, então, acerca da criação e instalação do PJe-JT, abordando, de forma sintética as suas peculiaridades.

No tópico que se sucede, vamos discutir se com o atual panorama, o recém-criado PJe-JT previu a participação das partes sem advogados e se isso é efetivamente possível na realidade ou uma mera reminiscência teórica, considerando o elevado grau de dificuldade para compreensão da *interface* do sistema, bem como requisitos essenciais, a exemplo da certificação digital.

Por fim, o trabalho traz considerações finais com a análise discente acerca do tema, sobressaindo, ainda, variáveis como analfabetismo digital, inclusão social e tecnológica.

2 O Instituto do *jus postulandi*: aspectos históricos e jurídicos

335

2.1 Aspectos históricos

Antes de adentrar ao tema do instituto em si, sua origem histórica e evolução, é imprescindível estabelecer uma diferenciação conceitual e apontar que no Direito Processual Brasileiro, de modo geral, a capacidade de postular em juízo não se confunde com a capacidade para ser parte.

Todos que possuem personalidade jurídica podem ser parte e tal premissa é prevista no art. 1º do Código Civil Pátrio.

Contudo, a capacidade para ser parte não se confunde, como dito, com a capacidade para estar em juízo (capacidade processual). Esta diz respeito à capacidade de praticar atos jurídicos da vida civil.

Normalmente, com raras exceções, como é o caso da impetração de *Habeas Corpus*, das ações dos Juizados Especiais, quando se tratar de causas de até 20 salários mínimos (Lei 9099/95), e na Justiça do Trabalho, a representação por advogado é essencial para o manejo e acompanhamento de ações.

A prerrogativa de postular em juízo sem o auxílio de advogado é juridicamente chamada de *jus postulandi*, ou seja, “autorização reconhecida a alguém pelo ordenamento jurídico para praticar atos processuais”, como bem leciona Carlos Henrique Bezerra Leite².

² LEITE BEZERRA, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva.

Sobre tal conceito, José Cairo Júnior³ aponta que

O *ius postulandi* nada mais é do que a capacidade que uma pessoa tem de postular em juízo sem precisar do auxílio do advogado. Como visto, a prática de atos processuais, no processo civil, é privativa do profissional da advocacia, na forma prevista pelo art. 36 do CPC de 1973 e art. 103 do novo CPC, salvo algumas exceções expressamente previstas em lei.

No campo trabalhista, as partes possuem essa prerrogativa, independentemente do valor da causa.

Historicamente, vale ressaltar que tal instituto se fazia presente na seara trabalhista, antes mesmo da existência da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (1943), sendo reflexo de um contexto à partir da República Velha, que aqui ganhará contornos simplificados. Vejamos:

Na segunda década do Século XX, os Direitos Sociais e suas questões se apresentavam de forma embrionária em nosso direito, quase que inexistentes. Poucas leis tratavam sobre o tema e quando o faziam, versavam sobre grupos específicos.

O Estado pouco intervinha nesse campo. As condições de trabalho eram precárias, sem proteção ao trabalhador, com jornadas de trabalho extensas e exaurindo a força laboral.

Entre os anos de 1917 e 1920, a crise trabalhista se agravou com aumento considerável do número de greves e movimentos de trabalhadores, que começaram a se organizar mais em sindicatos, pressionando a elite da época, porém sem grande repercussão legislativa.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial e os compromissos assumidos pelo Brasil no Tratado de Versalhes (1919), houve um pequeno avanço com implementação de leis de cunho social.

Mas é na Era Vargas e sua República Populista, a partir dos anos 30, que foram introduzidas mudanças consideráveis nesta esfera, mesmo não sendo um movimento popular, a legislação trabalhista avançava, sendo, primeiramente, instituído o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, o que ocorreu através do Decreto nº 19.433/30.

Com a criação das Comissões Mistas de Conciliação e Juntas de Conciliação e Julgamento, surge, de forma ainda que embrionária, o *jus postulandi* nesse âmbito, sendo apresentado como instrumento facilitador do acesso à busca de direitos, já que os empregados poderiam postular naquela Instância sem a participação de advogado.

Vejamos o teor do Art. 6º, do Decreto nº 22.132/32:

Art. 6º As reclamações determinantes dos litígios de que trata o art. 1º, *serão dirigidas pelos interessados* ou seus representantes legais, no Distrito Federal, aos procuradores do Departamento Nacional do Trabalho e, nos Estados ou Território do Acre, às Inspetorias Regionais, aos delegados ou funcionários federais indicados pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, por escri-

³ CAIRO JUNIOR, José. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. Salvador: JusPodivm. 2016. p. 241.

to ou verbalmente, sendo neste último caso reduzidas a termo, assinado pelo reclamante ou alguém a seu rogo. (*grifos nossos*)

Tal prerrogativa de acesso às Juntas, no entanto, era limitada aos empregados sindicalizados, o que seria, posteriormente, derrubado pela Corte Suprema.

É com a promulgação da CLT, em 1943, e criação da Justiça do Trabalho, com procedimentos inspirados nos Princípios da proteção, simplicidade e celeridade, que o instituto do *jus postulandi* ganharia força e seria mais utilizado pela população em geral.

Contudo, na prática, o que foi pensado para ser um ramo do judiciário de menor complexidade, foi ganhando ares de mais robustos, principalmente com a tendência tecnicista a partir da década de 1970.

A capacidade postulatória das partes na Justiça do Trabalho é ranço pernicioso originário da fase administrativa e que ainda hoje persiste em total discrepância com a realidade atual. O Direito do Trabalho constitui hoje, seguramente, um dos mais, senão o mais dinâmico ramo do direito e a presença do advogado especializado já se faz necessária. Exigir-se de leigos que penetrem nos meandros do processo, que peticionem, que narrem os fatos sem transformar a lide em desabafo pessoal, que cumpram prazos, que recorram corretamente, são exigências que não se afinam com a complexidade processual, onde o próprio especialista, por vezes, tem dúvidas quanto à medida cabível em determinados momentos [...]⁴

337

O art. 791 da CLT trata especificamente sobre a possibilidade de litigar desacompanhado por advogado, dispondo:

Art. 791 – Os empregados e os empregadores poderão **reclamar pessoalmente** perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final [...].

Com a evolução do Direito e do Processo do Trabalho, o manejo de demandas e seu acompanhamento por leigos, foi se tornando mais complexo, ao passo em que tal ramo foi ganhando mais contornos técnicos, o que, evidente, representou um entrave para a franca utilização do *jus postulandi*.

Esse também é o entendimento de José Cairo Júnior⁵:

Além disso, as demandas trabalhistas não são mais simples como imaginava o legislador à época da edição da CLT. Os pedidos, cada dia que passa, tornam-se mais complexos e exige conhecimento técnico tanto para formulá-los quanto para refutá-los, o que jamais poderia ser feito por leigos.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, surgem questionamentos acerca da permanência e validade do instituto em nosso meio jurídico. É que no intuito de enaltecer a importância do advogado no âmbito do Poder Judiciário, o art. 133, CR/88, diz ser ele

⁴ SOUTO MAIOR, J. L. *Honorários de advogado no processo do trabalho: uma reviravolta imposta também pelo Novo Código Civil. Síntese Trabalhista*, Porto Alegre: Síntese, 2003, v. 15.

⁵ CAIRO JUNIOR, José. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 241

indispensável à administração da Justiça, despertando polêmica na comunidade jurídica da época, acerca da manutenção ou não do *jus postulandi*.

2.2 Aspectos Jurídicos

A Lei 8906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), veio reacender a questão ao estabelecer em seu art. 1º (redação original), ser atividade privativa da advocacia a postulação a **qualquer** órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais.

No entanto, a expressão “qualquer” foi alvo da Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADIN 1.1127-8, proposta pela Associação de Magistrados do Brasil – AMB, sendo considerada inconstitucional pelo STF, restando suprimida da legislação em vigor, tendo a Corte considerado que o objetivo do legislador não seria impedir as partes de litigarem sem advogado, mas sim garantir que a presença do patrono não poderia ser proibida.

Com isso, o *jus postulandi* foi confirmado na Justiça Trabalhista, sendo, entretanto, facultativo para as partes, empregado ou empregador.

Esta não é a única celeuma que o instituto está envolvido no âmbito jurídico. Deve-se ponderar o conteúdo das Súmulas 219 e 329⁶ do Tribunal Superior do Trabalho – TST, que versam sobre honorários de sucumbência na seara laboral. Vejamos:

Súmula nº 219 do TST - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) – Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21/3/2016

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I).

II – É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os ho-

⁶ Disponível em www.tst.jus.br/sumulas (acesso em 12.08.2016)

norários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

VI – Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.

Súmula n.º 329 do TST – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21/11/2003 – Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula n.º 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

Com isso, ainda mais com a edição da súmula 329, firmou-se o entendimento que na Justiça do Trabalho, em regra, não é possível a percepção de honorários advocatícios por mera sucumbência, em casos de relação de emprego, ressalvadas as hipóteses de pagamento quando atendidos os requisitos da súmula n.º 219, I, do TST.

Após o advento das novas competências, com a Emenda Constitucional n.º 45/04, o TST editou a Instrução Normativa 27/2005⁷, que determina que nesses casos os honorários advocatícios sejam devidos e decorrendo da mera sucumbência, desde que amparados em relações de trabalho e usando o limite de 15% contido no mencionado item “I” da súmula.

Ainda sobre a temática de pagamento de honorários advocatícios contratuais por indenização de perdas e danos, em que pese não ser este o tema deste trabalho acadêmico, no intuito de ilustrar como é tormentosa e atual a questão, cabe informar acerca da existência de Incidente de Uniformização de Jurisprudência – IUJ, perante o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (Bahia), com processo paradigma n.º 0010570-28.2013.05.0001 e **Processo IUJ: 0000478-23.2015.5.05.0000**, tendo relatoria do Desembargador Renato Simões, estando, atualmente, julgado, contudo com acórdão e súmula ainda não publicados.⁸

Vale, também, mencionar a existência de Projeto de Lei em tramitação no Senado Federal (PLC 33/2013⁹), que dispõe sobre a imprescindibilidade da presença de advogado nas ações trabalhistas e prescreve critérios para fixação de honorários advocatícios e periciais na Justiça do Trabalho, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, extinguindo o *ius postulandi*, atualmente na Comissão de Assuntos Econômicos (Secretaria de Apoio à Comissão de Assuntos Econômicos), sem data para votação.

Paralelamente a toda essa discussão, na prática, sentiu-se a necessidade de esclarecer até que momento processual as partes poderiam exercer a prerrogativa de litigar sem advogado, uma vez que o art. 791, CLT, aponta a expressão geral “até o final”.

⁷ Disponível em <http://www3.tst.jus.br/DGCJ/instrnorm/27.htm> (acesso em 12/08/2016).

⁸ Disponível em <http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=uniformizacao> e https://pje.trt5.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/ListaProcessos.seam?numero_unic=0000478-23.2015.5.05.0000 (acesso em 13/08/2016)

⁹ Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/112973> (acesso em 13/8/2016).

Diante disso, o Tribunal Superior do Trabalho – TST, editou a Súmula nº 425¹⁰, limitando a capacidade postulatória das partes às instâncias ordinárias e procedimentos da CLT:

Súmula nº 425 do TST – JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 4/5/2010 – O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Apesar do conteúdo pacificado da Súmula do maior Órgão da Estrutura da Justiça Laboral, Bezerra Leite¹¹ discorda da limitação imposta apontando que

[...] Ora, o TST é órgão que compõe a cúpula da Justiça do Trabalho e a novel súmula implica cerceio ao direito de acesso efetivo do cidadão a todos os graus de jurisdição deste ramo especializado do Poder Judiciário Brasileiro.

Vale consignar, de forma sintética, que em razão do *jus postulandi*, não são devidos honorários advocatícios decorrentes da mera sucumbência na Justiça do Trabalho. Contudo, estes seriam devidos na hipótese de recurso ao TST, considerando que o mencionado instrumento só poderia ser manejado por patrono habilitado. Apesar deste ser o entendimento da doutrina majoritária, o verbete do TST é omissivo.

340

Em caso de processos que tramitem por via eletrônica, o que ocorre desde o advento do PJe-JT (Processo Judicial Eletrônico), o instituto do *jus postulandi* é “teoricamente” mantido, uma vez que a parte poderia peticionar e acompanhar o processo *on line*, desde que obedecidos os requisitos determinados e a aquisição de um certificado digital.

No entanto, em um país de desigualdade social e analfabetismo digital não sanado, não seria esse mais um obstáculo para o acesso à Justiça e o exercício do *jus postulandi*? É justamente sobre este desafio, que não nos parece de simples equação, que versam os tópicos seguintes.

3 A implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJe-JT) na Justiça do Trabalho

A Lei nº 11.419/06, com origem em projeto de Lei de iniciativa popular, dispõe sobre a informatização do processo judicial, sendo objetivo do legislador utilizar, em todas as esferas do Poder Judiciário (cível, penal, trabalhista e juizados especiais), meios eletrônicos para dinamizar e facilitar o acesso virtual ao conteúdo dos autos, para Juízes, Membros do Ministério Público, advogados, servidores e partes, com intuito de propiciar maior celeridade no trâmite processual, levando-se em conta que as novas tecnologias e o avanço da cibernética passaram a fazer parte do cotidiano da nossa sociedade e de forma globalizada.

Explana Almeida Filho:

¹⁰ Disponível em www.tst.jus.br/sumulas (acesso em 12/8/2016)

¹¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva.

É indiscutível a necessidade da criação de meios eletrônicos para a prática de atos processuais. Em virtude desta necessidade, a idealização de um processo totalmente digitalizado se apresenta como uma forma de aceleração do Judiciário, tornando menos moroso o trâmite processual.¹²

Segundo determina o art 8º, *caput*, da mencionada legislação:

Art. 8º, caput – Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

A lei também prevê a necessidade de cadastro dos usuários, bem como assinatura eletrônica emitida por Autoridade Certificadora Credenciada, além da digitalização dos documentos e outros procedimentos necessários para converter o meio físico, de papel, em autos virtuais.

Com essa determinação legal do dispositivo acima transcrito, foi autorizada a profusão de diversos sistemas individuais, instituídos por cada Tribunal, alguns de sucesso, como o PROJUDI, criado pelo CNJ para uso nos Juizados Especiais, e outros de uso muito particular, o que acabou por gerar procedimentos sem a uniformidade necessária, principalmente para advogados e partes com processos em diversas esferas.

O que teria sido criado para permitir a celeridade do trâmite, parecia trazer alguns entraves e percalços.

Com fito de real uniformização de *interface*, surge o Processo Judicial Eletrônico (PJe), sistema que viria a ser usado em todos as esferas e ramos do Poder Judiciário Brasileiro.

É necessário aqui, no entanto, fazer uma delimitação do objeto de estudo, visto que a implantação desse sistema em todo Poder Judiciário fugiria ao foco principal deste artigo, pelo que passamos a traçar um panorama, de modo sintético, a sua instalação na Justiça Trabalhista.

Foi por meio do Termo de Acordo de Cooperação Técnica nº 51/2010, firmado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST) e Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), que a Justiça do Trabalho aderiu oficialmente ao Processo Judicial Eletrônico – PJe, para uniformizar a tramitação eletrônica de processos no país.

Com esta etapa, para que todos os Tribunais do Trabalho pudessem integrar o projeto, foi firmado um Acordo de Cooperação Técnica nº 01/2010.

Assim, foi instituído, no âmbito do CSJT, um Comitê Gestor para padronizar o desenvolvimento, implantação, manutenção e treinamento do sistema em todo país.

Paralelamente, uma equipe de cerca de cinquenta servidores, entre analistas e técnicos judiciários do quadro dos Órgãos da Justiça do Trabalho, se uniram a Juízes, Membros do Mi-

¹² ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico* – a informatização judicial no Brasil. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

nistério Público do Trabalho (MPT) e OAB para criar o sistema que começou priorizando a Execução Trabalhista, implantado de forma piloto em fevereiro de 2011, em Cuiabá-MT.

A primeira unidade a instalar o PJe-JT, na fase de conhecimento processual, foi Navegantes-SC, em 05 de dezembro de 2011, seguido de Caucaia (CE) – 12 de janeiro de 2012 – e Arujá (SP), em 27 de fevereiro de 2012, marco do início da expansão do sistema por todo país.

Mas o que seria o PJe-JT e quais suas funcionalidades? Como esse sistema é usado e de que forma veio para contribuir com o trâmite processual trabalhista? Essas perguntas tentam ser respondidas aqui através de um trecho retirado de um Guia oficial, elaborado em parceria pelo CSJT e TRT's da 1ª, 2ª e 5ª Região. Vejamos:

[...] o Processo Judicial Eletrônico (PJe) é um sistema de informática cuja navegação é totalmente realizada pela internet, mediante a utilização de um *browser* (ou navegador), em especial o *firefox*, em razão de ser gratuito e de ter sido homologado pelo Comitê Gestor do PJe, assim como também deve ser pontuado que, o sistema operacional recomendado é o *windows*, entre as versões XP até a 8.

Todos os usuários do PJe deverão ter instalado em seus computadores um programa chamado Java, em sua versão 7 ou superior, possuir certificado pertencente à cadeia ICP-Brasil, pois, é o exigido para a realização da assinatura digital de documentos no PJe.

O uso de certificação digital também torna necessária a utilização de um dispositivo criptográfico que armazena suas chaves públicas e privadas. Esse dispositivo pode ser um cartão inteligente (*smartcard*) ou um *token* criptográfico. Quando utilizado um cartão inteligente, é necessário que o usuário disponha de uma leitora de *smartcard* devidamente instalada, mas, os aplicativos necessários à utilização desses dispositivos devem ser fornecidos pela entidade de quem se adquiriu o certificado digital.

No PJe, o andamento processual é baseado em fluxos de tarefas, nos quais os processos, desde seu início, são movimentados, passando pelas tarefas definidas, pré-programadas com o propósito de controlar e automatizar o procedimento jurídico, permitindo também a atuação de diferentes perfis: magistrados, servidores, etc., de forma cooperativa para alcançar seu objetivo.¹³

Assim, agora que entendemos como foi criado, qual o seu objetivo e o que é o Processo Judicial Eletrônico, questiona-se: em um ramo do direito regido por Princípios protetivos ao obreiro, entre eles a simplicidade e informalidade dos atos, que permite, inclusive, o peticionamento e acompanhamento de ações sem advogado, a criação de um sistema de acesso tão cheio de requisitos e necessidade de conhecimento técnico não estaria enterrando, de uma vez por todas, o instituto do *jus postulandi*?

¹³ GUIA PJE PARA CEGOS, disponível em https://www.trt3.jus.br/pje/download/Guia_Pratico_PJe_Cegos.pdf. (acesso em julho de 2016)

Teria um trabalhador, ou mesmo empresário, o conhecimento necessário e aparato técnico para continuar a acompanhar suas demandas trabalhistas?

A Justiça do Trabalho acredita que sim, tanto que é possível o peticionamento por cidadão, mas seria isso viável diante da ainda precária capacitação técnica da nossa população em geral?

4 Dificuldades enfrentadas pela parte desacompanhada de profissional frente ao sistema

A efetiva implantação do PJe-JT e seu avanço pela área trabalhista, em Varas e Tribunais de todo país, foi regulamentada pela Resolução de nº 94/2012 do CSJT, revogada pela Resolução nº 136/2014, que instituíram o Sistema Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho (PJe-JT) como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais, estabelecendo os parâmetros para sua implementação e funcionamento.

Desde o seu início, o PJe-JT vem enfrentando certa rejeição de magistrados, servidores e advogados.

Algumas ações foram empreendidas com o objetivo de retardar o avanço da implantação do *software* no país, justamente com a justificativa de que seria necessário um maior tempo de adaptação para domínio e uso do sistema.

343

No Fórum de Discussão “*A Justiça do Trabalho e o PJe-JT*”, realizado em julho de 2013, em Florianópolis (SC), juristas consideraram que a ferramenta não era satisfatoriamente segura, o que causaria grande prejuízo aos Jurisdicionados e operadores do sistema, que, na época, já encontravam entraves para cumprimentos de prazos e tarefas rotineiras.

Com isso é possível observar que até mesmo para Desembargadores, Juízes, Servidores e Advogados, a mudança do processo físico para o digital, na Justiça Trabalhista, se deu de forma abrupta, o que gerou para eles apreensão e insegurança, classes tradicionalmente formadas por pessoas socialmente privilegiadas.

Contudo, muitos apontam que o processo físico demandava um grande espaço de tempo para aperfeiçoar seus atos, sendo essencialmente oneroso e que o advento do processo digital viria diminuir o tempo de execução de tarefas, e, por conseguinte, os custos, democratizando o acesso à Justiça.

Este pensamento vai de encontro com as lições de Almeida Filho:

Os que mais tem necessidade de acesso à Justiça, conforme a ONU se encontram excluídos digitalmente ou marginalizados pela falta de informação.

Aqueles que possuem acesso à Justiça terão condições de manejar o processo eletrônico. Quanto à população mais carente, não poderemos dizer o mesmo.¹⁴

¹⁴ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico* – a informatização judicial no Brasil. 5.ed., São Paulo: Forense.

A seara Trabalhista, como sabemos, tem mais uma peculiaridade que traz preocupação com o avanço da implantação do PJe-JT: as partes são autorizadas pelo legislador a litigar sem o acompanhamento de advogado, no exercício de *jus postulandi*.

Acontece que, apesar do permissivo legal, além das dificuldades de ordem técnico-jurídicas, considerando que as novas competências trazidas pela EC nº 45/2004 incrementaram o processo do trabalho, imprimindo maior complexidade aos feitos, o acesso ao Processo Eletrônico possui uma série de requisitos, que aparentemente tornam quase que impossível postulação e acompanhamento das ações, sem patrono.

Com a adoção do Processo Eletrônico, não temos dúvida de que grande parcela da população será excluída. Mas o mesmo ocorre em relação à arbitragem, já que nem todos têm condições de ter acesso a este meio alternativo de solução de litígios. Ocorre que, contudo, que esta exclusão, que é meramente digital não importará em uma exclusão em termos de conquista de cidadania (...)

(...) Desafogar o Judiciário e proporcionar processos mais ágeis implica, necessariamente, condições de acesso à população mais carente – as que talvez mais necessitem do apoio do Estado para dirimir seus conflitos.

Anteriormente, a parte sem advogado poderia entregar o seu pedido no setor respectivo na Justiça do Trabalho, onde seria cadastrada por servidor público, tendo sua petição recebida ou reduzida à termo para sorteio e distribuição em uma Vara competente, o que tornava mais viável o exercício do *jus postulandi*, pois era orientada por pessoa capacitada e ciente dos trâmites legais, apesar de que nas assentadas necessárias à instrução do feito, encontrar-se-ia sem a assistência de profissional.

344

Com o advento do processo eletrônico, tal procedimento foi mantido, contudo, é de se observar que se tornou muito mais complexo, uma vez que exige um conhecimento paralelo, mínimo, de informática e acesso à internet, o que diante da parcela da população que procura tradicionalmente o Poder Judiciário sem advogado, se transforma em um grande entrave para a garantia do direito do acesso à Justiça.

Para peticionamento eletrônico, a parte deve se cadastrar no programa respectivo (PJe-JT), mas antes de tudo, precisa ter certificação digital e alguns programas essenciais em seu computador.

Vale ressaltar que o cadastro pode ser realizado por servidor da Justiça do Trabalho, contudo a certificação digital continua sendo exigida.

A Medida Provisória n. 200-2/2001 instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), permitindo uso de certificado digital para dar autenticidade, integridade e validação jurídica de documentos virtuais, dando-lhes eficácia de escritura privada, portanto maior segurança.

Para emissão de certificado digital, faz-se necessário uma Autoridade Certificadora, a exemplo dos Correios, Caixa Econômica Federal e OAB (para advogados), que mediante o pagamento de taxa, vinculam a pessoa a uma chave pública, fornecendo certificado digital, que

nada mais é do que um documento assinado digitalmente com várias informações verificadas do emissor e titular.

Os debates atuais acerca de acesso pleno à justiça se traduzem na polêmica envolvendo o certificado digital, sob o argumento de que seria caro e eliminaria o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, nos Juizados Especiais e na ação de *Habeas Corpus*. Analisando sobre este prisma, parece-me que sim. A sensação que nos passa é que haverá uma exclusão.

Contudo, diante da política judiciária de implementar o processo eletrônico deverá provocar no Poder Judiciário a preocupação de manter à disposição das partes – e não apenas dos advogados – os meios inerentes à plena satisfação do acesso à justiça. Em que pese defendermos, sempre, a necessidade do certificado digital, em casos de *jus postulandi*, podemos pensar em uma nova concepção do processo eletrônico, a fim de garantir ao jurisdicionado a satisfação de seus direitos.¹⁵

O problema, contudo não é vencido apenas com o avanço da etapa da certificação digital.

Sabemos que o Brasil ainda é um país formado por avassaladora maioria de excluídos, ainda mais quando se trata de informática e seus sistemas, que apesar de instintiva para novas gerações, requerem muito mais elementos do que a mera alfabetização ou obtenção de renda.

Apenas para exemplificar o quanto pode ser complicado para alguém, que além de leigo em direito, tente manusear o sistema, depois de obtido o Certificado Digital, vamos observar os passos que o cidadão deve seguir para acesso ao PJe-JT, exercendo o *jus postulandi* legalmente garantido.

345

Para “facilitar” o acesso, o CJST elaborou diversos manuais, para todas as classes envolvidas, entre elas os cidadãos comuns que desejem manejar demandas.¹⁶

De sua leitura adaptada podem ser extraídos os seguintes passos, aqui enumerados por didática:

1. Obtenção de Certificado Digital;
2. Instalação do programa *Java Runtime Enviroment (JRE)* versão 1.6 ou superior;
3. Instalação do drive da leitora de cartão (*token*), que acompanha o produto;
4. Instalação do “*SafeSign*”, programa responsável pela administração do certificado digital;
5. Instalação da cadeia de certificação da ICP-Brasil, que poderá ser instalada a partir do site da Autoridade Certificadora que emitiu o certificado;

¹⁵ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico* – a informatização judicial no Brasil. 5.ed., São Paulo: Forense, 2015.

¹⁶ Disponível em https://pje.csjt.jus.br/manual/index.php/Manual_do_Cidad%E3o (acesso em julho de 2016)

6. Após os passos acima de preparação do computador para acesso ao sistema, a parte, em seu primeiro acesso ao PJe-JT, deve assinar um “Termo de Compromisso” de uso do sistema e as implicações legais.
7. Vencida esta etapa, é permitido o primeiro *login*.

É fácil observar que os requisitos do sistema e suas necessidades especiais vêm trazer um grande impacto no instituto do *jus postulandi*, uma vez que a parte seria obrigada a possuir o certificado digital, além de possuir um domínio considerável de informática e acesso à internet de qualidade.

Diante disso é curial repensar o instituto ou mesmo a forma de acesso ao PJe-JT para o cidadão sem patrono, sob pena de inviabilizar o seu acesso à Justiça, vez que o peticionamento físico ou presencial não é mais possível.

5 Considerações Finais

A constituição cidadã, dado o momento histórico de sua gestação, diante de um vasto período de liberdades mitigadas/extintas, tentou reforçar direitos e garantias ao indivíduo, em especial no seu art. 5º. Em seu inciso XXXV, encontramos a afirmação de que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, com a evidente intenção de exaltar o acesso à Justiça.

346

Apesar de valorizar a possibilidade indiscriminada de acesso ao Judiciário, ao enaltecer a figura do advogado como indispensável, o legislador constituinte acendeu a polêmica acerca do já estabelecido e consolidado direito de postular sem patrono (*jus postulandi*), que teve curial relevância na formação da Justiça Trabalhista ao longo da história recente do Direito Brasileiro.

É de suma importância verificar que um instituto nobre em sua essência, com o passar dos anos, considerando o avanço das normas de direito processual, apresenta hoje dificuldades e questionamentos acerca da sua eficácia.

A implantação de sistemas digitais em processos judiciais, indubitavelmente, contribui para a celeridade da tramitação dos autos, respeitando o princípio da razoável duração do processo, contudo pode significar restrição de acesso à população sem advogado, dada a dificuldade de manejo do sistema, exigindo requisitos de alto custo e manutenção.

Este simples e conciso estudo acerca da temática tratada não tem a ambição de esgotar a matéria ou mesmo sugerir a extinção do instituto do *jus postulandi*, tampouco desacelerar a implantação do PJe-JT.

Contudo é importante apontar a necessidade de transformação do sistema vigente, caso o objetivo dos Tribunais Superiores seja o de reforçar o uso dessa ferramenta, sem patrono, considerando, até mesmo, sua hipossuficiência para acesso técnico e custeio dos requisitos básicos exigidos pelo sistema.

Caminho possível seria a simplificação do acesso, até mesmo sem certificado digital, um dos elementos que encarece e torna mais complexo o ingresso de ações/defesas, na Justiça do Trabalho, em casos de *jus postulandi*.

Outra possibilidade que se vislumbra é a destinação de servidores para atendimento à população sem patrono, ao menos para reduzir a termo o pleito inicial, cadastrando a parte e distribuindo os autos, sem necessidade de que tais passos sejam vencidos sozinhos pelo cidadão, que muitas vezes não tem o conhecimento necessário, tampouco computadores e aparato técnico para acesso ao *software*.

Inexorável o avanço das tecnologias e a modernização dos feitos. O processo eletrônico é uma realidade e necessário para o futuro, considerando a escassez de recursos naturais e a economia financeira gerada, contudo essa revolução tecnológica não poderá olvidar ou excluir a população que mais necessita da tutela do Estado.

Referências

ADORNO JUNIOR; Helcio Luiz; SOARES, Marcele Carine dos Praseres. Processo Judicial Eletrônico, acesso à Justiça e inclusão digital: os desafios do uso da tecnologia na prestação jurisdicional. *Universitas*, Ano 6. Nº 11. Julho/Dezembro de 2013.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico** – a informatização judicial no Brasil. 5. ed., São Paulo: Forense, 2015.

CAIRO JUNIOR, José. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 241

LEITE BEZERRA, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: Saraiva.

MESQUITA SILVA, Marcelo. **Processo Judicial Eletrônico Nacional**. Campinas: Millenium. 2012

SOUTO MAIOR, J. L. **Honorários de advogado no processo do trabalho**: uma reviravolta imposta também pelo Novo Código Civil. Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, 2003, v. 15.

SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. disponível em www.tst.jus.br/sumulas (acesso em 12/8/2016)

INSTRUÇÃO NORMATIVA 27/2005 - Disponível em <http://www3.tst.jus.br/DGCJ/instrnorm/27.htm> (acesso em 12/8/2016).

IUJ TRT5. **Honorários advocatícios**. Disponível em <http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=uniformizacao> e https://pje.trt5.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/ListaProcessos.seam?numero_unic=0000478-23.2015.5.05.0000 (acesso em 13/8/2016)

PLC 33/2013 texto disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/112973> (acesso em 13/8/2016).

GUIA PJE PARA CEGOS, disponível https://www.trt3.jus.br/pje/download/Guia_Pratico_PJe_Cegos.pdf. (acesso em julho de 2016)

MANUAL DO CIDADÃO. PJE Disponível em https://pje.csjt.jus.br/manual/index.php/Manual_do_Cidad%E3o (acesso em julho de 2016)

A Inclusão das pessoas com deficiência intelectual – Síndrome de Down – no mercado de trabalho

Sheila Gomes dos Santos

Resumo: O presente artigo tem como tema “A inclusão das pessoas com deficiência intelectual – síndrome de Down – no mercado de trabalho”. Relatará a forma como as pessoas com deficiência intelectual eram vistas pela sociedade. Analisará a capacidade das pessoas com Síndrome de Down para o exercício de atos da vida civil sob a ótica civil-constitucional, bem como as leis protetivas que lhes são aplicáveis. Versará sobre a efetivação dos direitos das pessoas com Down, inserção no mercado de trabalho, formas de acesso, considerando a validade do poder de decisão, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: deficiência intelectual, síndrome de Down, inclusão, capacidade civil, trabalho, princípio da dignidade da pessoa humana.

Abstract: This article has as its theme “The inclusion of people with intellectual disability - Down syndrome - in the labor market.” Report the way people with intellectual disabilities were seen by society. Examine the ability of people with Down syndrome to exercise acts of civil life under the civil and constitutional point of view, as well as the protective laws that apply to them. Will focus on the implementation of the rights of people with Down, insertion in the labor market, forms of access, considering the validity of the power of decision, the principles of equality and human dignity.

Keywords: intellectual disability, Down syndrome, inclusion, legal capacity, work, principle of human dignity.

348

Introdução

As pessoas com Síndrome de Down têm direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Não obstante isso, percebe-se que as medidas adotadas para efetivar tais direitos não são ainda suficientes para promover a sua inclusão social, e, por conseguinte, no mercado de trabalho.

Sabe-se que o exercício de uma atividade laboral contribui para a socialização, além de conferir dignidade aos que trabalham. A lei prevê reserva de vagas, cotas, nos setores privados e públicos para os que possuem algum tipo de deficiência. Todavia, a existência de ações afirmativas é incipiente no tocante aos que têm deficiência intelectual.

Este artigo busca identificar os motivos pelos quais a atuação positiva do Estado, por meio dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, não está gerando um saldo positivo para a sociedade, tendo em vista que a presença dos beneficiados diretos dessas ações como trabalhadores ativos é praticamente imperceptível.

O assunto em tela será analisado sob a ótica civil-constitucional, considerando-se, também princípios do Direito do Trabalho, atentando para o que dispõem a doutrina, a legislação e a jurisprudência sobre a questão. Ademais, buscará estabelecer um vínculo entre o direito à proteção, à igualdade e ao acesso, bem como tentará apresentar soluções que contribuam para o enfrentamento dos obstáculos na socialização.

Outrossim, verificará as implicações das mudanças causadas pela Lei 13.416, de 6 de julho de 2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, no que se refere à capacidade jurídica das pessoas com trissomia 21 para o exercício pessoal de atos da vida civil, reconhecendo seu poder de decisão e dando realce ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, haverá um breve resumo sobre o caminho percorrido para a construção dos direitos das pessoas com Down, o que acaba representando os motivos pelos quais elas precisam de proteção. Após isso, tratar-se-á da autonomia conferida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. E, da efetivação dos direitos garantidos pela legislação nacional e internacional.

1 Construção dos direitos das pessoas com Síndrome de Down

1.1 Por que as pessoas com Síndrome de Down precisam de proteção?

Os transtornos mentais na idade Média, segundo Sá e Moureira (2011, pp. 44-59), eram considerados possessões demoníacas, os doentes não tinham autonomia nenhuma até o início do XVIII, quando surgiram métodos terapêuticos com enfoque racional e humano do controle das enfermidades mentais. O médico francês Phillippe Pinel (1759-1826) e o italiano Vincenzo Chiarugi (1759-1820) iniciaram a humanização do tratamento, a loucura passou a ser vista como transtorno mental.

Ainda de acordo com Sá e Moureira (2011, p. 63-72), no século XIX, houve desenvolvimento da psiquiatria, ciência médica capaz de interferir na moralidade social da época. Sigmund Freud apresentou, no século XX, uma nova definição aos transtornos mentais, os pacientes eram reconhecidos como pessoas detentoras de dignidade e direitos. No século XXI, o uso de remédios e as intervenções médicas promoveram a reinserção do indivíduo no convívio social. Os pacientes eram informados sobre o tratamento a que seriam submetidos, as empresas que exploravam a psicofarmacologia aumentaram o poder econômico. Houve aumento da liberdade de pesquisa e do respeito à dignidade do sujeito.

No Brasil, a Lei 2.312 de 1954 previu normas gerais sobre Defesa e Proteção da Saúde, estabelecendo o atendimento extra-hospitalar. Na década de 60, falava-se na efetivação de atendimentos ambulatoriais. Nesse período surgiu o Código Nacional de Saúde, Decreto 49.974-A/61.

Ribeiro (2006, p. 23) afirma que a partir dos anos oitenta há um avanço qualitativo no trato internacional sobre o tema, especialmente pelas Nações Unidas e suas agências, a Organização Internacional do Trabalho e a Organização Mundial de Saúde, despertando as pessoas com deficiência para uma reivindicação mais vigorosa de seu papel de cidadão, em igualdade de condições com seus pares.

Em 2001, surgiu a Lei 10.216 que trata sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental no Brasil. A segregação do doente do meio social, profissional e familiar somente deve ocorrer em situações específicas. Em relação à internação psiquiátrica, a referida lei estabelece três hipóteses de internação, voluntária, involuntária e judicial. Confira-se:

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I – internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II – internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III – internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Ressalte-se que na internação involuntária inexistente discernimento do paciente, faz-se necessária a interdição dele com a nomeação curador, nos termos dos artigos 1767 e seguintes do Código Civil de 2002, ressaltando que o instituto da interdição foi modificado pela Lei 13.416 de 2015. A compulsória ocorre por ordem judicial que determina a aplicação de medida de segurança nos moldes do Direito Penal e Processual Penal.

Fávero (2007, p. 34) aponta que diferentemente dos transtornos mentais acima referidos, que são causados por dependência química, estados de depressão, de mania ou de ansiedade exagerada, motivados por fatores genéticos, decorrentes da própria personalidade, estresses, perdas, frustrações, existe a deficiência mental que não implica necessariamente na existência de um transtorno mental, pois este se caracteriza como uma alteração no funcionamento da mente que prejudica o convívio social, familiar, pessoal. Segundo a referida autora, na deficiência mental a capacidade intelectual é diminuída por problemas genéticos ou por ausência de estimulação. A falta de compreensão das coisas pode ser compensada pela estimulação adequada e convivência social.

O art. 5º, §1º, I, do Decreto n. 5.296/2004, que regulamenta as Leis 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, considera como pessoa portadora de deficiência, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas categorias de deficiência física, auditiva, visual, mental e múltipla.

De acordo com informação obtida no site <http://www.plenamente.com.br/Deficiencia-mental-e-sindrome-de-down>, texto de Silvia P. Ruschely e Maria Alice Fontes

A Síndrome de Down é uma alteração genética que ocorre em média em 1 a cada 800 nascimentos, e cuja incidência aumenta com o avanço da idade da mãe. Seus portadores possuem DM, de leve a moderada, além de alguns problemas clínicos como cardiopatias, hipotonia muscular (flacidez ou “bebê mole”), problemas auditivos e visuais, distúrbios da tireoide, neuropatias, obesidade e envelhecimento precoce. O termo Síndrome de Down foi referido pela primeira vez em 1961; até então era denominado mongolismo pela semelhança na expressão facial de seus portadores e as pessoas nascidas na Mongólia. No entanto, o termo mongolóide tornou-se pejorativo e foi excluído do meio científico.

No site <http://drauziovarela.com.br>, há informação de que as alterações provocadas pelo excesso de material genético no cromossomo 21 determinam as características típicas da síndrome down, ou trissomia do cromossomo 21: a) olhos oblíquos semelhantes aos dos orientais, rosto arredondado, mãos menores com dedos mais curtos, prega palmar única e orelhas pequenas; b) hipotonia: diminuição do tônus muscular responsável pela língua protusa, dificuldades motoras, atraso na articulação da fala e, em 50% dos casos, por cardiopatias; c) comprometimento intelectual e, conseqüentemente, aprendizagem mais lenta.

O artigo 4º do **Decreto nº 3.298**, de 20 de dezembro de 1999, considera pessoa com deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: física, auditiva, visual, mental e múltipla. A mental seria o funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: comunicação, cuidado pessoal, habilidades sociais, utilização da comunidade, saúde e segurança, habilidades acadêmicas, lazer e trabalho.

De acordo com Cezar (2012, p. 66-67), em 1995 o termo deficiência mental foi modificado para deficiência intelectual, termo consagrado pelo documento “Declaração de Montreal sobre Deficiência Intelectual” em 2004, em evento realizado pela OMS e pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS).

1.2 Alteração na Teoria das Incapacidades – aumento da autonomia das pessoas com deficiência intelectual

351

A divisão da história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência de Flávia Piovesan (2009, p. 303-304) sintetiza bem as dificuldades enfrentadas em razão das diferenças biológicas e/ou físicas. A autora a dividiu em quatro fases:

- a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que a deficiência simbolizava impureza, pecado, ou mesmo, castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma “doença a ser curada”, sendo o foco centrado no indivíduo “portador da enfermidade”; e d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculo e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos.

Destarte, percebe-se que a enfermidade foi colocada em segundo plano, o homem passou a ser mais importante do que a doença que existia em seu corpo. A inércia do Estado não é mais aceita, exige-se uma atitude positiva na eliminação de obstáculos na vida das pessoas com deficiência que deixaram de ser vistas como coisa. Todas as pessoas têm direitos, os quais são representados pela capacidade jurídica para realizar os atos do dia-a-dia como compra e venda, postulação perante o Poder Judiciário, condutas a serem realizadas tanto pelos que possuem capacidade plena, quanto por aqueles que têm essa capacidade reduzida em razão da idade ou de fatores biológicos.

Weber (2013, p.91) diz que

[...] todas as pessoas são portadoras de direitos e deveres. Dessa forma, são fundamentalmente iguais. Isso significa dizer que o homem vale como homem e não porque é judeu, católico, protestante ou italiano. A forma ou expressão mais elementar e universal do direito moderno é a “pessoa de direito”, noção que implica a capacidade legal igual de todas as pessoas, isto é, a competência para a titularidade de direitos. Qualquer pessoa é “sujeito” e tem, desse modo, o direito de não ser tratada como coisa.

Frise-se que a teoria das incapacidades estabelece diferentes graus de ausência de capacidade que causa restrições ao exercício de direitos, limitações que incidem apenas sobre a capacidade de fato, poder de exercê-los pessoalmente, e não sobre a de direito que decorre do nascimento com vida e não pode sofrer restrição, sob pena de um comprometimento de sua dignidade.

A maneira que o direito tratou de proteger aqueles que não têm aptidão para exercer por si os atos da vida civil por não possuírem discernimento foi torná-los incapazes judicialmente através de sentença proferida em ação específica de interdição ou curatela dos interditos, com procedimento especial de jurisdição voluntária, o que lhes garante algumas medidas protetivas, dentre as quais se cita o fato de ninguém poder reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga (art. 181, Código Civil).

352

No direito romano pré-clássico, a tutela e a curatela eram institutos que serviam de proteção ao patrimônio dos futuros herdeiros dos incapazes, visão modificada a partir dos movimentos humanistas, individualistas e racionalistas da Modernidade, nos quais o homem passou a ser tratado como cidadão e sujeito de direito. Tal alteração no direito civil brasileiro ocorreu em razão de o nosso ordenamento jurídico ser um sistema aberto de regras e princípios que possibilita que as normas constitucionais captem as mudanças da realidade, verificando o que significa verdade e justiça no momento de sua aplicação.

Assim, corroborando a assertiva de que o direito civil tem como foco a pessoa e não apenas seu patrimônio, Lobo (2010, p.16) certifica que

O foco predominante no direito civil contemporâneo é a pessoa, a partir da relevância que se passou a atribuir à realização da dignidade da pessoa humana, como valor essencial, que no Brasil se elevou a princípio constitucional fundamental, com o advento da Constituição Federal de 1988 (principalmente, art. 1º, III). Esse giro paradigmático rompeu a tradição de três séculos de concepção do direito civil como ordem de proteção do patrimônio ou da propriedade individual, segundo a ideologia triunfante do individualismo jurídico burguês ou liberal. O patrimonialismo marcante do direito civil, expressado na legislação e na doutrina, afastou de sua órbita as relações de caráter privado que não tivessem expressão pecuniária ou econômica, a exemplo dos direitos da personalidade, que apenas receberam tutela legislativa com a CF de 1988 e com o CC de 2002. Para o direito civil atual, o patrimônio está a serviço da pessoa e não esta a serviço daquele.

Dessa forma, verifica-se que a visão nitidamente patrimonialista do direito civil perde espaço para um direito em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, voltado para a proteção da pessoa e não discriminação ou estigma dos que não podem administrar seus bens. Ademais, mesmo os incapazes possuem a capacidade de direito e não podem ser abandonados pelo Estado ou familiares por não terem benefício econômico a oferecer.

Em 2 de janeiro de 2016, entrou em vigor no Brasil a Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Essa lei permitiu as pessoas com Síndrome de Down maior autonomia para o exercício dos atos da vida civil. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, com base nos princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação, deixa claro o dever do Estado, da sociedade e da família de garantir a elas o direito à educação, à profissionalização e ao trabalho. Eis o teor de alguns de seus dispositivos que tratam sobre a autonomia para o exercício dos atos da vida civil e de garantias constitucionais:

Art. 6º **A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:**

I – casar-se e constituir união estável;

II – exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

353

IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Houve alteração das hipóteses de falta de capacidade jurídica plena. Antes o Código Civil brasileiro consignava em seus artigos 3º e 4º que:

Art. 3º São **absolutamente** incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

II – os que, por enfermidade ou **deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;**

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São **incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:**

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e **os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;**

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Hoje, os artigos do Código Civil que tratam sobre a incapacidade para o exercício dos atos da vida civil, modificados pela Lei 13.146, de 2015, não apresentam em suas alíneas as pessoas que possuem deficiência mental/intelectual, dentre as quais estão as com trissomia 21. Confira-se:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Com efeito, sabe-se que não se pode confundir a incapacidade para o exercício dos atos da vida civil com a incapacidade para o trabalho, a primeira tem como consequência a interdição (tutela ou curatela), a segunda a aposentadoria por invalidez.

Contudo, dissociar o conceito de deficiência do de incapacidade pode contribuir para inclusão das pessoas com deficiência, os estímulos a que elas são submetidas influenciam em seu desenvolvimento, fazendo com que possam resolver questões do dia a dia, seja no trabalho, na escola ou até mesmo em um relacionamento afetivo.

As alterações legislativas evidenciam um tratamento mais humanizado das pessoas com Síndrome de Down, o novo processo de interdição demonstra um maior respeito ao princípio

da dignidade da pessoa humana. Ao proferir a sentença de interdição o juízo considerará o desenvolvimento mental do interdito, cada ser humano é visto individualmente, o fato de ter trissomia 21 não lhe retira a capacidade plena. Esse novo dever é visto no Código de Processo Civil que estabelece:

Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:

I – nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;

II – considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências”.

A incapacidade dos portadores de síndrome de down deve ser analisada conforme o caso concreto, considerando o estado de cada pessoa, seu nível de desenvolvimento, que depende dos estímulos externos a que foram e são submetidos.

Dessa forma, haverá uma adequação aos ditamos do princípio da dignidade da pessoa humana, respeitando-se a individualidade e os anseios dos portadores da referida síndrome, reconhecendo a capacidade de resolver questões do dia-a-dia, trabalhar e constituir família. Ressalte-se que impedir a efetivação da autonomia da pessoa portadora da aludida síndrome afronta a sua dignidade.

A coisificação da pessoa com deficiência intelectual perde força, o fato de ter autonomia reconhecida para tomar algumas decisões, participar da vida social, estudar, realizar cursos de habilitação profissional, desempenhar um trabalho remunerado, em atividades evidentemente compatíveis com as limitações impostas pela trissomia 21, faz com que seja vista realmente como pessoa, ser humano que possui vontade.

355

2 Efetivação dos direitos das pessoas com Síndrome de Down — inserção no mercado de trabalho

2.1. Formas de proteção

A Declaração de Direitos do Deficiente Mental aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 20 de dezembro de 1971, apresenta os seguintes direitos fundamentais da pessoa com deficiência mental: direito ao tratamento isonômico, à educação e à capacitação profissional, ao atendimento médico especializado, à reabilitação, a exercer uma atividade produtiva, a viver em família, a ser protegida contra explorações, abusos ou tratamentos degradantes e a ser assistida em processos judiciais.

De igual forma, o texto constitucional de 1988 possui normas que garantem direitos aos que possuem limitações físicas e/ou intelectuais. O direito ao tratamento isonômico é previsto nos artigos adiante:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Da análise das normas supramencionadas, observa-se a proibição de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, não se permitindo a diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

356

Não obstante isso, importante atentar para o fato de que a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência são legítimas por promoverem, além da isonomia formal, veiculada pela expressão “todos são iguais perante a lei”, a igualdade substancial, material entre as pessoas, em que se considera a existência de um dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais.

Salert (2015, p. 575) afirma que

[...] no Brasil o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: (a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigações de tratamento diferenciado com vistas à compensação e uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural.

A Constituição Federal, com o objetivo de compensar a desigualdade fática, prevê norma de política de ação afirmativa ao estabelecer que a lei reservará vagas em cargos e empregos públicos aos portadores de deficiência. Eis o teor do dispositivo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência

e, também, ao seguinte:

[...]

VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

De igual forma, a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, estabelece cotas para deficientes e pessoas com deficiência:

Art. 93 – a empresa com 100 ou mais empregados está obrigada a preencher de dois a cinco por cento dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

até 200 empregados.....	2%
de 201 a 500 empregados.....	3%
de 501 a 1000 empregados	4%
de 1001 empregados em diante	5%

§ 1º A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final do contrato por prazo determinado de mais de 90 dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social.

§ 2º Ao Ministério do Trabalho e Emprego incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados.

§3º Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Além dos dispositivos acima transcritos, a Carta Magna estabelece no §2º do art. 5º que

[...] Os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, assim não há um rol exaustivo de direitos.

Dentre os instrumentos internacionais, promulgados pelo Brasil, que fundamentam parâmetros protetivos mínimos no que se refere aos direitos das pessoas com deficiência, tem-se a Convenção 159/83 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada pelo Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991, determina que cada país membro formule e aplique uma política nacional sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes que deve ser fundamentada no princípio da igualdade de oportunidades entre trabalhadores portadores de deficiência e trabalhadores em geral. Recomenda ações afirmativas e a participação da sociedade civil no desenvolvimento/aplicação de políticas públicas.

A Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1999, promulgada pelo Decreto 3.956, de 8 de outubro de 2001, inova ao reconhecer que o meio ambiente econômico e social pode ser causa ou fato de agravamento da deficiência.

Daí, portanto, a importância de garantir aos portadores de deficiência o exercício de atividades essenciais da vida diária, promovendo a integração social e o seu desenvolvimento pessoal.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada pela ONU em 2006, e seu respectivo Protocolo Facultativo foram ratificados pelo Congresso Nacional em 09/07/2008 pelo decreto legislativo nº 186/2008, afirma que as pessoas com deficiência devem ter a oportunidade de participar ativamente dos processos decisórios relacionados a políticas e programas que as afetem. Os Estados estão obrigados a consultar as pessoas com deficiência, por meio de seus representantes e organizações, quando da elaboração e implementação de leis e medidas para princípios inspiradores desta Convenção.

Portanto, vê-se que a finalidade dos aludidos instrumentos internacionais é promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, demandando dos Estados-partes medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para implementação dos direitos neles previstos.

2.2 Direito ao Trabalho

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, que Bonavides (2015, p. 592-593) afirma ser “o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano”, dispõe no art. XXII que “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

A Carta Magna prevê no art. 6º o trabalho como um direito fundamental social. Os direitos sociais são as liberdades positivas, que objetivam implementar efetivamente a igualdade social, fundamento do Estado brasileiro.

Na antiguidade, o labor aparece relacionado à escravidão, as tarefas penosas eram realizadas pelos escravos. Posteriormente, apesar de serem livres e receberem pelos serviços prestados, o tratamento degradante a que eram submetidos os trabalhadores evidenciou a necessidade de um Direito que garantisse a proteção desse grupo, com a regulamentação das relações de trabalho e o reconhecimento de princípios aplicáveis a esse Direito, sendo um dos mais importantes o da proteção.

Plá Rodriguez (2015, p. 107) entende que esse princípio se expressa sob três formas distintas:

a) regra *in dubio, pro operário*. Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador;

b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que seja a que não corresponde aos critérios clássicos de hierarquia das normas; e

c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador.

Cassar (2010, p. 5) define o Direito do Trabalho acima mencionado como

[...] um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Também recheado de normas destinadas aos sindicatos e associações representativas; à atenuação e forma de solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, existentes entre capital e trabalho; à estabilização da economia social e à melhoria da condição social de todos os relacionados.

359

Diante de todas as garantias do ordenamento jurídico, pode-se afirmar que atualmente o trabalho e a dignidade andam juntos, por esse motivo é importante garantir as pessoas com deficiência o exercício de atividade laborativa, que proporciona a aquisição de bens materiais, a realização de viagens, tratamentos de saúde, lazer, estética, aumenta a autoestima, representa autonomia em assumir e cumprir compromissos sociais e financeiros, faz com que o homem se sinta útil e feliz.

Salert (2015, p. 259) assevera que

[...] quando se fala em direito à dignidade, se está em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.

As pessoas com Síndrome de Down têm direito ao respeito a sua dignidade, bem como à colocação no mercado de trabalho, através de contratação, com todos os direitos trabalhistas e previdenciários garantidos, mesmo que sejam necessários auxílios como orientação, supervisão, jornada variável, horário flexível, proporcionalidade de salário, ambiente de trabalho adequado às suas especificidades, apoio de ledores, entre outros destinados a compensar dificuldades de mobilidade e de comunicação. Além da promoção do trabalho por conta própria, como trabalhador autônomo, através de cooperativas ou regime de economia familiar, com vista à emancipação econômica e pessoal.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência pautado nos princípios constitucionais estabelece o direito ao trabalho, uma das formas mais agregadoras do ser humano, pois garante convívio social e, ainda que exercido sem contato com o público ou participação em equipes ou turmas, torna necessário a comercialização, produção, estabelecimento e cumprimento de metas, conversas, estudos de mercado, condutas que permitem, portanto, uma integração na sociedade. Os artigos 34 e seguintes desse Estatuto versam sobre o tema:

Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos.

§ 2º A pessoa com deficiência tem direito, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, a condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo igual remuneração por trabalho de igual valor.

§ 3º É vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena.

§ 4º A pessoa com deficiência tem direito à participação e ao acesso a cursos, treinamentos, educação continuada, planos de carreira, promoções, bonificações e incentivos profissionais oferecidos pelo empregador, em igualdade de oportunidades com os demais empregados.

§ 5º É garantida aos trabalhadores com deficiência acessibilidade em cursos de formação e de capacitação.

Art. 35. É finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho.

Parágrafo único. Os programas de estímulo ao empreendedorismo e ao trabalho autônomo, incluídos o cooperativismo e o associativismo, devem prever a participação da pessoa com deficiência e a disponibilização de linhas de crédito, quando necessárias.

A efetivação dos direitos das pessoas com deficiência depende de ações do Estado, da sociedade e da família, pois não adianta previsão de cotas no setor público ou privado, se não houver prévia inclusão social, por meio da frequência a aulas na rede regular de ensino, facilitando a integração, e de cursos de habilitação profissional. No tocante ao assunto de habilitação profissional e inclusão, citam-se os artigos do Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Art. 36. O poder público deve implementar serviços e programas completos de habilitação profissional e de reabilitação profissional para que a pessoa com deficiência possa ingressar, continuar ou retornar ao campo do trabalho, respeitados sua livre escolha, sua vocação e seu interesse. (...)

Art. 37. Constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho.

Parágrafo único. A colocação competitiva da pessoa com deficiência pode ocorrer por meio de trabalho com apoio, observadas as seguintes diretrizes:

I – prioridade no atendimento à pessoa com deficiência com maior dificuldade de inserção no campo de trabalho;

II – provisão de suportes individualizados que atendam a necessidades específicas da pessoa com deficiência, inclusive a disponibilização de recursos de tecnologia assistiva, de agente facilitador e de apoio no ambiente de trabalho;

III – respeito ao perfil vocacional e ao interesse da pessoa com deficiência apoiada;

IV – oferta de aconselhamento e de apoio aos empregadores, com vistas à definição de estratégias de inclusão e de superação de barreiras, inclusive atitudinais;

V – realização de avaliações periódicas;

VI – articulação intersetorial das políticas públicas;

VII – possibilidade de participação de organizações da sociedade civil.

361

Barroso (2015, p. 256) aduz que

[...] a efetividade da Constituição há de assentar-se sobre alguns pressupostos indispensáveis. Como foi referido, é preciso que haja, da parte do constituinte, senso de realidade, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. Ademais, deverá ele atuar com boa técnica legislativa, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos, assim como os bens jurídicos protegidos e as condutas exigíveis. Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público vontade política, a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais. E, por fim, é indispensável o consciente exercício da cidadania, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais.

Na Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência, elaborada por Oliveira (p.18-19), consta que a participação dos trabalhadores com deficiência no mercado de trabalho, em 2010, era baixa quando comparada à das pessoas sem deficiência. Do total de 86,4 milhões de pessoas, de 10 ou mais anos, ocupadas, 20,4 milhões eram pessoas com deficiência, 23,6% do total. Em 2010, havia 44.073.377 pessoas com pelos menos uma deficiência em idade ativa, mas 23,7 milhões não estavam ocupadas. A deficiência mental ou intelectual exerceu maior impacto negativo no nível de ocupação, tanto para homens como para as mulheres.

O Superior Tribunal de Justiça já iniciou o processo de inclusão das pessoas com Síndrome de Down, em 17 de setembro de 2015 contratou 11 pessoas com Down, segue notícia do site <http://www.stj.jusbrasil.com.br>:

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) lançou nesta quinta-feira (17) a *Ação Síndrome de Down*, dentro de seu *Programa Semear Inclusão*. O evento foi marcado pelo ato que oficializou a contratação de 11 pessoas com síndrome de Down para trabalhar no Laboratório de Conservação e Restauração de Documentos (Lacor) do tribunal e em gabinetes de ministros.

No evento também foi firmada parceria entre o tribunal e a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais do Distrito Federal (Apae/DF) para colocar em prática ações de inclusão no mercado de trabalho.

Ao falar na abertura da cerimônia, a vice-presidente do STJ, ministra Laurita Vaz, exaltou o desempenho do senador Romário Faria na luta pela inclusão das pessoas com deficiência. “Desde que deixou os campos de futebol para se dedicar à política no Legislativo, tem revelado o mesmo brilhantismo de outrora. Minhas sinceras homenagens a este homem que nos fez feliz no esporte e agora no meio político”, declarou.

Mais importante

A ministra Nancy Andrichi, que está à frente do plano de inclusão de pessoas com síndrome de Down nos quadros de prestadores de serviços do STJ, saudou os novos contratados. “Eles vão cuidar da parte mais importante desta corte, os nossos livros”, afirmou, referindo-se aos serviços de conservação e higienização dos acervos a cargo do Lacor.

362

Segundo Andrichi, a sociedade ainda não acolhe como deveria esse segmento da população. “Com a chegada da Lei Brasileira de Inclusão, vivemos um momento muito especial neste país, pois ela oferece às pessoas com deficiência a oportunidade de exercer seus direitos sociais e também reconhece que é dever da sociedade se preparar para recebê-los com alegria, respeito e dignidade”, disse a ministra.

Vida plena

O senador Romário Faria, que tem uma filha com Down, foi o relator no Senado Federal da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (**Lei 13.146**, de 6 de julho de 2015).

Ele acredita que o trabalho representa a conquista de uma vida plena, reforça a autoestima e possibilita maior autonomia. “As pessoas com Down são capazes de contribuir para a sociedade, e o meu sonho é que quando minha filha crescer, possa escolher uma profissão e trabalhar, assim como a partir de hoje muitos farão aqui no tribunal”, afirmou o senador.

Participaram ainda do evento os ministros do STJ Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro e o ministro do Superior Tribunal Militar (STM) José Barros Filho.

Do exposto, vislumbra-se que o ordenamento jurídico favorece a inclusão das pessoas com Síndrome de Down no mercado de trabalho.

A evolução do processo de proteção e efetivação de seus direitos resta clara, pois além das normas constitucionais que garantem o respeito aos princípios da democracia, da igualdade, bem como da dignidade da pessoa humana, existem várias normas internacionais de proteção e legislação infraconstitucional que aliadas a uma interpretação que busca analisar as leis em confronto com os fatos do mundo real contribuem para esse quadro de desenvolvimento.

Contudo, faz-se necessário que elas sejam aptas a exercer a autonomia lhes conferida, o que depende de uma atitude positiva do Estado, da sociedade e da família.

Registre-se que no decorrer deste artigo vislumbra-se uma ligação entre o direito à proteção, à igualdade e ao acesso, relação que será melhor especificada adiante.

2.3 O direito à proteção se identifica com o direito à igualdade que tem relação com o direito ao acesso.

Conforme visto, resta claro que o direito à igualdade no sentido de igualdade material e não formal só será possível se as desigualdades físicas, biológicas, sociais e históricas forem consideradas. Este apresenta-se ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, direito inerente aos homens.

363 As ações afirmativas têm como objetivo promover essa igualdade, baseada na justiça, na ética e na democracia. O ordenamento jurídico brasileiro e as normas internacionais estabelecem diversas formas de garantias assecuratórias as pessoas com deficiência. Dentre essas medidas, como vislumbrado está a reserva de cotas em empresas privadas e em concursos no setor público.

Dessa forma, as pessoas com trissomia 21 têm asseguradas pelo menos um pequeno espaço no mercado de trabalho. As empresas privadas têm obrigação de cumprir a meta firmada em lei, sob pena de multa estabelecida pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Portanto, a conquista desse direito só foi possível por meio de lei, com a previsão de sanções no caso de descumprimento, o que fortifica a assertiva de que a sociedade, por si só, não é capaz ainda de promover essa inclusão, clarificando o fato de que as pessoas com Síndrome de Down precisam de uma proteção efetiva, atitudes, ações, movimentos. A inércia da família e do Estado os prejudica bastante. Eles precisam de um estímulo para prosseguir. Já fora mencionado por diversas vezes, a necessidade de acompanhamento por uma equipe multidisciplinar de profissionais, para que eles desenvolvam suas habilidades motoras e psíquicas.

Além disso, um ato de extrema importância é o acesso à educação inclusiva, educação na rede regular de ensino, desde os primeiros anos de vida. Esse contato servirá como um curso de aprendizagem para o futuro no mercado de trabalho, as crianças desde cedo terão contato social, estímulos para o desenvolvimento.

Com efeito, percebe-se que os direitos se encontram “misturados”, um não será evidenciado se o outro não estiver ligado a ele, por esse motivo o direito à proteção se identifica com o direito à igualdade que por consequência se identifica com o direito ao acesso.

Atualmente, essa junção não se evidencia, não está gerando frutos saudáveis, pois dificilmente percebe-se a presença de pessoas com deficiência intelectual no mercado de trabalho, isso pode ser atribuído a falta de qualificação profissional, pois não há como empregar pessoas que não tiveram um mínimo de oportunidade para se qualificar.

Considerações finais

As novidades trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência representam um inegável avanço para a efetivação dos direitos das pessoas com Down, o fato de não serem mais consideradas incapazes, nos termos do Código Civil, lhes confere autonomia e por consequência dignidade, pois passam a ter vontade válida.

Note-se que defender a autonomia dos portadores de Síndrome de Down para a prática de certos atos da vida civil não implica na defesa de que quaisquer deles podem assumir responsabilidades sem ingerência de um responsável legal, mas sim que podem exercer sua vontade, sendo assistidos, quando necessário.

A Justiça a partir de agora não poderá mais considerá-los incapazes sem antes ouvi-los, sem identificar o estágio de desenvolvimento de cada um, o indivíduo é considerado como pessoa única, com suas especificidades.

364

Outrossim, na busca pela valorização da autonomia dos indivíduos, percebe-se a importância da atuação do Poder Legislativo, ao elaborar normas que atendam às necessidades das pessoas com deficiência, do Poder Executivo, responsável pela elaboração de programas para efetivar as previsões legais, e do Poder Judiciário, que assume uma postura ativa no ordenamento jurídico ao acompanhar a evolução normativa e contribuir para a efetivação dos direitos constitucionais. Cumpre destacar o papel da família e da sociedade no desenvolvimento de trabalhos e projetos inclusivos dos portadores da Síndrome de Down, evitando atitudes preconceituosas.

Não se pode olvidar que os avanços legislativos não acarretarão mudanças práticas, se não houver uma ação efetiva da sociedade, um trabalho integrado em busca da inclusão social não só das pessoas com Down, mas de todos os que possuem algum tipo de limitação.

Essa inclusão social poderá ocorrer através de políticas públicas pautadas em ações afirmativas, assim como fizeram com a reserva de cotas nas universidades para negros, pardos e/ou estudantes de escolas públicas, reserva de vagas para os portadores de deficiência na Administração Pública, por meio de concurso público, e na iniciativa privada, conforme se vê na Lei 8.213 de 1991.

Não obstante isso, ações afirmativas não serão úteis, se não houver a prévia formação do indivíduo desde a infância. As pessoas com Down, assim como todas as crianças e adolescentes, precisam de proteção, de educação e atenção, enfim cuidados, isso não as diferencia das demais que não possuem a trissomia 21.

A educação é necessária para prepará-las para o enfrentamento da vida adulta, evidentemente com o respeito às limitações que ainda não podem ser ultrapassadas em razão das difi-

culdades causadas pelo excesso de cromossomos, chamado por muitos movimentos sociais de cromossomo do amor.

A reserva de vagas em escolas regulares de ensino pode ser o início de um caminho para a efetiva inclusão social, que começaria a ocorrer desde os primeiros anos de vida.

Nossos legisladores deveriam pensar em criar cotas para pessoas com Síndrome de Down em escolas públicas e privadas, isso sem onerar os pais, que não deveriam arcar com despesas extras na contratação de um professor a mais na sala de aula, ou de aulas particulares. As escolas deveriam ser dotadas de uma equipe multidisciplinar formada por psicólogos, pedagogos que auxiliassem na integração das crianças e adolescentes e ajudassem a derrubar barreiras de convivência. Tal ação afirmativa teria como base o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal.

O país precisa evoluir bastante nas áreas de saúde, assistência e educação, considerando que para que ocorra a inclusão no mercado de trabalho, será preciso, além de uma escola que receba as crianças e adolescentes, e até mesmo jovens e adultos com deficiência intelectual, professores qualificados, que saibam lidar com a situação, e prestação de assistência médica e psicológica adequadas, com a presença fonoaudiólogo, nutricionista, fisioterapeuta, psicólogos, inclusive para os familiares.

Outra questão importante é a acessibilidade, pois muitos prédios públicos não são acessíveis aos deficientes, a Administração Pública e as empresas privadas precisam saber recebê-los de forma adequada.

Portanto, o problema não se resolveria apenas com a reserva de vagas prevista em lei para o trabalho, mas também com a reserva de vagas na rede regular de ensino pública e privada, o que permitiria a qualificação inicial para posteriores cursos de habilitação e reabilitação necessários para o exercício de atividades laborativas.

Frise-se que, conforme mencionado anteriormente, evidencia-se que o direito à proteção está relacionado ao direito à igualdade e ao acesso, sem a atuação conjunta desses não será possível alcançar o máximo da efetividade dos princípios constitucionais.

Vale sublinhar, por fim, que considerando a narrativa do início deste artigo até agora, verifica-se que os que possuem trissomia 21 ganharam respeito, porém ainda dependem de muita cooperação da sociedade para ter realmente todos os seus direitos efetivados, inclusive o direito ao trabalho nitidamente relacionado à dignidade.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5., ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

CEZAR, Katia Regina. **Pessoas com Deficiência Intelectual: inclusão trabalhista: lei de cotas**. São Paulo: LTr, 2012.

- FÁVERO, Eugênia. **Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA, 2004.
- FONTES, Maria Alice; Ruschel, Silvia P. **Deficiência mental e Síndrome de Down**. Disponível em: <http://www.plenamente.com.br>. Acesso em 1º de junho de 2016.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Luiza Maria Borges. **Cartilha do Censo 2010 – Pessoa com Deficiência**. Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD)/Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência. Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Manual de Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Verbatim, 2010.
- SÁ, Maria de Fátima Freide de; MOUREIRA, Diogo Luna. **A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- STJ, **notícia sobre inclusão de deficientes físicos**. <http://www.stj.jusbrasil.com.br> Acesso em 30 de junho de 2016.
- VARELLA, Draúzio. **Síndrome de down**. Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/crianca-2/sindrome-de-down/>
- WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito**: autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013.

Eficácia dos direitos fundamentais sociais e das liberdades sociais

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale¹

Resumo: Este trabalho analisa a eficácia dos direitos fundamentais sociais, bem assim as liberdades sociais, desmistificando a ideia segundo a qual somente aqueles são vinculados ao princípio da reserva do possível.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais; eficácia; liberdades sociais.

Introdução

Embora o artigo 5º, § 1º do Texto Constitucional de 1988 seja enfático no sentido de se considerar plenamente eficazes os Direitos Fundamentais, sem descurar em relação às gerações (ou dimensões) ou até mesmo no tocante aos particulares, a realidade tem demonstrado que isso não é suficiente, tendo-se que normas fundamentais há que, a despeito de exporem proteção a Direito Fundamental de suma importância para o bom desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, ainda padecem de baixa densidade normativa, cabendo ao aplicador do Direito, sobretudo ao Estado-Juiz, compatibilizar a redação da norma com princípios como a força normativa da Constituição ou a plena eficácia de suas normas e a própria unidade do Texto Constitucional.

367

1 Breves notas sobre a evolução teórica acerca da eficácia das normas constitucionais

A discussão acerca da eficácia e alcance das normas constitucionais não é assunto moderno e, apesar da farta doutrina produzida, ainda padece de finalização terminológica segura e definitiva.

Foi Ruy Barbosa quem, partindo da doutrina e jurisprudência estadunidenses, primeiro tratou sobre o tema aqui no Brasil, dividindo as normas constitucionais em auto-aplicáveis (ou auto-executáveis) e normas não auto-aplicáveis (ou não auto-executáveis), assim entendidas pela doutrina estrangeira aludida, respectivamente, como normas *self-executing*, *self-acting*, ou *self-enforcing* e normas *not self-executing*, *not self acting*, ou *not self-enforcing*, ainda sob a égide da Constituição de 1891. Para o referido publicista, deve-se atentar para o enunciado ou conteúdo do preceito constitucional, para, a partir daí, se determinar se a correspondente norma é

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Potiguar (1998), instituição esta onde se pós-graduou e foi professora durante seis anos. Professora convidada do curso de pós-graduação *lato sensu* da Faculdade Baiana de Direito, da FTC, UFBA, EMATRA5, CERS e da Escola Judicial do TRT da 5ª Região. Juíza do Trabalho no TRT da 5ª Região. Mestre em Direito pela UFBA. Doutoranda pela PUC/SP, Membro do Conselho da Escola Judicial do TRT da 5ª Região (2012). Coordenadora acadêmica da Escola Associativa da AMATRA 05, biênio 2013/2015. Membro do Conselho editorial da Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região e da Revista Vistos etc. Autora da Obra “Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil”, pela LTr, ex-professora substituta da UFRN.

dirigida ao legislador ou ao judiciário, demonstrando que o mais importante a ser analisado é se a norma exige concretização ao patamar legislativo ou não, para gerar por si só efeitos jurídicos imediatos².

José Afonso da Silva, sem abandonar completamente a divisão alhures apontada, dividiu as normas constitucionais em três grupos, a saber, normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada. As primeiras são aquelas que não dependem de qualquer regulamentação do legislador ordinário, por serem completas, de aplicabilidade direta, integral e imediata, pois

[...] desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta ou indiretamente, quis regular³.

As segundas igualmente são aptas a gerar efeitos diretos, mas não integralmente, podendo ser limitadas pelo legislador ordinário, sendo

[...] aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados⁴.

368

Já as normas de eficácia limitada possuem eficácia reduzida, não sendo aplicável a partir do texto mesmo da Constituição, carecendo, necessariamente, de intervenção legislativa ordinária para que possam ser efetivamente aplicáveis, englobando as normas declaratórias de princípios programáticos, quanto as normas declaratórias de princípios institutivos e organizatórios⁵.

Partindo do pressuposto segundo o qual todas as normas constitucionais, sobretudo as normas fundamentais constitucionais, mesmo com redação eivada de programaticidade ou que deixa transparecer necessária intervenção legislativa ordinária, são dotadas de eficácia, ainda que mínima, ao longo desse trabalho será adotada a ideia de Sarlet, que prefere falar em normas constitucionais de alta e baixa densidade normativa, sendo aquelas “aptas a, diretamente e sem intervenção do legislador, gerar os seus efeitos essenciais” e estas as que

[...] não possuem normatividade suficiente para [...] gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica⁶.

Todavia, não há como ignorar o fato de que a técnica legislativa adotada para confecção e positivação dos Direitos Fundamentais importa necessariamente na eficácia deles, sem deixar

² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 242.

³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 79.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 79.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 73 e 106.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 252.

de lado o quanto já afirmado em relação à mínima eficácia consagrada em todas as normas jusfundamentais, ainda que sejam programáticas.

Doutra banda, não se pode igualmente ignorar o fato de que determinados Direitos Fundamentais já foram positivados “como autênticas ordens de legislar”⁷, ou, como prefere Canotilho, como “normas impositivas”⁸, sendo certo que já nesse momento se pode afirmar com exatidão que a proteção em face da despedida arbitrária, objeto do presente trabalho, constitui-se em norma impositiva, contendo em si o artigo 7º, I da CRFB/88 uma ordem dirigida diretamente ao Legislador, impondo que este exercite o seu múnus e crie normas jurídicas protetivas ao emprego, sobretudo traçando diretrizes indenizatórias no tocante à denúncia vazia do contrato de trabalho, conforme já prevê do indigitado dispositivo constitucional.

Em relação à multifuncionalidade atinente aos Direitos Fundamentais, estes são classicamente divididos em direitos de defesa, assim compreendidos como os direitos que tratam de liberdade, igualdade, políticos e garantias fundamentais; e os direitos a prestações, modernamente subdivididos em direitos a prestações em sentido amplo (proteção e participação na organização e procedimento) e direitos a prestações em sentido estrito, como os direitos sociais vinculados à prestação material, sendo certo que se, em relação aos direitos de defesa habitualmente, não há maiores discussões acerca da sua eficácia imediata, não se pode afirmar o mesmo no tocante aos direitos a prestações, passíveis de forte divergência doutrinária em relação à sua eficácia, já que requerem uma intervenção estatal material e legislativa positiva, questões estas não resolvidas somente pela leitura do artigo 5º, § 1º da Constituição pátria, em que pese a sua importante e inovadora previsão quanto à plena e imediata eficácia das normas tratantes de Direitos Fundamentais.

369

2. Alcance do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, à luz da máxima efetividade e da força normativa da Constituição

No dizer de Canotilho, o princípio da máxima efetividade, também chamado de princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, significa que: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”⁹, sendo sempre e atualmente invocado para se resolver questões constitucionais difíceis, em caso de dúvida acerca do alcance e interpretação de determinado preceito constitucional.

Outro princípio bastante festejado é o da força normativa da Constituição, que pode até aparentar obviedade diante da sua autoexplicabilidade, mas é fruto de imenso avanço científico e mudança paradigmática na hermenêutica constitucional da segunda metade do século passado, tendo-se que, até então, os países ocidentais de orientação romano-germânica seguiam diretriz interpretativa sem grandes questionamentos em relação às limitações do Poder Legislativo,

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 259.

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1240.

⁹ *Op. cit.*, p. 1208.

o que levava à compreensão segundo a qual a Constituição era um mero documento político, desconstituído de força normativa ampla, contendo normas inferiores às ordinariamente confeccionadas.

Seguindo método intitulado de hermenêutico concretizador, Konrad Hesse tratou da Constituição jurídica, que, em síntese, deve guardar simetria com os valores sociais de seu tempo chamada de Constituição real; caso contrário, servirá de elemento catalisador para conflito, “cujo desfecho há de verificar contra a Constituição escrita, esse pedaço de papel que terá de sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes no país”¹⁰. O citado publicista também afixou que a Constituição se converterá em “força ativa se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos princípios responsáveis pela ordem constitucional – não só a *vontade de poder*, mas também a *vontade de constituição*”¹¹ (grifos no original).

Para Canotilho, o princípio hermenêutico da força normativa da Constituição quer dizer que

[...] na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição, contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental.

Nesse trilhar,

[...] deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘atualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência¹².

370

Esse também parece ser o entendimento de Bandeira de Melo, quando salienta que o Direito tem como nota típica a imposição de conduta, sendo o regramento constitucional “um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para indivíduos”, não sendo as normas constitucionais meros convites à legislação, opções ideológicas sem conteúdo normativo, ainda que encerrem preceito programático, pois “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia” e todas as normas constitucionais “irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente a entrada em vigor da Constituição a que aderem e a ordenação instaurada”¹³.

O artigo 5º, § 1º do Texto Constitucional pátrio, instituindo que “as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata” foi fortemente inspirado no artigo 18/1 da Constituição portuguesa de 1976 e no artigo 1º, III da Lei Fundamental de Bonn, que tratam também da eficácia dos Direitos Fundamentais¹⁴; mas, embora possa se retirar do seu conteúdo

¹⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9.

¹¹ *Op. cit.*, p. 19.

¹² *Op. cit.*, p. 1210.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 13.

¹⁴ Artigo 18/1 da Constituição portuguesa de 1976: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Artigo 1º, III da Lei Fundamental alemã: “os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam o Legislador, o Poder Executivo e

um certo perfume dos princípios da máxima efetividade das normas constitucionais e da força normativa da Constituição, a simples leitura não é suficiente para determinar o seu real alcance, tendo-se que o problema da eficácia das normas jusfundamentais, como já detectado ao norte, é resolvido muito mais prestando-se atenção à técnica utilizada pelo Legislador Constituinte, atentando-se para a baixa ou alta densidade normativa de cada dispositivo, do que pela aplicação cega do preceito indigitado.

Como bem disposto por Sarlet¹⁵, as teses a respeito do alcance do artigo 5º, § 1º da nossa Constituição podem ser bipolares, havendo os que acreditam que o mandamento constitucional é suficiente para resolver o problema da eficácia dos direitos fundamentais, sendo a mesma plena e imediata¹⁶, ante o dispositivo constitucional; e os que, ao revés, fundamentam que o Legislador, ao estabelecer tal regramento, disse além do que desejava, cabendo ao intérprete conter a sanha ampliativa em um primeiro momento conduzida pelo artigo constitucional¹⁷.

Especificamente no tocante aos direitos de defesa, não há qualquer dissenso doutrinário em relação à sua plena e automática aplicabilidade. Assim, é correto dizer que todos os direitos de defesa são auto-aplicáveis, por conta da técnica de redação empregada e, também, por encerrarem direitos absenteístas, cabendo ao Estado ou até mesmo aos particulares, se absterem de perpetrar determinada conduta libertária, o que não impede sejam os mesmos direitos defensivos tidos no sentido prestacional, como sói ocorrer com os direitos políticos, que, primariamente encerram direitos de defesa, mas também requerem por parte do Estado conduta prestacional no sentido do fornecimento do aparato necessário para a livre fruição do direito de sufrágio.

371

Se é certo que, em relação a todas as normas constitucionais, pende a presunção de máxima eficácia, justamente em face do princípio de terminologia idêntica, em se tratando de Direitos Fundamentais, a presunção de plena e imediata eficácia é ainda maior, sendo ainda mais correto afirmar que tais possuem um *plus* eficaz capaz de gerar tal presunção, por força do princípio presente no artigo 5º, § 1º da nossa Constituição. Mas tal afirmação, como já aludido, por si só, não resolve o problema, sendo certo que somente a análise tópico-sistemática das normas jusfundamentais aplicáveis ao caso concreto, atrelada à interpretação evolutiva e a observância da densidade normativa de cada específico direito fundamental será hábil a ensejar o seu real alcance.

Apesar da sedutora tese de que o artigo 5º, § 1º da Constituição pátria contém determinação no sentido de se considerar todas as normas que tratam de Direitos Fundamentais já

o Judiciário como direito diretamente vigente”.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 263 e ss.

¹⁶ Nesse sentido, é a doutrina de Grau, para quem “o preceito inscrito no § 1º do art. 5º da Constituição de 1988 afirma a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Isso significa que tais normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa, ainda que o Estado também deve prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tornando jurídica e formalmente efetivas” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 318).

¹⁷ Esse é, em síntese, o pensamento de Gebran Neto, citado por Sarlet (*Op. cit.*, p. 264).

auto-aplicáveis, parece que novamente a razão está na temperança de Sarlet, para quem o aludido dispositivo constitucional encerra conteúdo principiológico no sentido proposto por Alexy, sendo mandamento de otimização, devendo o aplicador do Direito e todos os órgãos estatais, quando em dúvida acerca do alcance do Direito Fundamental, dá-lhe a maior eficácia possível, pois o

[...] postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas, de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta¹⁸

ou, em outras palavras, pela técnica da ponderação de interesses constitucionalmente assegurados.

3 Eficácia dos direitos sociais prestacionais e o problema da reserva do possível. Breves considerações

Os direitos de defesa, como já mencionado, por requisitarem apenas uma atitude abstencionista (deixando de lado, evidentemente, a sua versão positiva) por parte do Estado ou dos particulares, normalmente não encontram divergência na doutrina¹⁹ em relação à sua plena eficácia, realidade sempre corroborada com a afirmação de que tais direitos não dependem de grande dispêndio estatal, não se vinculando sequer ao denominado princípio da reserva do possível.

372

A tese não se sustenta quando se verifica que diversos direitos capitulados como defensivos necessitam de forte amparo e dispêndio estatal, como sói ocorrer nas eleições, conforme ao norte analisado, ou até no próprio direito de propriedade, que requer o acionamento ao Poder Judiciário e grande apelo policial para sua fiel defesa, gerando, por conseguinte, um custo, o que demonstra que tal afirmação figura mais como um sofisma do que como uma realidade, tendo-se que todos os direitos fundamentais são custosos ao Estado.

Nesse trilhar, como afirma Gustavo Amaral, “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”²⁰ e, corroborando com a tese, a lição de Sarlet, para quem todos os direitos fundamentais

[...] são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade exigem um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação²¹.

Nunca é demais frisar que o Estado, quando resolveu tomar para si a tutela jurisdicional, afastando a possibilidade de autotutela, criou a necessidade de custeio com o sistema carcerário

¹⁸ *Op. cit.*, p. 270.

¹⁹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. *Op. cit.* p. 280.

²⁰ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 39.

²¹ *Op. cit.*, p. 285.

e policial para impedir a tortura e o exercício arbitrário do ofendido e quase ninguém ignora que essa opção pela paz na sociedade através do monopólio estatal, desencadeia um imenso dispendio – mesmo que isso diga respeito aos “primeiros direitos fundamentais” –, mas isso, como é da cultura constitucional, não é questionado e posto como impedimento para a segurança de todos os cidadãos.

Outra grande argumentação em prol da plena eficácia dos direitos de defesa reside no fato de que estes têm como desiderato a limitação de poder, estatal ou particular, ao passo que os direitos sociais a prestações, por almejarem a igualdade, necessitam de atitude positiva por parte do Estado (ou até dos particulares), para que o princípio da isonomia na sua visão material seja alcançado plenamente.

Isso porque todos os direitos sociais prestacionais – como, por exemplo, habitação, saúde e educação –, assim entendidos como direitos positivos e estimulados pelo Estado por obrigação constitucional, visam a assegurar, através de uma desigualdade jurídica, a plena igualdade material, tendo-se que o contrário da igualdade não é a desigualdade, mas, sim, a própria igualdade, somente alcançada através de uma política de inserção social justa²², daí a necessidade de intervenção estatal positiva nas relações sociais e na economia, para o usufruto da liberdade concreta, não abstrata e formal, maior objetivo de todos os direitos fundamentais.

Apesar do quanto afirmado, aderindo à tese de plena eficácia dos direitos de defesa, é possível se vislumbrar uma visão negativa dos direitos sociais prestacionais, assim entendidos como os direitos à organização e procedimento desses mesmos direitos, ou até mesmo a necessidade de o Estado não intervir na prestação já concedida – fato que se liga diretamente à própria vedação ao retrocesso social –, vicissitudes que, por hora, não serão exploradas.

373

Sem embargo, enquanto os custos dos direitos sociais prestacionais são apontados como o grande entrave da sua efetivação material, os custos pertinentes aos direitos de defesa são normalmente desprezados, até culturalmente, tendo-se que classicamente são os direitos defensivos são tidos como “naturais” e inatos ao ser humano, pois historicamente o Estado somente se preocupava em assegurar a liberdade em seu sentido formal, abstendo-se de intervir nas relações privadas e na economia para assegurar a igualdade.

Com a chegada do Estado Social essa realidade estatal abstencionista se mostrou insuficiente, redundando no questionamento acerca dos dividendos estatais, pois as prestações sociais costumam ser mais dispendiosas do que o aparato estatal necessário para viabilizar os direitos de defesa, o que ocasionou a vinculação tão somente dos direitos sociais prestacionais à “reserva do possível”²³, assim entendida como “aquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade”, confor-

²² Nesse sentido, “Enquanto nos outros valores (justiça, segurança, liberdade) a polaridade significa o momento da sua negação (injustiça, insegurança, falta de liberdade), na igualdade o seu oposto não a nega, senão que muitas vezes a afirma. Aí está o paradoxo da igualdade. A desigualdade nem sempre é contrária à igualdade” (TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 261-262).

²³ A reserva do possível pode ser tida no sentido jurídico, cabendo ao Estado-Legislador decidir acerca da viabilidade da confecção de leis para tratar do respectivo direito social prestacional; e fático, assim entendido como a provisão de numerário nos cofres públicos, resolvida, em um primeiro plano, pelos Poderes Legislativo e

me decidido pelo Tribunal Constitucional alemão, no julgado *BVerfGE*, 33²⁴.

Refutando uma distinção *forte* entre os direitos de liberdade e os direitos sociais no plano da reserva do possível, tendo-se que ambos os direitos possuem custos e, por tal razão, a argumentação não pode servir de fundamento para a não eficácia dos direitos sociais prestacionais, Novais ainda lembra que alguns direitos sociais prestacionais, entendidos sob a sua vertente negativa, não custam nada, como “os deveres estatais de respeitar ou não impedir o acesso a cuidados de saúde pagos pelos próprios particulares (integráveis no direito social à saúde com um todo)”²⁵, sendo mais correto se falar em contraponto da reserva do possível à dimensão principal de cada direito, tendo-se que, “por força de sua natureza, os direitos sociais são [na dimensão positiva], juridicamente condicionados pela reserva do possível”²⁶.

É saber, a reserva do possível é argumento limitador imanente aos direitos sociais prestacionais na opinião do referido autor, por serem tais sempre vinculados a uma necessária fonte de custeio e pela própria natureza, custarem mais caro ao Estado. A razão, no entanto, parece estar novamente com Sarlet, quando este argumenta que a afirmação de que a reserva do possível é elemento integrante dos direitos fundamentais é equivocada, “como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais”²⁷, porquanto a reserva do possível enquanto argumentação em torno da escassez de recursos, é critério artificialmente criado pelos intérpretes das Constituições, podendo servir tanto para conceder ou negar um determinado direito fundamental, quando com outro conflitante.

374

A ideia de vinculação ou justiciabilidade²⁸ dos direitos sociais prestacionais aos custos correlatos cai por terra quando se percebe que o Estado às vezes pode despende mais numérico com os direitos de defesa, como sói ocorrer quando uma vítima de tortura recebe indenização, ou um proprietário ingressa na Justiça e tem o seu pleito indenizatório aceito, diante

Executivo.

²⁴ Na oportunidade, a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “*todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação*”. Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – *encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade*. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão.

²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 97.

²⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 101.

²⁷ Op. cit., p. 288.

²⁸ “Por ‘justiciabilidade’ entende-se a possibilidade de o titular do direito reclamar perante o juiz ou tribunal o cumprimento das obrigações que derivam desse direito. Nesse sentido, ser titular de um direito subjetivo significa deter um poder jurídico reconhecido pelo direito objectivo, isto é, deter o poder de participar na criação de uma norma individual por intermédio de uma acção específica em justiça, designadamente através de reclamação ou queixa” (QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra Editora, 2002, p. 148).

da constatação de desapropriação indireta, custos normalmente muito mais elevados do que o fornecimento de determinados remédios ou mesmo uma habitação digna.

Novais aponta o caminho a ser percorrido:

tomados como um todo, encontramos nos dois tipos de direitos modalidades de afectação pela reserva do possível. Há, no entanto, uma diferença sensível. Enquanto os bens de liberdade e de autonomia jusfundamentalmente protegidos pelos direitos de liberdade não *custam* (por exemplo, liberdade de religião, de expressão, de manifestação, de associação, de greve, não *custam*, não é possível *comprá-las* no mercado), então, em princípio, a reserva do financeiramente possível não os afecta intrinsecamente; só os afecta relativamente aos deveres estatais destinados a promover o acesso individual a esses bens ou a garantir a sua efetividade prática através da criação de institutos, procedimentos, serviços, apoios ou compensações. Diferentemente, como os bens jusfundamentalmente protegidos pelos direitos sociais são bens escassos, *custosos*, *procuráveis* no mercado, então a reserva do financeiramente possível, em geral, afecta-os intrinsecamente; só não os afecta relativamente aos deveres estatais de respeito e não impedimento do acesso a esses bens por parte dos particulares que dispõem, por si mesmos, dos correspondentes recursos próprios para garantir o acesso.

Se se tomar, todavia, como pressuposto que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios e que os Direitos Fundamentais (de defesa ou prestacionais) são princípios, assim entendidos como mandamentos de otimização, é saber, que devem sempre ser tomados segundo a sua máxima efetividade, é fácil perceber que, detendo os mesmos tal qualidade, possuem limitações externas, como o é a reserva do possível, podendo todos, direitos defensivos ou prestacionais, serem confrontados, quando colidentes nos casos concretos, segundo a regra da ponderação, prevalecendo topicamente o princípio que tiver maior peso, consideradas as condições da respectiva questão concreta, o que não quer dizer seja o direito fundamental escolhido, diante da escassez de recursos e possibilidades de escolha, prevalente sempre, tendo-se que as condições postas determinam o resultado em um ou outro sentido.

375

Melhor explicando, se os recursos estatais são escassos, cabe inicialmente ao Legislador decidir, segundo a escala de prioridades, qual direito fundamental será materialmente protegido, de acordo com os critérios de ponderação, observando-se a reserva do possível, que funciona sempre como limite à escolha em um ou outro sentido. Não sendo atendido o objetivo protetivo, cabe ao Judiciário a análise do caso concreto, estabelecendo novamente juízo de ponderação, dessa feita com diversos testes de constitucionalidade e sem ignorar o fato de que o procedimento de escolha anterior igualmente encontra fundamento em prioridades tidas pelos demais Poderes e que, portanto, não pode ser posto de lado sem mais.

É certo, porém, que, em se tratando de direitos fundamentais sociais prestacionais, a reserva do possível funciona como um limite sempre presente, pois eles são prevalentemente de dimensão positiva, comportando custo estatal maior e a análise da sua viabilidade ou não é prefacialmente perpetrada pelo Legislador, cuja priorização orçamentária deve ser respeitada pelo Juiz.

Os recursos sempre existem, sempre há dinheiro em caixa, mas a escolha sobre onde o numerário deverá ser aplicado de forma prioritária, é efetuada pelo Legislador, cabendo ao Estado-Juiz “apreciar se a dificuldade financeira alegada pelo poder político é suficientemente relevante, do ponto de vista do interesse público, para afastar ou fazer ceder a pretensão individual” e se a escolha efetuada e fundamentada “não merecem censura jurídico-constitucional, controlos esses a que, do outro lado da questão, não é indiferente a importância ou premência de realização do respectivo direito social”²⁹.

É dizer, a escolha feita pelo Legislador, diante da escassez de recursos estatais, deve ser respeitada pelo Juiz, não cabendo a este substituir a escolha feita anteriormente pela sua própria, pois, assim agindo, esbarra no princípio da separação dos poderes. Apenas quando a escolha efetuada pelo Estado-Legislador se mostrar incabível diante das prioridades estatais tidas no caso concreto posto em Juízo, é que caberá a intervenção judicial no sentido de se fornecer a prestação social pretendida³⁰.

4 Os direitos sociais prestacionais são direitos subjetivos?

Os Direitos Sociais prestacionais (ao trabalho, educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social, assistência aos desamparados e proteção à maternidade e à infância) previstos no artigo 6º da nossa Constituição, por possuírem conteúdo indeterminado, não especificamente previsto já no Texto Constitucional, suscitam pertinente questionamento acerca da justiciabilidade e da possibilidade de serem tais Direitos subjetivos, tendo-se que, diante da característica já denotada, cabe ao legislador ordinário a fixação dos parâmetros do usufruto e alcance dos mesmos.

Os direitos de defesa não raramente são apontados pela doutrina³¹ como direitos mais palpáveis do ponto de vista da positivação, pois a técnica utilizada na confecção deles é mais direta, não comportando forte intervenção legislativa no sentido da sua limitação e alcance, enquanto os direitos sociais prestacionais, por serem indeterminados e não esmiuçados na Constituição, comumente necessitam de grande intervenção legislativa, pois a técnica de redação utilizada no Texto Constitucional não é capaz de abarcar todas as vicissitudes que comportam a proteção de ditos direitos, até porque não poderia fazê-lo, diante da dinâmica social, que gera um imenso risco de mudança de estrutura normativa, fazendo ensejar insegurança e constante modificação constitucional.

²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 117.

³⁰ Nesse sentido, “Uma vez que compete constitucionalmente ao poder político democraticamente legitimado definir prioridades e fazer escolhas no domínio da afectação dos recursos disponíveis – isto é, concretizar a reserva que afecta os direitos sociais –, então ao juiz só é reconhecida a última palavra se ele puder apurar, sem infracção do princípio da separação de poderes, portanto, sem usurpar as competências de definição e escolha orçamentais, que, apesar da reserva do possível que afecta os direitos sociais, o poder político ou a administração poderiam e deveriam fornecer a prestação social controvertida sob pena de violação do direitos social, seja por força da irrelevância da questão financeira, seja por força da extrema premência e urgência de realização do direito social” (NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 118).

³¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 257.

Aponta também a doutrina que os direitos de defesa, por não reclamarem, em regra, concretização legislativa, são direitos absolutos, ao passo que os direitos sociais prestacionais, por necessitarem não só da aludida concretização, mas habitualmente estarem vinculados à reserva do possível, são tidos como direitos relativos, tese que se afigura equivocada, pois não há um só direito fundamental absoluto³².

Questão que primeiro deve ser analisada é a pertinente à natureza jurídica das normas ordinárias que concretizam direitos fundamentais sociais prestacionais, como as que tratam de saúde, previdência e educação, que, mesmo não estando formalmente em um Texto Constitucional, podem ser tidas como materialmente fundamentais, tendo-se em vista que tratam justamente de direitos fundamentais, embora em patamar ordinário.

Os direitos sociais, visualizados segundo a sua dimensão principal, que é a prestacional, em geral, padecem de determinabilidade na Constituição. É dizer, a norma constitucional não institui, em termos definitivos, todas as peculiaridades dos aludidos direitos, cabendo ao legislador ordinário fazê-lo, sendo as normas infraconstitucionais, nesse particular, normas fundamentais, pela abertura do catálogo presente no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988.

Diante desse conteúdo de indeterminação, habitualmente os direitos sociais prestacionais, por se vincularem mais fortemente à reserva do possível, são tidos pela doutrina³³ como direitos não subjetivos (concepção negativista), não concordando Novais com tal assertiva, assegurando que a característica da indeterminabilidade, embora atrelada à reserva do possível, estimula o legislador constituinte a fixar, “apenas um dever jurídico de realização do direito social de forma gradual e diferida no tempo por parte do Estado”, assim como também remete “implicitamente para o legislador ordinário a fixação das prestações devidas no cumprimento dessa obrigação em função das disponibilidades e das circunstâncias de cada momento”³⁴.

Por intermédio da atuação do legislador ordinário, fixando, com precisão e firmeza, o conteúdo do direito fundamental, este é concretizado e tornado definitivo. São o que a doutrina germânica³⁵ intitulou de direitos sociais prestacionais derivados, cuja aceção como direito subjetivo e fundamental é defendida mais uma vez por Novais, quando, em sua obra, afiança:

os direitos sociais são direitos fundamentais, de conteúdo em grande medida indeterminado no plano constitucional, mas determinável através da actuação conformadora e concretizadora do legislador ordinário; na medida em que cumpram e enquanto cumpram essa função de realização dos direitos constitucionais sociais, os chamados direitos *a prestações derivadas* de criação legal são direitos fundamentais ou, mais rigorosamente, são faculdades, pretensões

³² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 290.

³³ Novais (op. cit., p. 87) cita os principais impedimentos, normalmente apontados doutrinariamente, para que os direitos sociais sejam tidos como subjetivos: “a) o facto de os direitos sociais valerem sob reserva do (financeiramente) possível; b) os facto de os direitos sociais apresentarem uma estrutura de direitos positivos; e c) a indeterminabilidade do conteúdo constitucional dos direitos sociais”.

³⁴ *Op. cit.*, p. 152.

³⁵ Por todos, ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 442 e ss.

dou direitos particulares integráveis no direito fundamental *como um todo*, ou seja, o direito fundamental que tem como referência normativa a disposição constitucional consagradora do direito social.

Mais adiante, o referido autor parece se manifestar a respeito da vinculação dos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos, ao analisar a distinção entre direitos sociais prestacionais derivados e originais, perde importância na Constituição de Portugal e na do Brasil, que tratam “indiferentemente uns e outros”³⁶, sendo possível concluir que tanto há direito social prestacional subjetivo retirado da própria constituição, quanto previsto na própria lei ordinária.

A concepção de direitos prestacionais derivados como subjetivos em nada discrepa da tese clássica, segundo a qual a Constituição é um mero documento político, traçando conceitos indeterminados e um convite ao Legislador, sendo considerados direitos subjetivos apenas as normas ordinárias atinentes aos direitos constitucionais – máxime direitos fundamentais –, mas não as presentes na própria Constituição.

Como já analisado ao norte, o Constitucionalismo instituído a partir da segunda metade do século passado não aceita mais a supremacia da legislação ordinária em detrimento das normas presentes na Constituição, hoje tida não só como ordem de valores, mas capaz de encerrar direitos subjetivos, já retirados diretamente de seu próprio texto, mesmo que se tratem de direitos sociais, interessando mais o modo como está redigido o dispositivo constitucional, para que se tenha acerca da sua densidade normativa.

378

Todavia, uma coisa é certa: ao Judiciário não cabe mais tomar as normas sociais prestacionais como meros lembretes de que um dia o Legislador, quando assim o desejar, concretizará o direito e que até lá há um hiato intransponível ao Estado-Juiz.

A missão hoje posta pela Constituição, enquanto sistema de valores, é a vinculação direta do Estado-Juiz ao próprio Texto da Constituição, cabendo-lhe a interpretação que mais estimule eficácia a norma jusfundamental, para que o seu conteúdo não reste esvaziado e sem valor.

Pensar o contrário é permanecer na interpretação ortodoxa de que o Judiciário é a “boca da Lei”, quando até infraconstitucionalmente há previsão de que na falta de previsão legal, sejam os princípios³⁷ (hoje concebidos como normas) utilizados no julgamento, para que seja alcançado ao máximo o escopo protetivo estatal.

Esse parece ser também o entendimento de Bandeira de Mello, quando, ao analisar os princípios regentes da Ordem Econômica e Social na Constituição, afirma que tais “não chegam a conferir aos cidadãos uma utilidade substancial, concreta, desfrutável positivamente e exigível quando negada”, sendo, no entanto, fontes de direitos, pois podem: “a) proporcionar aos administrados a possibilidade de se oporem judicialmente ao cumprimento de regras e à prática de comportamentos adversos ao estatuído na Carta do país”, assim como “b) imponham ao Judiciário

³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 162, nota de rodapé n. 180.

³⁷ Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

rio, quando da interpretação e dicção do Direito nos casos concretos, decisões que convirjam na mesma direção e sentido destes preceitos”³⁸

Quando alude ao salário mínimo, com previsão constitucional no artigo 7º, IV, o citado publicista parece conceber a possibilidade de se retirar desse direito social um direito subjetivo, quando há omissão do Legislador, ou norma que não atende aos fins previstos no próprio dispositivo legal, levando a crer que o grande problema dos direitos sociais não é a vinculação à tese da eficácia direta ou não, substantiva ou objetiva, mas sim o modo como o direito fundamental está constitucionalmente positivado, tendo-se que, em relação ao salário mínimo, já há um dever imposto pela Constituição de que todos aqueles fins sociais sejam preenchidos com o valor do salário e, quando o Estado-Legislator não logra cumprir a sua missão imposta pelo Legislador Constituinte, cabe ao Estado-Juiz a fixação de indenização para suprir tal carência³⁹. Nesse particular, é mais correto se falar em ofensa a um dever de proteção, decorrente mesmo do direito prestacional de forma ampla⁴⁰.

Eros Grau vai além, considerando os direitos sociais prestacionais como direitos subjetivos, diante da cláusula do artigo 5º, § 1º da nossa Constituição, devendo o Poder Judiciário, por força do inciso XXXV do mesmo artigo, assegurar, no caso concreto, a viabilidade do objeto da prestação, por meio da analogia, do costume ou dos princípios gerais do Direito⁴¹, entendimento que, embora se afigure como bastante sedutor (até por que encerraria toda a presente análise), não se apresenta como o mais acertado.

379

Na doutrina estrangeira, encontra-se a lição de Abramovich e Courtis, ambos asseverando que os Direitos Sociais prestacionais são direitos subjetivos e, portanto, exigíveis, sendo mais relevante falar em “níveis de obrigações estatais”⁴² para todos os direitos fundamentais, já que todos possuem a mesma estrutura quando avistados sob a ótica positiva ou negativa de prestação estatal, bem como da reserva do possível⁴³.

Nesse contexto, afirmam os autores aludidos que os níveis vinculantes de obrigações em relação aos Direitos Fundamentais são: obrigações de respeito, obrigações de proteção e obrigações de satisfação, sendo todos os direitos, civis, políticos, sociais, culturais e econômicos compostos de um “complexo de obrigações positivas e negativas”⁴⁴.

³⁸ *Op. cit.*, p. 48.

³⁹ *Op. cit.*, p. 49.

⁴⁰ Sobre o dever de proteção, vedação à insuficiência e papel do Estado-Juiz: VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. Participação nos lucros e resultados: uma abordagem à luz do dever de proteção. In: **Revista LTr**. Legislação do Trabalho, v. 12, p. 78-12/1468, 2014.

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 318.

⁴² ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephano, Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 37.

⁴³ Em idêntico sentido, “[...] não haverá dúvida quanto aos direitos, liberdades e garantias, cujos preceitos gozam, por determinação constitucional, de aplicabilidade directa, mas o conceito também se aplica aos próprios direitos sociais a prestações” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009, nota de rodapé n. 20, p., 113).

⁴⁴ *Op. cit.* p. 40-41.

Embora sem se reportar diretamente, os citados autores se aproximam muito das lições de Alexy quando afirmam que as obrigações positivas do Estado não se esgotam na discussão acerca da existência ou não de fundos (reserva do possível), pois há direitos que “se caracterizam pela obrigação de o Estado *estabelecer algum tipo de regulação*, sem a qual o exercício de um direito não tem sentido”, ou em outros casos, a obrigação estatal é somente no sentido de regulação ou limite das atividades ou faculdades dos particulares, como ocorre na limitação da jornada de trabalho, fixação do salário mínimo e proteção contra a despedida arbitrária⁴⁵, no que os autores aproximam mais ainda os direitos sociais prestacionais (no sentido de prestação jurídica) aos direitos de defesa, tendo-se que, nesse particular, há uma estipulação mínima ou máxima, uma limitação – ou defesa – às atividades do próprio Estado ou de particulares, confirmando, com isso, a irrelevância de se traçar grandes diferenças deônticas em relação aos direitos sociais e de defesa, sendo ambos direitos subjetivos.

Sem embargo, classicamente todos os direitos de defesa – ou preponderantemente defensivos, para que fique mais claro – são considerados direitos subjetivos, terminologia que encontrou na obra de Jellinek seu ápice, quando este publicista tratou dos *status* do indivíduo em relação ao Estado.

Não poderia ser diferente, já que no final do século XIX, início do século XX, sequer se pensava seriamente na existência de um Estado Social, o que somente ocorreu após a segunda metade do século passado, havendo até quem entenda que pensar os direitos sociais como direitos subjetivos atenta contra a natureza das coisas, pois é “natural” que se pense em direitos de liberdade como inatos ao Homem e “não natural”, ou uma mera criação artificial do ser humano, pensar em direitos sociais como direitos subjetivos⁴⁶, o que é mera retórica, pois os direitos sociais são, na verdade, uma evolução do próprio Estado Liberal, que precisou se reinventar para atender a uma demanda social premente, desejada pela sociedade que deixava de ser individual e passava a ser massificada.

Direitos como saúde, educação, consumidor, cultura, somente para citar alguns, passaram a ser requisitados e necessários para o próprio estabelecimento do que se consolidou chamar de liberdade no sentido material e o Estado, antes inimigo, passou a ser o grande realizador dos direitos fundamentais (agora sociais), para que tal igualdade fosse alcançada.

Nesse contexto, é visível que todos os direitos fundamentais, no fim, são de liberdade, e os direitos sociais a prestações são apenas uma pequena parcela desse modo novo de agir estatal, sendo certo que, no contexto do Estado Social, o indivíduo possui não só direito a prestação material, mas também a prestação jurídica, de não ser discriminado (direito derivado a prestação), acepções estas que se aproximam da noção defensiva do Estado, denotando que todos os direitos, sociais ou de defesa, são subjetivos, variando, apenas o grau de densidade normativa dos mesmos e como cada um pode ser amplificado ou deixado temporariamente de lado à luz da ponderação de interesses colidentes.

⁴⁵ *Op. cit.* p. 45.

⁴⁶ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p.141 e ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Op. cit.*, p. 28-29.

Nesse mesmo sentido, é a lição de Sarlet, para quem “o problema apenas poderá ser equacionado à luz das circunstâncias do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável a ponderação dos bens e valores em conflito”. É dizer:

em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos) implicar grave agressão (ou mesmo o sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo “prima facie”, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada⁴⁷.

Em obra de maior impacto, novamente Sarlet⁴⁸ voltou a afirmar que todos os direitos fundamentais sociais (prestacionais ou não) são direitos subjetivos, mas tal certeza não encerra a questão, somente resolvida, na prática, com a ponderação de interesses fundamentais constitucionalmente assegurados, não havendo razão para a argumentação séria sobre a reserva do possível fática ou a (in) competência dos Tribunais para a análise dos problemas atinentes às prestações sociais (reserva do possível jurídica), devendo a discussão versar muito mais sobre o não esvaziamento dos direitos sociais – que não são meras metas políticas traçadas na Constituição, e sim reais direitos subjetivos –, devendo o sopesamento passar necessariamente pela análise do mínimo existencial, assim entendido como a dignidade da pessoa humana⁴⁹ e o próprio direito à vida, não podendo o Estado Social de Direito ser excessivo, nem muito menos insuficiente, como oportunamente será analisado no capítulo III, destinado ao dever estatal de proteção.

5. As liberdades sociais

Não é incomum encontrar na doutrina classificação que apõe todos os direitos sociais no patamar de direitos prestacionais⁵⁰, pois estes somente passaram a fazer parte das Constituições com o advento do Estado Social, o que parece ser pouco acertado.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001, p. 37.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 342 e ss.

⁴⁹ Com a proposta de delimitação do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, Soares afiança que “dignidade humana é um constructo cultural fluido e multiforme, que exprime e sintetiza, em cada tempo e espaço, o mosaico dos direitos humanos fundamentais, num processo expansivo e inexaurível de realização daqueles valores da convivência humana que melhor impedem o aviltamento e a instrumentalização do ser humano” (SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144),

⁵⁰ De acordo com Abramovich (*op. cit.*, p. 31), as classificações que inserem todos os direitos de liberdade como direitos de defesa e os de prestação como sociais, “estão baseadas numa visão totalmente parcial e ‘naturalista’ do papel e funcionamento do aparato estatal, que coincide com a posição antiquada de um Estado mínimo que garanta exclusivamente a justiça, a segurança e a defesa”.

O Estado Liberal clássico fundamentava-se na concepção dos sujeitos como indivíduos, que, por serem formalmente iguais, poderiam contratar livremente, pois o próprio mercado ditava as suas regras, sempre fundadas na autonomia da vontade, que, selada por meio de vinculação contratual, figurava como verdadeira “lei entre as partes”.

Nesse contexto, ao Estado cabia tão só o afastamento das relações privadas, criando regras no sentido de assegurar às partes convenientes o livre exercício da autonomia sem limitações. Não é difícil compreender que, durante tal período, os primeiros Direitos Fundamentais, antes tidos como “naturais” – uma vez que decorrentes do jusnaturalismo, e “reconhecidos” pelas novas codificações – passaram a ser positivados também através de documentos constitucionais, que tinham como objetivo assegurar a plenitude da propriedade e do direito à liberdade e que, por conta disso, foram concebidos sob a ótica negativista do Estado, cuja missão somente consistia em assegurar a plenitude de seu afastamento das relações firmadas entre os indivíduos.

O modelo do Estado Social surge não abandonando a modelagem já posta, mas substitui o paradigma firmado com o Estado Liberal, tendo-se que este, fundado no protótipo da igualdade entre os indivíduos, na prática, gerava um abismo de desigualdade.

382

Com o surgimento da sociedade de massa, as necessidades também se amplificaram e o direito teve que se reinventar e, se antes se idealizava abstratamente o ser humano como formalmente igual, a realidade mostrou que a liberdade plena mais escravizava do que libertava, sendo necessária uma intervenção legislativa protetiva e “desigual” para proteger o indivíduo, agora enxergado de forma concreta, havendo uma necessidade de fixação estatal de limites para a contratação.

O Estado passa, de abstencionista, para intervencionista e, nesse cenário, a classificação dos Direitos Fundamentais, que até então eram ligados à atividade estatal negativa, evoluiu para considerar esses “novos direitos” como direitos positivos, de prestação estatal.

Se é correto afirmar que o Estado Liberal e a função estatal abstencionista não foram totalmente ultrapassadas pelo surgimento do Estado Social, não menos correto é afirmar que nem todos os direitos sociais figuram como reais direitos a prestações, sendo certo que há direitos sociais que são verdadeiros direitos de liberdade, a exemplo de boa parte do rol dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, como o direito ao salário mínimo; irredutibilidade do salário; limitação da jornada de trabalho em oito horas, ou módulo semanal de quarenta e quatro horas; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência e proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; todos com previsão no artigo 7º do Texto Constitucional.

Nesse trilhar, concordando que os Direitos Fundamentais Sociais não se encerram na sua função prestacional, Sarlet já asseverou que grande parte dos direitos dos trabalhadores, presentes nos arts. 7º a 11 da nossa Constituição, “são, na verdade, concretizações do direito de

liberdade e do princípio da igualdade (ou da não-discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas”⁵¹, deixando evidenciado que, no rol aludido assim como nos demais dispositivos que tratam de Direitos Sociais, há direitos prestacionais e direitos de defesa, sendo mais coerente tratar estes últimos como “liberdades sociais”.

Na doutrina de Hermano Queiroz Júnior também se encontra presente a mesma conclusão, tendo o referido autor já pontificado que, dentre os direitos sociais elencados nos artigos 6º a 11 da Constituição Federal de 1988,

[...] muitos há que não se acham contemplados dentro do grupo de direitos fundamentais à prestação, mas, ao reverso, se enquadram no grupo dos direitos de defesa, na medida em que ostentam o caráter de direitos à abstenção⁵²

citando praticamente os direitos sociais trabalhistas defensivos já aludidos ao norte.

No artigo 8º da Lei Fundamental pátria é clara a previsão de legítimos direitos de liberdade, que são o direito de greve⁵³, a liberdade e autonomia sindical, embora capitulados no rol dos Direitos Sociais, demonstrando que o Legislador Constituinte não discrepou entre colocar direitos prestacionais e de liberdade no capítulo dos Direitos Sociais do trabalhador, não fazendo qualquer distinção em relação à eficácia entre os mesmos, até por que não poderia, diante da cláusula presente no artigo 5º, § 1º da nossa Constituição.

383

Idêntica manifestação se mostrava na Constituição Portuguesa de 1976 em sua versão originária, onde diversos dos direitos fundamentais dos trabalhadores, inicialmente postos no título dos direitos econômicos, sociais e culturais, passaram a ser, a partir da revisão de 1982, elencados no título dos direitos, liberdades e garantias⁵⁴, tendo Sarlet atentado para o fato de que “esta categoria de direitos fundamentais sociais, de cunho notoriamente negativo, tem sido oportunamente denominada de ‘liberdades sociais’⁵⁵, integrando o que se poderia chamar –

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 174.

⁵² QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**, São Paulo: LTr, 2006, p. 67.

⁵³ Lançando luzes sobre a tese ora defendida, a doutrina de Martinez: “nenhum direito fundamental, entretanto, é, em rigor, unicamente defensivo ou prestacional. O seu exercício não pode acontecer sem que ações negativas e positivas sejam cumulativamente exigidas. Exatamente assim ocorre com o instituto da liberdade sindical, em nome do qual estão agregados todos os direitos que viabilizam a proteção do patrimônio jurídico dos trabalhadores, entre os quais o direito de greve e o de negociar coletivamente. Apesar de serem *posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva*, notadamente quando opostas contra o Estado, comportam, sem dúvidas, múltiplas faculdades de exigir ou de pretender ações positivas, seja para a promoção das condições de seu gozo efetivo, seja para a sua proteção contra terceiros” (MARTINEZ, Luciano. **Condutas antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124).

⁵⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001, p. 18.

⁵⁵ Como pontifica ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2007, p. 385, quando faz remissão às liberdades sociais presentes na Constituição portuguesa, indicando o direito de greve e a liberdade sindical como legítimos representantes das ditas liberdades.

inspirados na concepção de Jellinek – de um ‘status negativus socialis’ ou ‘status socialis libertatis’⁵⁶.

Nesse mesmo passo, assegura Cristina Queiroz que a Constituição portuguesa de 1976 atualmente qualifica como “liberdades e garantias” – ou, simplesmente, liberdades sociais, pela doutrina – determinados direitos dos trabalhadores, verdadeiras pretensões defensivas, a exemplo do direito de greve e da liberdade sindical, antes da aludida reforma, apenas tidos como meros direitos sociais⁵⁷.

Miranda, após afirmar que a designação complexa de direitos, liberdades e garantias não é corrente no estrangeiro, assevera que a liberdade sindical e o direito de greve, previstos respectivamente nos artigos 55º e 57º da Constituição portuguesa de 1976, são legítimos exemplos de liberdades⁵⁸.

Sem embargo, como já verificado ao norte, todos os Direitos Fundamentais, de defesa ou sociais (prestacionais ou não) são de liberdade⁵⁹, pois é impossível o indivíduo alçar qualquer patamar socialmente justo e digno⁶⁰ sem que lhe sejam assegurados direitos mínimos pelo Estado, tanto é assim que, em regimes constitucionais onde não se tem um rol de direitos sociais, a própria jurisprudência se encarregou de firmar determinadas tarefas estatais, como o fez o Tribunal Constitucional alemão, com a noção de “mínimo existencial”, já que a Lei Fundamental de 1949 praticamente não trata de Direitos Sociais.

384

Isso é algo até curioso, já que em terras germânicas a referida Corte extraiu do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana a construção sobre o mínimo existencial e aqui, em terras brasileiras, mesmo com um imenso rol de direitos sociais prestacionais e de defesa, a doutrina e a jurisprudência ainda relutam em creditar plena eficácia a alguns direitos, como, por exemplo, o direito ao trabalho, assim compreendido como direito subjetivo não a um posto de trabalho, mas sim, pelo menos, como respeito ao posto ativo de trabalho, não podendo o empregado ser despedido sem que haja um motivo.

Essa também é a doutrina de Jorge Miranda, para quem, ao revés de existir uma separação estanque entre direitos negativos e direitos positivos, há intercomunicação entre eles, pois, enquanto o paradigma liberal pregava a liberdade abstrata, a ideia presente no modelo social

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001, p. 18.

⁵⁷ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra Editora, 2002, p.27.

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 2, ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 93.

⁵⁹ “No existen derechos de libertad, por un lado, y derechos de igualdad, por outro: todos los derechos son de libertad, incluso aquéllos que aportan un elemento igualitario, como es el caso de los económicos y sociales, al potenciar y reforzar dicho elemento la libertad para todos. [...] Por ello, al analizar la estructura de los derechos soiales, se comprueba – aunque persistan notables rasgos distintivos – la inexistencia de una fractura radical com los tradicionales derechos de libertad” (IBARRECHE, Rafael Sastre. **El derecho al trabajo**. Madrid: Editora Trotta, 1996, p. 71-72).

⁶⁰ Nesse tocante, Gabriela Neves Delgado atesta que o direito ao trabalho, sobretudo o direito ao trabalho digno faz parte desse patamar mínimo (**Direito fundamental ao trabalho digno**, São Paulo: LTr, 2006).

não despreza a liberdade, mas entende que esta somente é alcançada com a igualdade material entre os indivíduos, mediante forte intervenção estatal, pois:

igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efectiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexiste ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autónoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conceito de direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*⁶¹.

Se se observar atentamente o Capítulo II do Texto Constitucional, facilmente se perceberá que a própria Lei Fundamental estabeleceu uma limitação, um patamar mínimo, fixando diretrizes que deverão ser cogentemente observadas quando da pactuação empregatícia, sendo correto afirmar que, abaixo do patamar estabelecido constitucionalmente, não é possível qualquer contratação individual.

No tocante à negociação coletiva, a Carta Política foi mais benevolente, permitindo que alguns direitos pontuais, a exemplo do salário e da jornada de trabalho, possam ser pactuados pelos sindicatos, em pleno exercício da autonomia privada coletiva. Assim, é possível afirmar que a limitação firmada na Constituição pátria é total em relação às partes individualmente, mas relativa em termos coletivos⁶².

Mais acertado ainda parece afirmar que dito patamar constitucional mínimo figura como verdadeiro direito defensivo, não podendo sequer ser o seu espectro protetivo diminuído, por força do *caput* do artigo 7º da nossa Constituição, segundo o qual todo o rol que se segue é apenas exemplificativo, pois outros direitos sociais do trabalhador poderão ser previstos ordinariamente, não podendo haver alteração a menor, significando dizer que há uma barreira estatal, uma defesa em face de alterações *in pejus*, mais próxima ao direito de liberdade do que ao prestacional⁶³.

⁶¹ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 96-97.

⁶² Eis a lição de Maurício Godinho Delgado: “[...] não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por se constituírem em um *patamar civilizatório mínimo* que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho” (**Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relação de emprego**. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 197).

⁶³ Fábio Rodrigues Gomes (**O Direito Fundamental ao Trabalho**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 178), dissertando acerca das diversidades atinentes ao direito de defesa e o direito à proteção, assevera que não se deve confundir a função defensiva dos direitos fundamentais com a categoria dos direitos de defesa, pois “a primeira é inerente a qualquer direito fundamental e implica, não a exclusão do Estado, mas, sim, a sua intervenção (subsidiária) em determinadas hipóteses [...]. A segunda, representa os direitos de liberdade voltados *contra* o Estado, bloqueando normativamente a sua intervenção indevida”.

6 A proteção contra a despedida arbitrária como direito de liberdade

Ao doutrinar sobre o direito a algo, ou pretensão, Alexy estabelece que a sua estrutura segue a clássica relação triádica, composta do portador, ou titular do direito, do destinatário (nesse trabalho compreendido como o Estado ou o particular) e o objeto do direito, mais adiante dispondo que o indigitado direito a algo se bifurca em direitos a ações negativas, ou direitos de defesa, e direitos a ações positivas. Os primeiros são triplicemente divididos em “direitos ao não-embaraço de ações, direitos à não-afetação de características e situações e direitos à não-eliminação de posições jurídicas”⁶⁴, enquanto os segundos são subdivididos em “direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas”.

Analisando a estrutura normativa presente no artigo 7º, I da nossa Constituição, é fácil perceber que o dispositivo, quando estabelece proteção contra a despedida arbitrária, evidentemente tendo como destinatário um particular – empregador –, não contempla qualquer direito a ação positiva por parte deste. Ao revés, está ali presente um legítimo direito de defesa, de afastamento, abstenção, tendo-se que ao empregador, diante do regramento constitucional, é dirigida a ordem estatal de não eliminação da posição jurídica do empregado, havendo clara limitação à livre iniciativa.

Mais claramente falando, o Legislador abstratamente já ponderou os interesses constitucionalmente tutelados, fixando tal limitação e estabelecendo que, diante da colisão entre o princípio constitucional da livre iniciativa e o princípio da liberdade natural de trabalhar, extraído do direito ao trabalho (CRFB/88, artigo 6º), prevalece este⁶⁵.

386

É dizer, o Legislador constituinte já estabeleceu abstratamente uma limitação à liberdade empresarial, não podendo o empregador destituir o empregado de seu *status* sem que haja um motivo não arbitrário para tanto. Assim agindo, o empregador pratica um não fazer, abstenção de despedir o empregado de forma arbitrária.

Nesse trilhar, já doutrinou Fábio Gomes, afirmando que o artigo 7º, I da Lei Fundamental pátria, embora qualificado como um direito social, “é outro dispositivo que não se encaixa naquele velho figurino doutrinário, eis que tem por finalidade, não uma prestação material, mas, sim, evitar a intervenção desmedida do empregador no trabalho continuamente executado por seu empregado”. E ainda assegura, com esteio na lição de Sarlet, que “não por outro motivo, é chamado por alguns de direito social negativo”⁶⁶.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 193 e ss.

⁶⁵ Nesse particular, não há concordância com a doutrina utilitarista de Fábio Gomes (*op. cit.*, p. 221), para quem o artigo 7º, I da Constituição de 1988 encerra direito (poder ou competência) potestativo do empregador despedir sem qualquer motivação, desde que pague indenização legalmente prevista, constituída na multa de 40% sobre os depósitos de FGTS, até que venha uma lei complementar para regulamentar montante indenizatório maior que o já “transitoriamente” previsto.

⁶⁶ GOMES, Fábio Rodrigues. *Op. cit.*, p. 204.

À mesma conclusão chegou Alinie da Matta Moreira, ao afirmar que alguns direitos sociais se revestem da qualidade de típicos direitos de liberdade, e que a proteção contra a despedida arbitrária é um desses exemplos⁶⁷.

Também Cristina Queiroz, analisando a necessidade de intervenção legislativa no direito à segurança no emprego e, especificamente a proteção dos trabalhadores em face ao despedimento, previsto no art. 53 da Constituição portuguesa de 1976, atribuiu o epíteto de “direito de defesa” a tal proteção⁶⁸.

Nunca é demais lembrar que o argumento da reserva fática do possível não é capaz de vincular fortemente só os direitos sociais, sendo mais correto se falar em uma vinculação “fraca” de todos os Direitos Fundamentais à reserva do possível, no caso específico da proteção em face da despedida arbitrária, por ser esta um autêntico direito de defesa, ou liberdade social, como interpretado pela doutrina portuguesa já referida no item anterior. Não há qualquer vinculação à reserva do possível fática e, por tal motivo, a eficácia imediata e plena justiciabilidade da primeira parte do dispositivo constitucional é evidente, pois imposta diretamente como abstenção ao particular – empregador –, para que este não destitua o empregado de seu posto de emprego sem que haja um motivo não arbitrário para tanto.

A mesma certeza em relação à segunda parte do artigo 7º, I da nossa Constituição se esvai, no entanto, quando há uma ordem direta na própria Lei Fundamental para que o Legislador trate da indenização decorrente da despedida arbitrária, mas isso é assunto para um outro artigo.

7 Considerações finais

Como analisado, as normas constitucionais tratantes de direitos fundamentais sociais são atreladas ao princípio da reserva do possível tanto quanto os direitos de liberdade e as próprias liberdades sociais, que seguem a lógica de abstenção estatal de forma preponderante. É dizer, todos os direitos constitucionais, sejam eles de liberdade ou sociais prestacionais, são direitos subjetivos e possuem eficácia, sendo muito mais relevante observar a técnica utilizada pelo Estado-Legislator, para saber se no caso concreto o direito padece de alta ou baixa densidade normativa.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov, Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

⁶⁷ MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 44.

⁶⁸ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra Editora, 2002, p. 178.

- DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao direito do trabalho**: relações de trabalho e relação de emprego. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999.
- GOMES, Fábio Rodrigues. **Direito Fundamental ao Trabalho**: perspectivas histórica, Filosófica e Dogmático-analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MARTINEZ, Luciano. **Condutas antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**, São Paulo: LTr, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Ensaio sobre a cegueira: cumulação dos adicionais de salário e proteção à saúde do trabalhador

Valdete Severo

Resumo: Este artigo discute as recentes decisões do TST e do TRT da Quarta Região acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de proteção à saúde do trabalhador, sob a perspectiva de que precisamos fazer a releitura do artigo 193 da CLT, cujo objetivo é de proteção, e não de precarização das condições de trabalho. Problematisa-se a existência de uma cegueira ideológica que não nos permite enxergar essa proteção e que, negando-a, insiste em resistir à possibilidade de remuneração por fatos geradores diversos, promoveria uma proteção (ainda que precária), na medida em que inibiria a exposição do mesmo trabalhador a agentes diversos.

Palavras-chave: direito do trabalho; saúde do trabalhador; adicional de insalubridade; cumulação

Abstract: This article discusses the recent decisions of the TST and the Fourth Region TRT about the possibility of accumulation of additional health protection of workers from the perspective that we need to make the reading of Article 193 of the Labor Code, aimed at protection and no deterioration of working conditions. The existence of an ideological blindness problematize that does not allow to see this protection in and that denying it, insists resist the possibility of compensation for various triggering events, promote a protection (albeit weak), to the extent that would inhibit the same worker exposure to various agents.

Keywords: labor law; employee health; hazard pay; cumulation.

389

1 Introdução

Recentemente o TST proferiu decisão reconhecendo a possibilidade de cumulação dos adicionais de salário que protegem a saúde do trabalhador (insalubridade, penosidade e de periculosidade). A decisão rompeu, em parte, com uma mentalidade que habita a compreensão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema há anos e que, embora não encontre amparo no ordenamento jurídico vigente, continua a angariar seguidores.

A suposta impossibilidade de cumulação que representou e ainda representa o entendimento majoritário da jurisprudência trabalhista revela uma cegueira ideológica que precisa ser enfrentada, porque estimula a exposição do mesmo ser humano a agentes nocivos diversos, em prejuízo à sua saúde e ao ideal de sociedade minimamente saudável, estabelecido, inclusive, na Constituição vigente.

Este artigo propõe repensar a matéria do pagamento e da cumulação desses adicionais, sob a ótica da proteção que inspira a CLT e sob essa perspectiva constitucional, no espectro em que garante um ambiente de trabalho seguro e saudável aos trabalhadores brasileiros.

2 Olhar sem ver: afinal o que dispõe nosso ordenamento jurídico quanto à proteção à saúde do trabalhador?

Não há lei proibindo a cumulação dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade. Essa é a premissa fundamental desse artigo, que de plano remete o leitor a lembrar

do artigo 193 da CLT, cuja literalidade costuma ser invocada como argumento para a proibição de cumulação, e, portanto, do pagamento de mais de um adicional de salário ao trabalhador, mesmo que reconhecida a sua sujeição a dois ou mais agentes nocivos.

A primeira desconstrução a ser feita parte, portanto, da releitura do artigo 193, § 2º, da CLT. Esse dispositivo refere que “o **empregado poderá** optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”. A redação é de 1977 e não parece implicar grande dúvida. Trata-se de faculdade concedida ao trabalhador. Uma norma de proteção, portanto. Existem nele duas palavras que não podemos ignorar, se realmente quisermos insistir em uma interpretação literal: é o empregado que detém a faculdade ali contida. Não é o empregador, nem o juiz. E se trata de uma faculdade, não de uma obrigação legal.

A redação original do art. 193 da CLT dispunha simplesmente: “haverá nas máquinas dispositivos de partida que lhe permitam o início de movimentos sem perigo para os trabalhadores”. Em 1967, a redação foi alterada e o dispositivo passou a referir: “Não serão permitidas a fabricação, a venda, a locação e o uso de máquinas e equipamentos que não atendam às disposições deste Capítulo”. Em 1977, a redação do caput foi novamente alterada e passou a ser: “São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado”. A mesma lei acrescentou dois incisos neste dispositivo, um dos quais é objeto de exame no presente artigo.

390

À época, onze anos antes da promulgação da Constituição de 1988, a proteção já constituía, por óbvio, o princípio instituidor do Direito do Trabalho. A norma do art. 193, inserta no CAPÍTULO V, intitulado “DA SEGURANÇA E DA MEDICINA DO TRABALHO”, tratava de proteger o trabalhador contra a sua sujeição a mais de um agente nocivo, dando-lhe a faculdade de optar pelo adicional de insalubridade “que porventura lhe seja devido”.

A interpretação literal desse dispositivo permitia, então, ao menos duas alternativas razoáveis. A primeira, de que o empregado teria a faculdade de optar por receber apenas o adicional de insalubridade, quando o de periculosidade também lhe fosse devido. E a segunda, no sentido de que tal faculdade guardava relação com a possibilidade de se sujeitar a um ou mais agentes nocivos. Nesse caso, o empregado, ao exercer tal faculdade, optando por receber o adicional de insalubridade “porventura” mais favorável, automaticamente deveria ter eliminada, por exemplo, a condição de trabalho perigosa, de seu ambiente laboral.

A primeira das duas alternativas esbarra, porém, no denominado princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, que é corolário da proteção. Permitir que o empregado opte por receber apenas um adicional, quando sujeito a dois fatos geradores diversos, equivaleria a instituir a possibilidade de renúncia a direito trabalhista. Ocorre que o artigo 9º, da mesma CLT, estabelece que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Logo, essa interpretação não pode prevalecer. Resta a segunda: a opção, concedida apenas ao trabalhador, implica a eliminação do risco ou dano em relação aos demais agentes nocivos. Se o trabalhador não será remunerado, também não poderá ficar exposto a tais agentes, pois o contrário implica-

ria aceitar não apenas o dano, mas sim o dano sem qualquer contraprestação que estimulasse o empregador a eliminá-lo, boicotando a lógica de proteção que a CLT instaura.

Essa racionalidade de proteção à saúde do trabalhador está expressa também quando a CLT dispõe que a “empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados” (Art. 166) e deve perseguir a “eliminação ou a neutralização da insalubridade” (Art. 191). Por fim, é também de proteção à saúde que trata a regra que estabelece que os “efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de insalubridade ou periculosidade *serão devidos* a contar da data da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministro do Trabalho” (Art.196). Todas normas de proteção, cujo recado social é o da necessidade de eliminação dos riscos e danos à saúde do trabalhador, e não de sua potencialização.

Com a edição da Constituição de 1988, que concede fundamentalidade formal (além de material) aos direitos trabalhistas, inserindo-os no TÍTULO II, DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, é mais clara ainda a impossibilidade de sustentação jurídica de qualquer interpretação que promova o adoecimento no ambiente de trabalho. À luz da Constituição, a percepção dos adicionais de remuneração pela realização de atividades insalubres, penosas ou perigosas passou a constituir direito fundamental dos trabalhadores brasileiros. Mais: é dever do empregador a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (Art. 7º, XXII). A ordem jurídica é de clareza solar, basta olhar e ver.

391

O que é curioso, porém, é que nenhuma dessas alternativas foi adotada pela maior parte da doutrina e da jurisprudência trabalhistas. A compreensão que prevaleceu foi a de que tanto o empregador, quanto o juiz do trabalho em uma demanda trabalhista, podem negar ao trabalhador o direito a um dos adicionais de salário, quando duas ou mais condições de risco/dano efetivo à saúde estiverem presentes em sua atividade laboral.

Essa interpretação, que não guarda qualquer relação com a literalidade do art. 193 da CLT e que contraria todas as normas de proteção à saúde presentes na CLT e na Constituição, passou a constituir uma espécie de mantra, capaz de eliminar qualquer discussão sobre o assunto. Até mesmo os advogados dos trabalhadores, quando formulam suas pretensões em juízo, muitas vezes referem, já na peça inicial, algo como “o empregado desde logo opta pelo adicional de insalubridade que lhe seja mais favorável”, esquecendo-se de que àquela altura, no mais das vezes com o vínculo já extinto, sequer poderia haver opção válida.

A renúncia a direito que a Constituição expressamente reconhece como alimentar (artigo 100) era, e ainda é, chancelada e estimulada por muitos agentes do Direito do Trabalho, do advogado ao juiz, do doutrinador ao relator, que se negam a sair dessa “zona de conforto” ou mesmo a perceber que tal compreensão do dispositivo legal, na prática, equivale a negar eficácia a um direito fundamental constitucionalmente previsto.

A boa notícia é que recentemente, quando o TST, em uma decisão paradigmática da lavra do Ministro Cláudio Brandão, resolveu examinar o tema sob perspectiva diversa, o assun-

to voltou a ser alvo de interesse dos intérpretes aplicadores do Direito do Trabalho. Porém, é relevante perceber: a decisão invoca a superação do art. 193 da CLT, como se ele dissesse o que não diz, e fundamenta a possibilidade de cumulação nos textos de tratados internacionais de direitos humanos, notadamente nas Convenções nº 148 (que consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho) e nº 155 (determina que sejam levados em conta os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes) da OIT¹.

A miopia em relação à norma legal não foi superada. A perspectiva, que é válida e sem dúvida alguma promove significativo avanço em termos de hermenêutica constitucional, mantém a cegueira ideológica acerca do caráter protetivo da norma do art. 193 da CLT, conferindo-lhe uma redação que ele definitivamente não possui. E com isso facilita a manutenção da ótica conservadora, mediante a qual a CLT veda a cumulação desses adicionais de salário.

3 Uma cegueira ideológica

As razões dessa cegueira extrapolam a esfera jurídica. São de tal modo fortes, que legitimaram a edição de texto em norma regulamentar do Ministério do Trabalho que, com o propósito de explicitar o referido art. 193, veda a cumulação (item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego), extrapolando-o e negando, com isso, tanto a CLT quanto a própria Constituição.

Trata-se de uma mentalidade de negação dos direitos fundamentais, que atende à lógica econômica imediata e sequer percebe as consequências sociais e também econômicas dessa opção míope.

O fato de que podemos simplesmente alterar o conteúdo de um dispositivo legal, repetindo que ele estabelece o que ali não está escrito, demonstra que o problema que aqui enfrentamos não é (apenas) jurídico.

Como escrevi em outra obra, a racionalidade moderna, com a construção histórica da noção de liberdade como a capacidade de ser proprietário para alienar e adquirir, constitui uma ideologia própria, que reivindica para si a característica de não-ideológica². Essa “naturalização da realidade” que o capital elabora, transformando a todos em “sujeitos de direito”, cuja expressão máxima de liberdade é a capacidade de alienar a si mesmo (a sua força de trabalho) é, por si só, uma ideologia de características muito claras: somos livres para contratar nosso tempo de vida e nossa saúde. Essa “liberdade que escraviza”³ justifica que a venda do tempo de vida saudável que temos na terra seja operada mediante padrões de compra e venda, em que é possível fixar valores para a exposição ao dano (adicionais de salário). Daí para a compreensão de que é

¹ RR - 1072-72.2011.5.02.0384. Data Julgamento: 24/09/2014, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 3/10/2014.

² SEVERO, Valdete Souto. *Elementos para o uso transgressor do Direito do Trabalho*: compreendendo as relações sociais de trabalho no Brasil e a função do Direito diante das possibilidades de superação da forma capital. São Paulo: LTr, 2015.

³ MARX, Karl. *O Capital. Livro I*. São Paulo: Boitempo, 2013.

possível sujeitar uma pessoa a várias espécies diversas de risco e dano efetivo à saúde, é apenas um pequeno passo. A ótica pela qual a matéria passa a ser examinada é, então, econômica. À premissa de que proteger a saúde de quem trabalha interessa à sociedade, constituindo valor fundante dentro da lógica de viver bem com os outros, impõe-se a premissa de que o empregador não pode ser onerado com o custo do trabalho.

Então, em vez de pensarmos por que legitimamos a conduta de quem emprega, sujeitando seres humanos a uma, duas ou mais condições de prejuízo real ao seu tempo de vida na terra, passamos a raciocionar sob a perspectiva da troca. Reconhecer o direito a apenas um adicional de salário permite que a empresa continue funcionando, sem ônus demasiado. Se disso resulta uma sociedade de pessoas doentes, parece ser algo que não nos afeta.

Essa é a capacidade mais impressionante da ideologia do capital. O discurso elimina as pessoas reais, de carne, osso, lágrimas e sangue, para em seu lugar apresentar dados econômicos, estatísticas. No caso específico da cumulação dos adicionais, é bem verdade que sequer nos esforçamos para buscar tais argumentos. Invocamos apenas a literalidade do artigo 193 da CLT que, pasme-se, não diz nada daquilo que a ele atribuímos.

Nesse aspecto, portanto, a cegueira ideológica adquire sua força máxima: apenas negamos o discurso, sequer nos esforçamos para encontrar argumentos que justifiquem essa negação da norma de proteção. E é bom que se registre: não é privilégio do art 193 da CLT ser alvo dessa estratégia de negação. O mesmo ocorre, por exemplo, com o art. 62 da CLT, cuja leitura dominante é de que autoriza o empregador a tomar trabalho, inclusive em horário extraordinário, sem efetuar o respectivo pagamento. Algo que o dispositivo não diz.

393

É evidente que ao fazermos uma leitura desconectada da literalidade desses dispositivos eliminamos a possibilidade de debate crítico acerca do seu conteúdo. Daí porque é tão fácil seguir repetindo o mesmo mantra.

O problema é que a consolidação de um discurso de negação, a partir do qual a norma do art. 193 é alterada para representar o que não expressa, implica claro estímulo à exposição do trabalhador a dois ou mais agentes nocivos a sua saúde. Se o empregador expuser cada um de seus trabalhadores a apenas um dos agentes insalubres, penosos ou perigosos que existem no ambiente de trabalho, terá de remunerá-los por isso. Se, entretanto, optar por submeter um único ser humano a dois ou mais agentes nocivos, receberá como prêmio a possibilidade de pagar apenas um dos adicionais devidos. Esse estímulo à exposição dos trabalhadores ao risco e ao dano efetivo à saúde potencializa as possibilidades de doenças ocupacionais que, por sua vez, geram uma demanda previdenciária apontada como insuportável pelo sistema.

A reprodução de ambientes adoecedores de trabalho, a partir da lógica econômica de que custa bem menos pagar um adicional de salário (mesmo sujeitando o empregado a dois ou mais agentes nocivos) do que tornar o ambiente seguro, reduz a qualidade de vida e, por consequência, o convívio social saudável dos trabalhadores. E os trabalhadores não constituem uma espécie a parte de seres humanos, que podem passar todo o tempo trabalhando ou sujeitar-se a condições penosas, insalubres e perigosas reduzindo sua possibilidade de vida saudável, sem que isso interfira em todo o tecido social.

O que quero expressar aqui, como argumento que talvez atinja aqueles que se preocupam mais com as repercussões econômicas da lei do que com seu caráter de construção social, é que a economia que o empregador faz, ao deixar de pagar todos os adicionais de salário devidos, tem um custo social que atinge a todos, indiscriminadamente. Uma sociedade de pessoas doentes é uma sociedade doente, com alto custo previdenciário, com uma “produção” menos qualificada, e que reproduz miséria e revolta.

Eis porque não há como desconectar a análise jurídica do entendimento dominante, acerca de uma suposta impossibilidade de cumulação referendada pelo art. 193 da CLT, do problema que realmente estamos enfrentando aqui: o tipo de sociedade que estamos construindo.

Todo o conjunto de normas constitucionais e internacionais, invocados como fundamento para a mudança de compreensão representada nas decisões do Ministro Cláudio Brandão, foi construído em face da necessidade de lidar com um elemento visceral do sistema capitalista de produção: as consequências humanas e sociais da exploração do trabalho pelo capital. Isso ocorreu não apenas (e talvez nem mesmo decisivamente) porque percebemos a miséria social que essa exploração incentiva e reproduz, mas sim em razão das consequências econômicas que daí decorrem.

O Direito do Trabalho, fundamentado na proteção, conseguiu consolidar-se numa lógica em que tudo (pessoas e coisas) é reduzido à condição de mercadoria de troca, porque é necessário à manutenção da própria lógica do capital. Sem trabalhadores saudáveis não há produção, sem consumidores não há circulação de mercadorias. Daí porque normas como a do art. 193 da CLT ou do artigo 7º, XXIII, da Constituição, foram editadas. Para proteger o trabalhador, a fim de que ele possa continuar em sua condição de trabalhador, e para que o custo dessa exploração não se torne insuportável para o próprio sistema.

Por sua vez, a compreensão restritiva e mesmo negadora de direitos, que prolifera intensamente na Justiça do Trabalho (basta pensarmos em exemplos como os das súmulas 331, 338 ou 443 do TST; na compreensão dominante acerca da aplicação do art. 62 da CLT ou mesmo nesse senso comum de que o art. 193 veda a cumulação) é resultado dessa tensão. O Direito do Trabalho, embora sirva para manter a lógica do capital, o tensiona constantemente, obrigando-o a enxergar-se tal como é.

Essa é a razão pela qual defendo o uso transgressor do Direito do Trabalho⁴. O paradoxo que temos a enfrentar é esse e só compreendendo-o conseguiremos compreender as razões pelas quais entendimentos como o aqui criticado adquirem a força de um dogma.

O Direito do Trabalho, caso aplicado em seu potencial máximo, poderá provocar a ruptura do sistema que protege, porque o capital consegue adaptar-se às suas limitações apenas até determinado ponto. Por isso mesmo, as normas de proteção trabalhistas estão sempre na berlinda e dificilmente são aplicadas tal como previstas no ordenamento jurídico.

⁴ SEVERO, Valdete Souto. *Elementos para o uso transgressor do Direito do Trabalho*: compreendendo as relações sociais de trabalho no Brasil e a função do Direito diante das possibilidades de superação da forma capital. São Paulo: LTr, 2015. Trata-se de uma transgressão positiva, não no sentido de desafiar o ordenamento jurídico, mas sim de aplicá-lo em toda a sua potência.

O exemplo da duração do trabalho é eloquente. Se levássemos a sério as normas constitucionais e legais acerca da limitação do tempo de trabalho, não poderíamos sequer cogitar a possibilidade de “banco de horas” (alteração legislativa posterior e absolutamente contrária aos limites constitucionais), de utilização do chamado regime de 12 x 36 ou de produção de prova oral em favor de empregador que descumpra o dever de trazer aos autos os registros dos horários de trabalho.

No caso da cumulação dos adicionais de proteção à saúde e à vida do trabalhador, a ideologia é a mesma. Se aplicássemos a Constituição, certamente tornaríamos inviável a empresa que se utiliza do tempo de vida de seres humanos, sujeitando-os a dano e risco iminente (sobretudo de forma cumulada).

A Constituição determina a permanente redução dos riscos e dos danos à saúde de quem trabalha. Deveríamos, portanto, estar lutando pela eliminação desses agentes, e não pela remuneração do mal que causam. Em uma perspectiva mais imediata e menos transgressora, deveríamos haver superado essa compreensão conservadora e desconectada do texto do art. 193 da Constituição, como estímulo à construção de ambientes saudáveis de trabalho.

Estamos bem longe disso. Há, inclusive, projeto de lei (PL 176/2011) tramitando no Congresso Nacional, para a regulamentação do uso do amianto em ambientes de trabalho, apesar de se tratar de agente já banido em vários países, pelo terrível mal que causa à vida humana⁵.

O Direito nada mais é do que a forma jurídica escolhida para atender às necessidades do capital. Essa afirmação, que parece ousada, é em realidade singela: nossas estruturas jurídicas atuam para que as coisas permaneçam como estão. Em algumas situações, no movimento complexo e dialógico das relações humanas, servem também para limitar ou desafiar essa lógica, como é o caso do Direito do Trabalho. Quando isso ocorre, porém, o movimento de contenção

⁵ “A exposição ao amianto está relacionada à ocorrência de diversas patologias, malignas e não malignas. Ele é classificado pela Agência Internacional de Pesquisa (Iarc) no grupo 1 – os dos reconhecidamente cancerígenos para os seres humanos. [...] Entre as principais doenças relacionadas ao amianto, temos: Asbestose – A doença é causada pela deposição de fibras de asbesto nos alvéolos pulmonares, provocando uma reação inflamatória, seguida de fibrose e, por conseguinte, sua rigidez, reduzindo a capacidade de realizar a troca gasosa, promovendo a perda da elasticidade pulmonar e da capacidade respiratória com sérias limitações ao fluxo aéreo e incapacidade para o trabalho. Nas fases mais avançadas da doença esta incapacidade pode se estender até para a realização de tarefas mais simples e vitais para a sobrevivência humana. Câncer de pulmão – O câncer de pulmão pode estar associado com outras manifestações mórbidas como asbestose, placas pleurais ou não. O seu risco pode aumentar em 90 vezes caso o trabalhador exposto ao amianto também seja fumante, pois o fumo potencializa o efeito sinérgico entre os dois agentes reconhecidos como promotores de câncer de pulmão. Estima-se que 50% dos indivíduos que tenham asbestose venham a desenvolver câncer de pulmão. [...] Câncer de laringe, do trato digestivo e de ovário; Mesotelioma – O mesotelioma é uma forma rara de tumor maligno, mais comumente atingindo a pleura, membrana serosa que reveste o pulmão, mas também incidindo sobre o peritônio, pericárdio e a túnica vaginal e bolsa escrotal. Está se tornando mais comum em nosso país, já que atingimos o período de latência de mais de 30 anos da curva de crescimento da utilização em escala industrial no Brasil, que deu-se durante o período conhecido como o “milagre econômico”, na década de 1970. Não se estabeleceu nenhuma relação do mesotelioma com o tabagismo, nem com doses de exposição. O Mesotelioma maligno pode produzir metástases por via linfática em aproximadamente 25% dos casos. Além das doenças descritas, o amianto pode causar espessamento na pleura e diafragma, derrames pleurais, placas pleurais e severos distúrbios respiratórios. Todas as formas e tipos de amianto são cancerígenas”. (<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/prevencao-fatores-de-risco/amianto>, acesso em 2/6/2016).

ou mesmo combate às conquistas sociais que desafiam a lógica das trocas é tão intenso que por vezes nos cega.

4 As formas de resistência conservadora: por que insistimos em negar a proteção?

O passo dado pelo TST em decisões como a antes referida é extremamente importante. Nos induz a sair da zona de conforto e repensar essa batalha pela proteção à saúde do trabalhador, que parecia, senão vencida, fortemente combatida. É por isso que decisões como essa devem ser analisadas, discutidas nos bancos acadêmicos e invocadas nos processos trabalhistas.

É por isso, também, que um avanço, embora tímido, no sentido da proteção, sempre sofre o revés do despertar conservador, que no quadro atual das relações de trabalho no Brasil encontra fortes adeptos nos três poderes da República. Nosso olhar, porém, ficará limitado à atuação do Poder Judiciário Trabalhista.

Nesse aspecto, é preciso referir que o Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, contrariando o avanço da jurisprudência do TST, editou recentemente a Súmula nº 76, de setembro de 2015, negando a possibilidade de cumulação⁶. Em um dos “precedentes” desta súmula (0000847-85.2013.5.04.0203 RO), há referência de que a Convenção 155 “nada dispõe acerca da possibilidade de percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade”.

396

Essa Convenção, ratificada pelo Brasil, refere que, em seu art. 4º, que “todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho”, cujo objetivo (item 2) deve ser “prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho”.

É o que também determina a Constituição do 1988. A prevenção e a redução dos riscos e danos se faz, por um lado, pela eliminação dos agentes nocivos e, por outro, pela imposição de ônus econômico ao empregador que opta por manter ambientes insalubres, penosos ou perigosos.

O art. 8º dessa mesma Convenção ainda estabelece que “todo Membro deverá adotar, por via legislativo ou regulamentar ou por qualquer outro método de acordo com as condições e a prática nacionais, e em consulta com as organizações representativas de empregadores e de trabalhadores interessadas, as medidas necessárias para tornar efetivo o artigo 4º da presente Convenção”. O artigo 16, por sua vez, refere que “deverá ser exigido dos empregadores que, na medida que for razoável e possível, garantam que os locais de trabalho, o maquinário, os equi-

⁶ ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. ACUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade encontra óbice no artigo 193, § 2º, da CLT, o qual faculta ao empregado o direito de optar pelo adicional mais favorável. Inexistência de violação aos incisos XXII e XXIII, do artigo 7º, da Constituição.

pamentos e as operações e processos que estiverem sob seu controle são seguros e não envolvem risco algum para a segurança e a saúde dos trabalhadores”; que adotem “medidas de proteção adequadas” e que forneçam “roupas e equipamentos de proteção adequados a fim de prevenir, na medida que for razoável e possível, os riscos de acidentes ou de efeitos prejudiciais para a saúde”. Por fim, o artigo 21 arremata dispondo que “as medidas de segurança e higiene do trabalho não deverão implicar nenhum ônus financeiro para os trabalhadores”.

Talvez não seja suficiente. Certamente, não é tudo. Há também a Convenção 148 da OIT, igualmente ratificada, que estabelece medidas de proteção similares. E, claro, há a Constituição de 1988 determinando (inciso XXII do art. 7º) a redução dos riscos inerentes ao trabalho e reconhecendo o direito fundamental ao recebimento de (inciso XXIII) “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”. A lei, que poderá disciplinar esse dispositivo constitucional, certamente não pode eliminar alguma das formas de proteção ali previstas. A compreensão de que o art. 193 da CLT veda a cumulação faz exatamente isso: na prática, elimina o direito fundamental ao pagamento de um desses adicionais, boicotando o projeto constitucional de constante redução de riscos e danos à saúde do trabalhador. Por fim, há a redação do art. 193 da CLT, que apenas fixa uma faculdade para o empregado, e não (pois sequer poderia fazê-lo) a imposição de renúncia a direito alimentar.

Outro “precedente” invocado para subsidiar a súmula 76 do TRT da Quarta Região é a decisão 0001643-84.2012.5.04.0341 RO, que também fundamenta-se no fato de que a literalidade do art. 193 não contraria a Constituição, nem as Convenções da OIT, que nada referem expressamente acerca da cumulação. Há, ainda, “precedente” que se refere à situação específica de uma fundação pública (0000601-62.2013.5.04.0018 RO) e os demais, que se limitam a invocar a redação do art. 193 da CLT (0020021-43.2014.5.04.0010 (RO); 0000907-19.2013.5.04.0701 RO e 0020085-02.2013.5.04.0006 (RO)).

397

É interessante observar que os fundamentos para a negação do direito, no mais das vezes, constituem mera repetição da afirmação de que o dispositivo da CLT veda a cumulação. Na realidade, o art. 193, como já referi, nada dispõe acerca da cumulação. Trata-se de norma de direito material, a ser aplicada durante a execução do vínculo de emprego e em momento algum contém autorização para que o empregador suprima ou para que o juiz negue o pagamento de adicional reconhecido como devido ao trabalhador.

O TST parece trilhar o mesmo caminho, em decisão proferida pela SDI, em abril deste ano: “Adicional de insalubridade e de periculosidade. Cumulação. Impossibilidade. Prevalência do art. 193, § 2º, da CLT ante as Convenções nºs 148 e 155 da OIT. É vedada a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade ante a expressa dicção do art. 193, § 2º, da CLT. Ademais, não obstante as Convenções nºs 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) tenham sido incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, elas não se sobrepõem à norma interna que consagra entendimento diametralmente oposto, aplicando-se tão somente às situações ainda não reguladas por lei”⁷.

⁷ Foram vencidos os Ministros Cláudio Mascarenhas Brandão, relator, Augusto César de Carvalho, Hugo Carlos Scheuermann e Alexandre Agra Belmonte. TSTE-ARR-1081- 60.2012.5.03.0064, SBDI-I, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen, 28.4.2016.

A nossa dificuldade em superar o argumento da literalidade do art. 193 da CLT, mesmo quando esse dispositivo não diz o que a ele atribuímos, é o que permite que o discurso jurídico permaneça insistindo na mesma tecla.

Sequer precisaríamos invocar convenções da OIT, ou mesmo o texto constitucional, para reconhecer, ainda que sob a rasteira perspectiva da interpretação literal, que a norma de proteção contida na CLT estabelece mera faculdade, que atribui exclusivamente ao empregado, e que examinada de modo sistemático (pois o direito não se interpreta em tiras) não pode implicar renúncia.

5 A luz no fim do túnel

Os adicionais de salário que decorrem da sujeição do trabalhador a risco de morte (periculosidade) ou a dano efetivo à saúde (insalubridade e penosidade) tem fatos geradores diversos. Note-se que se trata de adicional de salário fixado nos mesmos moldes dos demais adicionais de remuneração previstos em lei (adicional noturno, horas extras, etc). Todos eles, tem por escopo contraprestar situação específica de trabalho, não remunerada pelo valor básico garantido mensalmente ao obreiro.

Enquanto o adicional de insalubridade visa contraprestar situação de prejuízo efetivo à saúde do trabalhador, por sua exposição continuada a agente nocivo, o adicional de penosidade compensa o excessivo rigor das circunstâncias em que o trabalho é realizado e o adicional de periculosidade tem por objetivo remunerar o risco de um acidente, que poderá nunca vir a ocorrer, mas que caso ocorra poderá ser fatal ao empregado.

Nesse sentido, o inciso XXIII do art. 7º da Constituição refere-se à necessidade de garantir o pagamento do adicional de salário em qualquer das hipóteses que elenca, mas de modo algum os exclui mutuamente. Sequer há razoabilidade em tal compreensão. A existência de condições insalubres não elide o perigo a que possa estar exposto o trabalhador. Por consequência, não há fundamento lógico ou jurídico a sustentar a necessidade de opção entre uma e outra verba.

Como já mencionei, a faculdade estabelecida no art. 193 da CLT, para ser compatível com a ordem constitucional vigente, tem de ser entre se submeter a situação insalubre ou se submeter a situação perigosa. Havendo submissão do empregado a duas situações nocivas diversas de lesão à integridade física (potencial ou efetiva), é certo que deve haver remuneração por ambas, sob pena de premiar o empregador que submete o mesmo ser humano a duas ou mais situações lesivas, em detrimento daquele que não o faz.

Basta pensar em casos práticos, para que percebamos o paradoxo e total ausência de equidade nas seguintes situações. Caso o mesmo empregado prestasse as atividades consideradas como insalubre e perigosa a diferentes empregadores teria, indubitavelmente, direito à percepção de ambos adicionais. Da mesma forma, a contratação de dois trabalhadores distintos, um para realização da tarefa insalubre e outro para a tarefa perigosa, importaria o pagamento de ambos adicionais (um para cada trabalhador).

Então, qual seria o escopo da compreensão do art. 193 ao supostamente estabelecer vedação à cumulação, senão o de punir o trabalhador por mitigar duas vezes sua expectativa de vida (mediata e imediatamente) em prol da atividade produtiva do empregador? A utilização de regra de hierarquia inferior (art. 193 da CLT) para integrar norma constitucional, em sentido contrário ao de sua concretização (e ao de sua literalidade) revela subversão dos pilares fundantes da estabilidade política e social do Estado Democrático e, portanto, da sociedade do capital.

Para compreender isso, precisamos retomar a noção de princípio e reconhecer a razão histórica pela qual temos um Direito do Trabalho. Isso porque a interpretação de regra jurídica de modo absolutamente desconectado do princípio que a inspira e justifica (proteção) implica sua própria negação. Barbagelata refere que a questão social, ou seja, a necessidade de lidar com a realidade excludente e díspare potencializada pelo sistema capitalista está na origem não apenas do Direito do Trabalho, mas dos direitos sociais em geral⁸. Está também na origem da noção que hoje temos (ou tentamos desenvolver) de princípios.

Para que reconheçamos a existência de um princípio próprio do Direito do Trabalho, devemos identificar a razão por que as regras trabalhistas são criadas e pela qual devem ser aplicadas, sua função dentro de um Estado que se pretende democrático e solidário, embora mantenha seu ideal liberal.

O princípio, nessa perspectiva, qualifica-se como o que está “no princípio mesmo” da criação de um determinado conjunto de regras. O Direito do Trabalho não reproduz o ideal de igualdade do Direito Civil; não busca reestabelecer o equilíbrio material entre as partes. Justamente porque a diferença (entre o que empregado e empregador colocam em jogo em uma relação de trabalho) é objetiva (troca de tempo de vida por remuneração) não há como minimizá-la. O Direito do Trabalho não ignora (até mesmo estimula) que o trabalhador deve em certa medida tornar-se *coisa* quando ingressa nessa relação social. Apenas estabelece limites à coisificação. O que está, portanto, no *princípio* do Direito do Trabalho é a proteção a quem trabalha para que, mesmo tornando-se “objeto do contrato”, continue sendo sujeito, para quem a ordem jurídica (que garante vida digna, saúde, educação, moradia, trabalho, lazer, etc) também é endereçada.

399

Sem proteção, não há razão alguma para a existência mesma de um Direito *do Trabalho* ou de uma Justiça *do Trabalho*⁹.

Essa compreensão de que normas trabalhistas constituem normas de *proteção ao trabalho* vem ganhando força em algumas importantes decisões do TST, notadamente sobre o tema que é objeto deste artigo.

A luz no fim do túnel, que nos habilita a acreditar em uma mudança de mentalidade capaz de superar definitivamente o entendimento pelo qual não há possibilidade de cumulação

⁸ BARBAGELATA, Hector-Hugo. *Curso sobre La Evolucion del Pensamiento Juslaboralista*. Montevideo: fundacion de cultura universitária, 2011, p. 76.

⁹ Obra de leitura imperdível, que trata dessa questão da importância do reconhecimento da razão pela qual temos Justiça do Trabalho, cuja leitura recomendo: ELFFMAN, Mario. *Questões e questionamentos sobre a Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora, 2014.

dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade, é representada por tais decisões, das quais – além da já referida – destaco:

CUMULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. (...) A matéria em questão tem suscitado debates em razão do que dispõe o artigo 193, § 2º, da CLT. Consoante o referido dispositivo, “o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.”, pelo que, segundo essa regra, mesmo exposto a agentes potencialmente nocivos à sua saúde e risco à sua integridade física ou vida, o trabalhador não acumularia dois adicionais, de periculosidade e de insalubridade, quando exposto, simultaneamente, a risco e agente insalubre. Contudo, a aplicação do referido artigo nos conduz à não efetivação do disposto no artigo 7º, XXII, da Constituição Federal: “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;”. E essa redução é incentivada pelo legislador por meio de vários expedientes: redução das horas de exposição a risco à saúde ou perigo; normas infraconstitucionais de preparação do ambiente de trabalho; submissão do empregador à realização de exames de saúde no trabalhador e encarecimento do valor do trabalho. A paga pelo trabalho em condições diferenciadas, entre elas as de exposição a riscos à saúde, integridade física e vida do trabalhador não apenas visa remunerar as condições especiais do labor, como também encarecer a mão de obra, visando a realização, pelo empregador, da efetiva diminuição ou eliminação dos riscos. Afinal, pode se revelar mais barata a preparação adequada do ambiente de trabalho para livrá-lo dos riscos, do que pagar adicionais de insalubridade ou de periculosidade a vários trabalhadores a eles submetidos, concretizando, por vias transversas, o objetivo constitucional. Corroborando com tal entendimento tem-se as Convenções nº 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho, ratificadas pelo Brasil, que nos recomendam uma interpretação mais ampla, ou, ao menos, mais voltada ao aprimoramento das condições de trabalho e extensão da proteção a que o empregado está sujeito, estabelecendo critérios e limites aos riscos profissionais. Assim, a exegese do tema deve voltar-se às exigências sociais, bem como às necessidades e transformações do processo econômico e os reflexos deste sobre as relações de trabalho. E nesse sentido, parece mais adequado concluir que os adicionais podem, sim, ser cumulados. É sabido que a insalubridade compromete a saúde do trabalhador, enquanto a periculosidade expõe a risco a sua vida ou integridade física. Sob este prisma, não haveria muito sentido falar-se em “opção” por um deles, na medida em que a escolha de um dos adicionais não elimina a incidência do outro, mas cumpria-se a lei. O fato, no entanto, é que o art. 193, §2º, da CLT que já tinha sofrido considerável abalo com a ratificação da Convenção nº 148, recebeu o seu golpe de morte a partir da ratificação da Convenção nº 155 da OIT, que, sem dúvida, terminou por revogar, tacitamente, em conjunto com a Convenção anteriormente citada, o referido dispositivo da CLT. Com a ratificação, não ele, mas a plena cobertura por riscos diversos e simultâneos somada ao reconhecimento de direitos sociais não constantes do rol de dispositivos do artigo 7º da Constituição (2ª parte do caput da referida norma constitucional) tornou-se a diretriz a ser seguida, impondo, como normatividade adequada, a devida preparação do ambiente de trabalho, de forma a eliminar ou reduzir os riscos e, se impossível, o pagamento simultâneo de adicionais diferentes, devidos pelas diferentes condições especiais de trabalho, quando suscetíveis de sujeitar o trabalhador, ao mesmo tempo, a riscos à sua saúde e à sua integrida-

de física ou vida. Assim, incólume o art. 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista não conhecido”¹⁰.

ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 193, § 2º, DA CLT PELO ART. 7º, XXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 8.3 DA CONVENÇÃO 148 DA OIT E ART. 11-B DA CONVENÇÃO 155 DA OIT. “STATUS” DE NORMA SUPRALEGAL. A ciência do Direito informa que a Constituição representa fonte normativa dotada de prevalência na ordem jurídica. Ela é que confere validade - fundamento e eficácia - a todas as demais normas jurídicas existentes em determinado contexto jurídico nacional. Observe-se que o fundamento de validade surge, em geral, por abstração negativa, o que significa que a norma infraconstitucional será válida e eficaz desde que não agrida o comando ou princípio constitucional estabelecido. O cotejo das normas jurídicas infraconstitucionais com os princípios e regras constitucionais provoca, como se sabe, distintos fenômenos relevantes. Trata-se da revogação, da recepção e da invalidação. A revogação ocorre quando a antiga norma infraconstitucional é suprimida da ordem jurídica, tácita ou expressamente, por não se compatibilizar com o novo quadro constitucional emergente. A recepção, por sua vez, acontece quando a antiga norma infraconstitucional preserva-se na ordem jurídica, por se mostrar compatível com o novo quadro constitucional emergente. Finalmente, a invalidação se passa quando a norma produzida choca-se com a ordem constitucional em vigor, esterilizando-se por declaração de inconstitucionalidade. Em resumo, se a norma for editada após o advento da nova ordem constitucional, a avaliação circunscreve-se à declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade das leis e atos normativos. Se a norma infraconstitucional for anterior à nova Constituição e com ela compatível, será recepcionada; se incompatível, será revogada. Trata-se, essa última hipótese, do fenômeno da “não recepção” das normas jurídicas infraconstitucionais. Na presente hipótese avalia-se a recepção do art. 193, § 2º, da CLT, ali inserido pela Lei 6.514/77, pela Constituição Federal promulgada em 1988. E a resposta é negativa. Os incisos XXII e XXIII do art. 7º da CF resguardam o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade sem qualquer restrição quanto à cumulação, remetendo à lei ordinária a sua regulação, a qual se dá pela CLT e demais normas infraconstitucionais. Trata-se, assim, de norma de eficácia limitada, ou seja, depende de emissão de uma normatividade futura para alcançar plena eficácia. Esse preceito, entretanto, possui relevante eficácia jurídica, isto é, tem aptidão para obstar a edição de normas infraconstitucionais em sentido antitético ou incompatível ao incorporado no preceito constitucional vigente, invalidando - ou revogando, como na hipótese - tais normas antagônicas. Além da força vinculante da Constituição, a República Federativa do Brasil incorporou ao ordenamento jurídico interno as Convenções Internacionais 148, promulgada por meio do Decreto n. 93.413, de 15.10.86, com vigência a partir de 14.01.83, e 155, promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29.9.94, com vigência a partir de 18.5.1993, ambas da OIT. A Convenção nº 148 estabelece diversas propostas relativas ao meio ambiente de trabalho, notadamente em relação à contaminação atmosférica, ruído e vibrações. Por sua vez, a Convenção 155 trata da segurança e saúde dos trabalhadores, adotando diversas proposições relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do traba-

¹⁰ RR - 1346-03.2013.5.12.0056 , Redator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 16/12/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/5/2016.

lho. Ressalta-se que, no Direito do Trabalho, as Convenções da OIT, quando ratificadas pelo Estado brasileiro, têm se tornado importantes fontes formais justralhistas no País. Não há dúvidas de que a jurisprudência do País (STF), por décadas, considerou que esses diplomas internacionais, ao ingressarem na ordem jurídica interna, fazem-no com o status infraconstitucional. Isso significa que se submetem, inteiramente, ao crivo de constitucionalidade; nesta medida podem ser declarados inválidos, mesmo após ratificados, se existente afronta a regra ou princípio insculpido na Constituição brasileira. Registre-se que a Reforma do Judiciário, promulgada em dezembro de 2004 (EC. 45/04), passou a conferir status de emenda constitucional a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que tenham sido aprovados com o rito e quorum similares aos de emenda. Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em sessão de dezembro de 2008, modificou, em parte, sua jurisprudência sobre o status normativo das regras internacionais ratificadas pelo Brasil. Fixou o patamar supralegal dessas regras (acima das leis ordinárias e complementares), desde que referentes a convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos (o status clássico, de simples diploma legal, ficou preservado para a generalidade dos documentos internacionais ratificados). A alteração interpretativa tem de ser integrada a um quadro de avanço hermenêutico e cultural, e não de retrocesso. Desse modo, havendo aparente conflito entre normas internacionais ratificadas e o Direito interno, deve prevalecer a norma e a interpretação mais favoráveis à pessoa humana a quem se destina a tutela jurídica. O mesmo se aplica a normas de tratados e convenções internacionais de direitos trabalhistas - que têm óbvia natureza de direitos humanos: em situação de aparente conflito entre preceitos internacionais ratificados (as Convenções citadas, por exemplo) e preceitos legais internos, prevalece o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, quer no que tange ao critério de solução do conflito normativo, quer no que diz respeito ao resultado interpretativo alcançado. Com relação ao caso concreto, acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, não há dúvidas de que as disposições que mais se harmonizam com os referidos preceitos e com as normas constitucionais de proteção do trabalhador são aquelas previstas nas Convenções 148 e 155 da OIT (que possuem status supralegal, isto é, acima das leis ordinárias e complementares, mas abaixo da Constituição), em detrimento da regra do art. 193, § 2º, da CLT, no sentido de que são cumuláveis o adicional de periculosidade e o de insalubridade. Trata-se, com efeito, de parcelas sumamente distintas, que não se compensam, nem se substituem, não podendo ser deduzidas. Desse modo, por força do texto normativo do art. 7º, XXII e XXIII da CF, combinado com o art. 11-b, da Convenção 155 da OIT, o sentido do art. 193, §2º, CLT, tem de ser considerado como não recepcionado (revogado) pela nova ordem jurídica constitucional estabelecida com a Constituição Federal promulgada em 1988, para permitir a acumulação das parcelas diferentes, porém não a duplicidade de pagamento da mesma verba pela ocorrência de duplo fator agressivo. Ou seja, não se pagam, é óbvio, dois adicionais de insalubridade em vista da existência de dois agentes insalubres, pois a verba é a mesma; porém pagam-se as duas verbas distintas (insalubridade e periculosidade), caso existam seus fatores específicos de incidência. Por fim, quanto à possibilidade de os Tribunais manifestarem-se sobre a recepção constitucional por meio de órgão fracionário, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, considerou que a cláusula de reserva de plenário (full bench), prevista no art. 97 da CF/88, somente se aplica às leis e atos normativos do Poder público editados sob a égide da atual Constituição, não se aplicando, desse modo, ao fenômeno da recepção/não recepção (caso dos autos). Precedentes do STF.

Assim, em razão da necessidade de nova compreensão desta Corte acerca da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade à luz dos parâmetros acima citados, não se pode considerar que o art. 193, § 2º, da CF, tenha sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual se possibilita a percepção conjunta do adicional de insalubridade e de periculosidade. Recurso de revista conhecido e provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. ART. 896, § 1º-A, I, DA CLT. EXIGÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE IDENTIFICA O PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA OBJETO DE RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. 2. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. 3. HORAS EXTRAS. INVALIDADE DO REGIME DE COMPENSAÇÃO. 4. INTERVALO INTRAJORNADA. 5. ADICIONAL NOTURNO. 6. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. 7. HONORÁRIOS PERICIAIS. 8. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. 9. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ÓBICE ESTRITAMENTE PROCESSUAL. Nos termos do art. 896, § 1º-A, I, da CLT, incluído pela Lei n. 13.015/14, a transcrição dos fundamentos em que se identifica o prequestionamento da matéria impugnada constitui exigência formal à admissibilidade do recurso de revista. Havendo expressa exigência legal de indicação do trecho do julgado que demonstre o enfrentamento da matéria pelo Tribunal Regional, evidenciando o prequestionamento, a ausência desse pressuposto intrínseco torna insuscetível de veiculação o recurso de revista. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido¹¹.

CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A CLT. CONVENÇÕES 148 E 155 DA OIT. A Sétima Turma, no julgamento do processo TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384, da lavra do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, decidiu ser possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. No entanto, o Tribunal Regional deu parcial provimento ao recurso ordinário da Reclamada para declarar a impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, facultando ao Autor a opção pelo adicional mais benéfico, na fase processual de liquidação. Demonstrada possível ofensa ao art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, impõe-se o provimento do agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido¹².

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT - JURISPRUDÊNCIA DO STF - OBSERVÂNCIA DAS CONVENÇÕES NºS 148 E 155 DA OIT - COMPENSAÇÃO INDEVIDA. No julgamento do RR-1072-72.2011.5.02.0384, de relatoria do Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, a 7ª Turma do TST firmou entendimento de que a norma contida no art. 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal, que, em seu art. 7º, XXIII, garantiu o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade e

¹¹ ARR - 465-74.2013.5.04.0015, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 16/12/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/05/2016.

¹² RR - 41-83.2013.5.04.0871, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 20/04/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/04/2016.

de periculosidade, sem ressalva acerca da cumulação. A possibilidade de recebimento cumulado dos mencionados adicionais se justifica em face de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Além disso, a inclusão no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nºs 148 e 155, com a qualidade de normas materialmente constitucionais ou supralegais, como decidido pelo STF, determina a atualização contínua da legislação acerca das condições nocivas de labor e a consideração dos riscos para a saúde do trabalhador oriundos da exposição simultânea a várias substâncias insalubres e agentes perigosos. Assim, não se aplica mais a mencionada norma da CLT, sendo possível o pagamento conjunto dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. Recurso de revista não conhecido¹³.

É representada, também, pela manifestação conjunta dos juízes do trabalho, reunidos no último CONAMAT/2016, realizado em Salvador, com aprovação de tese, segundo a qual:

O § 2º do art. 193 da CLT encontra-se revogado por não ter sido recepcionado pela Constituição Federal, já que seu comando ofende aos princípios da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho, além de ser discriminatório. Os adicionais de remuneração visam a compensar as condições mais desgastantes de trabalho. Assim, a opção entre o recebimento do adicional de insalubridade ou periculosidade beneficia o empregador, que mantém dupla ofensa ao meio ambiente de trabalho saudável, e prejudica o empregado que deixa de receber o adicional por um dos agentes. Portanto, coexistentes as condições de insalubridade e periculosidade, são devidos de forma cumulada ambos os adicionais”.

404

Embora seja notável a dificuldade em superar a interpretação do art. 193 da CLT, os entendimentos acima reproduzidos pelo menos o afasta de modo definitivo.

6 Considerações finais

O projeto de sociedade contido na Constituição de 1988 propõe-se constante redução dos riscos inerentes ao trabalho, mediante construção de um meio ambiente de trabalho saudável. Portanto, deveríamos estar lutando pela supressão dos agentes insalubres, penosos e perigosos no ambiente de trabalho.

Apesar disso, o discurso ainda transita pelo campo da chamada monetarização dos riscos e mesmo aí com um grave déficit de linguagem constitucional, pois ainda não conseguimos reconhecer a condição de adicional de remuneração para o adicional de insalubridade (já que insistimos no entendimento restritivo de fixação desse adicional tendo por base de cálculo o salário mínimo e o fazemos sustentados por uma súmula vinculante - 04 - cujo verbete diz exatamente o contrário).

As condições de agressão à saúde do trabalhador ou de risco de vida devem ser combatidas e não naturalizadas, como fazemos ao discutir, ainda, a possibilidade ou não de cumulação

¹³ RR - 20184-08.2014.5.04.0403 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 13/04/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/4/2016.

dos adicionais, quando a existência mesma de trabalhadores sujeitos a várias condições insalubres e/ou perigosas deveria causar repulsa.

A interpretação do art. 193 da CLT, notadamente aquela literal que vem sendo invocada para promover a negação do pagamento dos adicionais de salário devidos, não autoriza a conclusão de que existe uma vedação na cumulação dos adicionais. O máximo que o dispositivo nos autoriza a concluir, se quisermos observar a sua literalidade, é a possibilidade de o empregado, ainda durante o vínculo, optar por um dos adicionais. E, nesse caso, só há falar em opção válida na medida em que não implicar renúncia, ou seja, quando as demais situações perigosas e insalubres forem realmente eliminadas da relação de trabalho.

É urgente retomar o que está no princípio do Direito do Trabalho. E no princípio está a proteção a quem trabalha. Essa noção de proteção, que legitima e justifica a existência mesma de um direito fundamental dos trabalhadores, precisa contaminar nosso olhar para as normas jurídicas trabalhistas. O artigo 193 da CLT não está solto no tempo e no espaço. Ao contrário, participa de um sistema jurídico de proteção, cujo objetivo é, em última análise, impedir que a relação entre capital e trabalho reduza seres humanos à condição de coisas.

Sequer é necessário, portanto, recorrer a tratados de direitos humanos, cuja importância não se discute, mas que deveriam servir para a reafirmação das normas materiais que já possuímos e não como uma espécie de salvação vinda de fora.

O direito ao pagamento de adicionais de salário pelo risco de morte ou acidente e pelo dano efetivo à saúde é algo a ser superado. Precisamos evoluir a ponto de elidir a existência mesma de circunstâncias nocivas. Até que isso ocorra, porém, é preciso pelo menos assumir a opção que fizemos pela monetarização do dano e utilizá-la de modo coerente e compatível com o projeto social contido na Constituição.

Referências

BARBAGELATA, Hector-Hugo. **Curso sobre La Evolucion del Pensamiento Juslaboralista**. Montevideo: fundacion de cultura universitária, 2011, p. 76

ELFFMAN, Mario. **Questões e questionamentos sobre a Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS Editora, 2014.

MARX, Karl. **O Capital. Livro I**. São Paulo: Boitempo, 2013.

SEVERO, Valdete Souto. **Elementos para o uso transgressor do Direito do Trabalho**: compreendendo as relações sociais de trabalho no Brasil e a função do Direito diante das possibilidades de superação da forma capital. São Paulo: LTr, 2015.

O *Dumping* Social do direito do trabalho contemporâneo

Victor Emílio Feital Soares¹

Resumo: Neste artigo se discute como o combate ao *dumping* social na Justiça do Trabalho colabora para evitar que fraudes trabalhistas possam ser utilizadas para prejudicar a concorrência. Sendo os custos com mão de obra relevantes para o equilíbrio econômico da empresa, o uso de mecanismos ilícitos para reduzi-los pode gerar uma vantagem competitiva desleal, a ser duramente reprimida pelo judiciário, sob pena de o concorrente desleal dominar o mercado, eliminando os empresários que cumprem com suas obrigações sociais. Para tal desiderato a doutrina e a jurisprudência trabalhista têm teorizado acerca novas formas de enfrentamento da delinquência patronal, sendo uma dessas teorias a que trata do *dumping* social. A economia demonstra que o Direito integra o conjunto de fatores e custos que o agente racional leva em consideração para a tomada de decisões. Destarte, o descumprimento do contrato de trabalho passa a ser uma boa opção quando as eventuais penalidades decorrentes não sejam suficientes para eliminar o proveito obtido. Ao final, justifica-se e propõe-se a utilização de indenizações suplementares que sejam aptas a eliminar o benefício econômico das condutas ilícitas. Busca-se, desta maneira, propor uma metodologia de abordagem do problema de modo que os casos levados ao judiciário sirvam como exemplo desestimulante e, assim, ajudem a evitar a reiteração destes comportamentos.

Palavras-chave: *Dumping* social. Precarização. Concorrência desleal.

1 Introdução

406

Ao neófito, basta algumas incursões junto a qualquer Vara do Trabalho para perceber que algumas empresas fazem das lides trabalhistas seu verdadeiro objeto social². Descumprem intencional e reiteradamente os direitos de seus trabalhadores confiantes de que, ao cabo de muitos meses, pagarão, na pior das hipóteses, apenas o que deveriam ter pago no passado.

Estas linhas se propõem a estudar como uma nova visão do Direito do Trabalho pode contribuir para a promoção da dignidade do trabalhador, agindo sobre as estruturas decisórias das empresas na busca da construção de um mercado ético no qual o desenvolvimento ocorra de forma sustentável. Espera-se assim, contribuir cientificamente para a valorização do ser humano e para a promoção da solidariedade por meio da efetivação do princípio da proteção ao trabalhador.

2 O Papel do Direito e do Estado nas Relações de Trabalho Contemporâneas

As relações de trabalho e produção se dão em um ambiente complexo e sensível. A tensão entre capital e trabalho é a base sobre a qual se desenvolve o sistema de produção que sustenta as sociedades capitalistas, como Brasil. A economia, no entanto, depende da preservação do equilíbrio entre estas forças. O predomínio de uma delas levaria à ruína todo o sistema eco-

¹ Bacharel em Direito, Analista Judiciário

² Atento a esta realidade, o CSJT estipulou como meta estratégica reduzir em 10% o índice de concentração de processo dos maiores litigantes até o ano de 2020, segundo o Plano Estratégico da Justiça do Trabalho, disponível em http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f525e749-2197-438c-91ae-d31acfe4cbdf&groupId=955023, consulta em 9/6/2015.

nômico, ao menos na forma em que se encontra organizado no país. É necessário, portanto, que o trabalho e o capital encontrem meios de se harmonizarem. Caso isto não aconteça – o que ocorre quando uma das partes tem muito mais poder do que a outra – faz-se necessária a intervenção de um poder externo à relação, que seja capaz de equilibrar as forças antagônicas que buscam prevalecer uma sobre a outra. É por isso que em algumas sociedades a negociação coletiva é instrumento mais usual para estabelecer normas sobre as condições de trabalho; em outras, a lei é chamada a intervir, impondo condições mínimas indispensáveis à preservação do mercado de trabalho. No Brasil, o Direito do Trabalho é caracterizado pela forte intervenção do estado, utilizando-se da lei para regular as relações de trabalho e da Justiça do Trabalho para impor a adesão das partes.

Marcus Menezes Barberino Mendes (2007, p. 9), em interessante monografia sobre a justiça e o mercado de trabalho, aponta duas condicionantes políticas que orientaram o protagonismo estatal na montagem do sistema das relações de trabalho no Brasil: a assimetria de forças entre capitalistas e trabalhadores e a autonomia da política econômica de que o país gozou até o início da guerra fria. O autor explica, que o Estado brasileiro teve de reforçar seu papel de árbitro nos conflitos entre capital e trabalho justamente em decorrência do forte desequilíbrio de forças aí presentes, marca comum dos países de capitalismo tardio.

Esse papel de destaque ocupado pelo Estado não se restringe à criação de leis trabalhistas, mas perpassa também pelo judiciário. Conforme a doutrina de Mendes (2007, p. 19) o judiciário se associa ao executivo constituindo um novo elemento normatizador que tem ingerência tanto no contrato individual de trabalho como nas relações coletivas. Isso porque a decisão judicial e a indução de políticas públicas pelo Ministério do Trabalho e Emprego adquirem uma função simbólica relevante de expressar o que se considera ou não justo na relação de trabalho.

O Direito do Trabalho contemporâneo desenvolveu-se no Brasil como ferramenta do Estado para regular a tensão entre o capital e o trabalho, sofrendo com intensidade variável influências de ambos os lados. Ele reflete, portanto, a disputa de orientações relativamente antagônicas que precisam ser harmonizadas a fim de dar efetividade aos diversos valores buscados pela sociedade brasileira, estabelecidos por meio da Constituição Federal. Pesam nesta balança a necessidade de proteção ao trabalhador, parte hipossuficiente no contrato laboral, e a busca do desenvolvimento econômico e do pleno emprego, sem os quais a dignidade humana não pode ser atingida. Tais objetivos devem ser atingidos em um ambiente hostil, eivado de sucessivas crises, conflitos de interesses e competição acirrada e, muitas vezes desleal. Neste ambiente, o descumprimento do Direito do Trabalho, não raro, é utilizado como forma de obter vantagem competitiva ilícita, evocando a ação dos órgãos estatais na proteção dos trabalhadores, dos empresários honestos e até mesmo da concorrência.

Os percalços enfrentados pelo Direito do Trabalho contemporâneo fazem parte de um conjunto maior de tormentos vividos em todos os espaços sociais. “O momento conflituoso está umbilicalmente associado às formas de se organizar a sociedade e a **crise do Estado**” (OLIVEIRA, 2009, p. 23). O professor Murilo Oliveira esclarece que a incapacidade do Direito em dar soluções rápidas para os conflitos das relações sociais (denominada de Crise do Direito), contribui para o agravamento da crise. Para o autor, o modelo jurídico “individualista, formalista

e patrimonialista” (OLIVEIRA, 2009, p. 23) não se coaduna com uma sociedade que se tornou “plural, desigual e diferente” (OLIVEIRA, 2009, p. 23). Este descompasso entre o plano dos fatos e o Direito acarreta a perda da eficácia de muitas normas.

Edilton Meireles (2012, p. 17) ensina a Constituição do Trabalho, ou seja, o conjunto de normas constitucionais que dizem respeito às relações de trabalho, supera o ideal de igualdade formal, reconhecendo a hipossuficiência do trabalhador e assumindo o papel de promover a sua emancipação “em uma verdadeira discriminação positiva fixada pelo legislador”. O jurista (2012, p. 19), com apoio na doutrina de Canotilho, afirma que a Constituição brasileira erigiu a valorização social do trabalho como elemento privilegiado para a realização do “princípio da democracia econômica e social.” Este processo de constitucionalização do Direito do Trabalho promoveu um reencontro deste ramo jurídico com suas origens, voltando-se novamente para a centralidade da pessoa humana e impondo limites de caráter social ao poder econômico. Este aspecto social da constituição do trabalho resulta da manifestação da dignidade humana, que tem no labor um instrumento essencial para sua realização, pois que o trabalho é um dos fatores essenciais que possibilitam o pleno desenvolvimento da personalidade.

A proteção ao trabalhador decorre diretamente do modelo de estado adotado pela CRFB/88, fazendo valer a intenção do poder constituinte de dar privilégio ao trabalho como valor fundamental da sociedade brasileira, impedindo assim que outros bens jurídicos, como o lucro ou a ‘racionalidade econômica’ sobre ele prevaleçam. Ocorre que, entre os valores constantes das previsões constitucionais e a realidade dos fatos há um abismo fragante, que traz ao observador perplexidade sobre a efetividade destas normas. Frente a tal questão, FERNANDEZ (2014, p. 58) esclarece que compete ao judiciário trabalhista o papel de afastar qualquer função simbólica da constituição laboral, fazendo com que seus valores sejam efetivados. É papel do magistrado trabalhista fazer valer o sistema de proteção do trabalho instituído a partir da Carta Maior, decorrente da aplicação dos princípios ínsitos ao Direito Laboral.

A Constituição do Trabalho, de alguma maneira, interage intimamente com outro subsistema constitucional denominado de Constituição Econômica. Ele engloba os dispositivos constitucionais que criam um sistema econômico e orientam a ação de seus agentes. A Constituição adota o sistema capitalista de produção, ao passo em que cria limites à atuação no mercado. Por esta razão, a Constituição Econômica prevê a livre iniciativa como valor fundamental, mas a ela impõe restrições. Dentre as limitações à livre iniciativa, o art. 170 da CRFB/1988 traz em seu caput a valorização do trabalho e no inciso VII a redução das desigualdades sociais. Portanto, as condutas empresariais que atentem contra a dignidade do trabalhador, reduzam benefícios ou aumentem os lucros de forma irrazoável carecem de legitimidade por estarem em conflito com os valores fundamentais estabelecidos na Carta Maior. A priori, a valorização do trabalho deve prevalecer sobre a livre -iniciativa e o direito de propriedade, por ser um importante valor revelador da dignidade humana. Oliveira (2009, p. 157) esclarece que tal raciocínio nada mais é do que a reafirmação do princípio da proteção ao hipossuficiente, reformulado à luz da força normativa dos princípios.

Outro princípio relevante da Constituição Econômica, corolário da livre-iniciativa, é o da livre-concorrência, que consiste, conforme a lição de Fernandez (2014, p. 47), na previsão

constitucional que autoriza que os particulares estabeleçam competição entre si em um dado nicho lícito de mercado, buscando conquistar clientela de forma leal, vedando-se as práticas que visem obstar a concorrência. O autor ressalta que não há livre-iniciativa sem livre-concorrência, pois a lealdade dos competidores é necessária para que todos possam ter acesso ao mercado. Sem a proteção à concorrência para limitá-la, a livre-iniciativa poderia permitir que certos competidores ditassem as regras de importantes segmentos do mercado, impedindo o acesso de outros concorrentes. “O livre acesso ao mercado, afinal, jamais será efetivamente alcançado se não houver livre disputa de clientela” (FERNANDEZ, 2014, p. 48).

Não é por outra razão que a Constituição Federal (art. 173, § 4º) estabelece que a lei deverá reprimir o abuso de poder econômico que busque: a) a dominação de mercados; b) eliminação da concorrência; e c) o aumento abusivo dos lucros. Caso tais condutas sejam verificadas, a Lei Maior estabelece (art. 173, §5º) a responsabilização concomitante da pessoa jurídica e de seus dirigentes, devendo-lhes ser cominadas penalidades compatíveis com a natureza dos ilícitos praticados.

Os fatos demonstram que muitos empresários, premiados pelas tensões da concorrência, adotam estratégias negociais espúrias, descumprindo deliberada e reiteradamente as normas fixadas pelo Direito do Trabalho, causando danos individuais e coletivos aos trabalhadores como meio de redução de custos que permita a obtenção de vantagem competitiva ilícita que lhes permita dominar certos segmentos do mercado, o que também causa danos coletivos aos consumidores, por meio da eliminação da concorrência, infligindo, ainda, dano individual a certos competidores e coletivo ao mercado empresarial. Diante destes casos, a atuação do Estado se faz necessária para a preservação do próprio modelo capitalista, efetivando o princípio da proteção aos trabalhadores e o princípio da livre concorrência.

409

3 Análise Jurídico Econômica do *Dumping Social*

Fernandez (2014), em lúcida monografia sobre o tema, buscou demonstrar as contribuições que a Análise Econômica do Direito (também denominada de *Law and Economics*) pode trazer para a compreensão e tratamento jurídico do *dumping social*. De fato, as decisões empresariais que levam ao cometimento desta modalidade de concorrência desleal são deliberações de natureza econômica. Portanto, conceitos oriundos da economia são fundamentais para sua compreensão. Da mesma forma, as tutelas judiciais que venham a opor-se a estas condutas indesejadas devem atacar justamente suas motivações econômicas.

Convém apresentar algum esclarecimento sobre o agente racional. Em *Law and Economics* considera-se racional aquele que busca “a maximização da utilidade como elemento determinante de seu comportamento” (FERNANDEZ, 2014, p. 71). Desta forma, o agente racional avalia de antemão os custos e consequências de sua ação, optando por aquele comportamento que apresente a melhor relação entre custos e benefícios.

Marcos Madeira de Matos Martins, em minuciosa dissertação acerca do valor do trabalho humano, esclarece que cabe ao administrador da empresa “zelar pelos recursos estruturais, financeiros e humanos da empresa” (MARTINS, 2012, p. 62). Por este motivo, o administrador zeloso deve aplicar diversas metodologias de natureza administrativa, econômica e jurídica para

tomar decisões que beneficiem a empresa. Esta é a forma racional de decidir. A escolha racional consiste na maximização dos benefícios pela seleção da “melhor alternativa permitida pelas restrições” (MARTINS, 2012, p. 63).

O Direito fixa o preço das condutas e estabelece sanções dentro de uma estrutura de direitos. A responsabilidade e a obrigação são os preços atribuídos à conduta, sendo a sanção também ponderada pelo agente ao realizar a alocação de seus escassos recursos. Tais características permitem ao agente decidir em que medida participará em uma atividade que gere certa obrigação legal e se cumprirá ou não com essa obrigação. Como se vê, a decisão de descumprir uma obrigação jurídica decorre de um juízo de ponderação entre os custos referentes ao descumprimento e ao cumprimento. A sanção pode ser utilizada como medida do custo de descumprimento da obrigação, influenciando na escala de preferências do agente. Tornar o custo do descumprimento mais elevado do que o custo do cumprimento de uma obrigação legal é medida afirmativa da própria norma. Martins (2012, p. 59), ressalta que até mesmo as penalidades de privação de direitos podem ser mensuradas como custos.

Essa teoria permite compreender os comportamentos que constituem concorrência desleal. Isso porque muitas vezes um empresário orienta sua conduta a provocar, deliberadamente, prejuízo a um concorrente (ou um conjunto deles) como estratégia de dominar uma determinada fatia de mercado. Neste sentido, Martins (2012, p. 143) traz à baila a teoria do não cumprimento eficiente do contrato, que consiste em mecanismo oriundo da Análise Econômica do Direito que permite avaliar se, em um negócio jurídico, o descumprimento intencional do contrato pode importar em maior eficiência econômica para uma das partes. Essa análise é importante porque “o “remédio” para o não cumprimento deveria ser escolhido tendo em conta os efeitos que teria sobre as decisões das partes de cumprir ou não cumprir” (MARTINS, 2012, p. 142).

O autor explica que o não cumprimento é eficiente quando, após o pagamento de indenização que repare integralmente os danos do outro contratante, a parte descumpridora de suas obrigações fique em uma situação econômica superior àquela que ficaria se tivesse cumprido o contrato. A indenização integral deve ser suficiente para que a contraparte seja indiferente ao cumprimento ou à indenização. Atendidos tais pressupostos, o descumprimento resultaria em um resultado economicamente mais eficiente do que o cumprimento. Martins (2012, p. 146) explica que a teoria do descumprimento eficiente perde eficácia quando há uma orientação que permita a execução específica de uma obrigação de fazer ou a restituição dos benefícios auferidos com a inadimplência por meio dos denominados *punitive damages*.

Assim, tendo em vista o caráter de ordem pública das normas que regem o contrato de trabalho, não parece razoável aplicar a teoria do descumprimento eficiente neste tipo negócio jurídico. Não é aceitável, por exemplo, que uma empresa economize recursos com os sistemas de segurança de seus empregados por julgar que, após o pagamento das indenizações por acidente de trabalho (para os quais pode até haver um contrato de seguro), seus custos seriam reduzidos. O conhecimento da teoria, no entanto, pode trazer valiosa contribuição para o Direito do Trabalho, pois permite compreender o mecanismo de tomada de decisões empresariais de modo que, possa o juiz intervir na relação, reequilibrando os custos envolvidos, por meio de uma sanção suplementar suficiente para eliminar a eficiência do descumprimento do contrato de trabalho.

O custo do trabalho representa significativo dispêndio do processo produtivo. Este custo tem especial sensibilidade às ações do empregador, uma vez que o trabalhador, em razão da dependência econômica, muitas vezes não consegue fazer valer seus direitos sem colocar em risco seu emprego e, portanto, sua sobrevivência. Por tais razões, os direitos trabalhistas frequentemente são violados de forma intencional e reiterada, como estratégia empresarial destinada à obtenção de vantagem competitiva, embora ilícita.

Na lição de Martins (2012, p. 141) o *dumping* social é um dos instrumentos utilizados pelas empresas como forma de reduzir o custo do “valor-trabalho”. Tem como especial consequência a possibilidade de redução forçada do valor do produto posto no mercado, o que conduz à concorrência desleal e ao domínio de um segmento relevante do mercado. Daí se despreende que, de uma só vez, o *dumping* social, atenta contra os direitos dos trabalhadores, dos concorrentes e do mercado de consumo. Esta prática condenável ataca, concomitantemente, três dos valores mais relevantes da constituição econômica: a valorização do trabalho (art. 170, caput), a livre concorrência (art. 170, IV) e a proteção ao consumidor (art. 170, V).

Maior, Moreira e Severo (2014, p. 25) explicam que o *dumping* social é uma das formas de dano social, uma vez que sua prática fere o projeto constitucional que fundamenta a legislação trabalhista, sendo a sua reparação, portanto, “essencial para a recuperação da autoridade do ordenamento brasileiro”.

Os Direitos Sociais (Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social, com inserção nas Constituições) constituem a fórmula criada para desenvolver o que se convencionou chamar de capitalismo socialmente responsável. Um modo, portanto, de manter vigente o sistema, diante de suas crises cíclicas e de sua clara tendência autofágica (MAIOR; MOREIRA; SEVERO, p. 31).

411

Portanto, o *dumping* social ao ferir os direitos sociais, constitui dano que ultrapassa a esfera das relações privadas e atinge toda a sociedade. A repressão ao *dumping* social confere à concorrência um sentido ético que se estende até mesmo ao consumo, que também deve ser socialmente responsável.

Fernandez (2014, p. 86) refere-se a três dimensões de danos gerados pelo *dumping* social: danos aos concorrentes; ofensa à legislação trabalhista; e prejuízos de médio e longo prazo aos consumidores. O autor (2014, p. 133) enumera diversos danos sociais provocados pelo *dumping* social, a saber:

1. falência de empresas que não conseguem competir com os produtos comercializados pelo concorrente desleal;
2. Tendência de muitas empresas em acompanhar a estratégia econômica representada pelo *dumping* social;
3. redução do poder de compra a longo prazo; e
4. risco de inviabilidade do modelo econômico instituído pela Constituição.

Como se vê, a prática do *dumping* social opera efeitos nocivos que se estendem muito além do contrato individual de trabalho. Os danos atingem todos os trabalhadores da empresa, de forma imediata, mas também outros trabalhadores de empresas concorrentes que podem ter suas condições de trabalho degradadas como forma de sobrevivência da empresa à concorrência desleal. Atingem os empresários concorrentes honestos, que veem suas receitas minguarem pela impossibilidade de acompanhar os baixos custos de produção obtidos de forma ilícita pelo concorrente desleal. Os prejuízos alcançam, ainda, os consumidores pela falta de competição que ocorre em médio e longo prazo. Os danos apontados ferem os mais caros valores insculpidos na Constituição Federal e atingem de forma direta e indireta parte significativa da sociedade, clamando pela ação do Estado para a restauração do Direito.

O artigo 110 da lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) acresceu dispositivo na Lei de Ação Civil Pública (lei 7.347/85) estendendo sua utilização para a defesa de qualquer interesse coletivo e difuso. Além disso, Medeiros Neto (2015, p. 16) aponta que o CDC reconheceu a coletividade como titular de direitos³. Também, a Lei Antitruste (lei 8.884/94) alterou a Lei de Ação Civil Pública para explicar que tal ação é aplicável tanto aos danos morais quanto aos patrimoniais. Estas alterações instrumentalizaram a defesa dos interesses coletivos, fornecendo a solução processual adequada à obtenção de sua reparação em juízo.

Medeiros Neto (2015, p. 16) esclarece que o dano moral coletivo caracteriza-se *in re ipsa*, pelo mero cometimento de conduta ilícita que promova grave violação de direitos transindividuais. Despicienda, portanto, a apresentação de prova do dano, bastando a comprovação da conduta ilícita. Provada a prática de fato que atinja interesses coletivos, restará objetivamente comprovado o dano moral coletivo. O autor aponta algumas condutas recorrentes nas relações de trabalho, cuja ocorrência causa dano moral coletivo:

- (a) exploração do trabalho de crianças e adolescentes; (b) submissão de grupo de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condições análogas à de escravo, ou mediante regime de servidão por dívida; (c) manutenção de meio ambiente de trabalho inadequado e descumprimento de normas trabalhistas básicas de segurança e saúde, incluídas as disposições de proteção à jornada do trabalho; (d) discriminação, abuso de poder e assédio moral ou sexual nas relações laborais; (e) submissão de trabalhadores a situações indignas, humilhantes e vexatórias (por exemplo, como forma de indução para cumprimento de metas de produção ou de vendas); (e) terceirização ilícita de mão de obra, por meio de empresas interpostas, cooperativas, associações, organizações não governamentais ou outras entidades públicas ou privadas; (f) contratação irregular de trabalhadores pela administração pública direta ou indireta, sem submissão a concurso público, em violação ao estatuto constitucional; (g) uso de fraude, simulação, ameaça, coação ou dolo para burlar ou sonegar direitos trabalhistas ou obter vantagens indevidas; (h) criação de obstáculos e utilização de ardis e ameaças para o exercício do direito à liberdade sindical (MEDEIROS NETO, 2015, p. 18).

³ CDC Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Diante do que já se expôs neste trabalho, percebe-se que as condutas elencadas nas alíneas b, c, e, f e g constituem tipo especial de dano moral coletivo denominado de *dumping* social, em virtude de serem condutas de natureza econômica, voltadas à redução ilícita de custos com sacrifício de direitos dos trabalhadores em prejuízo da livre concorrência.

O combate ao *dumping* social requer a aplicação de sanções adequadas, que retirem as vantagens obtidas com sua prática e ajudem a evitar a repetição dos atos ilícitos. A mera restauração do *status quo ante* não é eficaz para evitar o *dumping* social, sendo necessário adotar medidas que configurem, de fato, sanções jurídicas e que sejam suficientes para a dissuasão da concorrência desleal.

4 Sanções aplicáveis aos casos de *Dumping* Social

Os atos configuradores do *dumping* social constituem caso de responsabilidade civil objetiva. A doutrina e jurisprudência laborais tem entendido que a efetivação do *dumping* social ocorre simplesmente a partir da reiterada submissão de trabalhadores a condições incompatíveis com a proteção que lhes é oferecida pelo Direito do Trabalho, independentemente da redução artificial de preços. Fernandez (2014, p. 169) alega que o *dumping* social configura abuso de direito apto a afastar a necessidade de verificação de culpa, nos termos do enunciado 37 da JDC⁴.

O combate ao *dumping* social constitui responsabilidade judicial de preservação do princípio da proteção e rejeição às práticas de concorrência desleal, de modo a promover a efetivação das normas constitucionais. Como caso de responsabilidade civil objetiva, o *dumping* social enseja a indenização pelos danos causados, seja aos trabalhadores individualmente, seja à sociedade.

Não há dúvidas de que o trabalhador lesado merece a reparação dos danos materiais e morais sofridos, porém, muitas vezes essa reparação por si só é insuficiente para evitar a reiteração da conduta lesiva, porque ela é economicamente vantajosa. Cabe ao Estado, nestes casos, como mediador das forças capital *versus* trabalho restaurar a hegemonia do ordenamento.

Quando a indenização ‘ortodoxa’ se mostra ineficaz, resta ao aplicador do Direito utilizar-se da função pedagógica (ou sancionatória) da responsabilidade civil, aplicando uma ‘indenização’ suplementar, também conhecida como *punitive damages*.

A indenização suplementar ultrapassa a mera função compensatória da lesão, adquirindo feição punitiva que visa à eliminação da vantagem econômica auferida pelo agente a partir do ato ilícito. Ela visa, portanto, eliminar todos os benefícios decorrentes do ato ilícito e, em alguns casos promover ainda uma desvantagem econômica razoável, com caráter pedagógico, destinada a evitar sua repetição. Os *punitive damages* constituem um acréscimo na condenação destinada à indenização do sujeito lesado, que agrava a sanção como forma de evitar a reincidência e desestimular práticas semelhantes por outros agentes. Sua adoção pela jurisprudência

⁴ Enunciado 37 – “Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.” (Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>, consulta em 6/5/2015).

brasileira guarda relação com o processo de constitucionalização do direito, sendo perfeitamente apropriada ao Direito do Trabalho Contemporâneo.

A utilização dos *punitive damages* enfrenta alguma oposição, sob alegação de que a função pedagógica da responsabilidade contraria o art. 944 do Código Civil, que estabelece que a indenização deverá ser proporcional ao dano causado. Fernandez (2014, p. 144) aponta que tal preceito só pode ser aplicado em danos patrimoniais, pois nos ilícitos extrapatrimoniais a extensão do prejuízo não pode ser mensurada. Neste mesmo sentido caminha o entendimento firmado pelo enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil, que afirma que a previsão do caput do art. 944 não afasta a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.

Fernandez (2014, p. 157) leciona que a aplicação da indenização suplementar em casos de *dumping* social encontra fundamento nos artigos 652, 'd' e 832, §1º da CLT, aliados ao artigo 404, parágrafo único do Código Civil. De fato, o primeiro dispositivo confere ao juiz trabalhista o poder de impor multas e outras penalidades; já o segundo artigo estabelece que cabe ao juiz determinar as condições do cumprimento de suas decisões; o último normativo, por sua vez, estabelece explicitamente a possibilidade de aplicação de indenização suplementar. O autor entende, ainda que pode o juiz trabalhista aplicar a indenização suplementar de ofício, quando constatar que as condutas reiteradas e intencionais do empregador configuram o *dumping* social.

414

A indenização suplementar se justifica porque a simples determinação de cessação da conduta danosa sem a restituição do proveito econômico dela obtido seria verdadeiro incentivo ao ilícito, criando grave risco jurídico para a sociedade ao demonstrar a fragilidade das leis na defesa dos interesses transindividuais. “Isso implicaria, pode-se afirmar, no esvaziamento ético do sistema de responsabilidade civil, refletindo a perda do seu norte de justiça e dos seus objetivos de pacificação e equilíbrio social.” (MEDEIROS NETO, 2015, p.20).

Aproveitando-se das compreensões trazidas pela Análise Econômica do Direito, Fernandez (2014, p. 174) esclarece que a relação entre condutas e sanção segue uma relação inversamente proporcional denominada de ‘pendente negativa da curva de demanda’, de modo que a ‘demanda’ de uma determinada conduta será menor à medida que seu ‘preço’ seja mais elevado. Este fato faz com que, nos casos de utilização de *punitive damages* o enfoque do aplicador deve direcionar-se ao réu (aquele que praticou o dano) e não à vítima. Portanto, a sanção extraordinária deve buscar fazer com que o réu torne à situação anterior à conduta danosa, retirando-lhe todo o proveito que obteve com a conduta ilícita.

De todo modo, o valor da sanção não pode ser estabelecido de forma arbitrária. Há que se considerar que o dever de fundamentação das decisões judiciais também abrange a estipulação do valor das condenações. Muito embora não seja possível fixar com rigor matemático o valor das lesões cometidas contra a livre concorrência e a valorização do trabalho humana, a doutrina e a jurisprudência têm apresentado alguns critérios que podem ser utilizados para a quantificação das indenizações extraordinárias decorrentes do dano social. Como parâmetros para fixação do valor da condenação Medeiros Neto (2015, p. 24 e ss.) e Fernandez (2014, p. 174 e ss.) propõem que o juiz leve em conta:

1. “a natureza, a gravidade e a repercussão da lesão”, trazendo à ponderação a relevância do valor social agravado, a possibilidade de reversão ou redução da extensão dos danos, considerando ainda a sua abrangência (local, regional, suprarregional ou nacional). No caso do *dumping* social a natureza do dano tem especial relevância, tendo em vista que constitui o meio ilícito para a obtenção de proveito econômico e vantagem competitiva desleal;
2. “a situação econômica do ofensor”, que implica em considerar o patrimônio e a capacidade financeira do autor do dano, obtida por meio de informações contábeis, fiscais ou bancárias, a fim de que o valor da indenização suplementar realmente apresente efeito pedagógico;
3. “o proveito obtido com a conduta ilícita”, que tem especial relevância nos danos de natureza econômica, como o *dumping* social, isto porque nestes casos o proveito econômico constitui a motivação para o cometimento da ação geradora do dano moral coletivo. A indenização suplementar deve, portanto, eliminar todo o proveito do ilícito, como meio de desestimular sua reiteração;
4. “o grau da culpa ou do dolo, se presentes e a verificação de reincidência”, uma vez que as condutas intencionais e reiteradas demonstram desprezo pelos valores constitucionais especialmente protegidos pelo ordenamento e, por isso mesmo, devem sofrer reação de maior intensidade para a preservação do sistema jurídico. Este parâmetro também toma relevância nos casos de *dumping* social, uma vez que a intencionalidade e reiteração das condutas são elementos essenciais para sua configuração; e
5. “o grau de reprobabilidade social da conduta adotada”, critério segundo qual o juiz deverá interpretar o grau de censura que determinadas condutas enfrentam na sociedade. Deve-se levar em conta, ainda, o prolongamento do dano e a duração dos efeitos para determinar maior ou menor repreensão à atitude lesiva.

415

Outra consideração importante acerca da indenização suplementar diz respeito à sua destinação. Considerando tratar-se de indenização, ainda que com certo caráter punitivo, razoável cogitar que os recursos devem ser utilizados para recompor, na medida do possível, os bens jurídicos lesados. Este entendimento é condizente com o artigo 13 da lei 7.347/85⁵. O Decreto 1.306/85 regulamentou a Lei da Ação Civil Pública, estabelecendo o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), cuja finalidade é a reparação dos danos causados a diversos direitos difusos. Medeiros Neto (2015, p. 27) informa que a Justiça do Trabalho afastou a utilização do FDD, entendendo que nesta justiça especializada as condenações deveriam ser destinadas ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Fernandez (2014, p. 182) apresenta entendimento de que o FAT é fundo adequado para a destinação das condenações decorrentes de *dumping* social, tendo em vista que o fundo visa à reconstituição dos direitos trabalhistas lesados, bem como a promoção de medidas de incentivo ao desenvolvimento econômico. Fernandez (2014, p. 182) admite que,

⁵ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

não sendo os recursos destinados ao FAT, seja o réu compelido a uma prestação material em favor à sociedade.

Medeiros Neto (2015, p. 27 e 28) esclarece que o FAT tem a finalidade específica de custear o seguro desemprego, o abono do PIS e outros programas de desenvolvimento econômico, sem qualquer adequação às finalidades de reparação de bens jurídicos eventualmente lesados. Há que se considerar, ainda, que o MPT não participa do FAT, o que demonstra o descumprimento dos requisitos do art 13 da LACP.

Diante da inadequação do FAT ao que prevê o art. 13 da LACP e da carência de correlação do FDD com as finalidades reparatórias dos direitos trabalhistas lesados, defende-se a interpretação ampliativa ao referido artigo, para permitir outras destinações aos recursos provenientes de condenações em dinheiro nas demandas de natureza coletiva da Justiça Trabalhista. Medeiros Neto (2015, p. 28) argumenta que a LACP é anterior à CRFB/88, tendo a lei maior estabelecido uma postura inovadora na tutela dos direitos coletivos, buscando sua efetividade. Assim, diante dos novos valores constitucionalmente estabelecidos, imperioso reconhecer que a destinação exclusiva aos fundos não mais persiste no ordenamento pátrio. O autor esclarece que os princípios da adequação e efetividade da tutela jurisdicional e da ampla e integral reparação dos danos conferem ao juiz poderes buscar a solução mais adequada para conferir eficácia à tutela jurisdicional na reparação aos interesses transindividuais lesados. Tais poderes importam na possibilidade de que o juiz possa definir de ofício o destino a ser dado aos recursos, de forma a buscar sempre a máxima efetividade.

416

Neste sentido esclarecedor o entendimento firmado pela 2ª Turma do STJ no RESP 1.114893 – MG, segundo o qual “a legislação de amparo aos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a *ratio essendi* de sua garantia.” Por estes motivos, a Turma afirmou que os benefícios auferidos pelo degradador, por meio da exploração ilegal de recursos ambientais, devem reverter à coletividade.

No mesmo sentido caminha decisão exarada pela 2ª Turma do TRT5 no ROrd 0000452-71.2011.5.05.0030. Trata-se de ACP movida pelo MPT contra a União lojas Leader S.A., por meio da qual o *parquet* solicitou a condenação da ré a pagar indenização por danos morais coletivos decorrentes da inobservância de normas relativas à segurança do trabalhador. A turma condenou a ré a indenizar os danos morais coletivos por ela causados no valor de R\$ 200.000,00, a serem aplicados em programas de atendimento a vítimas de enfermidades provocadas pelo trabalho, uma vez que a reversão dos recursos ao FAT não permitiria uma tutela efetiva nos termos do art. 461-A do CPC.

O TST também esposou o mesmo entendimento no RR nº 658200-89.2009.5.09.0670, por meio do qual a American Glass Products do Brasil S.A. foi condenada a pagar R\$ 200.000,00 por danos morais coletivos decorrentes do descumprimento da cota legal para pessoas portadoras de deficiência prevista no art. 93 da lei 8.213/91. A 7ª Turma determinou o direcionamento dos recursos à Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais, para que fossem aplicados em ações de habilitação de pessoas portadoras de deficiência.

Por fim, é conveniente abordar a questão que toca ao reconhecimento de ofício, pelo juiz, da prática do *dumping* social. Em que pese a possibilidade de reconhecimento *in re ipsa*, há situações em que ele pode ser afastado mediante comprovação da existência de determinados fatos. Por exemplo: desincumbindo-se o réu de comprovar que uma determinada prática é recorrentemente adotada por todos os concorrentes (como ocorre nos episódios em que a prática está estabelecida em convenção coletiva de grande abrangência), ficaria afastada a existência de *dumping* social por não haver concorrência desleal. Neste caso, a condenação de uma única empresa a impedir de permanecer atuando no mercado, em benefício de outros concorrentes que cometem os mesmos atos ilícitos. Estaria, portanto, o judiciário atuando a favor das práticas ilegais e não combatendo-as. Neste exemplo, seria mais razoável determinar exclusivamente a reparação dos danos efetivamente ocorridos, sem o uso de indenização suplementar. Portanto, a configuração do *dumping* social é questão de fato e de direito que também deve ser submetida ao contraditório.

O princípio da razoabilidade recomenda que, havendo várias soluções para um problema, deve-se escolher aquela que represente menos prejuízos às partes envolvidas. Portanto, há que se considerar que o Estado brasileiro possui instituições competentes para atuar na prevenção, investigação e repressão do descumprimento das normas de proteção social. Destarte, nota-se que há alternativas eficazes que permitem o combate ao *dumping* social sem que haja necessidade de privar os acusados do direito de defesa. Portanto é mais razoável que o juiz ao verificar indícios da prática de *dumping* social dê conhecimento ao Sindicato interessado, ao Ministério Público do Trabalho e ao Ministério do Trabalho e Emprego para que apurem os fatos em sua completude, apliquem as medidas administrativas cabíveis e apresentem, se for o caso, as necessárias ações coletivas.

417

5 Considerações

Em meio a tantas forças antagônicas, a mão de obra aponta como um dos fatores mais maleáveis para o corte de despesas. Isto porque os ideais liberais têm, ainda, muita força. Ademais, o trabalhador submete-se com facilidade ao arbítrio patronal, uma vez que depende do emprego para sobreviver. Aproveitando-se desta fraqueza, o empregador pode, então, optar pelo descumprimento eficiente do contrato de trabalho, cometendo *dumping* social.

O direito assume o papel de regulador de forças para buscar promover o equilíbrio entre capital e trabalho, forças não cooperativas, buscando que a tensão entre tais fatores produtivos seja resolvida de forma benéfica para todos os interessados, sobretudo para a sociedade. A norma age como um dos custos de transação a serem considerados pelo empresário no momento em que avalia a conveniência de cumprir as obrigações decorrentes do contrato de trabalho. O direito tem o poder de interferir na estrutura decisória do sujeito econômico.

A proposta ético-econômica que passa a ser defendida pelo Estado Social instituído pela CRFB/88, requer a ação repressiva voltada à anulação dos benefícios auferidos pelas condutas empresariais desleais e antiéticas, que se dá pelo exercício do poder de polícia e pela atuação do poder judiciário. Entre tais ações desponta o combate ao *dumping* social.

Após todas as considerações feitas neste trabalho, parece razoável defender que a natureza econômica do *dumping* social lhe confere aspecto peculiar apto a defini-lo como um instituto jurídico singular, que deve ter um tratamento judicial que lhe seja apropriado. O *dumping* social constitui, em verdade uma espécie de dano moral coletivo, especialmente caracterizada por sua natureza econômica.

Como visto, a função econômica do Direito do Trabalho é interferir no sistema de valores do decisor racional de modo a buscar um equilíbrio nos interesses antagônicos e não colaborativos de empregados, empregadores e concorrentes. A condenação em valor aquém do necessário torna o descumprimento do contrato de trabalho eficiente, afastando o caráter pedagógico da sanção e promovendo, portanto, o efeito contaminação (*race to the bottom*). Já a condenação excessiva torna-se injusta, prejudicando a livre iniciativa e, conseqüentemente a economia nacional, desestimulando o empreendedorismo.

Não basta, portanto, indicar na decisão os critérios utilizados na quantificação da sanção. É necessário apontar os pressupostos que levaram ao estabelecimento do valor reputado a cada critério. A finalidade pedagógica das condenações, nestes casos, é auferida retirando-se do agente os benefícios auferidos com a conduta ilícita. Este, portanto, deve ser o principal critério de quantificação.

418

Pode-se, estabelecer a base do valor da condenação por meio de perícia contábil-econômica voltada a levantar o acréscimo financeiro auferido com a prática do *dumping* social, considerando ainda o benefício obtido pelo reinvestimento dos valores economizados, de acordo com a taxa de retorno do negócio. Este é o valor mínimo da condenação, abaixo do qual ela perde seu caráter pedagógico-preventivo. Uma vez que o valor mínimo da condenação seja definido por perícia, submetida ao mais amplo contraditório durante a instrução processual, pode-se acrescer percentuais razoáveis decorrentes da aplicação dos demais critérios quantificadores. Estes percentuais podem ser estabelecidos dentro de uma faixa (de 0% a 5%, por exemplo), apurando-se, para cada critério um percentual proporcional à intensidade em que a situação analisada nele incida. Tomando o porte econômico da empresa, a título exemplificativo, pode-se adotar 0% para microempresas, 1% para empresas de pequeno porte, 2,5% para empresas de médio porte, 3,5% para empresas de grande porte e 5% para as maiores empresas do país. Ao final da definição dos percentuais referentes a cada critério, eles devem ser somados e acrescidos à condenação-base. Assim, se utilizados os parâmetros aqui indicados, a penalidade pode corresponder a um mínimo equivalente ao benefício econômico obtido por meio da conduta lesiva e, no máximo, a este valor acrescido de 25%. Garante-se, desta forma, uma decisão justa e adequada aos fins pedagógicos próprios dos *punitive damages*.

Referências

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. **Direito do Trabalho**. Aracaju: Evocatti, 2011.

MEIRELES, Edilton. A Constituição do Trabalho. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**. São Paulo, v. , n. 35, p. 15-21, set. 2010. Trimestral.

MONTEIRO, Alice de Barros. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

FERNANDEZ, Leandro. *Dumping Social*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping Social nas relações de trabalho*. 2 ed., São Paulo: LTR, 2014.

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

MARTINS, Marcos Madeira de Mattos. **A empresa e o valor do trabalho humano**. Lisboa: Almedina, 2012.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e a sua reparação. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba: v. 4, n. 38, p. 11-35, mar. 2015.

MENDES, Marcus Menezes Barberino. **Justiça do Trabalho e Mercado de Trabalho**: Trajetória e Interação do Judiciário e a Regulação do Trabalho no Brasil. 2007. 187 f. Dissertação (Mestrado). Curso de Economia, Departamento de Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re)pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade**. São Paulo: Ltr, 2009.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Dumping Social ou Delinquência Patronal na Relação de Emprego?* **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 3, n. 77, p. 136-156, jul. 2011. Trimestral.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000.

VIEIRA, Maria Margareth Garcia. **A globalização e as relações de trabalho**: a Lei de Contrato a Prazo no Brasil como Instrumento de Combate ao Desemprego. 2.ed., Juruá, 2009.

O princípio da norma mais favorável e o prazo prescricional da pretensão relativa aos depósitos do FGTS

Vinícius Lantyer Oliveira Esquivel

Resumo: Até 13 de novembro de 2014, entendia-se que o prazo prescricional relativo ao FGTS era de trinta anos. Nessa data, contudo, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o prazo especial para a cobrança dos recolhimentos do FGTS, por afronta ao prazo prescricional trabalhista definido pela Constituição Federal. Passou-se a aplicar, então, a partir do julgamento, a prescrição quinquenal, prevista no inciso XXIX, art. 7º, da Carta Magna, também aos depósitos do FGTS. Todavia, sabe-se que o Direito do Trabalho apresenta, dentre os seus princípios, aquele que determina a aplicação da norma mais favorável ao empregado, ainda que inferior hierarquicamente. O princípio encontra guarida na própria Constituição, pois o *caput* do seu art. 7º é enfático ao incentivar a criação de direitos mais benéficos ao trabalhador. Nessa toada, tendo em vista a inegável repercussão do novo entendimento na esfera patrimonial dos trabalhadores, busca-se compreender a relevância do princípio da norma mais favorável no debate acerca da constitucionalidade do prazo prescricional trintenário.

Palavras-chave: FGTS. Prescrição. Princípios. Constituição. Hierarquia.

1 Introdução

420

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 709.212/DF, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, firmou o posicionamento de que não se aplica o prazo prescricional de 30 (trinta) anos aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, conforme antigo entendimento consubstanciado na Súmula n.º 362 do Tribunal Superior do Trabalho.

Por força dessa decisão, o verbete jurisprudencial do TST foi alterado para acolher a tese jurídica firmada pelo Supremo, oportunidade em que foram modulados os efeitos da aludida decisão. O novo prazo prescricional, de 5 (cinco) anos, passou a valer somente para as lesões posteriores à data do julgamento. Para as violações já ocorridas, foi inserida regra de transição.

A leitura preliminar do voto do relator, seguido pela maioria dos ministros da Suprema Corte, revela que não há menção expressa ao princípio da norma mais favorável, especificamente. Para ser preciso, há mera citação ao princípio protetivo, gênero que abrange o primeiro.

Debruçando-se sobre a discussão entre os ministros, por outro lado, vê-se que a maioria tomou como fundamento determinante para acompanhar o relator não a violação ao art. 7º, XXIX, como o fez Gilmar Mendes. Ao revés, nota-se que o pano de fundo da discussão lastreou-se, sobretudo, na razoabilidade e segurança jurídica do prazo trintenário, argumentos que não constam do acórdão do ARE 709.212.

Dito isto, cabe perquirir, não obstante a elevada responsabilidade constitucional e a notória sabedoria jurídica de seus membros, se o julgamento da matéria pela Corte Suprema considerou, efetivamente, argumento significativo para a análise do prazo prescricional dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço: as implicações do princípio da norma mais favorável.

2 Princípio da proteção

Dentre os princípios peculiares ao Direito do Trabalho, o princípio da proteção parece ser o principal balizador do raciocínio jurídico afinado à teleologia desse ramo do Direito.

O princípio protetivo surge do reconhecimento inicial – que tanto se reitera, mas que, por vezes, não é posto no seu merecido local de destaque nos debates atuais – de que nas relações de emprego, principal espécie do gênero relação de trabalho, a desigualdade entre as partes contratantes é patente.

Por consequência lógica, o tratamento normativo dispensado não pode ser o mesmo para cada parte, sob pena de malferir o princípio da igualdade. Sendo certo que os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida da sua desigualdade, porque “o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades” (RODRIGUEZ, 2000, p. 36), o conjunto normativo laboral deve potencializar a proteção à parte mais frágil da relação empregatícia, que é o trabalhador.

Assim, o princípio da proteção elucidada, nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2014, p. 196), a própria natureza do Direito do Trabalho:

O Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

421

Posto que princípios particularizados são essenciais para a autonomia de cada ramo jurídico, o princípio tutelar talvez compreenda a própria razão de ser do Direito do Trabalho, trazendo forte carga valorativa que o distingue do Direito Comum. Sobreleva-se, com esse princípio, a igualdade material, substancial, em relação à mera igualdade formal. Assim, segundo a lição de Américo Plá Rodrigues (2000, p. 35):

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

Compartilha-se da opção doutrinária de subdividir o princípio da proteção em três outros princípios, como forma de homenagear a relevância que ele possui e, ao mesmo tempo, destacar a sua incidência em diversos aspectos peculiares das relações trabalhistas. No presente artigo, abordar-se-á somente a faceta mais relevante para a análise do julgamento do ARE 709.212/DF pelo Supremo Tribunal Federal: o princípio da norma mais favorável.

2.1 Princípio da norma mais favorável

O princípio da norma mais favorável aplica-se para os casos em que há embate entre duas fontes jurídicas distintas. Referido princípio dita que, em síntese, do choque entre duas normas aplicáveis a uma mesma situação, deve prevalecer a incidência daquela que seja mais

benéfica ao trabalhador, independentemente do patamar que ocupe na hierarquia das normas do direito comum.

Do conceito acima delineado depreende-se a clara natureza protetiva do aludido princípio, também denominado de princípio da aplicação da fonte jurídica mais favorável (MARTINEZ, 2013). Parte da doutrina também enquadra essa norma como regra (RODRIGUEZ, 2000).

Outra ilação que se faz é que o princípio da norma mais favorável subverte o critério clássico de hierarquia das normas.

Segundo o critério clássico, a norma de hierarquia superior prevaleceria sobre a norma de nível inferior, a menos que esta seja mais específica do que aquela (e, ainda assim, desde que respeitado os parâmetros gerais fixados na norma geral). Desse modo, ilustrativamente, decretos legislativos não podem ir além do quanto disciplina a lei ordinária; a lei ordinária, por sua vez, não pode jamais deixar de ser interpretada à luz da Constituição Federal.

Para o Direito do Trabalho, todavia, profundamente marcado pelo princípio protetivo, vale no caso concreto a norma mais favorável ao obreiro, ainda que inferior hierarquicamente. Esse efeito dá origem ao que parte da doutrina denomina de princípio da hierarquia dinâmica das normas no Direito do Trabalho (NASCIMENTO, 2015), o qual “consiste na aplicação prioritária de uma norma fundamental que será sempre a mais favorável ao trabalhador, excetuando-se disposições estatais imperativas ou de ordem pública.” (AZEREDO, 2015).

422

Neste passo, imperioso lembrar a lição de Amauri Mascaro Nascimento (2015, p. 537) sobre o efeito prático do princípio da norma mais favorável no âmbito do Direito do Trabalho:

De modo geral é possível dizer que, ao contrário do direito comum, em nosso direito, a pirâmide que entre as normas se forma não terá a Constituição Federal ou a lei federal ou as convenções coletivas de modo imutável. Os níveis normativos se alternam em constante modificação. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma aplicável no caso concreto em se tendo como tal a que resultar do ordenamento jurídico interpretado como um sistema.

Na mesma linha, pontifica Manoel Jorge e Silva Neto (2010, p. 759):

No âmbito da aplicação da norma mais favorável, o direito do trabalho se distancia sobremaneira das soluções encontradas pelo direito civil para o problema das antinomias entre normas jurídicas.

E por quê?

Precisamente à conta de a aplicação da norma mais favorável afastar, de ordinário, as graves e tormentosas discussões em derredor de critérios hierárquico (norma superior revoga inferior), temporal (norma posterior revoga anterior) e o da especialidade (norma especial sobrepõe-se à genérica), que são comumente utilizados para solucionar contradições de normas no direito civil.

Vólia Bomfim Cassar (2014), por sua vez, subdivide a hierarquia das normas em formal e material. A hierarquia formal seria aquela aqui referida como hierarquia do direito co-

num, ou seja, a graduação normativa na qual a norma inferior deve respeitar a norma de grau superior. A hierarquia material, por sua vez, é o fenômeno que NASCIMENTO (2015) denomina de hierarquia dinâmica das normas. Quanto a este aspecto, a autora destaca a peculiaridade da hierarquia normativa no Direito do Trabalho, aderindo à tese de que o princípio da norma mais favorável é vertente do princípio da proteção.

Na prática forense, é comum visualizar a prevalência de direitos previstos em normas de origem autônoma, como Acordos Coletivos de Trabalho e Convenções Coletiva de Trabalhos, sobre aqueles disciplinados na legislação estatal, por serem, evidentemente, mais benéficos para o obreiro.

São alguns exemplos de direitos normalmente avançados em normas coletivas: adicional de hora extraordinária superior a 50% (cinquenta por cento); adicional noturno urbano superior a 20% (vinte por cento) e adicional de férias superior a 1/3 (um terço).

Da leitura do texto constitucional no tocante aos direitos acima citados, pode-se ver que a intenção da Carta Magna era, justamente, propiciar a pactuação, coletivamente, por meio da atuação sindical, de direitos mais benéficos ao trabalhador. O art. 7º, XVI, dispõe que a remuneração do serviço extraordinário deve ser superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; o inciso XVII, por sua vez, determina que o gozo de férias anuais seja remunerado com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal. Referidos dispositivos demonstram claramente que a Constituição Federal preceitua direitos trabalhistas mínimos.

423

Por essa razão, o *caput* do art. 7º não poderia ser mais preciso ao pontuar, antes de enunciar os direitos laborais constitucionalizados, que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social...”.

Do contexto normativo acima delineado, a única conclusão possível é, portanto, acerca da constitucionalização do princípio da norma mais favorável. Constata-se que a Carta Maior traz consigo o efeito central do princípio: a possibilidade de prevalência de direitos previstos em outras fontes jurídicas, mesmo quando também capitulados no seu art. 7º, pois este dispositivo fixa somente o piso ou, noutras palavras, o patamar mínimo civilizatório (DELGADO, 2014) da República Federativa do Brasil.

Sobre esse efeito do princípio da norma mais favorável, assim leciona Américo Plá Rodríguez (2000, p. 51):

O característico no Direito do Trabalho é que cada uma de suas normas fixa níveis mínimos de proteção. Ou seja, nada impede que acima desses níveis - que determinam o piso, porém não o teto, das condições de trabalho, como diz o mesmo autor - possam ir sendo aprovadas outras normas que melhorem aqueles níveis de proteção.

O resultado seria, para o mesmo autor, não a derrogação da norma de hierarquia superior, porém menos benéfica, mas, sim, a “conversão da norma em inoperante. Normalmente, porém, essa inoperância não é geral, mas parcial.” (RODRIGUEZ, 2000, p. 52).

É dizer, diferentemente do efeito prático da desobediência hierárquica no direito comum, que é a derrogação da norma inferior que divirja de outra que lhe seja superior, na hierarquia dinâmica das normas do Direito do Trabalho há mero afastamento pontual da norma menos benéfica, que continua vigente e apta a produzir efeitos para outras situações.

Nesse passo, oportuno mencionar o magistério de Amauri Mascaro Nascimento. Conquanto aborde especificamente o confronto entre fontes jurídicas heterônoma e autônoma, o autor é claro ao afastar a aplicação do termo “derrogação” para as hipóteses de conflito decorrente da hierarquia dinâmica das normas: “Não há oposição entre o direito estatal e o direito dos grupos. Harmonizam-se. Constituem componentes do mesmo conjunto. Daí a total impropriedade do uso da expressão *derrogação*. Não cabe no caso” (NASCIMENTO, 2015, p. 536).

No plano infraconstitucional, o princípio da norma mais favorável encontra respaldo na previsão contida no art. 620 da Consolidação das Leis do Trabalho. Segundo o dispositivo, as condições estabelecidas em Convenção Coletiva de Trabalho (CCT), quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo Coletivo de Trabalho (ACT).

Oportuno ressaltar que o ACT, em geral, é mais específico do que a CCT. Lembre-se que o primeiro é negociado diretamente pela empresa com o sindicato da categoria; o segundo, por seu turno, é pactuado entre o sindicato patronal – sendo a empresa, portanto, somente uma das entidades representadas pelo ente negociante – e o sindicato profissional.

424

Assim, uma análise precipitada da questão poderia levar o intérprete a imaginar a prevalência do ACT sobre a CCT nas matérias comuns. Todavia, adverte-se que, por clara influência do princípio da norma mais favorável, deve-se aplicar para o empregado a cláusula que lhe seja mais benéfica, ainda que prevista na Convenção Coletiva de Trabalho. Sobre o assunto, manifestou-se o Tribunal Superior do Trabalho mediante o seu Informativo n.º 17, destacando, na oportunidade, que não há derrogação, mas mera inaplicabilidade da norma menos favorável:

Ação anulatória. Acordo coletivo de trabalho que contém norma menos favorável que aquela prevista em convenção coletiva vigente no mesmo período. Art. 620 da CLT. Nulidade afastada. O confronto entre duas cláusulas disposto sobre a mesma vantagem constante tanto de acordo quanto de convenção coletiva vigentes no mesmo período não enseja a anulação da norma menos favorável, mas apenas a sua inaplicabilidade ao caso concreto, conforme dicção do art. 620 da CLT. O reconhecimento de que a convenção coletiva deve ser aplicada em detrimento do acordo coletivo, quando aquela for mais favorável, não implica a declaração da nulidade do acordo, pois, para tanto, seria necessária a constatação de irregularidades de ordem formal ou material a afrontar o ordenamento jurídico. Com esse entendimento, a SDC, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário para, afastando a nulidade das cláusulas terceiras dos acordos coletivos 2007/2008 e 2008/2009, firmados entre os réus, julgar improcedente a ação anulatória. Entendeu-se, outrossim, que a improcedência da presente ação não interfere na pretensão de aplicação da norma mais favorável aos empregados, a qual deve ser discutida em ação judicial própria. TST-RO-2643-24.2010.5.12.0000, SDC, rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 13/8/2012.

Firmadas tais premissas, passa-se, a seguir, à análise da legislação pertinente ao prazo prescricional da pretensão relacionada aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

3 Prescrição do FGTS na lei n.º 8.036 de 1990

Enquanto os direitos trabalhistas previstos na Consolidação das Leis do Trabalho possuíam o prazo prescricional nela estipulado em seu artigo 11, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço sempre teve tratamento específico em diplomas normativos esparsos.

O artigo 23, §5º, da Lei n.º 8.036 de 1990, que atualmente regulamenta o Fundo, dispõe sobre o privilégio do FGTS à prescrição trintenária. O Decreto n.º 99.684, de 1990, que consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, também contém disposição que ressalta a prescrição trintenária (art. 55). O prazo de trinta anos, entretanto, não surgiu com o mais recente diploma legal sobre o FGTS.

Desde a sua origem, com a Lei n. 5.107 de 1966, entendia-se pela prescrição trintenária dos depósitos do FGTS, a partir da leitura conjunta do seu artigo 20 e do artigo 144 da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei n.º 3.807 de 1960). O dispositivo da legislação primeira do FGTS dispunha que competia à Previdência Social proceder “ao levantamento dos débitos porventura existentes e às respectivas cobranças administrativa ou judicial, pela mesma forma e com os mesmos privilégios das contribuições devidas à Previdência Social”, em clara referência à LOPS. A Lei Orgânica, por sua vez, estabelece no art. 144 que o direito de “receber ou cobrar as importâncias que lhes sejam devidas, prescreverá, para as instituições de previdência social, em trinta anos”.

Nesse sentido já decidia, reiteradamente, o Supremo Tribunal Federal, mesmo antes do advento da Constituição de 1988. Exemplo da tese jurídica então adotada pela mais alta corte do país é o seguinte precedente:

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRINTENÁRIO. LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, ART. 144. A natureza da contribuição devida ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 100249 - RTJ 136/681. Nesse julgamento foi ressaltado seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador, aplicando-se-lhe, quanto à prescrição, o prazo trintenário resultante do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 134.328, rel. min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 19/2/1993).

O Tribunal Superior do Trabalho também adotara, mesmo antes da Constituição Federal de 1988 – e, logicamente, da Lei n.º 8.036/1990 –, essa corrente interpretativa acerca do prazo prescricional para a cobrança dos valores que deveriam ser recolhidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Prova disso é a redação do antigo Enunciado n.º 95, datado de 15 de maio de 1980, no sentido de que “É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.”.

De outro giro, com o advento da Constituição de 1988 a jurisprudência também pacificou a ideia de que a prescrição bienal aplica-se à cobrança dos depósitos principais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Sobre o tema, válido mencionar o escólio de Maurício Godinho Delgado (2014, p. 268):

Em segundo lugar, como a nova Constituição fixou um prazo geral insuplantável de dois anos após a ruptura do contrato (tanto para o trabalhador urbano como para o rural), deve-se compreender que até mesmo o prazo trintenário do FGTS (repetido pelo art. 23, § 5º, Lei n. 8.036/90) não pode ultrapassar mais esses dois anos. Assim, proposta uma ação trabalhista, ilustrativamente, em março/2008, para reivindicar depósitos principais de FGTS oriundos de contrato extinto em março de 2005, incide, irremediavelmente, a prescrição bienal do Constituição de 1988.

Atentando para essa circunstância, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado n.º 362 da Súmula de sua jurisprudência. Referido verbete firmava, em sua redação original (Res. 90/1999, DJ 03, 06 e 08.09.1999) que, após a ruptura do contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em Juízo o não-recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Posteriormente, com a alteração engendrada pela Res. 121/2003 (DJ 19, 20 e 21.11.2003), o enunciado passou a condensar as duas ideias: prazo de dois para ajuizar a ação, após a ruptura do contrato, contando-se retroativamente da data de seu ajuizamento o prazo prescricional trintenário da Lei n.º 8.036/1990. Assim, segundo o C. TST, naquele momento prevalecia a tese de que “É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”.

O entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho também era compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça. Embora tratando de ações movidas reclamando diferenças de correção monetária não creditadas nas contas vinculadas, matéria distinta das questões envolvendo empregado e empregador, julgadas pela Justiça do Trabalho, o STJ, reconhecendo a natureza não-tributária do FGTS, consolidou o entendimento segundo o qual “A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em trinta (30) anos”, nos termos do Enunciado n.º 210 de sua Súmula.

4 Argumentos implícitos no acórdão do Are 709.212/DF

Consta do acórdão do ARE 709.212/DF que a Corte Suprema vislumbrou inconstitucionalidade do prazo prescricional trintenário, por ofensa ao art. 7º, XXIX, da Carta Magna. Todavia, a leitura da discussão da matéria no plenário da corte evidencia que alguns argumentos, seguramente aptos a formar o convencimento dos ministros, passaram ao largo do resumo do julgamento condensado no acórdão da lavra do relator, o ministro Gilmar Mendes.

O relator entendeu pela inconstitucionalidade do prazo prescricional trintenário, notadamente, em função da natureza trabalhista do Fundo de Garantia. Para ele, inexistia justificativa para a aplicação de prazo diferente daquele definido no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, uma vez que o FGTS consta no rol dos direitos trabalhistas previstos no aludido dispositivo

constitucional. É esta a conclusão do voto do ministro Gilmar Mendes, bem como a interpretação que se extrai do acórdão do ARE 709.212/DF.

Para acompanhar o voto do relator, que tendia a afastar o prazo de 30 (trinta) anos, alguns ministros valeram-se de raciocínio jurídico diverso, porém não facilmente verificável na leitura do acórdão e do voto vencedor. O ministro Celso de Mello, em verdade, foi o único a acompanhar o ministro Gilmar Mendes na integralidade do seu voto, sem trazer à discussão novos argumentos.

Diferentemente, para os ministros Luiz Fux, Roberto Barroso, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowsky, o prazo especial para a prescrição da pretensão de cobrança dos valores que deveriam ser recolhidos ao FGTS deveria ser afastada, notadamente, por atentarem contra dois primados da ordem constitucional: segurança jurídica e razoabilidade.

O ministro Luiz Fux, em seu voto, chegou a mencionar a natureza exemplificativa dos direitos trabalhistas insertos no art. 7º da Constituição Federal. Em consequência disso, a lei poderia criar direitos mais benéficos, ampliando o espectro de proteção à situação jurídica do trabalhador. Todavia, entende o ministro que o prazo prescricional de 30 anos é desproporcional. No seu sentir, ofende o princípio da segurança jurídica, pois incompatível com qualquer outro prazo adotado pelo ordenamento.

Nesse passo, concluiu que seria desarrazoado aceitar, para o FGTS, prazo três vezes superior ao maior previsto na legislação civil (10 anos, nos termos do art. 205 do Código Civil) ou na previdenciária (Lei n.º 8.213/91, arts. 103 e 103-A). Foi essa a razão para que o ministro acompanhasse o relator.

427

O ministro Luís Roberto Barroso, de maneira ainda mais clara, expressamente reconheceu que a lei ordinária poderia criar, em tese, prazo prescricional superior ao previsto na Constituição Federal, caso se entendesse que o prazo de 5 (cinco) anos não protege suficientemente o trabalhador no tocante ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Todavia, entende que o alargamento não pode alcançar o prazo de 30 (trinta) anos, por afronta à segurança jurídica.

Na mesma toada, a ministra Cármen Lúcia também entendeu que com o reconhecimento da natureza trabalhista do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, pela Carta Magna, a prescrição trintenária não seria consentânea com as regras que regem o sistema do Direito do Trabalho. Assim, muito embora reconheça que a jurisprudência do Supremo tenha se sedimentado em sentido diverso, admitindo a constitucionalidade do prazo de trinta anos, a ministra acompanhou o relator por entender que “o Direito é dinâmico, e essa proposta garante não apenas a razoabilidade, mas especialmente o princípio da segurança jurídica, que aqui não teria sido quebrado” (p. 67).

Outro ministro a utilizar o argumento da segurança jurídica aliado à questão da razoabilidade, Marco Aurélio destacou que o §5º do art. 23 da Lei n.º 8.036/1990, quando trata do prazo prescricional do Fundo de Garantia, o denomina como privilégio. Nesse passo, concluiu o ministro que o legislador foi honesto, no particular, pois “retratou que o prazo de trinta anos estaria a revelar um privilégio, e todo privilégio é odioso” (p. 71).

O ministro Ricardo Lewandowski também adotou o fundamento segundo o qual o prazo trintenário seria incompatível com os demais prazos prescricionais do nosso ordenamento jurídico. Ressalta que a Fazenda Pública estaria, hoje, suficientemente aparelhada para a cobrança, no prazo de cinco anos, dos valores que deveriam ser vertidos ao FGTS, por ser comum à prescrição administrativa e tributária.

Nessa parte do julgamento, o ministro Teori Zavascki, que havia divergido da tese adotada pelo ministro-relator, chamou a atenção para o fato de que o fundamento utilizado pelos ministros que vinham acompanhando Gilmar Mendes, em especial o ministro Roberto Barroso, consiste em argumento novo. A *ratio decidendi*, para Teori Zavascki, não era a mesma do voto do relator: o raciocínio empregado, aqui, para afastar a prescrição trintenária, seria o da ausência de razoabilidade de tal prazo. Em suas palavras, o “argumento da razoabilidade não tinha sido levantado, aliás, é um argumento plausível”. Em arremate, concluiu o ministro Teori Zavascki:

Nós declaramos a inconstitucionalidade do prazo de trinta anos, seja por incompatibilidade com o inciso XXIX, seja pela irrazoabilidade do prazo. Isso se aplica a todas as ações, inclusive àquelas movidas pelo próprio Fundo. Essa é a consequência.

Depreende-se do cenário acima delineado que a maioria dos ministros da Suprema Corte, a despeito de acompanharem o voto do relator quanto ao dispositivo, assim o fizeram por fundamentação diversa. O argumento preponderante para afastar a aplicabilidade do prazo prescricional trintenário, no voto de tais ministros, não foi, efetivamente, a inconstitucionalidade por afronta ao art. 7º, XXIX, da Constituição Federal – até mesmo porque, sublinhe-se, alguns ministros ventilaram a possibilidade de fixação de prazo prescricional diverso, em futura lei a ser editada, elemento que por si só contradiz a tese do ministro-relator.

De fato, a motivação inserta no voto dos ministros que acompanharam o relator, à exceção do ministro Celso de Mello, amparou-se na irrazoabilidade do prazo especial, que afrontaria a segurança jurídica das relações sociais.

Tais argumentos, contudo, não se evidenciam da rápida leitura do acórdão do ARE 709.212/DF, até porque inovam a fundamentação do voto do relator, como frisou o ministro Teori Zavascki. Merecem destaque, entretanto, uma vez que foram, como visto, essenciais para a tomada de decisão de quantidade significativa dos ministros da Corte Suprema. Cabe, neste momento, perquirir se efetivamente sustentam-se os argumentos preponderantes para a decisão.

5 Princípio da norma mais favorável vs. segurança jurídica

O princípio da norma mais favorável possui grande relevância para a afirmação do Direito do Trabalho enquanto ramo autônomo do Direito. A existência de tal princípio, como já afirmado, perpassa pelo reconhecimento da desigualdade material entre as partes convenientes quando se trata de contrato individual de emprego. O arcabouço normativo do Direito do Trabalho, ciente desse fato, surge para demarcar direitos sociais mínimos, voltados à tutela básica da dignidade do trabalhador.

Na discussão relativa ao prazo prescricional para a cobrança dos valores que deveriam ser depositados na conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, não se pode olvidar da incidência do princípio da norma mais favorável, como não poderia deixar de ser, especialmente por ter sido reiterada, no julgamento do ARE 709.212/DF, a natureza preponderantemente trabalhista do FGTS. Destaque-se que tal princípio é “inerente ao Direito do Trabalho e dotado de força normativa, com previsão no *caput* do art. 7.º da Constituição da República” (GARCIA, 2016, p. 806).

Em seu voto, o relator, ministro Gilmar Mendes, pontuou que o princípio da proteção não poderia conduzir à interpretação de que o prazo previsto no art. 7º, XXIX, seria uma espécie de piso, podendo ser ampliado pela legislação ordinária. Para o ministro, o princípio não poderia ser interpretado isoladamente, sem atentar para os demais princípios constitucionais que prezam pela necessidade de certeza e estabilidade das relações jurídicas.

Ocorre que, à luz do entendimento compartilhado por GARCIA (2016), o princípio protetivo – em especial, a sua derivação em princípio da norma mais favorável – encontra-se positivado no *caput* do artigo 7º da Carta Magna. A Constituição é expressa ao salientar que os direitos elencados no aludido dispositivo não devem excluir outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

De outro giro, quando há choque entre princípios constitucionais, o método adequado para a resolução do conflito é o juízo de ponderação, que consiste em propiciar a aplicação, no caso concreto, daquele princípio que possua maior relevância para dirimir a contenda, sem que com esse agir esteja-se a negar a relevância do princípio afastado. No caso, todavia, sequer se ressaltou, expressamente, qual seria o princípio constitucional apto a decantar a incidência do princípio da norma mais benéfica. Sobre o tema, válido relembrar a lição de MENDES & BRANCO (2013, p. 184/185):

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados.

[...]

É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos.

Presumindo-se que o princípio a ser confrontado seja o da segurança jurídica, não se vislumbra onde residiria a incompatibilidade do prazo prescricional trintenário com o referido postulado. Frise-se que a estabilização social e a segurança jurídica são, sim, inegáveis valores

que devem ser resguardados no Estado Democrático de Direito. Cite-se a lição de José Afonso da Silva (2011), para quem o valor da segurança jurídica surge da necessidade de estabilizar relações jurídicas e a expectativa social em torno dos direitos subjetivos que dela emanam.

Todavia, entende-se que a incongruência do prazo trintenário em relação à segurança jurídica não se justifica por dois fundamentos: o necessário ajuizamento da ação trabalhista no biênio posterior à cessação do contrato de trabalho e a distinção, que há muito se faz, entre a cobrança do FGTS enquanto verba principal ou como parcela acessória.

Imperioso rememorar que o inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal contempla dois prazos prescricionais: o primeiro, de dois anos, relativo ao tempo que dispõe o empregado para ajuizar a ação a partir da ruptura contratual; e o segundo, de cinco anos, a contar retroativamente da data do aforamento da ação, refere-se ao período de alcance temporal da pretensão do empregado. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho firmou o mesmo entendimento, cristalizado no Enunciado n. 308 de sua Súmula.

A consequência imediata desta constatação é que o prazo trintenário, evidentemente, não compreende o tempo que o trabalhador possui para o ajuizamento da ação para cobrança dos valores que deveriam ser depositados na sua conta vinculada. O biênio após o desenlace contratual deve ser sempre respeitado. Somente se a ação for proposta no prazo de dois anos, portanto, é que a Justiça do Trabalho poderá averiguar a existência de créditos relativos aos últimos trinta anos, contados retroativamente da data do protocolo da reclamação trabalhista.

430

Convém destacar que a jurisprudência era pacífica quanto à pertinência do prazo bienal, como se vê da redação original do Enunciado n.º 362 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho: *“Extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em Juízo o não-recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”*.

Daí porque não existe a situação, cogitada no debate do ARE 709.212/DF, de um trabalhador aguardar por trinta anos após a dispensa para, somente então, exigir do antigo empregador o recolhimento dos valores relativos ao FGTS. Tal cenário, de inegável transgressão aos primados da estabilização social e pacificação das relações jurídicas, não poderia existir, pois era expressamente rejeitado pela jurisprudência trabalhista.

Desse modo, ao empregado nunca foi concedido o prazo de trinta anos para ajuizar a ação de cobrança dos valores que deveriam ser vertidos ao FGTS. A despeito disso, parece que assim compreendeu o Ministro Luiz Fux, por exemplo, quando assinalou que *“Nenhuma dívida pecuniária deveria poder ser cobrada judicialmente trinta anos depois de seu inadimplemento”*. O ministro foi ainda mais categórico ao ilustrar o seu raciocínio com o seguinte exemplo (p. 64):

Senhor Presidente, o Direito vive para o homem, não o homem para o Direito. Será que a gente pode imaginar que uma pessoa vai viver de Fundo de Garantia trinta anos? Não vai viver de Fundo de Garantia trinta anos. Vai mandando embora, levanta o Fundo e vai arranjar outro emprego. Mas suponhamos uma tragédia maior: não arranja um outro emprego. Aí, sim, poder-se-ia, *ad argumentandum*, falar em princípio da vedação ao retrocesso. Bom, o sujeito foi embora; o Fundo de Garantia, ele pode cobrar durante trinta anos. Ele vai

se aguentando até que, no último ano desses trinta anos, ele quer levantar o Fundo. Mas não é isso que acontece. Só há vedação ao retrocesso quando não existem mecanismos de compensação. E hoje, Senhor Presidente, tem todos os mecanismos de compensação: tem seguro desemprego, tem bolsa família, tem minha casa e minha vida, tem tudo o que uma pessoa desempregada não faz força para ter e tem.

Na mesma toada, o ministro Marco Aurélio também não distinguiu o prazo bienal para o aforamento da ação daquele prazo que alcança a pretensão de cobrança (este, sim, então de trinta anos). Em suas palavras (p. 72):

Digo que o trabalhador não tem fôlego para deixar transcorrer período maior visando ajuizar ação trabalhista. Ajuíza de imediato, e ressaltou o ministro Gilmar Mendes que nós – recebo até hoje – recebemos, como titulares de conta do Fundo de Garantia, extrato da Caixa Econômica sobre os depósitos efetuados. Então, ou bem constata que não houve o depósito, principalmente cessado o vínculo empregatício e ajuíza a ação, ou não ajuíza, tendo os depósitos como feitos.

Vê-se, portanto, que os argumentos da razoabilidade e da segurança jurídica não se justificam, por esse prisma, pois firmados em premissas equivocadas. O prazo de trinta anos, repise-se, nunca foi concedido ao obreiro para o ajuizamento da ação de cobrança relativa aos depósitos do FGTS.

Outrossim, é preciso distinguir a cobrança do FGTS como parcela principal e a incidência do FGTS sobre outras parcelas salariais. A prescrição trintenária somente ao primeiro caso se aplicava. Poderia o trabalhador, segundo a hoje cancelada Súmula n.º 95 (datada de 1980) e a anterior redação da Súmula n.º 362 (datada de 2003), ambas do Tribunal Superior do Trabalho, reclamar contra o não-recolhimento do FGTS dos últimos trinta anos, respeitado o biênio após a ruptura contratual. O não-recolhimento mencionado pelos verbetes jurisprudenciais é a ausência de depósito em relação às parcelas salariais pagas ao longo do vínculo empregatício.

431

Diferente é a situação quando o trabalhador aciona o Estado para exigir do empregador o pagamento de parcelas salariais não adimplidas. Nesse caso, dada a natureza salarial dos valores cobrados em Juízo, o obreiro também pode exigir as diferenças de depósitos do FGTS, por força do art. 15 da Lei n.º 8.036 de 1990. Evidente que nesta situação o recolhimento à conta vinculada é pedido acessório, relacionado a parcelas discutidas judicialmente.

Assim, considerando que o acessório segue a sorte do principal, a prescrição dos valores devidos a título de recolhimento do FGTS, quando cobrado como acessório, era de cinco anos. À guisa de exemplo, os depósitos de FGTS relativos às horas extraordinárias deferidas em Juízo estarão prescritos no prazo de cinco anos. O Tribunal Superior do Trabalho há muito pacificara esse entendimento mediante o Enunciado n.º 206 de sua Súmula: “A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS.”

Essa circunstância também prejudica a tese da irrazoabilidade do prazo prescricional trintenário, pois, como destacado, a sua incidência era restrita aos casos em que o empregador

pagava as verbas de natureza salarial, mas não recolhia o valor correspondente na conta vinculada do FGTS.

Atenta a tais elementos, que comprometem a argumentação utilizada pelos ministros que acompanharam o relator, a ministra Rosa Weber, divergindo do voto majoritário, demonstrou, com base nos mesmos fundamentos acima elaborados, que as ponderações relacionadas à segurança jurídica não subsistem. Concluiu a ministra que *“a preocupação do eminente Ministro Luís Roberto também não existe, porque só se pode reclamar até dois anos depois de extinto o contrato de trabalho.”*

6 Considerações finais

Com o devido respeito ao entendimento majoritário da Corte Suprema, entende-se que o prazo prescricional de trinta anos não é inconciliável com o texto constitucional, por múltiplos fundamentos.

É a própria Carta Constitucional, alicerce do ordenamento jurídico, que estipula não ser taxativo o rol dos direitos trabalhistas insertos no seu artigo 7º. Assim, por não ser catálogo exaustivo, os direitos elencados em tal dispositivo podem ser ampliados por conformação legislativa. É o caso, portanto, do prazo prescricional entabulado no inciso XXIX, ora ampliado pelo art. 23, §5º, da Lei n.º 8.036/90, e aplicado ao trabalhador por analogia.

432

Note-se que o dispositivo constitucional não só permite como, de fato, incentiva que a lei ou a norma de origem coletiva criem direitos mais benéficos ao trabalhador. Nesse passo, aplicar a prescrição trintenária para os depósitos do FGTS não significa negar a força normativa da Constituição Federal; em verdade, esse procedimento é o que melhor homenageia a máxima efetividade da Carta Magna.

Analisando a questão sob outra ótica, verifica-se também que o princípio da norma mais favorável poderia ser mais debatido no julgamento responsável pela mudança de entendimento. O ministro Gilmar Mendes citou o princípio da proteção, gênero que o abrange, mas não especificamente o princípio da norma mais benéfica, conceituado precisamente no voto da ministra Rosa Weber. No mais, o princípio não voltou a ser ventilado.

Referido princípio, inerente ao Direito do Trabalho, implica na modificação do critério de hierarquia das normas. Isso porque esse ramo do direito reconhece a hipossuficiência do trabalhador na relação empregatícia e, por isso, cria instrumentos para suavizar o natural desequilíbrio entre as partes contratantes. O princípio da norma mais favorável, nesse passo, é responsável por impor – pois sua força normativa é inegável – que, em situações de conflito entre duas normas distintas, voltadas à mesma situação, sobreponha-se aquela mais benéfica ao trabalhador.

De menor relevo, nessa seara, é o critério kelseniano de hierarquia das normas, orientado por uma pirâmide na qual a norma de patamar inferior busca fundamento de validade naquela que lhe é superior. No Direito do Trabalho, por influência do princípio da norma mais

favorável, diz-se que há hierarquia dinâmica das normas. Deve-se adotar, em cada caso, a norma que melhor atenda ao viés protetivo desse ramo do direito. É essa a norma, naquele específico caso, que estará no vértice da pirâmide normativa. No caso da prescrição da pretensão relativa aos depósitos do Fundo de Garantia, evidencia-se que a norma mais favorável ao trabalhador é aquela que dispõe sobre o prazo prescricional trintenário e, por conseguinte, é ela que deve ser aplicada, por estar no topo da pirâmide normativa.

Não se pode olvidar, ainda, da natureza jurídica do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Verificou-se que o Supremo Tribunal Federal fixara, há muito, a natureza preponderantemente trabalhista do instituto. Com isso, afastava-se a aplicabilidade da prescrição quinquenal, típica dos créditos tributários, sem que se cogitasse a aplicação do prazo prescricional trabalhista. No julgamento do ARE 709.212/DF, o Supremo manteve a natureza trabalhista do FGTS, mas entendeu pela inconstitucionalidade da prescrição especial. O argumento implícito, como se viu, era a suposta irrazoabilidade do prazo, que atentaria contra o postulado da segurança jurídica.

Ocorre que o prazo alargado é compatível com a natureza peculiar do Fundo de Garantia. Criado como alternativa e posterior substituto ao regime da estabilidade decenal, o FGTS é composto por depósitos que formam poupança de significância imprescindível para o trabalhador. Não à toa que o ADCT, no art. 10, I, ampliou em quatro vezes o acréscimo sobre o Fundo de Garantia a ser depositado em função da despedida imotivada. Reconheceu, com isso, a relevância do FGTS (e do acréscimo resilitório de 40%) para a proteção do empregado contra a despedida sem justa causa, direito previsto no inciso I do art. 7º da Constituição Federal.

433

Por outro ângulo, também é certo que ao trabalhador não é dada a possibilidade, na prática, de exigir do empregador, durante o vínculo empregatício, os direitos que entende devidos. A prática forense revela que, como dito pela ministra Rosa Weber no multicitado julgamento, a Justiça do Trabalho é a justiça dos desempregados. Por receio da ruptura contratual, o empregado não costuma exigir seus direitos enquanto estiver trabalhando. Assim, trabalhadores com contratos de duração prolongada certamente serão prejudicados quanto à pretensão de exigir os depósitos do FGTS.

Convém ressaltar, por oportuno, que não se prestigia a segurança jurídica com a redução do prazo prescricional, antes trintenário, para somente cinco anos. O objetivo da prescrição não é premiar a inadimplência, mas, sim, estabilizar as relações jurídicas. Nessa ordem de ideias, afirma-se que a jurisprudência já resguardava suficientemente a segurança jurídica ao destacar duas ressalvas ao prazo trintenário: a necessária propositura da ação no biênio posterior à ruptura contratual e a prescrição quinquenal do FGTS enquanto acessório.

Constatou-se, portanto, que o prazo trintenário é compossível com a natureza jurídica do Fundo de Garantia, também voltado, repise-se, ao financiamento estatal de projetos nas áreas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana – pelo que se vê a magnitude social dos valores recolhidos. O prazo de trinta anos também é o que melhor atende à finalidade protetiva do Direito do Trabalho, reconhecida a fragilidade do empregado e a dificuldade que o obreiro possui para ajuizar a ação de cobrança enquanto estiver laborando.

Desse modo, conclui-se que o princípio da norma mais favorável determina que prevaleça, na hipótese, o prazo prescricional de trinta anos, que se sobrepõe, por ser mais benigno, ao prazo quinquenal inserto no inciso XXIX, art. 7º, da Constituição Federal.

Referências

- AZEREDO, Maristela Paes de. **A súmula 294 do Tribunal Superior do Trabalho e sua incompatibilidade com a Constituição Federal, com os princípios constitucionais e com os fundamentos criadores do FGTS**. Julho de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40990/a-sumula-294-do-tribunal-superior-do-trabalho-e-sua-incompatibilidade-com-a-constituicao-federal-com-os-principios-constitucionais-e-com-os-fundamentos-criadores-do-fgts>>. Acesso em: 22/04/2016.
- BOSON, Victor Hugo Criscuolo. **Divergência da doutrina**: Decisão que encurtou prazo para recolher FGTS impactará questões trabalhistas. 5 de jan. de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-05/victor-hugo-boson-decisao-stf-impactara-questoes-trabalhistas>>. Acesso em: 22/04/2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo** n.º 709.212/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4294417>>. Acesso em: 22/04/2016.
- CARRION, Valentim. **CLT: Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.
- CEZAR, Renata. **Direitos sociais frente ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6963/Direitos-sociais-frente-ao-Principio-da-Proibicao-do-Retrocesso-Social>>. 18 de ago. de 2011. Acesso em 19/05/2016.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 268-269.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **STF decide sobre o prazo prescricional do FGTS**. 14 de nov. de 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211259,31047-STF+decide+sobre+o+prazo+prescricional+do+FGTS>>. Acesso em: 22/04/2016.
- GUSTIN, Miracy B. de S.; DIAS, Maria Tereza F. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed., rev. e atual. pela NBR 14.724, de 30/12/05, da ABNT – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST – comentadas e organizadas por assunto**. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2015.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Método, 2013.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado Vol. 6 - Contrato de Trabalho**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 6.e. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JUSTIÇA DO TRABALHO**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO****6ª TURMA – 11ª CÂMARA****RECURSO ORDINÁRIO****PROCESSO Nº 0001057-12.2013.5.15.0016****1º RECORRENTE: HELDER ALVES DA COSTA****2º RECORRENTE: ESCOLA SUPERIOR DE GESTÃO DE NEGÓCIOS LTDA.****ORIGEM: 2ª VARA DO TRABALHO DE SOROCABA****JUÍZA SENTENCIANTE: MAÍRA GUIMARÃES ARAÚJO DE LA CRUZ**

PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. INOBSERVÂNCIA DE NORMA INTERNA LIMITADORA DO PODER POTESTATIVO DE RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. NULIDADE. REINTEGRAÇÃO DEVIDA. A limitação, mediante norma regulamentar interna, do direito potestativo de rescindir os contratos de emprego é condição benéfica aos empregados (art. 444 c/c 'caput' do art. 468, ambos da CLT) e incorpora-se aos seus contratos de trabalho. A inobservância, pelo empregador, das condições estabelecidas em norma interna restritiva do direito de rescindir unilateralmente o contrato de emprego gera a nulidade da despedida imotivada. Devida a reintegração no emprego e o pagamento de todos os salários e demais consectários correspondentes a todo o período em que esteve indevidamente afastado do emprego. DISPENSA EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. FACULDADE DO DISCRIMINADO DE OPTAR PELA REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO OU REPARAÇÃO PECUNIÁRIA 1. A dispensa do reclamante deu-se por motivo discriminatório, pelo fato de ter buscado a defesa de seus direitos perante o Poder Judiciário, em patente ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. 2. O artigo 4º da lei 9029/1995 criou uma faculdade ao discriminado. Pode a vítima escolher a reparação pecuniária ou, sentindo-se empoderado para tanto, postular a reintegração ao emprego. O lapso temporal entre a dispensa e o exercício do direito de ação não pode assumir, por si só, uma conotação pejorativa. Ao reverso, quem praticou o ato discriminatório é que está em mora desde a dispensa. Não se pode penalizar a parte em função do exercício regular de um direito. O disposto na Súmula n. 396 do TST apenas corrobora esse entendimento. Recurso do reclamante parcialmente provido.

Inconformadas com a r. sentença de fls. 394/398, recorrem as partes.

Pretende o reclamante a reforma da decisão no tocante aos seguintes tópicos: a) reintegração; b) ressarcimento de mensalidade escolar; c) danos morais; d) litigância de má-fé (fls. 402/409).

Já a reclamada, por seu turno, argui preliminar de nulidade do julgado por ofensa ao princípio da identidade física do juiz. No mérito, postula a modificação da sentença relativamente aos itens: a) nulidade da dispensa do reclamante - ressarcimento do período de afastamento; b) restituição de mensalidade escolar dos filhos do autor; c) danos morais; d) pedido de compensação/dedução; e) litigância de má-fé (fls. 410/421).

Contrarrazões pelo autor (fls. 428/453) e pela ré (fls. 459/463).

O Ministério Público do Trabalho, por meio do parecer formulado pelo D. Procurador do Trabalho, Dr. Guilherme Duarte da Conceição, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso do reclamado e pelo conhecimento e provimento do recurso do reclamante (fls. 475/479).

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos. As matérias comuns aos recursos serão conjuntamente examinadas.

RECURSO DA RECLAMADA

PRELIMINAR

DO JUÍZ NATURAL, DO ACESSO A JUSTIÇA E DOS DEVERES DOS JUÍZES SUBSTITUTOS

A invocação da empresa acerca da violação do devido processo legal substancial repousa no direito de todo cidadão ter sua causa apreciada pelo magistrado que processa a causa e colhe a prova. Nada obstante a justiça de tal argumento quando analisado em abstrato, no caso concreto não houve violação de tal garantia constitucional.

Com efeito, não se verifica no presente caso violação do preceito constitucional, pois seu escopo é garantir a imparcialidade do julgamento e a integral adstrição da valoração jurídica acerca da controvérsia aos elementos probatórios colacionados aos autos. A proteção do artigo 132 do Código de Processo Civil aplica-se a hipótese de arbitrária decisão que afaste da causa o juízo natural, seja ele titular ou substituto, ou de nomeação de substituto destituída de finalidade jurisdicional e administrativa.

Nada disso ocorreu na presente causa, pois o regular afastamento do Juiz Titular e a excessiva demanda judiciária da cidade de Sorocaba, conduziu o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho a exercer seus deveres institucionais previstos no artigo 656 da Consolidação das Leis do Trabalho, e indicar dois juízes para tentar desbastar o acúmulo de atividade jurisdicional naquela unidade judiciária.

Não houve nenhum deslocamento arbitrário do magistrado que conduziu a audiência de instrução. Portanto, não cabe aqui a invocação de nulidade do ato jurisdicional.

A rigor, a magistrada que sentenciou a causa o fez dentro da mais abalizada teoria jurídica e exerceu suas convicções nos limites da lide deduzida em juízo pelas partes. Ao reverso do que afirmou a Reclamada, prestou jurisdição de modo integral, cumprindo seu dever institucional de substituir autoridades titulares de cargos político-institucionais, além do seu dever de manter a continuidade do serviço judiciário na perspectiva da duração razoável do processo.

Rejeito a preliminar.

MATÉRIAS COMUNS AOS RECURSOS

DA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DA REINTEGRAÇÃO

Sem razão a reclamada. Com parcial razão o reclamante.

A prova dos autos indica que o autor, dentro dos conhecimentos que assimilou em sua graduação e no empirismo próprios das suas atividades profissionais e intelectuais – como professor e advogado, tinha trajetória de reconhecimento pela instituição e pela comunidade discente, já que lecionava na reclamada há seis anos quando ajuizou a ação anterior (processo 0000532-98.2011.5.15.0016). Nesta data, após consulta ao sistema de acompanhamento processual, pende de publicação o acórdão da 3ª Turma deste Tribunal, sem que se possa afirmar que houve aumento ou diminuição da carga condenatória da reclamada, que inclui dano a personalidade ao autor inclusive pelo constrangimento ao dever de prover educação a um dependente seu, que deveria gozar de bolsa de estudos integral na instituição onde seu pai até então ministrava aulas com afincos.

Como bem apontado na sentença da instância originária, a prática discriminatória e retaliatória é evidente e emerge do depoimento do representante do empregador e do conteúdo do seu regulamento interno. E são vários os bens jurídicos ofendidos pela reclamada. Por primeiro violou a liberdade de trabalho, inscrita inclusive na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, e igualmente protegida pela Constituição da República.

A discriminação ao homem e cidadão também atingiu seu direito de acesso à justiça, já que o autor foi dispensado no curso do semestre letivo, logo após a notificação inicial enviada pelo Poder Judiciário.

A afirmação da Reclamada de que exerceu direito potestativo não se coaduna com o seu regulamento. Ora, se para aplicar sanções disciplinares de menor gravidade como a advertência e suspensão, a reclamada comprometeu-se a utilizar o processo administrativo disciplinar, não pode invocar a possibilidade de dispensar injustamente qualquer professor. E aqui não se cuida de controvérsia sobre a regulamentação infraconstitucional do artigo 7º, inciso I, da Carta da República. Trata-se, em verdade de limitação autóctone da autonomia da vontade.

Com efeito, a dispensa do reclamante é nula de pleno direito, porquanto desprovida do necessário procedimento administrativo disciplinar prévio em que teria sido oportunizado o

amplo exercício de seu direito de defesa, como se extrai do artigo 70 e seguintes do seu Regimento Interno e concretamente do seu artigo 71, inciso III, in verbis:

“a aplicação a aluno ou a docente de penalidade que implique afastamento temporário ou definitivo, das atividades acadêmicas, será precedida de processo disciplinar, instaurado pelos Coordenadores de Curso, observadas as garantias constitucionais”. (grifo nosso)

Logo, o regulamento da reclamada estabelece limitações para a despedida de seus empregados, determinando, por norma interna, que qualquer afastamento, temporário ou definitivo, deve ser precedido de processo disciplinar instaurado pelos Coordenadores de Curso, observadas as garantias constitucionais.

Assim, se a própria Instituição prevê como se darão as eventuais demissões de professores, não pode alegar liberdade de demiti-los a seu bel prazer, ainda que pague as verbas rescisórias devidas.

A norma interna da empresa que estabelece condição mais benéfica ao empregado integra o contrato individual de trabalho, consoante o princípio da proteção, norteador do Direito do Trabalho.

A reclamada, ao criar regras que estabelecem restrições ao poder de despedir, limitando o seu próprio direito, abre mão do seu poder de discricionariedade, e não poderia ter despedido o reclamante sem observar a própria regulamentação estabelecida para a despedida. Trata-se de efetiva limitação ao direito potestativo do empregador de extinguir os contratos de trabalho dos docentes sem justo motivo.

439

Neste contexto, o contrato de trabalho deve ser restabelecido.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes do C. TST:

“RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. 1. PROFESSOR. UNIVERSIDADE PARTICULAR. SUBMISSÃO DO ATO DE DISPENSA AO ÓRGÃO COLEGIADO COM NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO E GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 1. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Pretensão desconstitutiva direcionada em face de acórdão regional em que provido o recurso ordinário obreiro, para determinar a reintegração da reclamante com o pagamento dos salários e demais vantagens. 2. A decisão rescindenda está calcada em duplo fundamento: i) a não observância do artigo 53, parágrafo único, da Lei nº 9.394/1996; e ii) existência de norma interna da reclamada, no caso a Resolução nº 11/1987 do Conselho Universitário da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, vigente à época da duração do contrato de trabalho, em que prevista a dispensa do docente apenas nas seguintes hipóteses: quando demonstrada incompetência científica, didática ou profissional; demonstração de desídia no desempenho de suas funções; na adoção de procedimentos incompatíveis com as finalidades ou orientações da instituição de ensino; e no descumprimento das orientações administrativas ou didático-pedagógicas da universidade, premissas não verificadas na ação matriz, pois o ato de dispensa da reclamante não fora motivado. 3. Assim, ainda que afastado o entendimento de aplicabilidade do artigo

53 da Lei nº 9.394/1996, com base na jurisprudência majoritária desta Corte Superior, a conclusão lançada na decisão rescindenda permaneceria com base na inobservância de norma regulamentar, aderida ao contrato de trabalho, de que o ato da dispensa deve ser motivado de acordo com as hipóteses elencadas na referida Resolução nº 11/1987. Ilesos os artigos 1º, incisos III e IV, 7º, inciso I, 37, 206, inciso V e 209 da Constituição da República e 53, parágrafo único, da Lei nº 9.394/1996.” (Processo: RO - 2163-30.2010.5.09.0000 Data de Julgamento: 23/06/2015, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015.)

“RECURSO DE REVISTA. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. RESCISÃO SEM JUSTA CAUSA. PREVISÃO NO REGULAMENTO INTERNO CONDICIONANDO A DISPENSA À MOTIVAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o art. 53, parágrafo único, V, da Lei nº 9.394/96 (Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional) não assegura ao professor universitário a garantia no emprego, condicionando o ato de dispensa à deliberação por órgão colegiado, tampouco limita o direito potestativo da instituição universitária privada de dispensar, sem justa causa, seus professores. 2. Na hipótese vertente, todavia, o Tribunal Regional, valorando fatos e provas, deferiu a reintegração, sob dois fundamentos: inobservância do disposto no art. 53 da Lei nº 9.394/96 e o descumprimento do regulamento interno da instituição de ensino, o qual condiciona a rescisão contratual à motivação, sob pena de configurar dispensa arbitrária. 3. Em tal contexto de auto-limitação do direito potestativo do empregador à dispensa, sem justa causa, do professor, reputado juridicamente válido na Corte Regional, inviável se reconhecer violação ou dissenso de teses. Recurso de revista de que não se conhece.” (Processo: RR - 1284800-34.2006.5.09.0014 Data de Julgamento: 29/04/2015, Relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2015.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - ESTABILIDADE PREVISTA EM NORMA INTERNA - REINTEGRAÇÃO A Corte Regional, após exame do conteúdo da Resolução nº 039/1990, concluiu que a demissão do Reclamante, amparada naquele ato, representou efetiva e concreta modalidade de dispensa discriminatória em razão de perseguição política. Declarou a estabilidade do Agravado prevista na norma interna e concluiu pela sua reintegração à função anteriormente ocupada. A modificação do julgado no ponto demandaria o revolvimento de fatos e provas, procedimento obstado, nesta instância extraordinária, a teor da Súmula nº 126 do TST. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.”

(Processo: AIRR - 2122-53.2013.5.12.0007 Data de Julgamento: 25/03/2015, Relator Desembargador Convocado: João Pedro Silvestrin, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015.)

“RECURSO DE REVISTA DOS RECLAMADOS. REINTEGRAÇÃO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO. MOTIVAÇÃO DO ATO DEMISSIONAL. PREVISÃO EM NORMA INTERNA. A Corte Regional, ao examinar a matéria, decidiu que o Banco Reclamado não poderia dispensar imotivadamente o Reclamante, por entender que o fato de existir norma interna -limitava as dispensas as hipóteses de falta grave, cercando-se, ainda, da precaução de demonstrar, formalmente, os motivos por que dispensava o empregado, de modo a afastar eventuais suspeitas de que o ato não se revestisse de impessoalidade-, direito que se incorporou ao seu con-

trato de trabalho. Fundamentou, ainda, seu entendimento na recente decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 589998/PI, relator Ministro Ricardo Lewandowski, de 20/3/2013, em que se concluiu pela necessidade de motivação para a dispensa dos servidores de empresas públicas e sociedades de economia mista admitidos por concurso público. Não se vislumbram as alegadas violações legais e constitucionais e a divergência jurisprudencial não é específica. Recurso não conhecido quanto ao tema.” (Processo: RR - 2759400-60.2009.5.09.0006 Data de Julgamento: 17/12/2014, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015.)

“PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. DISPENSA IMOTIVADA. PROCEDIMENTOS INTERNOS. INOBSERVÂNCIA. REINTEGRAÇÃO. 1. A jurisprudência deste Tribunal Superior do Trabalho se inclina no sentido de que a legislação em vigor não impõe que o ato de contratação ou de dispensa de empregado professor universitário seja decisão exclusiva de órgão colegiado, tampouco assegura qualquer espécie de proteção contra a despedida imotivada. 2. Tal exegese, todavia, não afasta a possibilidade de limitação espontânea, mediante norma regulamentar interna, do direito potestativo de terminar os contratos de emprego. Tal condição, benéfica aos empregados, incorpora-se definitivamente aos seus contratos de emprego, não podendo ser alterada por iniciativa do empregador. Em circunstâncias que tais, a inobservância, pelo empregador, das condições estabelecidas em normas internas procedimentais, restritivas do direito de rescindir unilateralmente o contrato de emprego, gera a nulidade da despedida imotivada. 3. Recurso de revista não conhecido. DESPEDIDA IMOTIVADA. NULIDADE. REINTEGRAÇÃO. SALÁRIOS E VANTAGENS. PAGAMENTO ATÉ A EFETIVA REINTEGRAÇÃO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. A reclamada, ao despedir a empregada sem respeitar procedimento por ela própria criado, e, assim, praticar ato de dispensa nulo, assume o risco da condenação à reintegração no emprego e ao pagamento de todos os salários e demais consectários, vencidos e vincendos, sem que disso resulte enriquecimento ilícito da empregada. A jurisprudência deste Tribunal Superior assegura o pagamento dos salários a partir da data da despedida (Súmula n.º 396, I). Imperioso, portanto, que se assegure à empregada reintegrada o direito ao pagamento dos salários correspondentes a todo o período em que esteve indevidamente afastada do emprego. Recurso de revista não conhecido.” (Processo: RR - 99000-98.2007.5.02.0081 Data de Julgamento: 11/12/2013, Relator Desembargador Convocado: José Maria Quadros de Alencar, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/12/2013.)

“DISPENSA DO EMPREGADO SEM A OBSERVÂNCIA DE NORMA REGULAMENTAR DA EMPREGADORA QUE INSTITUIU A POLÍTICA DE ORIENTAÇÃO PARA MELHORIA. NULIDADE. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. No caso, o Tribunal a quo reconheceu a nulidade da dispensa do empregado, em razão da inobservância de prévia aplicação da Política de Orientação de Melhoria e, em consequência, determinou a reintegração do reclamante e o pagamento dos salários correspondentes ao período entre a dispensa sem justa causa e a reintegração no emprego. O reclamado insurgiu-se quanto à determinação de reintegrar o reclamante com fundamento nos artigos 5º, inciso II, da Constituição da República, 114 e 884 do Código Civil e em divergência jurisprudencial. Conforme se observa da fundamentação do acórdão regional, a controvérsia cinge-se ao exame do conteúdo de norma interna da empresa. Os artigos 114 e 884 do Código Civil não impulsionam o conhecimento do recurso de revista, porquanto não foram objeto de preques-

tionamento na instância ordinária, nos moldes exigidos na Súmula nº 297, item II, do TST. A invocação genérica de violação do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, em regra e como ocorre neste caso, não é suficiente para autorizar o conhecimento deste recurso com base na previsão da alínea “c” do artigo 896 da CLT, na medida em que, para sua constatação, seria necessário concluir, previamente, ter ocorrido ofensa a preceito infraconstitucional. Recurso de revista conhecido e desprovido. (...)” (RR - 1354-38.2012.5.04.0411 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 10/06/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/06/2015)

“PROFESSOR UNIVERSITÁRIO - DISPENSA SEM JUSTA CAUSA - DESNECESSIDADE DE DELIBERAÇÃO DO COLEGIADO ACADÊMICO - DECISÃO REGIONAL FUNDADA TAMBÉM EM OUTRO FUNDAMENTO - INOBSERVÂNCIA DE NORMA INTERNA LIMITADORA DO PODER POTESTATIVO DE RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - REINTEGRAÇÃO DEVIDA (violação aos artigos 5º, II, 7º, I e 206 da CF/88; 10 do ADCT; 18, § 1º da Lei nº 8.036/90; 114 do CC; 2º e 477 da CLT; 53 da Lei nº 9394/96 e por divergência jurisprudencial). A jurisprudência desta Corte entende que o artigo 53, parágrafo único, V, da Lei nº 9.394/96 não determina que a demissão de professor universitário celetista seja precedida de deliberação do respectivo colegiado de ensino, mas, tão somente, confere autonomia às instituições universitárias no tocante ao estabelecimento de estratégias concernentes, dentre outras, à contratação e dispensa de professores, respeitados os recursos orçamentários disponíveis. Entretanto, na presente hipótese, a decisão regional deferiu a reintegração, sob dois fundamentos: inobservância do disposto no artigo 53 da Lei nº 9.394/96 e também a inobservância de norma de Regimento Interno da reclamada, que limitou o direito potestativo de rescindir os contratos de trabalho de seus empregados. Assim, sendo esta última norma mais benéfica à reclamante e que incorporou-se ao seu contrato de trabalho, a sua inobservância pelo empregador, acarreta a nulidade da dispensa sem justa causa, restando devida a reintegração já deferida. Recurso de revista não conhecido. (...)” (RR - 1989600-58.2006.5.09.0016 , Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 21/05/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/06/2014)

“RECURSO DE REVISTA. NORMA INTERNA PARA DISPENSA. DESCUMPRIMENTO. REINTEGRAÇÃO. PROVIMENTO. Infere-se do acórdão da egrégia Corte Regional que a “Política de Orientação para Melhoria”, criada pela reclamada, previa explicitamente todo um procedimento prévio à possibilidade de demissão que, no caso concreto, não foi observado. Além disso, a possibilidade de despedida sem justa causa faz parte do poder diretivo do empregador. Entretanto, este poder pode ser limitado, pelo próprio empregador, ao firmar normas internas aplicáveis aos seus empregados. Desse modo, não obstante a ausência de previsão à garantia do emprego no regulamento interno da reclamada, a rescisão contratual efetuada na hipótese é nula, em virtude de não ter sido observado o procedimento previsto em sua Política de Orientação para Melhoria. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (RR - 514-85.2013.5.04.0025 , Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 22/09/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/10/2015)

“RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. NORMA INTERNA. POLÍTICA DE ORIENTAÇÃO PARA MELHORIA. LIMITAÇÃO DO PODER PO-

TESTATIVO DE RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Existindo norma interna regulamentar estabelecendo procedimentos que devem anteceder a dispensa dos empregados, tal regramento deve ser observado pelo empregador, sob pena de nulidade da demissão. Isso porque as vantagens concedidas por liberalidade ou por negociação aderem ao contrato de trabalho do trabalhador (art. 444 c/c 'caput' do art. 468, ambos da CLT), incorporando-se definitivamente ao seu patrimônio jurídico (§ 2.º do art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil). Além disso, nos termos da Súmula n.º 51, I, do TST, 'As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento'. Precedentes relativos ao mesmo tema e à mesma empresa" (Processo: RR - 2040-69.2012.5.04.0204 Data de Julgamento: 03/12/2014, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/12/2014)

Além disso, sobreleva notar que o desligamento do reclamante também se reveste de cunho nitidamente discriminatório por parte da reclamada, que ao tomar conhecimento de reclamatória por ele proposta, dispensou-o cerca de 10 dias após sua notificação.

A liberdade de trabalho e o acesso à justiça foram violenta e abruptamente transgredidos por ato do gestor da unidade de ensino. O fato de se tratar de uma instituição de ensino superior e de curso jurídico, constitui sério e relevante agravante, já que instila na comunidade acadêmica a noção de que a Constituição não tem força normativa e os cidadãos são, efetivamente, de papel, sujeitos ao capricho e mando de quem detém dinheiro ou ocupa postos de comando em organizações.

443

A violação da condição civil do autor do autor é evidente e confronta-se diretamente com a proibição contida no artigo 1º da lei 9.029/1995. Frise-se que a discriminação relativa ao estado civil, não se refere a condição do autor em face da instituição família, mas todas as dimensões do "status civilis", vale dizer todas as dimensões da relação do civil, o cidadão, com a urbe. Isso envolve a aspectos da liberdade dos cidadãos, como o de acesso à justiça e a liberdade de trabalho. E a violação dessas proteções acabou por ferir inclusive a liberdade de expressão, que tem na liberdade de cátedra uma de suas facetas.

Sobre o tema, os seguintes precedentes do C. TST:

DISPENSA RETALIATÓRIA - DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA - ABUSO DE DIREITO - REINTEGRAÇÃO *Demonstrado o caráter retaliatório da dispensa promovida pela Empresa, em face do ajuizamento de ação trabalhista por parte do Empregado, ao ameaçar demitir os empregados que não desistissem das reclamações ajuizadas, há agravamento da situação de fato no processo em curso, justificando o pleito de preservação do emprego. A dispensa, nessa hipótese, apresenta-se discriminatória e, se não reconhecido esse caráter à despedida, a Justiça do Trabalho passa a ser apenas a justiça dos desempregados, ante o temor de ingresso em juízo durante a relação empregatícia. Garantir ao trabalhador o acesso direto à Justiça, independentemente da atuação do Sindicato ou do Ministério Público, decorre do texto constitucional (CF, art. 5º, XXXV), e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (arts. VIII e X), sendo vedada a discriminação no emprego (convenções 111 e 117 da OIT) e assegurada*

ao trabalhador a indenidade frente a eventuais retaliações do empregador (cfr. Augusto César Leite de Carvalho, -Direito Fundamental de Ação Trabalhista-, in Revista Trabalhista: Direito e Processo, Anamatra - Forense, ano 1, v.1, n. 1 - jan/mar 2002 - Rio). Diante de tal quadro, o pleito reintegratório merece agasalho. Recurso de embargos conhecido e provido. (grifo nosso)

(TST; E-RR-7633000-19.2003.5.14.0900; Relator: Ives Gandra Martins Filho; Data de Publicação: 13/04/2012).

LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PRETENSÃO RELATIVA À DISPENSA E SANÇÕES DE CARÁTER PECUNIÁRIO A EMPREGADOS QUE PROPUSERAM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA CONTRA A EMPREGADORA E NÃO ADERIRAM AO ACORDO JUDICIAL PROPOSTO PELA EMPRESA. A legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública ou ação coletiva está assegurada pelos artigos 127, caput, e 129, III e IX, da Constituição Federal c/c os artigos 83 e 84 da Lei Complementar 75/93 e 81, 82, I, e 91 do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, sempre que restar caracterizada lesão a uma coletividade definida de trabalhadores e existir, conseqüentemente, um ato lesivo a contratos de trabalho, de forma direta ou indireta, o Ministério Público do Trabalho terá legitimidade para ajuizar ação com vistas a tutelar o direito correspondente em juízo. No caso dos autos, verifica-se que **a pretensão do Parquet visa a anular e impedir a alegada prática de atos discriminatórios da empresa, concernentes em dispensa e sanções de caráter pecuniário (supressão de gratificações e adicionais), a empregados que ajuizaram reclamatória trabalhista e não aderiram ao acordo judicial proposto pela empresa.** Trata-se de pretensão relativa a interesse social relevante, objetivando impedir o alegado abuso do direito potestativo patronal (CF/88, art. 7º, I) como forma de retaliação aos empregados que exerceram o direito fundamental de acesso ao Judiciário que implicaria afronta àquela outra garantia fundamental prevista na Constituição da República, concernente a não discriminação (CF/88, art. 5º, caput e inciso XXXV). A hipótese, se confirmada, configurará típico caso de **aplicação do instituto que a doutrina jurídica moderna, sobretudo espanhola, denomina garantia de indenidade**, a qual consiste em “uma técnica de proteção do exercício dos direitos fundamentais”, na busca da “ineficácia dos atos empresariais lesivos de direitos fundamentais” dos trabalhadores, na expressão dos doutrinadores espanhóis Casas Baamonde e Rodríguez-Piñero. Destaque-se que não se cuida, como pareceu à Turma, de direito insusceptível de tutela por ação civil coletiva, porque preponderaria o poder potestativo de rescisão contratual. O Supremo Tribunal Federal reconhece a relevância da pretensão ligada à garantia de indenidade, ao considerar que, se “de um lado reconhece-se o direito do empregador de fazer cessar o contrato a qualquer momento, sem que esteja obrigado a justificar a conduta, de outro não se pode olvidar que o exercício respectivo há que ocorrer sob a égide legal e esta não o contempla como via oblíqua para se punir aqueles que, possuidores de sentimento democrático e certos da convivência em sociedade, ousaram posicionar-se politicamente, só que o fazendo de forma contrária aos interesses do co-partícipe da força de produção” (RE 130206-PA, relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 14/8/1992). No âmbito desta Subseção Especializada, há precedentes que também respaldam esse entendimento (E-RR 155200-45.1999.5.07.0024, de relatoria do Ministro Lélío Bentes Corrêa, DEJT de 23/3/2012 e E-RR 7633000-19.2003.5.14.0900, relator Ministro Ives Gandra Martins, julgado em 29/3/2012, DEJT de 13/4/2012). Logo, diante da relevância do direito perseguido e da plau-

sibilidade da postulação, não há dúvida da legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar a presente demanda. Recurso de embargos conhecido e provido. (grifo nosso)

(TST; RR-197400-58.2003.5.19.0003; Disponibilização: DEJT – 28.06.2012; Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho).

Como pode uma faculdade de direito promover atividades acadêmicas que cuidam do acesso à justiça, do laicismo do Estado e da liberdade de pensamento, quando seus professores das respectivas cátedras estão sujeitos a retaliações que, se não são medievais ante a preservação da integridade física, são próprias de déspotas do dinheiro, que julgam submeter a todos os que estão na esfera de influência das organizações que controla aos caprichos da sua vontade totalitária?

A Lei nº 9.029/1995, que proíbe práticas discriminatórias nas relações de trabalho, é implacável ao estabelecer que:

“Art. 1º - “**Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória** e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, **ou sua manutenção**, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal

Art. 4º - “O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, **além do direito à reparação pelo dano moral**, faculta ao empregado **optar** entre:

I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais

II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais” (g.n.)

Logo, o artigo 4º da Lei 9029/1995 criou uma faculdade ao discriminado. Pode a vítima escolher a reparação pecuniária ou, sentindo-se empoderado para tanto, postular a reintegração ao emprego (a lei menciona de modo equívoco a palavra readmissão, mas os efeitos são próprios da reintegração ao emprego).

O lapso temporal entre a dispensa e o exercício do direito de ação não pode assumir, por si só, uma conotação pejorativa. Ao reverso, quem praticou o ato discriminatório é que está em mora desde a dispensa.

Não se pode penalizar a parte em função do exercício regular de um direito. O disposto na Súmula n. 396 do TST apenas corrobora esse entendimento.

Ademais, a reintegração constitui medida judicial profilática e pedagógica. Portanto, neste aspecto, reforma a sentença para determinar a **reintegração** do autor às suas funções, com o pagamento dos salários de todo o período de afastamento, considerando-se os reajustes legais e convencionais aplicáveis, bem como computando-se o período de afastamento para concessão

e pagamento de férias, acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS de 8% a ser depositado na conta vinculada.

O autor deverá reassumir suas funções nas mesmas condições anteriores, observando-se as disciplinas ministradas naquele fatídico primeiro semestre de 2011.

As verbas pagas por ocasião da rescisão, como aviso prévio e multa de 40% do FGTS devem ser abatidas dos valores devidos, sob pena de pagamento sem causa.

DANOS MORAIS

Também neste aspecto, faço reparo a sentença de origem, porque a extensão do dano, sua reiteração ao longo do tempo e as múltiplas dimensões da personalidade ofendida não guardam qualquer relação com a indenização fixada.

É indubitável que o Reclamante sofreu grande abalo psicossocial por conta e pela forma como se deu a sua demissão, sumária, injusta, arbitrária e discriminatória.

Com efeito, o reclamante foi ofendido em várias dimensões da sua personalidade. Apenas para listar algumas: a liberdade de trabalho; o direito de acesso à justiça (e note-se que boa parte dos seus pedidos na reclamação originária são de baixa probabilidade, como demonstra a nova sentença proferida nos autos 532-98.2011); a liberdade de cátedra, o direito à segurança jurídica inclusive o decorrente do regimento interno da reclamada; acesso à segurança econômica decorrente da renda do seu contrato de emprego; a honra subjetiva decorrente do constrangimento por não prover educação à sua dependente; a honra objetiva pelos sucessivos constrangimentos decorrentes de protestos extrajudiciais, aviso de cobrança de dívidas sabidamente inexistentes.

É inconcebível tamanho avanço sobre o patrimônio jurídico de um devotado e disciplinado trabalhador, qualidades ressaltadas pela própria reclamada.

Ao negar direitos de liberdade, sócio-econômicos elementares, a Reclamada recusa-se ao cumprimento de obrigações relacionadas com as mínimas garantias da civilização e da cidadania, confundindo seus interesses econômicos e o comportamento caprichoso e autoritário de seus gestores com os da sociedade, que repugna essa conduta sócio-econômica lesiva à dignidade da pessoa humana e à própria ideia de desenvolvimento do país.

As ilicitudes acima citadas, dada a extensão dos danos individuais a bens jurídicos de exercício individual mas de expressão coletiva, violam diversas disposições constitucionais, tanto em nível programático, como normas de nível eficaz pleno e imediato, como o direito à integridade física e psíquica, além dos bens erigidos e promovidos pela sociedade brasileira através da sua Constituição.

Portanto, a conduta da reclamada conspira contra direitos fundamentais elementares dos brasileiros e concretamente viola a personalidade do reclamante, atingido em sua dignidade. Para reparação da personalidade do autor determino que os representantes das Reclamadas

afixem a presente decisão no hall de entrada da faculdade de direito e das demais unidades de ensino, bem como no mural de aviso dos professores por 48 (quarenta e oito meses), em local visível, ou por tempo equivalente ao afastamento do autor de sua cátedra, ante a possibilidade da reclamada continuar a resistir à demanda.

Frise-se que a obrigação de fazer acima determinada deverá ser cumprida espontaneamente em 08 dias, contados da intimação da baixa dos autos para liquidação de sentença, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixada com o permissivo do artigo 461, § 4º, do CPC.

No mais, luzidia a necessidade do Poder Judiciário por cobro ao comportamento anti-jurídico da ré, impingindo-lhe a obrigação de reparar o mal já causado, inclusive como efeito pedagógico para reprimi-la de continuar procedendo da mesma forma.

Em relação ao valor da indenização, há que ser fixado dentro dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, observando-se a extensão do dano (artigo 944 do Código Civil), as condições sócio-econômicas e culturais das partes e o caráter educativo da condenação.

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê critérios legais para fixação do quantum indenizatório, de modo que cabe ao magistrado, observados os imperativos da razoabilidade, fixar um valor que atenda a duas finalidades concomitantes e distintas: compensação da vítima e punição/dissuasão do agressor.

447

Neste contexto, nego provimento ao recurso da reclamada e dou parcial provimento ao do reclamante para majorar o valor da indenização por danos morais para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Adicionalmente ao valor já deferido, condeno a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais causados ao autor e que devem ser revertidos à comunidade, ela também ofendida pela prática sistemática de ofensa a direitos de dimensão civil e sócio econômicos. Fixo a indenização em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), destinados ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (FMDCA) de Sorocaba, condicionada sua liberação à existência (após a devida chamada por edital a ser publicado com antecedência) de projetos voltados às crianças-adolescentes em vulnerabilidade social e envolvidos com o trabalho precoce, condicionados a aprovação pelo Ministério Público do Trabalho.

Esclareça-se que essa destinação vai ao encontro das iniciativas previstas no Programa de Combate ao Trabalho Infantil da Justiça do Trabalho (CSJT-TST), que na iniciativa “4” (item 7.2 – INICIATIVAS INTERINSTITUCIONAIS), estabelece a realização de: “campanhas institucionais para estimular a destinação de valores apurados a título de danos morais coletivos para projetos de entidades cadastradas nos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, bem como aquelas indicadas pelo CONAETI. (<http://www.tst.jus.br/documentos/3284284/0742837f-0106-4b23-8330-3b6f49d88877>)

A Lei 7.347/85, artigo 13, prevê a recomposição dos bens lesados que, obviamente, deve ocorrer no local da lesão. Assim, não se justifica a destinação ao FAT.

O Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (FMDCA) é o único com previsão legal que atende aos requisitos de substituição, pois sua criação está prevista em lei (art. 88, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069/90), sendo vinculado ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), como diretriz de política de atendimento que deve ser devotada a esses seres (crianças e adolescentes) em peculiar condição de desenvolvimento.

Dessa forma, dá-se concretude ao comando constitucional e infraconstitucional da proteção integral e prioritária às crianças e adolescentes (art. 227 da CRFB e arts. 1º e ss. do ECA). O dever em questão obriga o Estado, a Sociedade (também a comunidade, segundo o ECA) e a família, não necessariamente nesta ordem. A prevenção e erradicação do trabalho infantil, a educação e a qualificação profissional atendem todos esses requisitos. E não cedem, em razão da prioridade absoluta, a quaisquer outros interesses, por mais nobres que sejam.

COMPENSAÇÃO/DEDUÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Como evidencia a própria reclamada em suas razões de recurso, a r. sentença foi omissa, não emitindo tese acerca da compensação/dedução, o que poderia ter sido sanado por meio de embargos de declaração. Todavia, silenciou a parte. O mesmo se diga em relação à litigância de má-fé, pedido comum a ambos os recursos.

448

Sendo omissa a decisão de primeiro grau no tocante à apreciação dos pedidos, a análise em sede recursal incorreria em supressão de um grau de jurisdição.

Portanto, nada a deferir.

RECURSO DA RECLAMADA – matéria remanescente

RESTITUIÇÃO DE MENSALIDADE ESCOLAR DOS FILHOS DO RECLAMANTE

A tese perpetrada pela reclamada não merece prosperar, na medida em que não tem o condão de desconstituir os termos da decisão atacada, que determinou a devolução dos valores pagos pelo autor a título de mensalidade universitária da filha, Jéssica Correia Costa, relativa aos meses de março a junho de 2011, e declarou a inexistência de débito do autor para com a reclamada no que se refere às mensalidades dos meses de março a junho de 2011 do seu filho Táríc Correia Costa, devendo a reclamada abster-se de cobrar as referidas mensalidades do reclamante ou de seu filho, sob pena de multa diária de R\$ 100,00.

Pois bem.

De acordo com a cláusula 51 (CCT - 2010) e a cláusula 14 (CCT - 2011/2012), fls. 168 e 175 dos autos, há expressa previsão no sentido de que, em caso de dispensa sem justa causa durante o período letivo, ficam garantidas ao professor, até o final do período letivo, as bolsas de estudo já existentes.

Nessa esteira, não logrando êxito em demonstrar a parte ré que os alunos estivessem reprovados, hipótese em que perderiam o direito à bolsa, conforme § 8º dos indigitados dispositivos, incensurável a decisão objurgada. Inteligência dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC.

Assim, nada a reformar.

PREQUESTIONAMENTO

Tem-se por prequestionadas todas as matérias, ficando desde já advertidas as partes quanto à oposição de medidas meramente protelatórias, implicando a condenação de multa, nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC.

Diante do exposto, decido: 1) **CONHECER** do recurso ordinário interposto por **ESCOLA SUPERIOR DE GESTÃO DE NEGÓCIOS LTDA.**, **REJEITAR** a preliminar suscitada e, no mérito **NÃO O PROVER**; 2) **CONHECER** do recurso ordinário interposto por **HELDER ALVES DA COSTA** e **O PROVER EM PARTE** para: 1) determinar a reintegração do autor às suas funções, nas mesmas condições anteriores, com o pagamento dos salários de todo o período de afastamento, considerando-se os reajustes legais e convencionais aplicáveis, bem como computando-se o período de afastamento para concessão e pagamento de férias, acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS de 8% a ser depositado na conta vinculada; 2) determinar que os representantes das Reclamadas afixem a presente decisão no hall de entrada da faculdade de direito e das demais unidades de ensino, bem como no mural de aviso dos professores por 48 (quarenta e oito meses), em local visível, ou por tempo equivalente ao afastamento do autor de sua cátedra, em 08 dias contados da intimação da baixa dos autos para liquidação de sentença, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (artigo 461, § 4º, do CPC); 3) majorar o valor da indenização por danos morais para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); 4) condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais causados ao autor e que devem ser externalizados para a comunidade, no importe de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), destinados ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (FMDCA) de Sorocaba, na forma prevista na fundamentação.

Rearbitra-se à condenação o valor provisório de R\$ 280.000,00. Custas pela demandada no importe de R\$5.600,00.

Após o trânsito em julgado desta decisão, intimem-se, dando-se ciência também aos Excelentíssimos Juiz e Promotor da Infância e Juventude da comarca, ao Ministério Público do Trabalho – Procuradoria do Trabalho no município de Sorocaba, com cópia do presente, bem como ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, cientificando-o da destinação, da necessidade de identificação e aprovação de projetos nos termos aqui estabelecidos e de que deverá ocorrer a devida prestação de contas de sua destinação.

Valdir Rinaldi Silva
Juiz Ralator

Comentário sobre o acórdão proferido nos autos 1057-12.2013

Marcus Menezes Barberino Mendes¹

O acórdão enfrentou questões relevantes para tomentosas questões que envolve o acesso à justiça e a proteção dos direitos da personalidade, num caso paradigmático. Cuida-se de um professor que lecionava há vários anos numa instituição de ensino superior, com histórico de boas avaliações de desempenho pelo corpo discente e pela própria instituição e que resolveu mover uma ação anterior ao caso apreciado no acórdão, e exatamente por força do uso do direito de ação para questionar suposta discriminação salarial, dentre outros aspectos do seu já longo contrato de emprego, fora dispensado no meio do semestre letivo e longo após a notificação inicial.

Essa dispensa espraiou efeitos notórios em várias dimensões da sua vida: econômico-financeira, reputação no meio acadêmico e na atividade profissional de advogado; dever de provisão familiar, inclusive de prole matriculada na instituição de ensino; cadastros de devedores.

Várias são as questões postas ao exame dos julgadores, o que gerou pedido de vista comum dos membros do colegiado, embora desde a proposta de voto originário emergisse incontroversa a ocorrência de dano a personalidade e a necessidade de reparação. Mas esse era o ponto de reflexão. Reparar o quê? Reparar como? Como adequar sanção e a necessária publicidade das questões decididas? O que seria sanção pedagógica na espécie? E como enfrentar a questão permanente e aflitiva de que a sanção não implique monetização da vida e ao mesmo tempo enfrente o problema da invisibilidade que os direitos humanos podem sofrer nas grandes organizações econômicas, cuja linguagem mais dúctil é exatamente a monetização. E a repercussão dessa monetização no comportamento estratégico das organizações?

Não é incomum que julgadores, monocraticamente ou em órgãos colegiados, debruce-se sobre causas em que a fixação da sanção monetária para a reparação do dano a personalidade humana mostra-se relevante e, na ausência de uma dosimetria solidamente construída com base legislativa e jurisprudencial, passe a perquirir sobre o risco de que a fixação promova o enriquecimento da parte e estimule a litigiosidade.

As legislações processuais dos Estados Unidos da América, nos vários estados que compõem aquela federação, oscilam entre a fixação de múltiplos entre os danos compensatórios e os danos punitivos (punitive damages), a repartição da reparação entre a vítima e o ente federativo ou simples proibição dos danos punitivos.

Não há uma correspondência direta entre o nosso sistema jurídico - que se propugna a realizar a reparação integral do dano e é algo frustrante na maioria dos casos, e qualquer das múltiplas práxis processuais americanas.

¹ Juiz do Trabalho do TRT15

Mas não se pode deixar de reconhecer alguma similitude, ao menos do ponto de vista teleológico, entre os danos punitivos fixados pelos jurados civis e revisados pelas Cortes naquele país, e a reparação do dano a personalidade humana inscrita na Constituição da República do Brasil e reforçada pelo Código Civil e sistematicamente aplicada, combatida e criticada no âmbito da jurisprudência brasileira, já que a ausência de regras sobre a dosimetria remete aos Magistrados o dever institucional de prestar jurisdição de modo proporcional mas efetivo.

Essa discricionariedade própria do poder geral de cautela atrai críticas acerca da modicidade das reparações e, ao mesmo tempo, do estímulo a litigiosidade e ao enriquecimento de partes. Talvez o grupo da modicidade leve evidente vantagem sobre o mito da produção de milionários judiciais.

O precedente alinhavado e produzido pelos membros do colegiado da 6ª Turma pode ser um caso isolado, mas suscita questões que não podem deixar de atrair a atenção da comunidade jurídica brasileira. Por três elementos que parecem indicar uma solução que efetivamente conjugue o exame da extensão do dano, a proporcionalidade e adequação da sanção e, por fim mas não menos importante, contemple a pedagogia que introduza movimento e não inércia nas organizações patrocinadoras do dano.

O primeiro elemento é reconhecer que o dano e a sanção integram e interferem numa comunidade de cidadãos que vive e legitima uma Constituição e, por isso, constitui uma comunidade jurídica que elencou, protege e promove certos direitos a personalidade humana. A proteção ao cidadão só pode ocorrer se a comunidade tem ampla publicidade da ocorrência do dano e do acionamento dos mecanismos institucionais voltados a sua proteção e reparação.

451

E tal publicidade não se confunde com a publicação do processo e suas decisões em meios oficiais. A reparação há de ser um elemento de comunicação entre a comunidade jurídica que promove a proteção a personalidade de todos os seus cidadãos.

Não se cuida de reparar o dano à coletividade ou um bem difuso. Mas de conceber que a reparação integral do dano a personalidade só se alcança quando a sanção é compartilhada com a comunidade envolvida. Só há a imanente dignidade proposta por Kant quando o cidadão ofendido e a reparação proposta são reconhecidos como tais. A fruição de parte da proteção ocorre com a destinação partilhada da reparação.

O segundo elemento é ministrar sanção adequada ao conjunto de bens lesados pelo perpetrador do dano. No caso do acórdão se escrutinou os aspectos do acesso à justiça; do direito ao trabalho; do direito ao devido processo administrativo; da honra subjetiva; e da honra objetiva. O perpetrador do dano era uma instituição de ensino superior que possui inclusive curso jurídico. Por isso a necessidade de introduzir uma obrigação de fazer quanto ao reconhecimento do dano e sua introjeção por razoável lapso de tempo, proporcional ao afastamento do professor da sua cátedra.

Sem que se possa tomar isso como verdade imutável, é possível assentar que a ausência de regras para dosimetria conduz ao reconhecimento que a fixação da reparação é dever insti-

tucional dos Magistrados, sendo a reparação por dano a personalidade uma espécie de pedido genérico.

O terceiro elemento e que conjuga os dois anteriores é que a fixação das reparações no caso concreto neutraliza, ou ao menos mitiga significativamente, os argumentos “ad terrorem” sobre a criação de uma indústria da reparação por dano moral e consequente linha de montagem de supostos milionários. Em verdade, cuida-se de estratégia desmercantilizadora do sistema de proteção da personalidade humana, promovendo a restituição integral ao centro da questão, mas agora pelo ângulo da fruição compartilhada, pois a cidadania é conceito relacional e não um objeto de consumo para o indivíduo isolado.

Enfim, esses comentários aqui cometidos com a autorização generosa dos dois confrades que participaram do julgamento, e muito especialmente pela lhanza do relator Valdir Rinaldi, não pretendem comprometer a análise dos senhores leitores, pois qualquer obra literária pertence a intenção do leitor. E espero que não comprometa as próprias “*intentio auctoris*” dos dois atentos e lúcidos julgadores. Servem apenas para provocar a leitura da decisão judicial.