

Cadernos da



ESCOLA
JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO

nº 05 - 2010

Temas de Direitos Fundamentais e de Direito Processual

*Reflexões dos Grupos de Estudo da
Escola Judicial do TRT da 4ª Região*

HS Editora



ANO 2 – Nº 5 – 2010

**Temas de
Direitos Fundamentais e
de Direito Processual**

*Reflexões dos Grupos de Estudo da
Escola Judicial do TRT da 4ª Região*

HS Editora

Temas de Direitos Fundamentais e de Direito Processual
Reflexões dos Grupos de Estudo da Escola Judicial do TRT da 4ª Região

Todos os direitos reservados. É expressamente proibida a sua reprodução, mesmo que parcial, sem a expressa autorização dos autores.

Editoração Eletrônica: HS Editora Ltda.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

T822t	Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região Temas de Direitos Fundamentais e de Direito Processual: reflexões dos grupos de estudo da Escola Judicial do TRT da 4ª Região / Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. – Porto Alegre: HS Editora, 2010. 15,5x22,5 cm.; 106p. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região; n° 5. 1. Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direito Processual. I. Série. CDU 342.7+347.9
-------	--

Catálogo na publicação: Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

HS Editora Ltda

Rua Almirante Barroso, 735 conj. 302
90220-021 – Porto Alegre – RS
Fone/Fax: (51) 3346.9222
e-mail: hseditora@hseditora.com.br
www.hseditora.com.br

**ESCOLA JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO**

Av. Praia de Belas, 1432 – Prédio III
90110-904 – Porto Alegre – RS
Fone: (51) 3255.2683 – 3255.2684
e-mail: escola@trt4.jus.br
www.trt4.jus.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
ARTIGOS DO GRUPO DE ESTUDOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	
<i>Coordenação: Desembargador José Felipe Ledur</i>	
A Proteção como Função Jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho <i>José Felipe Ledur</i>	7
Algumas Considerações sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas <i>Beatriz Renck</i>	16
Concretização dos Princípios Constitucionais – Através de Construção Jurídica <i>Manuel Cid Jardón</i>	21
Sobre Dignidade, Trabalhadores Migrantes e a OJ 191 do TST: Reflexões a partir de um Caso Concreto <i>Rosâne Marly Silveira Assmann</i>	26
A Subcontratação de Trabalhadores no Setor Público <i>Rafael da Silva Marques</i>	36
O Princípio da Proporcionalidade e a Possibilidade de Penhora de Salários <i>Julieta Pinheiro Neta</i>	45
Proibição de Retrocesso Social nas Relações de Trabalho – Direito Coletivo e Plano de Saúde <i>Gustavo Jaques</i>	51

ARTIGOS DO GRUPO DE ESTUDOS DE DIREITO PROCESSUAL

Coordenação: Juiz Ricardo Fioreze

A Alienação Antecipada de Bens: Um Olhar Contemporâneo <i>Ben-Hur Silveira Claus, Cláudio Antonio Cassou Barbosa e Cristina Bastiani de Araújo</i>	63
A Sucessão de Empregadores na Perspectiva da Efetividade da Execução – Algumas Ideias para o Debate <i>Ben-Hur Silveira Claus</i>	69
Concurso de Credores Incidental à Execução Promovida na Justiça do Trabalho <i>Ricardo Fioreze</i>	78
A Arrematação pelo Credor na Justiça do Trabalho <i>Luciana Böhm Stahnke</i>	89
Responsabilidade Solidária e Subsidiária na Justiça do Trabalho: Algumas Observações <i>Rozi Engelke e Ligia Belmonte</i>	95

APRESENTAÇÃO

Temos a satisfação de dirigir breves palavras ao leitor da presente série de artigos alusivos a temas de direitos fundamentais e de direito processual, resultado de estudos, reflexões e debates que juízes do trabalho da 4ª Região mensalmente realizam no seio desta Escola Judicial.

Essa atividade mensal naturalmente exige dedicação à pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Mas a interação com colegas, a reflexão comum sobre como melhor dar conta das responsabilidades que o exercício da jurisdição impõe, são momentos valiosos desse engajamento coletivo. A publicação dos artigos desta revista coroa esses esforços, e por seu intermédio busca-se interagir com os demais colegas deste e de outros Tribunais, e bem assim com os seus servidores.

É interessante notar o ponto de convergência dos trabalhos que compõem esta revista: a efetividade da jurisdição. Relativo aos textos que abordam direitos fundamentais, o foco está na eficácia social dos direitos laborais, presente a dogmática jurídico-constitucional mais atualizada que procura dar consequência prática aos princípios, valores e direitos fundamentais nas relações entre particulares, inclusive no processo judicial. Os textos procuram revelar e pôr em evidência substância normativa que, à primeira vista, pode não ser identificável no conjunto dessas normas constitucionais e/ou jusfundamentais.

Já quanto aos textos elaborados por juízes que integram o Grupo de Direito Processual, é interessante notar que coincidem na formulação jurídica dirigida a soluções criativas para que o Judiciário Trabalhista responda de maneira eficaz àquilo que vem se revelando seu calcanhar de Aquiles: a inexecução ou a inadequada execução de suas decisões. Para alcançar essa finalidade, institutos jurídicos de direito civil e processual civil, assim como doutrina e jurisprudência concernente à responsabilidade pela satisfação do crédito trabalhista, são objetos de exame pelos colegas.

Aspecto que pode não ser de imediato apreendido pelo leitor diz com o esforço acadêmico que o conjunto dessa obra exigiu de cada um dos autores. A atividade judicial cotidianamente exige muito do juiz empenhado em prestar boa jurisdição. A reflexão sobre essa atividade, que ora vem exteriorizada em artigos jurídicos nos quais há diálogo com literatura jurídica especializada e decisões judiciais, constitui aporte importante para a qualificação da ciência jurídica na seara dos direitos sociais vinculados ao trabalho.

Porto Alegre, novembro de 2010.

José Felipe Ledur
Desembargador Federal do Trabalho
Ricardo Fioreze
Juiz Titular da Vara do Trabalho de Encantado

A PROTEÇÃO COMO FUNÇÃO JURÍDICO-OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

José Felipe Ledur

Desembargador Federal do Trabalho
Mestre e Doutor em Direito do Estado

SUMÁRIO: Introdução; 1. Uma reflexão preliminar sobre a hermenêutica; 2. A dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais; 3 Matriz jusfundamental da proteção ao trabalhador; Conclusão; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Por meio das reflexões que seguem pretende-se examinar a proteção jusbatal sob a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Para isso, com a brevidade exigida para este texto, o exame deter-se-á em quatro aspectos: na retomada de questões de natureza hermenêutica; nas opções valorativas da nossa Constituição; na dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais; e, finalmente, na proteção jusfundamental dirigida àquele que trabalha por conta alheia.

1. UMA REFLEXÃO PRELIMINAR SOBRE A HERMENÊUTICA

Explicitar o que seja a *hermenêutica* não é tarefa simples, mesmo porque ela é utilizada não só no âmbito das ciências jurídicas, mas também pelas ciências do espírito como a filosofia, filologia etc.¹ Independentemente das controvérsias acerca do seu emprego nessas ciências para o desenvolvimento das idéias do presente texto considerou-se adequado fixar alguns elementos a ela relacionados.

Para o jurista alemão Klaus F. Röhl², a *hermenêutica* tem a ver com processo de compreensão no qual a linguagem é determinante. E para compreender algo, é necessário que já se saiba alguma coisa a respeito desse algo. Portanto, ninguém, inclusive o operador do direito, pode partir do nada, situação essa que costuma ser designada de *pré-compreensão*. Por exemplo, somente somos capazes de compreender as declarações de outras pessoas, das leis, das testemunhas etc. a partir daquilo que nós já entendemos. O autor prossegue dizendo que apreendemos com cada nova declaração que levamos em consideração. Outra coisa importante: não conseguimos visualizar o

¹ Autor que se notabilizou pelo exame da hermenêutica em vários domínios da ciência é Hans Georg Gadamer, com sua conhecida obra *Verdad y método – fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 5. ed., Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993.

² *Allgemeine Rechtslehre*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1994, p. 106 e ss.

todo de uma só vez, trate-se de objeto científico ou físico, ou seja, nós vemos por partes. Contudo, só conseguimos *compreender* se tivermos uma *imagem* do todo.

De outro lado – ainda consoante o Prof. Klaus F. Röhl –, nossa compreensão do todo vai se alterando à medida que tomarmos em consideração novos detalhes desse todo. Está claro, portanto, que hermenêutica não tem a ver com verdades absolutas; ela está aberta para o devir, para o novo. A hermenêutica é um processo de compreensão que se dá na forma de uma espiral. Por isso, fala-se do “círculo hermenêutico.”

É certo que quem faz do direito uma atividade profissional, ao mesmo tempo voltada para a emancipação dos indivíduos, necessita de preparo multidisciplinar. Por sinal, não custa sublinhar que o direito é uma ciência *jurídica e social*. Espera-se dos juristas disposição para empreender o *labor hermenêutico*, de modo que possam *compreender* o que os textos jurídicos expressam, capacitando-se para determinar adequadamente o conteúdo ou sentido da norma³, para o que são indispensáveis o conhecimento histórico e a apreensão da dimensão axiológica e ética da lei em sentido geral. Ao alcançar essa compreensão, facilita-se a *aplicação* da norma jurídica em correspondência com o bem comum, finalidade à qual ela é dirigida. A propósito dessas considerações, é ilustrativo o ensinamento do grande mestre Carlos Maximiliano:

A Aplicação não prescinde da Hermenêutica: a primeira pressupõe a segunda, como a medicação a diagnose. Em erro também incorre quem confunde as duas disciplinas: uma, a Hermenêutica, tem um só objeto – a lei; a outra, dois – o Direito, no sentido objetivo, e o fato. Aquela é um meio para atingir a esta; é um momento da atividade do aplicador do Direito. Pode a última ser o estudo preferido do teórico; a primeira, a Aplicação, revela o adaptador da doutrina à prática, da ciência à realidade: o verdadeiro jurisconsulto⁴.

Conquanto o autor somente refira a lei como objeto da hermenêutica, a Constituição certamente dele não está excluída, com a ressalva de que sua parte dogmática – a que trata dos direitos fundamentais – requer hermenêutica específica, até porque esses direitos constituem referência para a interpretação da legislação infraconstitucional⁵.

Para compreender os textos jurídicos, o operador do direito do trabalho há de se valer de métodos de interpretação – aqui refiro especialmente o método histórico-genético (meio histórico-social em que produzidas as normas, debates e discussões que se encontram em sua base); o método sistemático (compreensão do sentido das normas por meio de sua conexão com o conjunto normativo de determinada lei e/ou Constituição – nesse sentido, ressalto as opções valorativas e principiológicas da Constituição de 88); o método teleológico (finalidade a que dirigidas as normas jurídicas).

³ É necessário fixar, desde logo, que o *texto da norma* é correspondente à *norma* em si. Enquanto aquele diz respeito ao teor literal da prescrição jurídica, a norma envolve a esfera vital protegida pelo Direito. Já por essa razão, a vinculação da norma à realidade, ao fato, resulta evidente.

⁴ Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 9. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1984, p. 8.

⁵ A esse propósito, ver Mártires Coelho, Inocêncio. *Interpretação Constitucional*, 3. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 7-11.

Esses três métodos constituem caminhos que contribuem à justa aplicação do Direito nas relações de trabalho.

2. A DIMENSÃO JURÍDICO-OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É sabido que a afirmação dos direitos fundamentais ocorreu paralelamente à consolidação do Estado moderno, mediante o qual, no mundo ocidental, impuseram-se limites ao poder do soberano. O predomínio da perspectiva liberal ao longo do Século XIX determinou a prevalência da dimensão jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais. Sobretudo a defesa de direitos de liberdade como a livre expressão, associação, opinião, manifestação etc., bem assim da propriedade, constituíram espaços privados infensos à livre ingerência do poder estatal. De outro lado, também é sabido que essa dimensão jurídico-subjetiva não deu conta de todas as questões postas para a teoria dos direitos fundamentais – na Europa, já nas primeiras décadas do século XX, e em países como o Brasil em tempos mais recentes –, na medida em que resultou flagrante que enormes segmentos populacionais não tinham o que defender em face do Estado, uma vez que alijados do acesso a bens vitais, como a alimentação, a moradia, a educação, o trabalho, a saúde e a Previdência Social. Quer dizer, faltavam-lhes as condições materiais necessárias para exercer a liberdade e o direito à defesa de espaços existenciais que justamente pressupunham o acesso aos bens em geral. A legitimação do Estado, por evidente, foi posta em xeque em face dessa concreta situação.

De tal realidade emergiu a necessidade de outro Estado; não de Estado ocupado unicamente em respeitar a posição alcançada pelos segmentos populacionais que tinham bens a defender, mas de Estado que se ocupasse da promoção de condições materiais dirigidas a proporcionar liberdade real aos estratos populacionais excluídos do acesso aos bens. É certo, entretanto, que paralelamente a essas novas exigências dirigidas ao Estado verificou-se nas últimas décadas a emergência de um mundo em que o aparato estatal foi definhando e, em seu lugar, afirmaram-se *forças privadas de poder econômico e social*. A desregulamentação e a pressão pela ausência do Estado no domínio jurídico, social e econômico traduz esse fenômeno.

Contudo, é preciso destacar que no âmbito jurídico-constitucional, sobretudo após as grandes guerras do século passado, evoluiu-se para a construção de estatalidade social (Estado social), com ênfase, em tempos mais recentes, para a consolidação democrática do Estado. Do ponto de vista jusfundamental, novos desafios se apresentaram ao Direito, especialmente por causa da constituição do referido poder econômico e social privado e de sua capacidade de interferir na vida e nos direitos das pessoas.

Em face disso, a moderna doutrina e jurisprudência constitucional vem dando grande ênfase à função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, também compreendida como aquela que põe em relevo as dimensões axiológicas e de princípio que estão no bojo dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais em particular expressam *decisões jurídico-objetivas de valor e*, em seu conjunto, *uma ordenação de valor jurídico-objetiva*⁶. Quer dizer, os direitos fundamentais, de par com a atribuição ou

⁶ Desenvolvimento acerca dessa temática encontra-se em Pieroth, Bodo e Schlink, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 26. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2010, p. 25-32. Também em meu *Direitos Fundamentais*

reconhecimento de um direito público subjetivo, ao mesmo tempo são desdobramentos objetivos de opções valorativas identificáveis nos arts. 1º, 3º, 170 e 193 da nossa Constituição, dentre outros. E, tomados em seu conjunto, constituem princípios e conteúdos jurídico-objetivos que vinculam o ordenamento jurídico em geral. Com isso, supera-se a visão de direito fundamental como o correspondente exclusivo de um direito público subjetivo que confere ao seu titular a possibilidade de defendê-lo por meio de ação judicial. Os direitos fundamentais não servem somente ao seu titular, mas exercem funções que transcendem a esfera de disposição pessoal.

É justamente nesse contexto que a função (jurídico-objetiva) de proteção dos direitos fundamentais vem tomando corpo, considerada como aquela para a qual convergem as funções subjetivas (de defesa, prestacional e não-discriminação) e todas as demais funções objetivas dos direitos fundamentais, do que constituem exemplo a interpretação conforme aos direitos fundamentais, a participação em procedimentos e prestações ainda não disponibilizadas, a sua eficácia irradiante sobre todo o ordenamento, especialmente nas relações entre particulares, bem como a proteção em face de riscos. A função de proteção, ao mesmo tempo em que assegura aos indivíduos proteção em suas relações com forças econômicas e sociais de poder, impõe deveres de proteção aos poderes estatais.

A evolução do direito constitucional nas últimas décadas tem mostrado que a função de defesa (função clássica mais importante dos direitos fundamentais) continua importante, entre nós especialmente em razão da importância que o direito de ação adquiriu na atual ordem constitucional. Mas, de par com isso, afirma-se relevante a função de proteção dos direitos fundamentais porque o direito constitucional vem se dando conta de que intervenções indevidas na esfera dos direitos fundamentais do indivíduo não provêm tão intensamente do Estado, e sim de poderes econômicos e sociais que, em alguns casos, chegam a ser mais poderosos do que o próprio Estado. O problema que remanesce é ver de que modo esse Estado está obrigado a exercer os deveres de proteção que dele passam a ser demandados.

3. MATRIZ JUSFUNDAMENTAL DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

Especificamente no Direito do Trabalho, o designado princípio da proteção, por meio do qual visa-se compensar a inferioridade econômica do trabalhador – concretamente, a sua desigualdade material em face do tomador do seu trabalho –, sempre expressou ideologia própria desse ramo do Direito. A proteção ao que trabalha sob conta alheia historicamente foi considerada como a própria razão de ser do Direito do Trabalho, inclusive no Brasil. Sua invocação classicamente partiu da premissa de que na formação, execução e extinção do contrato há desequilíbrio entre o empregado e o empregador. É nisso que reside o sentido das normas que se encontram nos arts. 9º, 468 e 620 da CLT, bem como em súmulas de jurisprudência (e.g. as de nºs 51, 212 e 276 do TST), das quais se originam desdobramentos em outros princípios infraconstitucionais. E, na linha da doutrina desenvolvida por Américo Plá Rodrigues, as regras específicas voltadas à operação do princípio da proteção

Sociais – efetivação no âmbito da democracia participativa, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 28 e ss., abordo brevemente o tema.

são a precedência devida à norma mais favorável, ainda que de inferior hierarquia, a prevalência da condição contratual mais benéfica e a regra de interpretação consistente no *in dubio pro misero*.

Entretanto, a partir da Constituição de 1988, os direitos do trabalho no Brasil passam a formar parte de sistema centrado nos valores, princípios e objetivos expressos em normas constitucionais, e que obtiveram desdobramentos no rol de direitos fundamentais do trabalho do art. 7º ao art. 11 da Constituição. Conquanto pareça que isso ainda não foi adequadamente apreendido pela doutrina e jurisprudência laboral, a CLT e a legislação infraconstitucional esparsa deixaram de ser o centro do sistema dos direitos do trabalho no Brasil. Por isso, a interpretação e aplicação desses direitos haverá de partir do conjunto de valores, princípios, objetivos e direitos fundamentais do trabalho elencados na Constituição.

Já se mencionou em artigo sobre o desenvolvimento e consolidação do Direito do Trabalho no Brasil que o reconhecimento do estatuto jurídico-laboral nos anos 40 do século passado foi mais decisivo para o alcance da cidadania dos trabalhadores do que o próprio reconhecimento dos direitos políticos⁷. A Constituição de 1988 mantém sintonia com esse pensamento na medida em que eleva série de direitos dos trabalhadores ao mesmo *status* dos direitos fundamentais clássicos, dos quais resulta certo que quem trabalha, ainda que de modo subordinado ou por conta alheia, continua cidadão e portador de dignidade, circunstância que permite compreender o porquê da precedência a ser conferida à proteção dos direitos de personalidade dos trabalhadores quando confrontados com o poder diretivo do empregador. Não é sem razão que se assegura a reparação de lesões aos direitos de personalidade oriundas de ilícitos havidos no exercício desse poder em casos como o assédio moral ou uso indevido de imagem.

Em segundo lugar, o assento jusfundamental da proteção laboral pode ser reportado à opção valorativa externada pelo constituinte no preâmbulo da Constituição, ao instituir Estado Democrático destinado, entre outros, a *assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais* (destaquei). Essa escolha ganha substrato nos princípios e valores afirmados nos arts. 1º, 3º e 7º, *caput*, da Constituição e se concretiza na decisão jurídico-objetiva de valor traduzida na “proteção contra despedida imotivada ou sem justa causa” do inciso I do art. 7º da Constituição e em série de direitos e garantias elencados ao longo dos demais incisos desse artigo e dos arts. 8º a 11. Outras decisões dessa mesma natureza estão expressas nos incisos X, XX e XXVII do referido art. 7º ao imporem deveres de proteção ao legislador.

Em terceiro lugar, inúmeros constitucionalistas do país afirmam a opção pelo princípio do Estado Social. Os direitos fundamentais sociais em geral e os trabalhistas em particular constituem concreção dessa escolha, pois que em sintonia com opções

⁷ Bercovici, Gilberto. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: Pereira de Souza Neto, Cláudio e Sarmento, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 53. O autor assim conclui: “O instrumento jurídico que comprova o vínculo do indivíduo com a cidadania é a carteira de trabalho. A extensão da cidadania ocorre pela regulamentação de novas profissões e pela ampliação dos direitos associados ao exercício profissional, ou seja, os direitos trabalhistas.”

valorativas expressas, por exemplo, nos arts. 1º, 3º, 170 e 193 da Constituição. Em realidade, sob o conceito de Estado Social entende-se a responsabilidade estatal pela **proteção dos socialmente fracos**.

Se o só fato de o direito infraconstitucional – legislação do trabalho incluída – deve estar em sintonia com os direitos fundamentais por causa de sua eficácia irradiante em todo o ordenamento jurídico, com maior razão a proteção juslaboral encontra sua fonte irradiadora nos direitos fundamentais do trabalho por causa da transição do núcleo do Direito do Trabalho para o âmbito constitucional a partir de 1988. Por isso mesmo, essa proteção não se esgota na sua operação por meio das precitadas três regras. A presença de normas de natureza garantista e protetiva nos arts. 7º a 11 da Constituição Federal, e bem assim a evolução jurídico-constitucional referida antes, no item 2, é realidade normativa que exige do intérprete e aplicador dos direitos trabalhistas novo paradigma hermenêutico, sejam esses direitos de categoria constitucional, legal, normativa ou contratual.

A busca desse paradigma nem sempre é tarefa fácil, mas acaba por se impor como uma exigência da evolução jurídica. Já ressaltai antes que a interpretação conforme aos direitos fundamentais é um dos modos como se revela a função de proteção. Nesse sentido, é necessário compreender que o texto de uma norma pode ensejar controvérsias quanto ao seu conteúdo. Isso é reconhecido sem dificuldade quando se está na presença de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, resultantes de deliberada opção do legislador por texto normativo vago. Mas mesmo em relação a textos normativos não incluídos nessas duas categorias apresenta-se, por vezes, a possibilidade de mais de uma interpretação. A interpretação conforme aos direitos fundamentais postula que nesse caso tenha aplicação a norma que melhor expresse os direitos fundamentais. A propósito, vale lembrar que um mesmo “texto” de uma norma pode conter mais de uma “norma”. Portanto, a situação aqui é diversa daquela da operação da regra da norma mais favorável mediante a aplicação histórica do princípio da proteção laboral, porque nesta última normalmente cogita-se do confronto de textos normativos de diversa hierarquia.

A função de proteção se revela igualmente pela eficácia que os direitos fundamentais irradiam em todo o ordenamento jurídico, e em especial nas relações entre particulares. A positivação dos direitos fundamentais do trabalho na nossa Constituição retrata, em modo direto, essa eficácia, a qual traduz proteção dispensada pelo constituinte a quem trabalha sob dependência alheia⁸. Por isso, aqui a controvérsia doutrinária acerca da eficácia direta ou indireta em face dos particulares perde importância. Essa proteção abarca tanto dimensões jurídico-subjetivas quanto jurídico-objetivas referidas neste texto. A nota característica destas últimas está em que a ordem infraconstitucional, nela compreendidas a lei, as convenções e acordos

⁸ Ressalta-se que aqui não faz sentido a divergência doutrinária acerca da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais em face de particulares, uma vez que os direitos fundamentais do trabalho estão positivados no art. 7º da Constituição. Vale rememorar que a eficácia em face dos particulares encontra sua fonte doutrinária na Constituição de Weimar de 1919, mas foi a jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho alemão quem pela primeira vez a aplicou, ao decidir acerca da liberdade de coalizão assegurada na Lei Fundamental de 1949. Para maiores especificações, cf. José Felipe Ledur, obra citada, p. 38-42.

coletivos, bem como os contratos, deve observância à ordenação jurídico-objetiva de valor expressa no conjunto dos direitos fundamentais. Dessa ordenação pode-se retirar o fundamento para a proibição de retrocesso social⁹ no terreno dos direitos fundamentais sociais, e isso não só quando se pensa nas prestações normativas de caráter social a cargo do Estado. Também no tocante às prestações derivadas da conformação a direito fundamental social trabalhista por meio de normas coletivas (por exemplo, garantias do emprego ou planos de saúde), parece razoável que a proteção já alcançada não seja passível de eliminação relativamente a empregados com contrato em vigor quando do transcurso do período de vigência das normas respectivas. Portanto, o injustificável retrocesso social em tema de efetivação dos direitos fundamentais sociais em geral também envolve as prestações materiais derivadas da conformação de direitos fundamentais trabalhistas e, nessa medida, parece proteção mais efetiva e abrangente do que a tradicional prevalência da condição mais benéfica aplicável tão-só às cláusulas do contrato de trabalho.

Entretanto, a realidade laboral não é uniforme. Por isso, é necessário encontrar soluções criativas para resolver problemas que entre nós derivam do fato de o destinatário (devedor) dos direitos fundamentais do trabalho muitas vezes ser pessoa física, firma individual ou pequena empresa, às quais não se poderá atribuir a qualidade de *força econômica e social de poder*¹⁰. Essa realidade evidencia que o dever de proteção a cargo do Legislativo, Executivo e Judiciário poderá ser confrontado com outros valores ou princípios que compõem a ordenação jurídico-objetiva de valor adotada pela Constituição. Comparece a necessidade da ponderação de bens, valores e princípios, finalidade para a qual o princípio da proporcionalidade, também aplicável nas relações privadas, por certo é valiosa.

Do ponto de vista normativo isso é confirmado em regras como a do art. 170, IX, da Constituição Federal, que assegura tratamento favorecido para empresas de pequeno porte. Na CLT esse princípio obtém concreção mediante regras que autorizam possa haver regramento coletivo diverso do legal em caso de horas de percurso (art. 58, parágrafo terceiro, da CLT) ou as que dispensam a manutenção do registro de horários quando a empresa tiver menos de 10 empregados (art. 74,

⁹ Ingo Sarlet (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 427-8) arrola série de princípios constitucionais que amparam o reconhecimento da proibição de retrocesso social em matéria de direitos sociais. Destaca o princípio do Estado democrático e social de Direito; da dignidade da pessoa humana; da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição); da segurança jurídica; e da proteção da confiança (boa-fé) dos indivíduos na estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo. O autor também reporta como fundamento da referida proibição a vinculação dos entes estatais, inclusive do Judiciário, a atos anteriores. Embora não mencione a natureza desses atos anteriores, a leitura das demais considerações do autor acerca do tema evidencia que se trata de atos concretizadores de direito social. Portanto, é da preservação do *núcleo essencial* de direito social, decorrente de sua configuração ou conformação, que se está a tratar.

¹⁰ Essa preocupação é externada por Tereza Aparecida Asta Gemignani e Daniel Gemignani (in *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, n. 80, jul./dez. 2009, p. 35), ao reportarem as ponderações de Virgílio Afonso da Silva acerca da impossibilidade de se aplicarem os direitos fundamentais na relação particular-particular de modo idêntico ao que se faz na relação indivíduo-Estado.

parágrafo segundo, da CLT). Em sua atividade de concreção do Direito, o juiz reiteradas vezes se vê confrontado com a necessidade de dar aplicação ao princípio da proporcionalidade, com a atribuição, “sob medida”, do que é *devido* a cada parte da relação jurídica. Nesse sentido, pense-se na ponderação que o juiz tem de fazer ao definir o montante da reparação por danos morais oriundos de acidente do trabalho ou doenças do trabalho.

Finalmente, é em face dos riscos que a atividade econômica traz àquele que trabalha de forma subordinada que a função de proteção dos direitos fundamentais se afirma com intensidade. Basta lembrar, aqui, o inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” e a atribuição ao juiz do trabalho da competência para resolver os conflitos oriundos de acidentes do trabalho e de doenças ocupacionais. Vale retomar aqui o que se referiu anteriormente acerca da responsabilidade estatal pelos socialmente fracos, expressão do Estado social, princípio este que o juiz deve considerar na atividade de interpretação e aplicação do Direito. Nesse particular, traçando-se paralelo com a regra do *in dubio pro misero*, pode-se afirmar que nesta há evidente subjetividade em quem afere a situação de dúvida, ao passo que na proteção em face dos riscos – função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais – sobreleva objetivamente a necessidade da proteção àquele fragilizado ou vulnerável na relação jurídica. No mundo do trabalho essa vulnerabilidade se revela com especial ênfase na ameaça que o intensivo uso de novas tecnologias acarreta para a saúde dos trabalhadores. É certo que a concreção da proteção jurídico-objetiva dos direitos fundamentais requer do juiz a observância do art. 93, IX, da Constituição.

CONCLUSÃO

Ainda que elevado o déficit verificado na efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil, é necessário dizer que pelo menos do ponto de vista jurídico verificam-se avanços em sua compreensão, dirigida a fazer coincidir declaração e efetividade. Os direitos fundamentais sociais também conhecem uma dogmática jurídica, cuja tarefa é fornecer linhas dirigentes ao aplicador do direito para a superação dos problemas vinculados à aplicação das normas e à efetividade do direito. A busca de novos modelos ou paradigmas também é uma exigência que a Constituição de 1988, em especial os direitos fundamentais do trabalho, coloca para o Direito do Trabalho, o qual tem de buscar suas referências no núcleo agora situado na Constituição, em cujos princípios, valores, objetivos, direitos e garantias está o fundamento jurídico-objetivo da proteção laboral.

BIBLIOGRAFIA

ASTA GEMIGNANI, Tereza Aparecida e GEMIGNANI, Daniel. (in A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, n. 80, jul./dez. 2009.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio e SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

- GADAMER, Hans Georg. *Verdad y método – fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 5. ed., Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993.
- LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais – efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. *Interpretação Constitucional*, 3. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*, 26. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2010.
- RÖHL, Klaus F. *Allgemeine Rechtslehre*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1994.
- SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Beatriz Renck

Desembargadora Federal do Trabalho
Especialista em Direito do Trabalho, Processual do Trabalho e Previdenciário

É inegável que a dignidade da pessoa humana, como expressão do direito à vida em todas as suas dimensões, é princípio essencial que fundamenta a ordem jurídica, e, a exemplo de outras Constituições, está expresso no inciso III do artigo 1º de nossa Carta Constitucional, como valor fundamental intimamente ligado ao exercício dos direitos fundamentais ali elencados.

O primeiro documento a consagrar mais incisivamente o princípio foi a Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949: “art.1.1. A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”.¹

A definição legal, todavia, foi precedida de intenso debate filosófico e jurídico a respeito do tema, de modo que a dignidade não é criação constitucional, ainda que a Constituição Federal a tenha elevado à categoria de alicerce de toda a ordem jurídica.²

Na esteira dos ensinamentos de Ingo Sarlet, adota-se posição no sentido de que a Constituição Federal não incluiu a dignidade no rol dos direitos fundamentais, elevando-a, isso sim, à categoria de princípio ou valor fundante da ordem jurídica, traduzindo, aliás, a posição dominante no pensamento jurídico constitucional luso, espanhol e germânico a respeito da matéria, circunstância, que ao contrário de comprometer seu papel de valor fundamental da ordem jurídica, lhe outorga maior força em termos de eficácia e efetividade.³

Se o princípio da dignidade humana e sua correlação direta com os princípios fundamentais é indiscutivelmente o fundamento do direito constitucional contemporâneo⁴, seu conceito e amplitude são frutos de extensa discussão doutrinária

¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 115.

² Idem, *ibidem*.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67 e 71.

⁴ Idem. *Ibidem*, p. 25 e 26.

e de complexa definição, ainda mais na atualidade, porque a dignidade não se resume ao simples direito

à vida propriamente dito, mas ao exercício de todos os atributos que lhe são próprios.

A dignidade diz respeito à própria condição humana, se relaciona diretamente com as manifestações da personalidade⁵ e não se limita a oferecer garantias à integridade física do ser humano, visando, isso sim, a afastar qualquer ação que venha a tratá-lo como objeto, ignorando sua qualidade de sujeito de direitos.⁶

A dignidade da pessoa humana implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa, que se traduz em um feixe de direitos e deveres daí decorrentes, que correspondem à concepção aberta, complexa e heterogênea dos direitos e deveres fundamentais da pessoa humana no Estado contemporâneo. Em verdade, a dignidade da pessoa humana apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade, justamente por se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas.⁷

Em decorrência da valorização da pessoa humana, que não é vista mais apenas como sujeito de uma relação obrigacional, estabeleceu-se uma nova ideologia, onde o contrato deve atender sua função social, justamente como forma de humanizar a sociedade, impedindo que as relações sejam ditadas apenas pelos interesses dos mais fortes ou daqueles com maior poder econômico.

O direito privado se desvinculou da antiga ideia de incomunicabilidade com os princípios constitucionais, como se fosse possível conceber uma ordem constitucional que se dirigisse ao Poder Público, mas não produzisse eficácia entre os particulares.

Coerente com essa nova ideologia, o Código Civil em vigor no País adotou a defesa dos direitos da personalidade, como expressão do princípio da dignidade humana, prevendo modalidades de responsabilidade civil a fim de indenizar eventuais ofensas à dignidade humana.

Como antes se afirmou, a defesa dos direitos e garantias fundamentais surgiu como forma de preservar o indivíduo contra os abusos do Poder Público, ou seja, como meio de salvaguardar o exercício da liberdade individual.

Por isso é que, primeiramente no âmbito público, os direitos da personalidade foram positivados, a começar pela Declaração norte-americana, que refletia a tradição de liberdade de consciência perante o Estado e o acentuado liberalismo do povo inglês, revelado por meio de ações e documentos em que se contêm restrições ao poder da coroa e o reforço ao Parlamento, tais como a Magna Carta (1215) e o *Bill of Rights* (1689). Em seguida veio a Declaração francesa, na qual se defendia o respeito ao

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13 e 14.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 117.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 24.

indivíduo frente ao absolutismo do Estado e assentou-se a ideia de que, no relacionamento em sociedade, deveriam prosperar as ideias de liberdade, igualdade e legalidade.⁸

A evolução social e econômica, contudo, revelou que a simples defesa da liberdade perante o Estado não era suficiente a garantir o bem-estar do indivíduo, assim como demonstrou que não apenas o Estado, mas a própria sociedade, especialmente em razão da desigualdade econômica, era capaz de produzir opressão e injustiça, de modo a violar o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais que daí emanam.

Isso porque, como afirma Juan Maria Bilbao Ubillos, a concepção de que os direitos fundamentais se dirigiam unicamente contra o poder estatal fundava-se na igualdade existente na esfera social. Ocorre que a realidade desmente a existência de uma igualdade jurídica em grande parte dos vínculos estabelecidos entre os sujeitos privados. O direito conhece o exercício da autoridade na esfera privada, enquanto capacidade de condicionar e determinar decisões, fazendo valer a própria vontade. O poder não está apenas concentrado na esfera estatal, mas disseminado na sociedade, causando uma desigualdade que é indissociável das relações humanas.⁹

Passou-se a discutir, então, a questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, nas relações entre os próprios particulares, havendo intenso debate na doutrina a esse respeito, especialmente porque, diferentemente das relações com o Estado, ambos os polos da relação jurídica são detentores de direitos e garantias fundamentais, o que torna de difícil solução o conflito entre os direitos de cada um deles.

O problema reside justamente em definir até que ponto o indivíduo pode recorrer aos direitos fundamentais nas relações com outro particular, que exerceria o papel de obrigado ao cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, ao tempo em que também seria titular dos mesmos direitos. A nota típica dessa configuração é justamente o fato de que ambos os sujeitos são titulares de direitos fundamentais, o que impõe a proteção desses direitos, e, ao mesmo tempo, a necessidade de certos limites recíprocos ao seu exercício, ao passo que esse conflito seria conflito inexistente no que se refere às relações entre particulares e o Poder Público, o qual, em princípio, não é titular de direitos fundamentais.¹⁰

Como ensina Ingo Sarlet, a questão acabou sendo discutida na doutrina e jurisprudência constitucional sob várias denominações, especialmente “eficácia privada”, “eficácia em relação a terceiros” (“*Drittwirkung*” ou eficácia externa) e “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”. As duas últimas expressões e a questão propriamente dita foram inicialmente discutidas na doutrina constitucional alemã, onde o tema

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 19 e 20.

⁹ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 300.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição Concretizada. Construindo Pontes entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107.

obteve o mais acirrado debate, gerando intensa controvérsia, o que acabou atraindo a doutrina europeia em geral.¹¹

De outra parte, e na esteira da lição de Ingo Sartet, adota-se a expressão “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”, por ser mais precisa e fidedigna, na medida em que a expressão eficácia horizontal pressupõe a igualdade de condições entre os sujeitos, o que não ocorre em se tratando da relação entre um particular e um detentor de poder social. E a expressão eficácia quanto a terceiros dá a entender se tratar de um terceiro nível de eficácia, quando está em pauta um segundo nível de relacionamento, em contraposição à clássica situação de relacionamento entre um particular e o Poder Público.¹²

Ainda que cada vez seja menor o número de doutrinadores que não reconhecem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a posição adotada por estes não é idêntica. Parte da doutrina defende a eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais, a partir da qual a força jurídica dos princípios constitucionais se afirmaria através dos princípios de direito privado, enquanto outra corrente defende a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais.

Os defensores da eficácia imediata entendem que os direitos fundamentais prescindem de qualquer transformação para que sejam aplicados nas relações privadas, atuando diretamente como direitos de defesa oponíveis a outros particulares, gerando uma proibição de qualquer limitação ao seu exercício, enquanto os defensores da eficácia mediata ou indireta defendem que os direitos fundamentais não são diretamente oponíveis, precisando da atuação do legislador ou, na ausência destas, dos órgãos judiciais.¹³

Ainda que alguns doutrinadores sustentem que a aplicação ilimitada da teoria da eficácia imediata poderia gerar destruição do direito contratual e do direito da responsabilidade extracontratual,¹⁴ e, concretamente, a aplicação de qualquer uma das teorias pudesse levar ao mesmo resultado prático, a opção por uma ou outra tese revela uma faceta ideológica, já que a decisão pela eficácia direta traduz opção pela efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais, assim como por um “constitucionalismo da igualdade”, enquanto a opção pela eficácia mediata está relacionada a uma concepção do constitucionalismo com inspiração liberal-burguesa.¹⁵

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição Concretizada. Construindo Pontes entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107.

¹² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição Concretizada. Construindo Pontes entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 114.

¹³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição Concretizada. Construindo Pontes entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 122-124, *passim*.

¹⁴ Nesse sentido a posição de CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução de Peter Naumann. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 235.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 147.

De resto, nossa Constituição Federal contém regra expressa no sentido da aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, de sorte que, ao menos no direito pátrio, parece certa a conclusão pela eficácia imediata dos direitos fundamentais, inclusive nas relações entre particulares, à exceção daqueles casos em que o direito tem por destinatário exclusivamente o Poder Público, sem que isso signifique que os direitos são absolutos. Nas relações entre os particulares, considerando eventual conflito entre direitos fundamentais, a solução deve passar por uma ponderação dos valores em discussão.¹⁶

Um dos principais fatores a ser considerado nas questões que envolvem a aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas é o grau de desigualdade fática entre os envolvidos. Isso porque, quanto maior a desigualdade, mais intensa deve ser a tutela do direito fundamental em jogo e menor a proteção da autonomia privada. Em razão disso é que em determinados domínios normativos, como o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, que têm como premissa a desigualdade fática entre as partes, a prevalência dos direitos fundamentais deve ser especialmente forte, enquanto a defesa da autonomia da vontade deve merecer peso bastante inferior.¹⁷

A questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas assume especial relevância no âmbito do direito do trabalho, em virtude do inegável poder social exercido pelo empregador e da evidente desigualdade entre os polos da relação jurídica em questão.

No dizer de Vieira de Andrade, há situações de poder especial exercido por grupos ou indivíduos sobre outros. Trata-se de relações de poder privado semelhantes às relações de direito administrativo, onde não existe igualdade entre os sujeitos e, por isso, justifica-se a proteção do indivíduo que está em posição de vulnerabilidade.¹⁸

Em verdade, como refere Juan Maria Ubillos, a origem e o desenvolvimento mais significativo da teoria do *Drittwirkung* foi justamente no campo das relações de trabalho, o que se explica pela subordinação presente na relação de emprego. O poder diretivo e disciplinar do empregador é uma ameaça potencial aos direitos fundamentais dos trabalhadores, diante do grande envolvimento da pessoa do trabalhador na prestação de trabalho.¹⁹

Em decorrência dessas observações acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas – especialmente na relação de emprego – o que se conclui é

¹⁶ Nesse sentido a posição de SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 379. Direitos Fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição Concretizada. Construindo Pontes entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 261-263, *passim*.

¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. (Texto que corresponde ao Capítulo VII da obra *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2001). In Sarlet, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 284 e 285.

¹⁹ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 302.

que, a despeito de o empregador ser o titular do empreendimento econômico, o poder diretivo só tem lugar com o objetivo de dirigir a prestação de trabalho e está limitado pelos direitos de personalidade dos trabalhadores, o que implica a obrigação legal de manter um ambiente de trabalho seguro e sadio, garantindo aos trabalhadores o pleno exercício de seus direitos de personalidade.

CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – ATRAVÉS DE CONSTRUÇÃO JURÍDICA

*Manuel Cid Jardón**

Juiz do Trabalho da 21ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

Mestrando em Letras

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo apresentar algumas reflexões para demonstrar como devem ser aplicados os princípios constitucionais pelos juízes, pois algumas decisões judiciais interpretam os princípios, quando o correto seria aplicá-los mediante um raciocínio de concretização e não uma simples operação interpretativa.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios Constitucionais; Juízes; Decisões Judiciais; Concretização.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Conceito de Princípio; 1.1 Distinção dos Princípios das Regras; 1.2. Da Aplicação dos Princípios; 2. Da concretização dos Princípios; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Mas em que consiste precisamente aquilo de que sou acusado de ignorar?

O que são princípios jurídicos, e de que modo diferem ou mesmo das regras jurídicas?

Tal como são usados pelos autores jurídicos, os “princípios” incluem frequentemente um vasto conjunto de considerações teóricas e práticas, das quais apenas algumas são relevantes para as questões que Dworkin pretendeu suscitar.

(Herbert Hart, O conceito de Direito).

1. CONCEITO DE PRINCÍPIO

O vocábulo “princípio”, etimologicamente segundo o dicionário de Plácido e Silva (1994:447) deriva da raiz latina “principium”, que significa: início, começo e origem das coisas. Já, os gregos diziam “arque” significa a ponta, a extremidade, a origem.

Essa noção de princípio é explicada por:

Platão (Fedro, 245), nos seguintes termos:

Um princípio é algo de não-engendrado; porque é necessariamente a partir de um princípio que vem a existência tudo que aí vem, enquanto o princípio não provém de nada: se um princípio viesse a existir a partir de alguma coisa, não seria a partir de um princípio que viria a existir aquilo que existe.

* jardon@portoweb.com.br.

Aristóteles Tópicos, L. I, 100 b 18, cf. trad. De Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, a partir da edição inglesa de W.A. Pickard, Cambridge. São Paulo, Abril Cultural, 1983,

são verdadeiras e primeiras aquelas coisas nos quais acreditamos em virtude de nenhuma outra coisa que não seja elas próprias; pois, quanto aos primeiros princípios da ciência, é descabido buscar mais além o porquê e as razões dos mesmos; cada um dos primeiros princípios deve impor a convicção da sua verdade em si mesmo e por si mesmo.

Kant apresenta os princípios como “juízos a priori” (A crítica da Razão Pura A149-B188)

que têm esse nome não apenas porque são o fundamento de outros juízos, mas também porque não se fundam em outros conhecimentos mais gerais e elevados.

O conceito de princípio na literatura jurídica converge, unicamente, na afirmação de que o princípio é uma norma indeterminada. Mas essa definição é incompleta, porque em termos gerais, a indeterminação não seria um predicamento de todas as normas?

Para Ricardo Guastini, o princípio deve apresentar as seguintes características:

a) é uma norma fundamental;

b) tem conteúdo indeterminado em uma ou outra das seguintes formas: possui um antecedente aberto ou é defectível ou, ainda é genérico.

Refere, ainda, que a identificação de uma norma como regra ou princípio é algo discricional. Apresenta como exemplo a interpretação do artigo 3º, § 1º, da Constituição italiana. Tudo vai depender dos juízos de valor dos intérpretes.

Já, para Celso Antônio Bandeira de Melo (1986: 230),

princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...).

Juarez Freitas (2004:56) expõe o seguinte conceito de princípios – denominando-os de princípios fundamentais – como

[...] os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) e aos próprios valores (mais genéricos e indeterminados), sendo linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o interprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas.

1.1 Distinção dos Princípios das Regras

A distinção dos princípios e regras é feita não em razão da estrutura, conteúdo; mas sim, em razão da forma que é feito o raciocínio dos juízes, isto porque os princípios não possuem um campo de aplicação determinado.

Os princípios e as regras, na sua estrutura lógica, são normas heterogêneas, por essa razão, o confronto direto e impossível.

Para Ronald Dworkin (1999: 77-78), quando distingue regras e princípios, ressalta que estes têm uma dimensão que está ausente naquelas, ou seja, a dimensão do peso ou importância. Afirma que, quando incidem dois princípios, devemos levar em conta o peso relativo de cada uma; mas esse peso não é passível de cálculo exato. Já, referente às regras – não é saber qual o seu peso, mas apurar qual delas têm validade.

Em Robert Alexy (1998: 9) ao defender que os princípios constituem comandos otimizadores, entende que tanto as regras como os princípios podem ser concebidos como normas, é o critério mais frequente para distingui-los é o da generalidade, no qual os princípios têm grau de generalidade relativamente alto, enquanto que as regras seriam normas de grau relativamente baixo.

Humberto Ávila (2009:71),

as regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos.

Assim, verifica-se que a tese Humberto Ávila diferencia-se em parte de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, porque na prática, a diferença entre os princípios e as regras estaria no uso argumentativo.

É importante destacar que aplicar regras e princípios exigem operações intelectuais distintas.

Na aplicação das regras é utilizado simplesmente o raciocínio dedutivo; mas para a aplicação os princípios devem ser utilizados a concretização que decorre de uma construção jurídica e não de uma simples operação interpretativa.

1.2. Da aplicação dos princípios

Este tema na prática não está bem resolvido.

Os princípios constitucionais, não podem ser aplicados sem prévia concretização, ou seja, concretizar um princípio significa usá-lo como premissa num raciocínio.

Guastini afirma “para que um princípio possa contribuir à motivação de uma decisão jurisdicional é necessário extrair dele uma regra (não expressa) dotada de um antecedente (relativamente) determinado.” Conclui que os princípios pertencem não à justificação interna das decisões jurisdicionais, mas à sua justificação externa, ou seja, à argumentação que justifica a escolha das premissas – em especial, da premissa normativa, da justificação interna.

2. DA CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Como já foi dito, a aplicação de um princípio se resolve pela concretização. Mas na prática, observa-se que algumas decisões judiciais interpretam os princípios, quando estes deveriam ser aplicados em decorrência de um raciocínio de concretização, sob pena de o livre convencimento acabar gerando a discricionariedade e arbitrariedade.

Por essas razões, Guastini ressalta que “aplicar um princípio não significa usá-lo diretamente para resolver um caso, mas concretizá-lo, isto é, usá-lo para elaborar uma regra não expressa”.

No mesmo sentido merecem serem ressaltadas as ponderações de Rafael Tomaz de Oliveira (2008: 27-28):

Isto porque, detectada a discricionariedade judicial como o principal problema do positivismo jurídico, **os princípios** passaram a ser articulados, dos mais diversos modos, como fatores minorativos do poder discricionário do juiz no momento da decisão. Todavia, o conceito de princípio longe está de uma determinação rigorosa. **Continuamos sem saber ao certo o que são os princípios** e em que medida eles são distintos das regras. (grifei).

Igual pensamento é retratado por Lenio Luiz Streck (2010: 48-49), ao declarar que merecem cuidado especial as decisões que lançam mão especialmente da “razoabilidade” (com ou sem “ponderação de valores”) – isto porque a interpretação não pode depender dessa “loteria” de caráter finalístico. Refere, ainda, este jurista que a maior parte das sentenças e acórdãos acaba utilizando tais argumentos como um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade (para dizer o menos) e o livre cometimento de ativismos.

Por essas razões, reafirma Streck (2010:49) que é preciso ter cuidado com o manejo dos princípios e mormente com esse corriqueiro “sopesamento”. A ponderação criada pelo Robert Alexy não pode ser uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais”.

CONCLUSÃO

Em síntese, vem-se observando que a aplicação dos princípios constitucionais é articulada com base no poder discricionário juiz, em razão desses princípios não possuírem um campo de aplicação determinado; algumas decisões judiciais, apenas, interpretam os princípios, quando estes deveriam ser aplicados em decorrência de uma construção jurídica, ou seja, através do raciocínio de concretização, e não por uma simples operação interpretativa.

Portanto, é preciso ter muito cuidado com a aplicação dos princípios, sob pena incorrer-se no exercício da arbitrariedade e discricionariedade sem controle, a ponto de ficarmos sem entender ao certo o que são os princípios.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. 2. ed. Trad. Manuel Atienza. México: BEFDP, 1998.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986.

- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos em Serio*. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1999.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4. ed. rev e amp. São Paulo: Malheiros, 2004.
- OLIVEIRA, Elton Somensi. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, Organizadores. *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. São Paulo: Editora Manole Ltda, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2008.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. vol. III. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

SOBRE DIGNIDADE, TRABALHADORES MIGRANTES E A OJ 191 DO TST: REFLEXÕES A PARTIR DE UM CASO CONCRETO

Rosâne Marly Silveira Assmann

Juíza Titular da 2ª Vara do Trabalho de Bagé

Especialista em Direito Processual (profissionalizante) e em Direito Processual Civil

SUMÁRIO: Introdução; 1. Dignidade do ser humano; 2. Proteção pelo Direito; 3. Trabalhador migrante interno; 4. A Constituição e a Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI I do TST; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Um caso novo, diferente e especial gerou reflexões sobre a possibilidade, e respectivos fundamentos, de responsabilização do dono da obra quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas pelos empreiteiros e subempreiteiros, em especial à luz do princípio da dignidade presente na Constituição.

1. DIGNIDADE DO SER HUMANO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 1º, como um dos princípios imutáveis da República Federativa do Brasil, a dignidade do ser humano.

A positivação desse princípio em algumas Constituições coroa um longo processo histórico, filosófico e jurídico. O reconhecimento do direito à vida em condições dignas para todos, independentemente de sexo, raça, idade, procedência, religião e condições econômicas, demandou séculos para ser estabelecido e, na prática, ainda não se encontra implementado integralmente.

Ressalta Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 32) que:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (dignitas) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros de uma comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas.

Já no pensamento de Marco Túlio Cícero (106-43 a.C.), filósofo, orador e político romano, consoante referido por José Manuel de Sacadura Rocha (2007, p. 37), a dignidade decorria da condição humana. O autor assim se expressa:

Com os estóicos e com Cícero, inaugura-se no Direito a escola do Jusnaturalismo. Fundamentalmente, a noção do homem juridicamente inserido na área do Direito Natural. Ainda que neste caso o Direito Natural provenha do reconhecimento do homem como elemento da natureza e na medida em que este reconheça a natureza como infinitamente portadora de forças de “direito”, ainda assim, o que prevalece para a jusfilosofia é a diretiva de que os homens têm direitos a serem alcançados e respeitados independentemente do ordenamento jurídico e/ou dos sistemas de Direito construídos. É, claramente, um primeiro passo para a defesa intransigente dos direitos da condição humana a serem defendidos no Renascimento (Hugo Grócio) e mesmo ao longo do século XX (Hannah Arendt).

Com o advento do Cristianismo, a dignidade da pessoa tem como fundamento a condição de filho de Deus, feito à sua imagem e semelhança. Jesus Cristo não estabelecia distinção entre os seres humanos e acolhia também crianças, mulheres e estrangeiros, assinalando que veio para que todos tenham vida, e vida com abundância.

Todavia, o avanço do Cristianismo não foi acompanhado da efetivação prática de seus princípios. Embora autores da Idade Média e Renascimento tenham ampliado a noção do direito à dignidade, como Tomás de Aquino (1225-1274), Hugo Grócio (1583-1645) e Samuel Pufendorf (1632-1694), defendendo a concepção de direitos inatos próprios da condição humana, universais e inalienáveis, tal reconhecimento não foi implementado nas práticas das comunidades de pessoas, aí compreendidas as aldeias, os feudos, as cidades, os países.

José Manuel de Sacadura Rocha (p. 83-4 e 86) assevera que a filosofia de Immanuel Kant (1724-1804) “se baseia na crítica ao contratualismo e ao ceticismo”, buscando o conceito de ética, segundo o qual a dignidade constitui valor não mensurável economicamente e que o homem é um fim em si mesmo, e não um meio ou instrumento. Consoante o autor,

para Kant, as pessoas e o Estado valorizam o Imperativo Hipotético¹ e se esquecem de que a felicidade interior do homem está no resgate da ética. Nesse contexto, o papel da Justiça é fundamental, uma vez que recriaria os meios para ser ético. O ideal da Justiça seria o fornecimento de mecanismos para o resgate da ética e, conseqüentemente, o alcance da felicidade pelos homens (...).

Assim, na concepção jusnaturalista, a dignidade está presente em todos os seres humanos, sendo inerente à sua própria natureza.

No positivismo jurídico, por sua vez, é necessário que o direito esteja previsto em um ordenamento jurídico. Para Hans Kelsen (2006, p.95-6),

O direito só vale como direito positivo, ou seja, como direito regulamentado. Da necessidade de ser regulamentado e da sua decorrente autonomia em relação à moral e de sua validade como sistema e normas provém a positividade do

¹ Imperativo Hipotético seria a busca, pelo homem, de bens materiais, que hipoteticamente trariam a felicidade para os homens, enquanto que o Imperativo Categórico corresponde à ética.

direito; daí a diferença essencial entre o direito positivo e o denominado direito natural, cujas normas são deduzidas, como as da moral, de uma norma fundamental e que, por força de seu conteúdo, são consideradas imediatamente evidentes, em decorrência da vontade divina, da natureza ou da razão pura.

Assim, a evolução histórica concernente ao mundo jurídico considerou relevante assegurar os direitos em normas positivadas, aí também incluída a dignidade humana.

2. PROTEÇÃO PELO DIREITO

Embora a evolução histórica, filosófica e jurídica no sentido de assegurar dignidade a todos, há culturas, contudo, que historicamente não reconhecem a dignidade da mulher, por exemplo. Desse modo, embora a dignidade seja inerente a toda pessoa, independentemente de sexo, raça, idade, procedência, religião ou posição social ou mesmo do reconhecimento pelo Direito, esse mesmo reconhecimento pelo Direito é importante para a proteção, até mesmo contra hábitos culturais arraigados.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, constou que todos os homens são livres e iguais em direitos.

O caráter universal dos direitos humanos, que se fundam na dignidade da pessoa, se contrapõe à possibilidade de acolhimento de culturas que os desrespeitem. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Organizações das Nações Unidas em dezembro de 1948, que, em seu artigo 1º estabelece que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

No Brasil, a Constituição de 1824, vigente em período em que existia a escravidão, estabeleceu no título 8 “Das disposições geraes, e garantias dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brasileiros”, artigo 179, inciso XIII, a igualdade perante a lei para todos os cidadãos, o que certamente excluía os escravos. Portanto, também a dignidade estava vinculada à posição social.

A Constituição Republicana de 1891, em seu artigo 72, parágrafo 2º, estabeleceu a igualdade de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país perante a lei e aboliu privilégios de nascimento, foros de nobreza e ordens honoríficas. No artigo 115 da Constituição de 1934, constou que a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna. No artigo 136 da Constituição de 1937, por sua vez, constou o dever do Estado em proteger o direito de todos de subsistir mediante o seu trabalho honesto.

O direito ao trabalho que possibilite existência digna foi positivado pelo parágrafo único do artigo 145 da Constituição de 1946 (LEDUR, 2009, p. 76). O artigo 157, inciso II, da Constituição de 1967 estabeleceu, como princípio da ordem econômica e social, a valorização do trabalho como condição da dignidade humana. E, culminando, a Constituição de 1988 alçou a dignidade do ser humano a princípio imutável da República Federativa do Brasil.

Ingo Wolfgang Sarlet salienta a “necessidade de proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada (a pessoa) ou até

mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação” (2010, p. 58). O autor destaca (p. 55):

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade, que voltará a ser referida oportunamente.

Embora a dignidade da pessoa independa do reconhecimento pelo Direito e pelos Poderes do Estado Democrático de Direito, têm esses o dever de promovê-la e defendê-la.

Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2002, p. 111) assevera que “Considerar o homem como sujeito de promoção dos Direitos Humanos Fundamentais, entre eles a dignidade da pessoa humana, é considerar o valor absoluto sobre o qual permeia o homem como ser racional e moral, dotado de emotividade e sensibilidade”.

E José Felipe Ledur (2009, p. 93) afirma que “Hipótese de direito prestacional originário que, portanto, envolve prestação não disponível (*nicht vorhandene Leistung*), é a garantia de um mínimo existencial voltado à preservação da dignidade humana”.

Constata-se, portanto, que a humanidade caminha (ainda que lentamente) para o respeito à vida, e vida com dignidade. Isso posto, é necessário que se verifique como pode ser assegurada a dignidade ao trabalhador migrante interno.

3. TRABALHADOR MIGRANTE INTERNO

Na Declaração Universal de Direitos do Homem consta no artigo XXIII o direito de todo o ser humano ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

Desde a Pré-História, quando migrou da África para os demais continentes, o ser humano se movimentou pelo espaço geográfico, tanto por motivos econômicos, quanto por políticos e sociais. As migrações podem ocorrer de um país para outro ou dentro do mesmo país.

Migrações internas são aquelas que, por diversos motivos, se processam no âmbito interno de um Estado. O trabalhador tem direito à livre movimentação em seu país, em busca de trabalho.

As empresas de construção civil contratam mão de obra temporária, a qual se adapta à oscilação da demanda. Tendo em vista essa demanda temporária, seguidamente há notícias de trabalhadores que, tendo buscado trabalho em locais distantes, não têm meios para retornar às suas origens. A dignidade do trabalhador inclui, assim, além do respeito à vida, condições de moradia e alimentação, em especial, quando longe de sua residência.

Hélia Borges e André Martins (2004), no texto “Migração e sofrimento psíquico do trabalhador da construção civil: uma leitura psicanalítica”, investigam o sofrimento do trabalhador que sai de sua região:

Os agravos mais frequentes na população de trabalhadores da construção civil – alcoolismo, doença mental, doença psicossomática, bem como os acidentes de trabalho – podem ser, sem dúvida, tomados como sintomas de seu sofrimento. (...)

O processo migratório é característico da história humana no seu movimento expansivo. Porém, como em geral se dá de um local periférico para outro central, por questões econômicas, já vinculadas e mescladas a uma valorização do centro em detrimento da periferia, tal processo coloca o migrante diante de dois destinos que se entrecruzam: a riqueza do contato com a alteridade – própria e do outro –, para além de identidades fixas, e a exclusão associada ao desejo de inclusão. Nesse cruzamento se encontra a questão do migrante, em seu movimento para romper com a geografia traçada, na busca por novos territórios (...).

Os autores salientam

(...) a importância de se incluir o que podemos chamar a linguagem dos afetos na análise do processo de exploração vivido pelo trabalhador da construção civil, que nos permite compreender de modo mais preciso o quanto esse trabalhador migrante se encontra fragilizado ao se instalar numa obra, tornando-se vulnerável aos mecanismos de exploração.

Assim, o trabalhador que deixa o local em que se encontra fixada sua família já carrega consigo o sofrimento de se afastar dos seus, de se adaptar a novas culturas, da perda de referenciais. Esse sofrimento pode ser exacerbado se não lhe for asseguradas condições de moradia e alimentação dignas por quem o contratou para trabalhar longe de sua residência habitual.

Antes de realizar uma obra de construção civil, são necessários projetos, orçamentos e autorizações legais. Para algumas obras ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, o artigo 225, § 1º, IV, da CF/88 exige estudo prévio de impacto ambiental.

Referindo-se ao meio ambiente do trabalho, José Luciano Leonel de Carvalho (2010), auditor-fiscal do trabalho, sustenta:

De fato, sendo o meio ambiente o conjunto das condições que regem a vida, o meio ambiente do trabalho é aquele que rege a vida do laborista em atividade e engloba a moradia disponibilizada **para** o trabalho. Isto porque, sendo necessário alojar o trabalhador (principalmente o migrante) para que realize suas atividades, a salubridade deste local é relevante até para o contrato de trabalho, conforme NR-31, e, portanto, relevante para o conceito de meio ambiente de trabalho.

Mencionado autor cita entendimento de Raimundo Simão de Melo de que o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) é aplicável, também, ao meio ambiente de trabalho. Afirma que a Constituição não faz qualquer distinção, exigindo em seu artigo 225, § 1º, IV, a realização do EPIA. Argumenta, referindo-se a usinas de produção de álcool:

Quando há instalação de uma Usina, o administrador do empreendimento já tem dimensionado o quantitativo de pessoas que lhe serão necessárias para atender sua demanda de produção. Por consequência, conhecedor da região, sabe se haverá ou não mão-de-obra suficiente (seja em razão do quantitativo e/ou da qualidade da mão-de-obra ofertada no local). Não havendo, é sua obrigação precaver danos ambientais que podem advir da migração. Um desses danos ambientais potenciais é a degradação das moradias dos trabalhadores, em decorrência da falta de infra-estrutura da cidade para suportar o movimento migratório. Assim, considerando que é necessário alojar estes trabalhadores, é seu dever constitucional criar condições para receber os laboristas migrantes que venha a contratar.

Como visto, o sofrimento do trabalhador é objeto de estudos médicos. O agravamento pela ausência de condições dignas de alimentação e de moradia também é objeto de estudos e de fiscalização pelos órgãos competentes. À Justiça do Trabalho incumbe, por sua vez, e quando provocada, a definição de quem é responsável pelos meios voltados a assegurar moradia e alimentação ao trabalhador em casos de inadimplemento pelo contratante direto.

4. A CONSTITUIÇÃO E A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 191 DA SDI I DO TST

A Constituição, em seu artigo 6º, assegura, como direitos sociais, a educação, a saúde, **a alimentação**, o trabalho, **a moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (sem grifo no original).

Dos princípios de valores existentes em uma Constituição, inferem-se as diretivas que um povo estabelece para a concretização da sociedade que deseja.

Salienta Arnaldo Süssekind (2008, p. 47):

O artigo 1º da Constituição de 1988, ao enunciar os fundamentos da República Federativa do Brasil, referiu, como princípios imutáveis:

III- a dignidade do ser humano;

IV- os valores sociais do trabalho.

Destarte, os instrumentos normativos que incidem sobre as relações de trabalho devem visar, sempre que pertinente, à prevalência dos valores sociais do trabalho. E dignidade do trabalhador, como ser humano, deve ter profunda ressonância na interpretação e aplicação das normas legais e das condições contratuais de trabalho.

Diante da impossibilidade de previsão de todos os conflitos e de acompanhamento das alterações sociais pelo legislador, a lei autoriza o juiz a se valer de diversas fontes jurídicas para a resolução do caso concreto, das quais a Constituição é a fonte primeira.

Nos termos do artigo 126 do Código de Processo Civil, o juiz não se exime de sentenciar ou de despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Segundo expressa dicção do artigo 8º da CLT, na falta de disposições legais e contratuais, a Justiça do Trabalho utilizará a jurisprudência, a analogia, a equidade e outros princípios e normas gerais de direito, usos e costumes e direito comparado.

O texto normativo infraconstitucional em apreço exige leitura em harmonia com a Constituição, especialmente com os direitos fundamentais do trabalhador.

O neoconstitucionalismo, segundo Ana Paula Tauceda Branco (2010, 74-03-362), tem por fundamento a interpretação das normas jurídicas sob a lente dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, de modo a dar vida ao projeto jurídico-político-estatal almejado pela sociedade a partir da promulgação da Constituição de 1988.

A interpretação das normas legais e o preenchimento das lacunas, portanto, devem ter como norte a proteção e o respeito à pessoa do trabalhador.

Nesse sentido, Rafael da Silva Marques (2007, p. 147) destaca:

A valorização do ser humano, portador do direito fundamental à igualdade e à liberdade, portador da dignidade, deve ser o objetivo principal do intérprete da Constituição. Concretizar esta mesma Constituição, tendo por norte os princípios fundamentais, trazendo, portanto, à baila uma nova hermenêutica constitucional é que deve ser o caminho a ser seguido. Dispensar velhas interpretações liberais que visem apenas à proteção do mercado e do velho capital, em detrimento do ser humano devem ser eliminadas e descartadas, para, efetivamente, chegar-se a um Estado Democrático de Direito.

No caso de obras, o empreiteiro principal, nos termos do artigo 455 da CLT, é responsável quanto ao pagamento de parcelas devidas relativas ao contrato de trabalho. Quando contrata trabalhadores de outros locais, entende-se que também é responsável pela manutenção dos trabalhadores durante o contrato de trabalho e, no caso de despedida, até que esses recebam as verbas resilitórias e possam retornar aos seus locais de origem.

Contudo, quanto ao dono da obra, na Orientação Jurisprudencial nº 191 da Seção de Dissídios Individuais do TST consta:

DONO DA OBRA – RESPONSABILIDADE – Inserida em 08.11.2000.
Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

Tem-se que fere a dignidade do trabalhador deixá-lo à mercê de favores de terceiros quando aqueles que se beneficiaram e logo usufruirão o resultado de seu trabalho se omitem alegando lacuna na lei. Deixar o trabalhador, afastado de sua família, sem um teto para abrigar-se e sem alimentação, é inconstitucional e, acima de tudo, desumano.

Comunga-se do entendimento antes referido de José Luciano Leonel de Carvalho, e considera-se que o empreendedor, por ser o grande beneficiário da obra, também é

responsável pelo ambiente em que insere o trabalhador e, no caso de trabalhador migrante, inclui a alimentação e moradia durante o contrato de trabalho e até que possa retornar. Ao realizar estudos para a implantação de um empreendimento ou de uma obra de grande porte, o agente econômico deve incluir a previsão de moradia e de alimentação aos trabalhadores que virão de outras regiões. Se assim não o fizer e deixar tal encargo aos empreiteiros e subempreiteiros, deverá ser responsabilizado em caso de inadimplemento por esses.

Embora não se cogite de fraude na relação entre o empreiteiro e o dono da obra, contrato de natureza eminentemente civil, tal não exime o dono da obra da culpa *in eligendo* ou *in vigilando* quanto à idoneidade do empreiteiro e do subempreiteiro, porquanto a obra lhe trará benefícios econômicos.

Tendo em vista situação específica, em que a empregadora despediu os empregados sem o adimplemento de valores e em que havia número expressivo de trabalhadores oriundos de diversas regiões do país, nos autos do Processo nº 0000387-22.2010.5.04.0812, em ação movida pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e do Mobiliário de Bagé, em 28.05.2010, foi proferida decisão em que estendidos os efeitos da antecipação de tutela também à dona da obra:

O Sindicato-autor postula a complementação da decisão das fls. 163-4 para que seja estendida também em relação às segunda e terceira rés quanto ao fornecimento de alimentação e moradia. Argumenta que a primeira ré já desmobilizou o canteiro de obras. Assevera que há responsabilidade solidária das rés em decorrência do disposto no artigo 455 da CLT. Requer, ainda, a estipulação de multa diária pelo descumprimento.

Recebo a petição das fls. 169-70 como aditamento à petição inicial.

Efetivamente, a segunda ré, por ser a empreiteira principal, responde solidariamente, nos termos do artigo 455 da CLT. No tocante à terceira ré, cuida-se da dona da obra. Todavia, não é uma obra qualquer. Constitui um empreendimento grandioso, conforme pude verificar em visita ao local, que, depois de pronto, ensejará lucro de valor expressivo, por muito tempo.

Assim, considerando que a alimentação e a moradia são direitos constitucionalmente previstos, conforme os artigos 6º e 7º da Carta Magna de 1988, considerando o valor social do trabalho, adotado como Princípio Fundamental pelo artigo 1º da CF/88 e considerando, por analogia porque a situação assim exige e autoriza, as disposições do artigo 16 da Lei 6.019/74, a terceira ré, por ter se beneficiado dos serviços de trabalhadores de diversos locais do país, que se encontram sem perceber valores e sem poder retornar ao local de origem, tem a obrigação legal e moral de também assegurar a esses a alimentação e a moradia até a percepção das verbas rescisórias. Igualmente, tem a obrigação de, não o fazendo as demais rés, adimplir as verbas rescisórias e depois deduzir dos créditos ainda devidos às devedoras solidárias (primeira e segunda rés).

Nesse quadro, em complemento à decisão anterior, determino às segunda e terceira rés, em não o fazendo a primeira ré, que mantenham a concessão da moradia e alimentação aos trabalhadores despedidos até o pagamento das verbas rescisórias.

Em caso de descumprimento, estabeleço pena pecuniária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia.

Intimem-se as rés, com urgência, inclusive do aditamento à inicial.

Em 28.05.2010.

Essa decisão responsabilizou as rés, inclusive a dona da obra, pela manutenção da alimentação e da moradia nas mesmas condições em que fornecidas durante o contrato de trabalho. Posteriormente, foi efetuado acordo em que restou excluída a dona da obra.

Ampliando a responsabilidade do dono da obra por todas as parcelas, em artigo relativo à execução no Processo do Trabalho, Marcos Neves Fava (2010, p. 74-05/519-28) invoca a função social da propriedade, bem como o dever de respeito ao valor social do trabalho e à preservação da dignidade do homem como fundamentos constitucionais que serviriam de base para a rejeição da acusação de omissão legislativa na responsabilização do dono da obra. Assevera que a responsabilidade do dono da obra já tem guarida normativa no seio do direito previdenciário, nos termos do inciso VI do artigo 30 da Lei 8.213/91, que estabelece a responsabilidade solidária pelo cumprimento das obrigações para com a Previdência Social.

Igualmente, Maurício Godinho Delgado (2010, p. 459-64) argumenta que a responsabilização do dono da obra decorre da importância e efeitos a assunção do risco empresarial; a assimilação justalinhista do conceito civilista de abuso de direito e das repercussões do critério de hierarquia normativa. Salienta que, em face da responsabilidade pelo risco empresarial, há de despontar a responsabilidade do dono da obra pelos atos trabalhistas cometidos pelo empregador (responsabilidade por ato de terceiro) no período em que colocou força de trabalho em prol da empresa dona da obra. No tocante ao abuso do direito de contratar, afirma que esse se configuraria pela frustração absoluta de pagamento do trabalhador se não acatada a responsabilização do dono da obra. Além desses dois princípios, ressalta a prevalência hierárquica do valor-trabalho e direitos laborais na ordem jurídica do país.

Mencionado autor ressalva apenas a ausência e responsabilização quando os contratos são efetuados de modo comprovadamente eventual e esporádico e, preferivelmente, como instrumento de mero valor de uso.

Efetivamente, como visto, a dignidade do ser humano e o valor social do trabalho são princípios imutáveis da República Federativa do Brasil e o preenchimento da lacuna quanto à responsabilidade do dono da obra é realizado mediante a conjugação dos princípios constitucionais com as normas positivadas que podem ser aplicadas por analogia. E tal responsabilização pode ocorrer tanto em relação às condições de alimentação e de moradia ao trabalhador migrante quanto às demais parcelas salariais e indenizatórias decorrentes do contrato de trabalho. Havendo benefício econômico, a responsabilização se impõe sob pena de o trabalhador não ter a contraprestação pelo trabalho desenvolvido em prol do empreendimento econômico. Sinala-se que o dono de obra com fins econômicos normalmente tem condições de verificar a idoneidade do empreiteiro e, se não faz, incorre em culpa *in eligendo*.

Já quanto ao dono de obra residencial, inviável a responsabilização porquanto não se destina a conferir lucro e porque, desconhecendo o mercado, não dispõe de meios para avaliar a idoneidade do empreiteiro.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, infere-se que, com exceção do dono de obra residencial, é perfeitamente possível responsabilizar o empreendedor, o denominado “dono da obra”, quando a obra for empreendimento com fins lucrativos ou quando for obra necessária à prestação de serviços que os entes públicos devam fornecer. Essa interpretação é coerente com a necessária preservação da dignidade do trabalhador, mormente quanto às condições de vida do trabalhador migrante, as quais destacamos no presente texto.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de Alvarenga. A Tutela dos Direitos de Personalidade no Direito do Trabalho Brasileiro. In *Revista Trabalhista Direito e Processo*, Ano I, v. I, nº 1 (jan./mar.2002), Brasília: ANAMATRA; Rio de Janeiro: Forense.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. O Ativismo Judiciário Negativo investigado em Súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho. In *Revista LTr*, vol. 74, n. 03, mar 2010.

BRASIL, CONSTITUIÇÕES. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm> Acesso em 01 jul. 2010.

BORGES, Hélia e MARTINS, André. *Migração e Sofrimento Psíquico do Trabalhador da Construção Civil: uma leitura psicanalítica*. *Physis*, Jun. 2004, vol.14, nº1, p.129-146. ISSN 0103-7331 Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312004000100008&script=sci_abstract&lng=pt> Acesso em 19 jul. 2010.

CARVALHO, José Luciano Leonel de. *A Auditoria-Fiscal do Trabalho no Combate ao Trabalho Escravo Moderno no Setor Sucroalcooleiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, nº 2493, 29 abr. 2010. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14741>>. Acesso em 19 jul. 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

FAVA, Marcos Neves. *Execução – Ampliação do Rol de Responsáveis pelos Créditos Trabalhistas*. In *Revista LTr*. São Paulo, ano 74, maio 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito – Introdução à problemática científica do Direito*. Tradução de J. Cretella e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2006. Versão condensada pelo próprio autor.

LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais – Efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MARQUES, Rafael da Silva. *Valor Social do Trabalho na Ordem Econômica, na Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Fundamentos de Filosofia do Direito: da antiguidade a nossos dias*. São Paulo: Atlas, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Ver. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Os Direitos Constitucionais Trabalhistas. In *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

A SUBCONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES NO SETOR PÚBLICO

Rafael da Silva Marques

Juiz do Trabalho Substituto

Mestre em Direito e Doutorando em Direito do Trabalho

SUMÁRIO: Introdução; 1. A terceirização no serviço público; 2. Da normatividade – Uma visão crítica; 3. As reclamações 6.970 e 8.233; Conclusão; Fontes de Pesquisa.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo não é tratar da administração pública. É, isto sim, analisar a questão da subcontratação dentro da administração pública. Para tanto serão analisados além de dispositivos constitucionais e legais, a posição da doutrina e da jurisprudência a respeito, sem esquecer os termos da súmula 331, II e IV, do Tribunal Superior do Trabalho¹.

Este tema é polêmico. Em princípio, a terceirização pela administração pública, no Brasil, deve ser voltada ao planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, recorrendo, nestes casos, à execução indireta, repassada à iniciativa privada mediante contrato administrativo.

Mas será mesmo que a ordem jurídica brasileira autoriza a subcontratação por parte do poder público? Será que não há discriminação entre trabalhadores e servidores? Pode o poder público, encarregado de zelar pelo cidadão, “criar” cidadãos de “segunda classe”?

Estes serão os temas debatidos, de forma sucinta, neste ensaio.

1. A TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

O artigo 10, cabeça, do Decreto-Lei 200/67 preceitua que “a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”, além do parágrafo sétimo do mesmo artigo, onde consta que “para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração

¹ II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - (...). IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução". É ele quem autoriza a terceirização por parte da administração pública.

Ambos dispositivos, reforçados pelo artigo 3º, parágrafo único, da Lei 5.645/70, este revogado, dão a noção do que é e quais são os limites à subcontratação de trabalhadores junto ao setor público.²

Os mais apressados poderiam até pensar que os ditos dispositivos de lei, por analogia, aplicar-se-iam à iniciativa privada.

É, contudo, enganosa esta conclusão. É que este artigo 10 do Decreto-Lei 200/67, fala apenas da descentralização administrativa. Prevê, portanto, a exceção, contratação por interposta pessoa, o que exige, por regra de hermenêutica, interpretação restrita. A norma cria uma exceção à regra geral, e que deve ser aplicada apenas nos seus estritos limites.

Note-se que o fato de a analogia ser defendida para os casos de equiparação salarial entre os empregados da tomadora e os terceirizados se justifica por ser interpretação protetiva³. Registre-se que a exposição de motivos da CLT, itens 19 e 21⁴, concretiza o caráter protetivo da norma celetista, o que permite esta interpretação.

De outro lado, a interpretação extensiva à atividade privada geral desta norma que autoriza a terceirização no serviço público encontra impedimento no que consta do artigo 7º, cabeça e I, da CF/88. Nesse artigo está estampado que "*são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social: I – relação de emprego (...)*", entendendo-se, utilizando-se de interpretação mais benéfica, a relação de emprego direta para com o tomador, sem intermediação de terceiros.

² Art. 3º, par. único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, parágrafo 7º, do Decreto-Lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

³ OJ-SD11-383 TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974 (DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010). A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

⁴ 19. Assim, sem fazer injúria ao bom senso geral, exemplificarei, entretanto: o contrato individual do trabalho pressupõe a regulamentação legal de tutela do empregado, não lhe podendo ser adversa; a organização sindical pressupõe igualmente a condição de emprego ou o exercício de profissão e a constituição da empresa; o contrato coletivo de trabalho seria, por sua vez, inviável sem a prévia formação sindical das classes.

21. Para melhor compreensão, dividiu a Comissão o Título II do anteprojeto em dois Títulos, visando a tornar ainda mais intuitivo o esquema da Consolidação: ocupando-se essas duas divisões, respectivamente, "Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho" e "Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho", que constituem exatamente os princípios institucionais e básicos da proteção do trabalho.

Retornando à terceirização junto ao setor público, é interessante que se faça referência ao fato de que, mesmo existindo dispositivo na lei de licitações⁵, que exonere o ente público de qualquer parcela trabalhista não-paga pelo prestador, não deve ele ser aplicado por inconstitucionalidade. É que o disposto no artigo 37, parágrafo sexto, da CF/88⁶, impõe a responsabilidade à administração pelos danos causados por seus agentes a terceiros, norma esta em parte repetida pelo inciso IV da Súmula 331 do TST e Súmula 11 do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região⁷.

Como visto, em princípio, é possível a terceirização de certas atividades pelo poder público, transferidas à iniciativa privada mediante contrato licitatório, ficando, contudo, a respectiva esfera da administração responsável de forma subsidiária por eventuais parcelas não-pagas, consoante decisões reiteradas dos tribunais laborais.

O tema da licitude da terceirização junto à administração pública, contudo, é polêmico. É por isso que, a partir de agora, faz-se referência à doutrina que discute o tema, especialmente Sérgio Pinto Martins e Jorge Luiz Souto Maior.

Sobre a terceirização na administração pública, Sérgio Pinto Martins assevera que é lícita esta forma de contratação, por interposta pessoa, tendo o erário como tomador dos serviços, de acordo com os preceitos legais existentes. Ele assevera que a terceirização junto à administração poderia gerar a corrupção, principalmente por não exigir o concurso público. Ele faz o contraponto e acrescenta que há concorrência pública para a contratação dos serviços. E conclui que o Estado se beneficia desta forma de prestação de serviços, pois que destina parte de sua atividade não-essencial a empresas mais competentes e com um custo menor, diminuindo o déficit estatal.⁸

O autor acrescenta que o Estado já terceiriza a coleta de lixo, transporte público, por sistema de concessão ou permissão, além de mediar o consumo de água, gás, energia elétrica, isso na distribuição das contas e assistência técnica ao consumidor junto às referidas áreas. Para ele, “*verifica-se até mesmo a terceirização da frota de veículos da Administração Pública. Pode-se contratar um sistema de rádio-taxi, uma central para alugar veículo. Em certos casos, isso já foi feito, dada a manutenção dispendiosa dos veículos públicos*”.⁹

⁵ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

⁶ Art. 37. (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁷ “RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEI 8666/93. A norma do art. 71, par. 01, da Lei 8.666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária das entidades da administração pública, direta e indireta, tomadoras dos serviços. Resolução Administrativa nº 007/99. Publicado no DJE de 11/05/99”.

⁸ PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 141.

⁹ PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, cit., p. 141/142.

Pinto Martins faz referência à legislação já referida neste estudo, mas acrescenta que o artigo 18 da Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000, admite a terceirização no serviço público, isso porque menciona que os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra, isso quando se referem à substituição de servidores e empregados públicos, contabilizar-se-ão, para fins de despesas, como “*outras despesas de pessoal*”, o que confirma que a lei admite a subcontratação objeto desta investigação.¹⁰

Assim, conclui Pinto Martins, “*não há dúvida de que a terceirização de serviços pode ser feita na Administração Pública. Entretanto, não se pode fazer terceirização de mão-de-obra na Administração Pública, pois favorece o nepotismo e as nomeações políticas, ferindo a exigência do concurso público*”, ou seja, apenas terceirização de serviços e não de mão de obra.¹¹

Há, contudo, quem entenda não ser possível a terceirização no serviço público. Jorge Souto Maior aduz que a terceirização nada tem a ver com as exigências do serviço público, salvo se se entender que o Estado deve produzir riqueza a partir da exploração do trabalho alheio, sendo este “alheio” os próprios membros da sociedade que o Estado se propõe a organizar e proteger. Note-se - adiciona o autor -, que o modelo toyotista, de onde surge a terceirização, é uma técnica que visa a potencializar a exploração da mão de obra, prática esta que não faz parte daquelas atinentes aos deveres do Estado.¹²

Para Souto Maior, a eficiência administrativa não pode ser incrementada com a redução e precarização de direitos dos trabalhadores. Isso porque em assim agindo, o Estado passa a excluir estas pessoas desta mesma sociedade, colocando-as na condição de *subcidadania*. Registre-se que a terceirização por si, reduz e precariza direitos, pois que as empresas prestadoras oferecem serviços, por licitação de melhor preço às custas da redução dos ganhos dos trabalhadores, acabando, muitas vezes por descumprir com suas obrigações, deixando os trabalhadores a mercê de um processo judicial no qual o poder público se utiliza da mais variada gama de recursos para evitar o pagamento do que deve e mais, do que deveria ter feito de forma correta, contratação de pessoal por concurso público.¹³

Ainda, a terceirização no setor público exige, também, se analise a questão da moralidade administrativa. Ela traz o interesse eleitoral. Há a possibilidade de contratação de pessoas sem o concurso público, em troca de votos em eleições. Garante o voto a determinado candidato quando dos pleitos eleitorais, o que, evidentemente, fere o princípio da moralidade administrativa constante do artigo 37, cabeça, da Constituição brasileira de 1988.¹⁴

Souto Maior crê que a terceirização no setor público tem o mesmo caráter que no setor privado, de uma certa represália por parte dos empregadores frente

¹⁰ PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, cit., p. 143.

¹¹ PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, *ibidem*.

¹² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional”, Em *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, n° 273, setembro de 2006, p. 14/15.

¹³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...)”, cit., p. 15.

¹⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...)”, cit., p. 18.

aos trabalhadores e suas postulações. É por isso que acaba sendo conveniente à administração pública terceirizar ao invés de nomear servidores concursados, pois se algum deles causa “problemas”, basta simples telefonema à empresa prestadora que o “problema” está resolvido. Para o autor, “*dizer que a terceirização não causa nenhum dano ao trabalhador e sobre tudo aos servidores públicos, enquanto classe de trabalhadores, é desconhecer a realidade ou não querer enxergá-la, por desinteresse ou comprometimento*”.¹⁵

O passo seguinte é fazer uma análise da questão da terceirização no serviço público sob o aspecto normativo e legal. O autor utilizado será Jorge Souto Maior, com contraponto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho.

2. DA NORMATIVIDADE – UMA VISÃO CRÍTICA

Inicia-se este capítulo com a transcrição, em texto, do que consta no artigo 37, cabeça e incisos I e II, da Constituição brasileira de 1988¹⁶. Estes dispositivos tratam dos princípios da administração pública, cargos, empregos e funções públicas, bem como da forma de investidura no cargo ou emprego público, que depende de concurso público de provas ou de provas e títulos.

Dos dispositivos supra se pode concluir que a execução das tarefas por parte do poder público devem ser precedidas de concurso público por parte dos servidores¹⁷. É por isso que a contratação de trabalhadores ou empresas por meio de licitação fere o dispositivo constitucional do concurso público constante do artigo 37, II, da Constituição Federal de 1988.¹⁸

Souto Maior já rebate, de antemão, a crítica de que o inciso XXI, do artigo 37, da Constituição brasileira de 1988¹⁹ autorizaria a terceirização no momento em que preceitua que, por licitação, poder-se-á contratar obras, *serviços*, compras e alienações. Para o autor, este dispositivo não pode ser lido de forma isolada, senão em consonância com o que dispõem os incisos I e II do mesmo artigo, não se podendo admitir contradição entre eles. O fato de o ente público poder contratar

¹⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...), *ibidem*.”

¹⁶ 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: I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...).

¹⁷ Faz-se a referência que a exigência do concurso público dá-se em razão do princípio da igualdade e da moralidade administrativa. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 11. ed., 2007, p. 263.

¹⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...), *cti.*, p. 19.

¹⁹ Art. 37. I - (...); XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

trabalhadores por meio de interposta pessoa traria a ineficácia dos incisos a pouco mencionados, isso porque ficaria sob a conveniência do administrador a escolha entre abrir o concurso ou contratar uma empresa para tanto.²⁰

A posição do juslaborista paulista não é unânime.

Aloísio Zimmer Júnior assevera que dentre os “serviços” estão aqueles nominados comuns, atinentes à informática, assistência hospitalar, atividades auxiliares como de ascensorista, copeiro, jardineiro, filmagem, fotografia, tradução, entre outros, de onde se pode concluir ser permitida a terceirização por parte do poder público destas funções.²¹

Já Odete Medauar, diz que a doutrina faz a divisão entre *serviços comuns*, aqueles em que para a execução não é exigida qualquer habilitação específica, como por exemplo limpeza; técnico-profissionais, onde se exige habilitação específica, que é o caso da manutenção de elevadores por exemplo; e *técnico-profissionais especializados*, executados por profissionais de notória especialização, consoante, neste último caso, artigo 13 da Lei 8.666/93^{22, 23}.

Ao que parece os argumentos de Souto Maior são mais sólidos. Isso porque a forma de contratação de pessoal dá-se por concurso público de provas ou de provas e títulos. De outro lado, em havendo trabalho permanente, será empregador aquela empresa ou tomador beneficiado destes serviços, o que impediria a terceirização. As contratações por licitação, portanto, possíveis de se enquadrarem como serviços, seriam aquelas que não fazem parte da dinâmica do poder público, dinâmica esta que não se confunde com atividade-meio ou atividade-fim.

De outro lado, o artigo 6º, II, da Lei 8.666/93 que define o que é serviço, preceitua que serviço é “*toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais*”, de onde se pode concluir não ser possível a contratação de mão-de-obra por parte do poder público por interposta pessoa, já que nenhuma das hipóteses diz respeito a tarefas a *serem realizadas de forma permanente*, senão eventuais ou temporárias, mesmo em se tratando do conceito de conservação ou manutenção, já que os demais itens elencados, todos, *dizem respeito a atividades não-permanentes*.

A leitura do que preceitua a norma do artigo 37, XXI, da Constituição brasileira de 1988 e artigo 6º, II, da Lei 8.666/93 deve ser realizada sem se perder de vista o que

²⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...), cit., p. 19.

²¹ ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Curso de Direito Administrativo*, Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2007, p. 378.

²² Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I. estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II. pareceres, perícias e avaliações em geral; III. assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV. fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V. patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI. treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII. restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

²³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, cit., p. 210.

preceitua o artigo 37, II, da CF/88, de onde se conclui que, para fins de trabalho permanente, apenas é possível a contratação por concurso público.

Ainda, permitir-se a contratação de pessoal por licitação feriria os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade. É que se poderia criar uma espécie de “curral eleitoral” onde os prefeitos e outros administradores, em troca de votos em eleições, acabariam por contratar empresas de prestação de serviços, exigindo a admissão deste ou daquele empregado, por parte da tomadora dos serviços, ferindo os princípios da moralidade administrativa e impessoalidade quando da contratação de pessoal.

Ainda, Souto Maior agrega que não se pode entender que sob a lógica do inciso XXI do artigo 37 da CF/88 se poderia contratar ou implementar atividade permanente da administração. Se assim fosse, qual seria o limite, pergunta-se ele. O que fazem os juízes senão a prestação de serviço público ao jurisdicionado? Ele conclui que mesmo que o Decreto-Lei 200/67, em seu artigo 10, autorize a execução de tarefas executivas, não pode fazê-lo sem a observância dos preceitos constitucionais (concurso público) e nem versar sobre aquilo que diz respeito à dinâmica permanente da administração.²⁴

O autor paulista vai mais além. Faz referência expressa aos artigos 6º, II e 8º da Lei 8.666/93²⁵, e aduz que estes dois dispositivos preceituam, em conjunto, que a contratação dos serviços deve ocorrer de forma temporária, isso porque, quanto ao artigo 8º, a norma preceitua expressamente a possibilidade de prorrogação e prazos para execução.²⁶

Souto Maior, na parte final de seu estudo, faz um alerta. Para ele a defesa teórica da possibilidade de terceirização junto à administração pública tem permitido apenas a contratação de empregados de menor “status” social, com enriquecimento das empresas prestadoras, ou melhor de seus proprietários. Não há benefício ao poder público, salvo a falsa impressão de redução de custos, que se obtém com a diminuição do custo da mão-de-obra²⁷, repassando o lucro pela intermediação de mão-de-obra apenas à empresa prestadora e seus sócios.

Registre-se que mesmo se invocando o que preceitua o parágrafo primeiro do artigo 18 da Lei Complementar 101/2000, ainda assim a terceirização seria inconstitucional. Este artigo não pode ferir o que dispõe o artigo 37, II, da CF/88, que exige o concurso público, e nem permitir se disponibilize, por terceiros, pessoal permanente junto à administração.

Tanto é verdade que Sérgio Pinto Martins, preocupado com a questão do concurso público e do nepotismo, acaba criando uma diferenciação em terceirização de serviços e terceirização de mão-de-obra, a fim de sustentar que, no caso daquela,

²⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...), cit., p. 20.

²⁵ “Art. 8º. A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução”.

²⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...), cit., p. 22.

²⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...), cit., p. 24.

há permissivo legal para a adoção da subcontratação por parte da administração, o que não ocorre no último caso.²⁸

Note-se que Pinto Martins equivocava-se em fazer esta distinção, pois que a *terceirização de serviços* nada mais é do que o *fornecimento de mão-de-obra permanente à administração*, como por exemplo pessoal de vigilância e limpeza, entre outros. Apenas destaca-se que as contratações para prestação de determinadas tarefas como manutenção de prédios, informática, cursos de aperfeiçoamento, estas não permanentes são possíveis, consoante já versado supra, sendo elas as reais atividades nominadas como *serviços*.

Contudo, decisões do Supremo Tribunal Federal agasalham a possibilidade de terceirização no serviço público, inclusive enfrentando a questão da inconstitucionalidade, rejeitando-a quando se trata de responsabilidade subsidiária.²⁹

Por fim, há que se dizer que mesmo que os tribunais entendam possível a subcontratação junto ao serviço público, esta prática deve ser, mesmo que aos poucos, erradicada. E cabe aos sindicatos de servidores e aos juristas exigir que o Estado se abstenha de efetuar contratação por interposta pessoa, respeitando preceitos básicos da Constituição Federal e direitos fundamentais do cidadão trabalhador.

3. AS RECLAMAÇÕES 6.970 E 8.233

Em recente processo de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal³⁰, foi debatida a questão da inconstitucionalidade do inciso IV da Súmula 331 do TST. O tema da reclamação foi a infringência, por parte deste inciso da Súmula 331 do TST, da cláusula de reserva de plenário prevista do artigo 97 da Constituição brasileira de 1988. Esta decisão será, a partir de agora, analisada.

Preceitua o artigo 97 da Constituição brasileira de 1988 que “*Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*”, ou seja, sempre que um tribunal, quer regional, de estado ou mesmo superior for declarar inconstitucional uma lei ou ato normativo do poder público, deverá fazê-lo por voto da maioria absoluta dos seus membros. A este procedimento nomina-se “*reserva de plenário*”.

Sobre este tema, o Supremo Tribunal Federal, editou a Súmula Vinculante número 10. Nesta súmula consta que “*viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*”.

Foi justamente com base no que consta desta Súmula Vinculante número 10 que o Ministro Ricardo Lewandowski, na reclamação 6.970, concedeu liminar, suspendendo decisão do Tribunal Superior do Trabalho que determinou a condenação do poder público a pagar, de forma subsidiária, parcela trabalhista empregado em caso de

²⁸ PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, cit., p. 143.

²⁹ AI 673024 AgR/PA - PARÁ AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski - Julgamento: 16.09.2008 - Órgão Julgador: Primeira Turma.

³⁰ Reclamação 6.970.

terceirização, consoante inciso IV da Súmula 331 do TST, que tem por fundamento a inconstitucionalidade do artigo 71, parágrafo primeiro, da Lei 8.666/73, por força do artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição brasileira de 1988. Ele concluiu que o TST não deliberou por maioria a adoção da súmula quanto à inconstitucionalidade, e suspendeu a decisão do tribunal laboral.³¹

Contudo, quando da apreciação do mérito, o Ministro reconsiderou sua decisão, julgando improcedente a reclamação, isso porque a edição do inciso IV da Súmula 331 do TST foi debatida e decidida pelo voto unânime dos ministros deste tribunal.³²

Daí se poderia concluir que, embora não haja decidido o Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou não do artigo 71, parágrafo primeiro, da Lei 8.666/93, decidiu que é constitucional e não ferem a cláusula de reserva de plenário os termos do inciso IV da Súmula 331 do TST.

Ocorre que este tema foi objeto de debates fervorosos na doutrina e jurisprudência brasileiras. Tanto é verdade que em decisão mais recente o Ministro Marco Aurélio Melo, do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática, entendeu de forma contrária ao Ministro Lewandowski e julgou procedente a reclamação para dispensar o poder público do pagamento das parcelas trabalhistas, fruto de condenação subsidiária, por violar, o item IV da Súmula 331 do TST, a cláusula de reserva de plenário, consoante Súmula Vinculante 10 do STF.³³

CONCLUSÃO

Os argumentos contra a terceirização no serviço público são vários. O que interessa é saber se o poder público vai prosseguir contratando trabalhadores em serviço permanente desta forma, criando trabalhadores de “segunda classe” dentro de seu espaço físico, justificando sua atitude em uma ilusória eficiência e economia de recursos.

O certo é que enquanto os administradores públicos não forem responsabilizados por esta flagrante discriminação, falsamente autorizada pelo ordenamento jurídico, a sociedade continuará, através de seus representantes e dos seus agentes de poder, chancelando a criação de cidadãos de “segunda classe”.

É tendo por base os direitos fundamentais e o valor social do trabalho, ambos como elementos-kerne do Estado e da democracia brasileiras, é que se poderá atingir um nível de interpretação razoável quanto à terceirização, ao ponto de evitar sua propagação e, aos poucos, reduzi-la. Note-se que o valor social do trabalho é fundamento da República, artigo 1º, IV, da CF/88 e fundamento da ordem econômica e social, artigos 170, cabeça e 193 da CF/88.

FONTES DE PESQUISA

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 11. ed., 2007.

PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

³¹ Rcl 6.970. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, em 13 de novembro de 2008.

³² Rcl 6.970. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, em 23 de abril de 2009.

³³ Rcl 8.233. Relator Ministro Marco Aurélio Melo, em 27 de abril de 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional, Em *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, nº 273, setembro de 2006.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Curso de Direito Administrativo*, Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2007.

www.stf.jus.br.

www.tst.jus.br.

www.trt4.jus.br.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A POSSIBILIDADE DE PENHORA DE SALÁRIOS

Julieta Pinheiro Neta

Juíza do Trabalho Substituta
Especialista em Direito Processual Civil

SUMÁRIO: Introdução; 1. A eficácia dos direitos fundamentais em face de particulares; 2. Princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade; 3. Execução trabalhista e a penhora da remuneração do devedor; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Transcorridos vinte e dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda permanece salutar realçar os fundamentos da República Federativa do Brasil, Estado Democrático de Direito, expressamente citados em seu artigo 1º: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Dentre os fundamentos elencados, o princípio da dignidade humana ocupa lugar de destaque, porquanto constitui um elemento de identificação dos direitos fundamentais, conferindo-lhes, nesse aspecto unidade, conforme exposto pelo doutrinador português Vieira de Andrade¹.

No presente artigo, sob o prisma do princípio da dignidade humana, pretende-se abordar a questão da colisão entre os direitos fundamentais expressos nos artigos 7º, X e 100, §1º, ambos da Constituição Federal, quando determinada a penhora de salários dos devedores em execuções de créditos trabalhistas.

1. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DE PARTICULARES

A teoria dos direitos fundamentais inicialmente foi baseada a partir dos direitos extraídos da Revolução Francesa: à liberdade, à igualdade e à fraternidade. Ou seja, em sua essência, em defesa do indivíduo frente ao Estado Absolutista e ao abuso de poder emanado, num caráter francamente liberal. Com o avanço histórico, passando-se ao Estado Democrático de Direito, acompanhando o entendimento do doutrinador

¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 83 e ss. No entanto, indica-se a ressalva do destacado doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet quanto à irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana a todos os direitos fundamentais, com a menção aos direitos mencionados nos incs. XVIII, XXI, XXV, XXVIII, XXIX, XXXI e XXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, dentre outros, na obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 110.

Ingo Sarlet², entende-se necessário o acréscimo de dois outros conceitos à doutrina dos direitos fundamentais, quais sejam, à vida e à dignidade da pessoa humana.

Para o estudo ora desenvolvido, ganham importância os direitos fundamentais emergentes da relação de emprego, conforme rol exemplificativo exposto no artigo 7º da Constituição Federal³. Sob esse ângulo de análise, não mais se trata de direito à proteção contra a ingerência abusiva do Estado na vida do cidadão, e sim, direito à prestação a ser exigida do particular, isto é, o empregador.

O conceituado doutrinador alemão Alexy⁴ explana que as normas de direitos fundamentais possuem efeito irradiador sobre o sistema jurídico, e por isso não são apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo perante o Estado, mas uma ordem objetiva de valores, que também obriga os particulares. Nesse contexto, lado a lado figuram particulares, e por isso, os efeitos das citadas normas seria horizontal, ao contrário do estabelecido entre o cidadão/Estado, vertical.

Sobre o tema, o doutrinador espanhol Bengoechea⁵, a ideia de vigência horizontal dos direitos fundamentais advém da possibilidade de ocorrência de lesão não só pelo Estado, mas também, pelos particulares investidos de poder social ou econômico. Em se tratando de contrato de emprego, tem-se, portanto, o empregado, pessoa física, e o empregador, pessoa física ou jurídica, o qual assume os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviços, nos termos do artigo 2º da CLT.

Todavia, quando se lida com particulares nos lados opostos da relação jurídica, sendo ambos detentores de direitos fundamentais, passível a ocorrência de colisão. Para solução do problema, defende-se a utilização do princípio da proibição de excesso ou da proporcionalidade, o qual será abordado no próximo tópico.

2. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO OU DA PROPORCIONALIDADE

Questionamento presente no trato constitucional trata da possibilidade de colisão de direitos fundamentais⁶. Nesse breve estudo, a situação colocada delinea dois sujeitos oponentes e portadores de direitos fundamentais, ambos previstos na norma constitucional. Haveria, então, possibilidade de limitar o exercício por algum dos titulares? E se a resposta for positiva, sacrifício de um direito à custa do outro seria tolerável pelo ordenamento jurídico?

² Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 64.

³ Não é objeto desse artigo a discussão sobre a classificação dos direitos advindos da relação de emprego como fundamentais. Pelo contrário, entende-se superada a questão, tendo em vista que o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 consagra a garantia dos direitos individuais e sociais, e classifica a República Federativa do Brasil como Estado Democrático e Social de Direito.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 524.

⁵ BENGOCHEA, Juan A. Sagardoy. *Los Derchos fundamentales y el contrato de trabajo*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2005, p. 31.

⁶ Segundo Ledur (LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 63), “ocorrem colisões quando vários direitos fundamentais ou bens fundamentais objeto de proteção se confrontam ou que no mínimo dois titulares se encontrem em oposição. E que, no caso de concorrência, são tomados em consideração vários direitos fundamentais protegidos pertencentes ao mesmo titular”.

Para dirimir as indagações, sugere-se a aplicação do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido lato, sob a ótica do doutrinador português NOVAIS⁷. O estudioso subdivide o princípio da proporcionalidade em sentido lato ou da proibição do excesso⁸ em três subprincípios: a) da idoneidade, também denominado da adequação; b) da necessidade ou da indispensabilidade; e, c) proporcionalidade em sentido estrito.

Antes de adentrar na singularização dos subprincípios, necessário alertar que os dois primeiros, da idoneidade e da necessidade, possuem natureza **objetiva**, enquanto o terceiro, o da proporcionalidade em sentido estrito, envolve apreciação **subjativa** do magistrado.

O princípio da idoneidade ou da aptidão contém a premissa de que a medida adotada deve ser útil à consecução do fim ou que permita a aproximação do resultado pretendido, ainda que de forma parcelada. A noção de utilidade da ordem deve ser avaliada no momento da decisão. Se esta perdurar no tempo e se revelar inapta, tem-se inconstitucionalidade, devendo ser anulada, com efeitos *ex tunc*.

Por seu turno, o princípio da indispensabilidade demanda que a medida seja necessária e exigível. Metaforicamente, na fórmula consagrada por Fritz Fleiner, citado por Novais⁹, “não se deve utilizar um canhão para atingir pardais”. Ou seja, exige do intérprete a seguinte ponderação, regra geral: “se, para atingir um dado fim, ao meio A é de preferir o meio B que, sendo embora mais restritivo que aquele, tem um maior grau de eficácia na realização do fim, ou, ainda, se se deve optar pelo meio C, menos agressivo que A, mas, também, menos eficaz que este”¹⁰. De qualquer forma, a escolha deve ser do meio idôneo disponível, apto a alcançar o fim visado, com efeitos ao mesmo tempo menos restritivos.

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito traz a incumbência ao julgador de questionar a adequação, a proporção, entre dois termos ou entre duas grandezas variáveis e comparáveis.

Entre a importância do fim e a gravidade do sacrifício, está a escolha ponderada do intérprete, desde que não desproporcionada ao benefício esperado. Para trilhar o caminho, duas fases devem ser superadas. A primeira, com a determinação de qual dos bens em conflito, no caso concreto, apresenta maior peso, e, por conseguinte, qual deles deve ceder. A segunda, com a verificação da validade constitucional da

⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. Vale lembrar a preferência do autor pelo uso da expressão “proibição do excesso” pela sua maior abrangência, com a ínsita limitação da ingerência do Estado na liberdade individual. Contudo, não numa ótica liberal pura, mas sob a influência do Estado garantidor dos direitos fundamentais para promoção da dignidade da pessoa humana.

⁸ O princípio da proporcionalidade é expresso na Constituição da República Portuguesa, após a revisão constitucional de 1989, nos artigos 19 e 266, que tratam, respectivamente, dos requisitos para preenchimento da declaração e execução dos regimes de estado de sítio e estado de emergência e dos princípios que regem a atuação da Administração. Os Estados que não inseriram expressamente o citado princípio na Constituição, como a Alemanha, a jurisprudência utiliza como fundamento à aplicação do instrumento o princípio do Estado de Direito e a essência dos direitos fundamentais.

⁹ Cf. Jorge Reis Novais, p. 171.

¹⁰ Cf. Jorge Reis Novais, p. 173.

medida restritiva, isto é, “se a relação entre o prejuízo da liberdade e o benefício ou fim visado com a restrição é adequada ou, pelo menos, não inadequada”¹¹.

Com essas breves reflexões, passa-se à análise de um aspecto processual trabalhista, qual seja, a penhora do salário sócio devedor, para pagamento de crédito oriundo do contrato de trabalho.

3. EXECUÇÃO TRABALHISTA E A PENHORA DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR

Na fase de execução de créditos trabalhistas oriundos de decisão transitadas em julgado, com inoportuna frequência, não são encontrados bens do devedor para solver a dívida.

Visando garantir a eficácia de decisão, cuidando-se de executada pessoa jurídica, comumente é utilizado o instituto da despersonalização, tratado no artigo 50 do Código Civil e aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho. Em decorrência, os sócios que figuravam no quadro social da devedora durante a vigência do contrato de trabalho, que originou os direitos postulados pelo trabalhador e não respeitados pelo empregador, são incluídos no pólo passivo do processo.

Todavia, realizadas diligências com o fito de encontrar bens dos devedores, não raro as buscas redundam infrutíferas. Por outro lado, há casos em que são obtidas informações de que, não obstante a ausência de patrimônio passível de comercialização dos devedores, esses detêm valores em contas bancárias, com natureza salarial. Ou seja, o devedor, antes empregador ou sócio de pessoa jurídica que admitiu, assalariou e dirigiu os serviços prestados pelo empregado, agora revela-se também um trabalhador.

Em regra, a defesa oposta pelos executados pauta-se no artigo 7º, X, da Constituição Federal e na literalidade do artigo 649, IV, do Código de Processo Civil, sendo que o último indica como absolutamente impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios.

Apesar da redação do artigo do 649 do CPC, a sua aplicação indistinta à execução trabalhista deve ser evitada, conforme explicar-se-á nos parágrafos seguintes.

Na seara trabalhista, os créditos a serem satisfeitos na fase de execução, detêm caráter alimentar, sendo em sua ampla maioria, verbas salariais inadimplidas durante o pacto laboral.

Por outro lado, tem-se a penhora de remuneração do devedor, o qual, considerado o contexto social, também é um trabalhador, dependente de um das parcelas elencadas no artigo 649, IV, do CPC, para garantir sua subsistência.

São confrontadas, então, as verbas salariais inadimplidas e devidas ao credor (ex-empregado) e os valores remuneratórios percebidos pelo devedor pessoa física. Em síntese, os dois sujeitos são dependentes das referentes parcelas e titulares de direitos fundamentais.

¹¹ Cf. Jorge Reis Novais, p. 180-1.

Contudo, é importante lembrar a ressalva feita pelo próprio artigo 649 do CPC, em seu § 2º, de que não deve ser aplicado o inciso IV do *caput* quando se trata de penhora de prestação alimentícia. O ordenamento jurídico preserva o alimentando frente ao devedor, possibilitando a penhora da sua remuneração para sobrevivência daquele.

De outra margem, não há dúvida quanto à natureza alimentar dos créditos trabalhistas oriundos de sentença transitada em julgado, consoante expresso no artigo 100, §1º-A, da Constituição Federal.

Colocadas tais premissas, propõe-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme exposto no tópico anterior desse artigo, com a penhora de percentual da remuneração do devedor, que garanta, de forma parcelada, o pagamento da dívida, até sua integral satisfação, e, concomitantemente, preserve a sua subsistência¹².

Os patamares sugeridos variariam conforme o valor do montante salarial, sendo os aplicados nas lides de pensão alimentícias, considerados bons parâmetros, com variações entre 10 e 30%.

Inegável que a decisão é idônea, porquanto a medida restritiva, penhora de percentual mensal da remuneração, é apta para satisfação da dívida, ainda que diferida no tempo, na fase executória. Ademais, revela-se útil, ainda que para completa satisfação do débito, haja delonga temporal, preservando-se a dignidade das partes envolvidas.

De outra margem, a constrição somente foi realizada por revelar-se o único meio remanescente para pagamento do crédito alimentar do exequente, vez que esgotadas as possibilidades de penhora do patrimônio do devedor.

Por fim, frente às duas grandezas de igual valor, com natureza alimentar, sacrifica-se percentual da remuneração do devedor, sem oferecer alta gravidade, e, garante-se a satisfação do crédito do trabalhador, ante a sua premência.

CONCLUSÃO

O artigo 649, IV, do Código de Processo Civil não deve ser aplicado indistintamente ao processo do trabalho, sendo possível a penhora de remuneração do executado pessoa física, quando esgotadas outras formas de satisfação do débito.

Não há ofensa ao ordenamento jurídico, vez que o § 2º do citado artigo no parágrafo anterior, ressalva a aplicação do *caput* na hipótese de dívida de pensão alimentícia, a qual detém a mesma natureza alimentar do crédito trabalhista, expressa artigo 100, §1º-A, da Constituição Federal.

Para que o direito fundamental do devedor à percepção da sua remuneração não seja obliterado, é sugerida a aplicação do princípio da proporcionalidade.

¹² Cf. José Felipe Ledur, doutrinador e Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, para definição do mínimo existencial necessário à subsistência digna deve ser utilizado como parâmetro o montante excluído do imposto de renda pessoa física. Assim, os valores excedentes a ele excedentes, poderiam ser penhorados para garantir o pagamento de créditos trabalhistas, observado o princípio da proporcionalidade. Como ilustração do pensamento, indica-se o acórdão prolatado no Processo 0171000-81.2005.5.04.0802, em que o citado figurou como Redator, extraído do sítio do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (www.trt4.jus.br), em 08.11.2010.

Assim, a penhora deve ser feita sobre percentual da renda auferida pelo devedor, que garanta, de forma parcelada, o pagamento da dívida exigido no processo trabalhista, até sua integral satisfação, e, concomitantemente, preserve a sua subsistência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 524.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- BENGOECHEA, Juan A. Sagardoy. *Los Derechos Fundamentales y el Contrato de Trabajo*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2005, p. 31.
- LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 63.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 110.

PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – DIREITO COLETIVO E PLANO DE SAÚDE

*Gustavo Jaques**
Juiz do Trabalho Substituto
Mestre em Direito
Professor Universitário

SUMÁRIO: Introdução; 1. Algumas linhas a respeito da proibição de retrocesso social; 2. Proibição de retrocesso social nas relações de trabalho – plano de saúde previsto em norma coletiva; 3. Ponderações Finais; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Embora não positivada no sistema jurídico brasileiro de forma expressa, a proibição de retrocesso social vem sendo estudada como critério interpretativo ou princípio aplicável aos ramos do direito, especialmente quando envolvem direitos fundamentais e, mais ainda, sociais. Nesse contexto, dentro dos limites desta abordagem, cabível a análise da proibição de retrocesso social nas relações de trabalho e, especificamente, no direito coletivo¹.

1. ALGUMAS LINHAS A RESPEITO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

O princípio² da proibição ou vedação de retrocesso social vem cada vez mais sendo estudado pelos constitucionalistas, ante a importância para a efetivação dos direitos fundamentais e o progresso social. A proibição de retrocesso social *pode estar* relacionada ao direito adquirido, quando se pretende estabelecer uma medida que vise a atingir situações jurídicas consolidadas. “Pode estar”, destacamos, porque também

* gjaques@trt4.jus.br

¹ Entendemos que é fundamental evoluir no estudo da proibição de retrocesso social. Por isso, adequada a ponderação de José Felipe Ledur: “Haverá possibilidade jurídico-constitucional que autorize o retrocesso social a patamares inferiores àqueles uma vez alcançados em nível de fornecimento de prestações sociais? Talvez porque no Brasil o referido nível nunca alcançou patamar razoável, dificultando a diferenciação entre o ruim e o péssimo, o tema chama pouca atenção” (LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais – efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 100).

² Adotamos a natureza principiológica da proibição de retrocesso social. Para aprofundamento dos argumentos, ver o artigo de Felipe Derbli (*A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro*, p. 343-382, In: PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio e SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 361-362), calcado na conceituação proposta por Humberto Ávila.

é possível medida que não afete direito adquirido, mas implique retrocesso social, conforme acentua Ingo Sarlet: “De fato, na esteira do que tem sido reconhecido na seara do direito constitucional alienígena e, de modo particular, em face do que tem sido experimentado no âmbito da prática normativa (muito embora não exclusivamente nesta esfera), cada vez mais se constata a existência de medidas inequivocamente retrocessivas que não chegam a ter caráter propriamente retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas já consolidadas no patrimônio de seu titular, ou que, de modo geral, não atingem situações anteriores. Assim, por paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos”³.

No plano internacional, inferimos o compromisso com tal princípio do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) - Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 25.09.1992⁴. Também, no direito comparado, a respeito da importante contribuição da jurisprudência portuguesa, Ingo Sarlet⁵ apresenta sinopse do *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, que já há algum tempo (Acórdão nº 39, de 1984), declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde (art. 64 da CRP), ainda mais levando em conta que este deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde (art. 64/2 da CRP). Acrescenta o referido jurista que tal posição, em linhas gerais, restou reafirmada pelo mesmo Tribunal Constitucional ao reconhecer, recentemente, a inconstitucionalidade da exclusão – por meio de lei – das pessoas com idade entre 18 e 25 anos (mesmo com ressalva dos direitos adquiridos) do benefício do rendimento mínimo garantido, que contemplava esta faixa etária.

No sistema jurídico brasileiro, além de outros dispositivos existentes, podemos deduzir o princípio da proibição de retrocesso social do objetivo fundamental de **desenvolvimento** constante do preâmbulo e do art. 3º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A ideia de desenvolvimento implica concretização aos direitos sociais. Destacando que a juridicidade das normas sobre direitos sociais resultou de uma importante vitória para experiência constitucional brasileira, e criticando eventual ideia de retrocesso, o constitucionalista Barroso⁶ dialoga com Canotilho:

³ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 443-444.

⁴ Dispõe o referido artigo que os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir **progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas** econômicas, **sociais** e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (grifo nosso)

⁵ Ob. cit., p. 449.

⁶ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho et al. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32, grifo nosso. Barroso refere-se ao Prefácio da obra de Canotilho, o qual respondeu a indagação: “[...] Respondendo mais concretamente à sua pergunta: de modo nenhum eu quero expulsar as dimensões sociais da Constituição. Curiosamente, há quinze dias, fui falar sobre as bases constitucionais do direito do trabalho, num curso de pós-graduação e mestrado, e verifiquei que o que consideramos

“a única observação pontual que gostaria de fazer refere-se a uma passagem do seu *Prefácio*, em que o senhor critica a transposição do conceito de aplicabilidade direta e imediata para os direitos sociais. Eu então gostaria de entender se a sua posição é a de que as normas referentes a direitos sociais não deveriam estar lá, ou se é a de que os direitos sociais deveriam ser tratados como sendo juridicamente inferiores às outras posições jurídicas asseguradas pela Constituição, idéia com a qual – confesso – eu não estaria de acordo. **Acho que foi uma vitória importante na experiência constitucional brasileira assegurar juridicidade a essas normas, e, ainda quando haja algum exagero, eu certamente consideraria um retrocesso nós abandonarmos essa idéia**”.

Há que se considerar os direitos fundamentais **sociais** na Constituição. Dessa forma, os direitos fundamentais não devem ser apreendidos separada ou localizadamente, como se estivessem, todos, encartados no art. 5º da Constituição Federal. Resta forçoso vê-los disseminados pelo ordenamento, reclamando uma crescente vitalização, notadamente tendo em vista os direitos de segunda, terceira gerações, peremptoriamente vedados os retrocessos⁷. Na linha de proteção dos direitos sociais, podemos interpretar o inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal sob o prisma da evolução da prestação estatal. Com o ideário da Revolução Francesa, espalhou-se pelas legislações dos diversos países do mundo o contexto de garantia do individualismo, bastando assegurar aos indivíduos as liberdades públicas, isto é, abstenções do Estado enquanto direitos chamados de primeira dimensão. No entanto, o Constitucionalismo moderno não mais admite a abstenção estatal, mas, ao contrário, exige uma prestação estatal positiva, no sentido de garantir a previsão e implementação de direitos sociais, entendidos na segunda dimensão.

No âmbito da prestação estatal, em relação aos direitos fundamentais sociais, Alexy⁸ enfatiza que “los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrarse en el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primeiramente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto”.

A Constituição brasileira de 1988, sob o epíteto “Estado Democrático de Direito”, assegurou os direitos sociais (art. 6º). Pode ser considerada uma evolução constitucional a introdução do texto com os direitos e garantias fundamentais, dentre

programático está agora nos Tratados da União Européia. Vários aspectos da Constituição portuguesa aparecem hoje ‘copiados’ nas políticas da União Européia. Isto significa que valem alguma coisa, dizem alguma coisa aos cidadãos. Devem ter uma dimensão jurídica, cabendo ao jurista transferi-la para a prática judicial e política.” (*Ibid.*, p. 36).

⁷ FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. *Revista TCMG*, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, p. 15-46, abr./jun. 2000, p. 38.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 482. Ainda, importante a contribuição do autor, dirigindo-se ao legislador: “[...] Un legislador que cumple principios iusfundamentales más allá del ámbito de lo definitivamente debido, cumple normas de derecho fundamental, aun cuando para ello no esté obligado definitivamente y, por ello, no pueda ser obligado por un Tribunal Constitucional.” (*Ibid.*, p. 501).

os quais se incluem os direitos sociais. Sob a ótica da linguagem, o teor não se modifica conforme a posição topográfica do texto. Contudo, há que ser destacada a disposição constitucional de mencionar, em primeiro plano, os direitos fundamentais. Partindo dessa premissa, a análise do texto constitucional está permeada de uma visão extensiva dos direitos sociais. Logo, a noção de proibição do retrocesso não pode ser fragmentada, pois está compreendida no atual estágio constitucional evolutivo. A quebra desse sistema de desenvolvimento atenuaria a consolidação do fortalecimento das instituições. Sem instituições resistentes e estáveis, há flagrante afronta ao Estado Democrático de Direito, apregoado como pedra angular na nossa Constituição.

Nesse contexto, Sarlet⁹ sintetiza os fundamentos para a proibição de retrocesso, apregoando que ela assume (como parece ter sido suficientemente fundamentado) feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.

A proibição de retrocesso social pode ser analisada sob a dimensão objetiva e subjetiva. Pela dimensão subjetiva os direitos sociais constituem direito de defesa contra medidas restritivas do Estado. Pela dimensão objetiva a previsão de direitos sociais busca exercer pressão sobre os poderes estatais para implementação do desenvolvimento de políticas públicas na melhoria das condições de vida da sociedade. A ausência de intervenção no avanço do Estado Social produz efeitos em toda sociedade e, logo, nos demais direitos fundamentais, no plano concreto.¹⁰ Por isso, quanto à conduta comissiva do legislador, Felipe Derbli¹¹ enfatiza que *retrocesso social* (ou retorno da concretização, para utilizar a expressão de Jorge Miranda) e *omissão inconstitucional* são conceitos correlatos, na medida em que significam que uma determinada norma constitucional está concretizada por lei alguém do seu desiderato.

⁹ SARLET, 2007, p. 459. Para um detalhamento dos fundamentos, conferir p. 455-457.

¹⁰ “Para além disso, convém que fique registrado que - além da crise dos direitos fundamentais não se restringir aos direitos sociais - a crise dos direitos sociais, por sua vez, atua como elemento de impulso e agravamento da crise dos demais direitos. Assim, apenas para ficarmos com alguns exemplos, constata-se que a diminuição da capacidade prestacional do Estado e a omissão das forças sociais dominantes, além de colocarem em cheque a já tão discutível efetividade dos direitos sociais, comprometem inequivocamente os direitos à vida, liberdade e igualdade (ao menos, no sentido de liberdade e igualdade real), assim como os direitos à integridade física, propriedade, intimidade, apenas para citar os exemplos mais evidentes. Basta, neste contexto, observar que o aumento dos índices de exclusão social, somado à crescente marginalização, tem gerado um aumento assustador da criminalidade e violência nas relações sociais em geral, acarretando, por sua vez, um número cada vez maior de agressões ao patrimônio, vida, integridade corporal, intimidade, dentre outros bens jurídicos fundamentais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, 2001. p. 8. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 set. 2007).

¹¹ DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro, p. 343-382, In: PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio e SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 367.

Pondera o autor, no entanto, que retrocesso social difere de omissão inconstitucional, porque, conforme o caso, o legislador retroagiu em nível de proteção ou não criou norma que assegurasse a concretização da previsão constitucional.

No âmbito das prestações estatais, a título exemplificativo, parece-nos importante questionar: o sistema de seguridade social é eficiente? Infelizmente, a resposta é negativa. Será que a relativização pelo Supremo Tribunal Federal de direitos adquiridos (por exemplo, não contribuição de inativos) resolveu o problema ou apenas transmitiu mais insegurança jurídica ao sistema brasileiro? As atuais crises social e econômica demonstram que o emprego e a criminalidade caminham, quantitativamente, em sentido opostos, com predominância de crescimento da última. A efetivação do direito à saúde é apenas uma miragem.

No plano jurisprudencial, merece destaque a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social no julgamento da constitucionalidade do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998¹². A discussão envolvia a limitação do valor do salário-maternidade¹³. No caso concreto, diante da flagrante constatação de retrocesso

¹² Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

¹³ A ementa da ADI 1946/DF ficou assim redigida (Min. Sydney Sanches, J. 03.04.2003): DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05.10.1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada “na forma desta Constituição”, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: ‘licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias’. 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. (...). 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição,

social, com a limitação do salário-maternidade, o guardião da Constituição Federal conferiu uma interpretação conforme o diploma constitucional, considerada a evolução histórica de proteção dos direitos sociais, na linha do desenvolvimento preconizado como objetivo fundamental da República (art. 3º, II).

O princípio da proibição de retrocesso social também tem conexão com a noção de segurança das relações jurídicas, pelo princípio correlato da confiança, merecendo respeito pelos representantes do próprio povo. A segurança jurídica está implícita no sistema constitucional, partindo do Estado Democrático de Direito, além do *caput* e vários incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988. No plano infraconstitucional, consta expressamente previsto no art. 2º da Lei 9.784/99, dirigido à Administração Pública.

Em contrapartida à ideia de vedação de retrocesso, há os doutrinadores que defendem o progresso social. Afirmam que o direito está em constante mutação, motivo pelo qual não se pode engessar o ordenamento jurídico. *Não se pode absolutizar as cláusulas pétreas*.¹⁴ Mesmo que se admita tal possibilidade, a relativização do princípio da proibição de retrocesso social deve ser harmonizada com outros princípios do sistema jurídico. Há que se manter um núcleo essencial inarredável. Sarlet¹⁵, a partir dos argumentos de Vieira de Andrade e Andréas Krell, defende a relativização: “Bastaria esta linha argumentativa para reconhecer (ainda que no Brasil não se possa acolher a tese de um regime jurídico diferenciado e reforçado dos direitos de defesa) que não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra geral de cunho absoluto, já que não apenas a redução da atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição se revela insustentável, mas também pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste.” Se pensada sob uma visão prospectiva (para o futuro), aceitamos com menos reservas a relativização da proibição de retrocesso social, já que atenua a insegurança jurídica. Todavia, a ideia de implementação dos direitos sociais deve preponderar.

Assim, além das políticas públicas não atenderem a contento a sociedade, pretender a diminuição dos direitos sociais implicaria grave retrocesso social. O argumento da impossibilidade material, sob o prisma de regra sócio-jurídico, não nos convence, porquanto os inúmeros desvios de dinheiro público, principalmente pelo tormentoso instrumento das licitações públicas, demonstram a total afronta ao princípio da moralidade e a existência de outros meios para solução do problema, que não o retrocesso social. Propomos um questionamento para reflexão: seria mais eficiente retroceder em direitos sociais ou terminar com as terceirizações no serviço público (e, logo, com a maioria das licitações)? A resposta à pergunta dependerá dos interesses em jogo. Primeiro, a terceirização dos serviços públicos é questionável se

excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime. Registro que os principais fundamentos e votos constaram da apreciação da Cautelar, julgada em 29.04.1999.

¹⁴ Expressão do Ministro Joaquim Barbosa, no voto proferido no julgamento da ADI 3105.

¹⁵ *Ob. Cit.*, 2007, p. 459.

considerarmos a obrigatoriedade do concurso público. Segundo, na quase totalidade dos casos de terceirização os entes públicos não detêm qualquer documentação comprobatória dos pagamentos efetuados pela prestadora de serviços aos seus empregados, resultando tal fato na condenação subsidiária da Administração, conforme entendimento sumulado do E. Tribunal Superior do Trabalho (Súmula 331, IV).

Entretanto, ressaltamos a possibilidade de eventual retrocesso em direitos sociais na análise pontual e comprovada da insuficiência de recursos em face do excesso de demanda, quando aquela não decorra de má administração.

Os dois princípios, o da vedação de retrocesso e do progresso social, merecem ponderação. Não podemos de antemão afirmar qual preponderará, porquanto dependerá dos elementos em debate. O que podemos antecipar é a necessidade de preservação das cláusulas pétreas (por exemplo, os direitos fundamentais sociais) e a dignidade da pessoa humana, sob pena de fragmentação do sistema como um todo. Cláusulas pétreas não significam conservadorismo exagerado, mas garantia de um regime jurídico submetido a valores essenciais para estabilidade de um país. A maturidade de um ordenamento jurídico decorre de bases sólidas e confiáveis aos que se sujeitam à aplicação das leis. O argumento de que cada geração deve se autogovernar não atende à necessidade de crescimento de um país desenvolvido e estável. As gerações mantêm relações e responsabilidades recíprocas. Se a cada governo fosse permitido alterar as premissas elementares do sistema jurídico brasileiro, sem dúvida, haveria insegurança jurídica para os cidadãos, além de flagrante afronta aos direitos já conquistados, pois cada governo seria o Poder Constituinte.¹⁶ A aplicação retroativa, desatendendo as características normativas de generalidade e abstração, poderia, inclusive, ter destinatários predeterminados.¹⁷

¹⁶ A título de exemplo, destaco a observação de Ramos (2003, p. 248) a respeito da facilidade de aprovação da reforma econômica em 1995: “A chamada reforma econômica da Constituição de 1988 compreendeu cinco Emendas Constitucionais, de nºs 5 a 9, todas promulgadas no ano de 1995. O objetivo dessa reforma, aprovada sem grande dificuldade no Congresso Nacional, foi o de tornar acessíveis determinados empreendimentos econômicos à iniciativa privada e ao capital estrangeiro.” Logo, pela indispensável necessidade de segurança jurídica conjugada com a notória instabilidade governamental, não concordamos com a afirmação de Daniel Sarmento (Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e a reforma da previdência. *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, n. 6, p. 3-36, 2006, p. 8, grifo do autor): “Para perseguir nosso objetivo, tentaremos, inicialmente, mostrar como o princípio democrático, que postula o direito de cada geração de se autogovernar, é incompatível com uma interpretação muito extensiva das chamadas ‘cláusulas pétreas’.” Aliás, o próprio autor demonstra a necessidade de respeito às cláusulas pétreas com o seguinte exemplo: “A Constituição de Weimar não continha cláusulas pétreas explícitas, e o partido nazista, que ascendera ao poder e obtivera no Parlamento alemão o *quorum* necessário, conseguiu aprovar em 1933 o chamado ‘Ato de Habilitação’, valendo-se do procedimento formal previsto no texto constitucional. O Ato de Habilitação conferira ao Gabinete, comandado por Hitler, a faculdade de editar normas que podiam alterar até mesmo a Constituição. Com base nesta (sic) poder, Hitler, dentre outras medidas, cassou a cidadania dos judeus, abrindo caminho para o Holocausto, sem a revogação formal da Constituição de Weimar.” (Ibid., p. 14, nota de rodapé 25).

¹⁷ Assim, necessário o estabelecimento de limites, conforme pondera Elival da Silva Ramos (*A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50-51): “[...] Em seu efeito retroativo, os destinatários da norma se encontram em um *círculo fechado* do qual eles não podem mais sair e no qual ninguém mais pode entrar. A norma não é mais subordinada à realização de uma hipótese, mas se apresenta como uma ordem em estado puro. Em outros termos, ela não é mais hipotética, mas categórica. Por se afastar a norma retroativa da abstração, que, habitualmente, acompanha toda e

O publicista lusitano Canotilho¹⁸, ao abordar o princípio da proibição de retrocesso social, defende que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.

Na linha do núcleo essencial, o centro de gravidade dos direitos fundamentais está positivado na dignidade da pessoa humana, conforme Sarlet¹⁹, ao afirmar que importa consignar – o que certamente nos deixa em situação um pouco mais ‘confortável’ – que o constitucionalismo pátrio não chegou a constituir exceção, em se tomando como parâmetro a evolução constitucional no plano do direito comparado. A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é, como habitualmente lembrado, relativamente recente, ainda mais se considerando as origens remotas a que pode ser reconduzida a noção de dignidade. Apenas ao longo do século XX e, ressalvada uma ou outra exceção, tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana deverá servir como referência para o mínimo existencial²⁰ para eventual admissão de relativização do princípio de retrocesso social. Para melhor compreensão, Sarlet formula uma proposta de conceituação (jurídica) da dignidade da pessoa humana²¹, como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Examinada a definição de dignidade, eventual debate a respeito da aceitação de qualquer retrocesso social em matéria de direitos fundamentais sociais deve passar

qualquer norma legal, vê-se reforçado o seu caráter anormal ou extraordinário, sob o ângulo da Teoria Geral do Direito, o que milita a favor do estabelecimento de limites ao fenômeno em termos de direito positivo, em homenagem, especialmente, ao valor segurança jurídica.”

¹⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 321.

¹⁹ *Ob. Cit.* 2004, p. 62.

²⁰ Nos limites do presente estudo, destacamos que o direito à saúde, sem dúvida, integra o mínimo existencial.

²¹ *Ibid.*, p. 59-60. Relevante a ponderação do autor nas Considerações Finais: “A despeito da proposta conceitual formulada, reconhecemos a dificuldade (que acreditamos não seja exclusivamente nossa) de obter uma definição conceitual, precisa e, acima de tudo, universalmente válida do que seja, afinal de contas, a dignidade da pessoa humana, a não ser a circunstância – ainda assim resultado de uma opção racional – de que se cuida da própria condição humana (e, portanto, do valor intrínseco reconhecido às pessoas no âmbito das suas relações intersubjetivas) do ser humano e que desta condição e de seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídico-constitucional decorre um complexo de posições jurídicas fundamentais.” (*Ibid.*, p. 143).

pela preservação do núcleo essencial, entendido como a dignidade da pessoa humana. Destacamos que, em atenção ao nosso “Estado Democrático de Direito”, uma vida digna implica existência de uma ordem jurídica segura, sem sobressaltos, como, por exemplo, a garantia da preservação dos direitos fundamentais sociais já consolidados, sem prejuízo da implementação de outros direitos de igual envergadura.

2. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – PLANO DE SAÚDE PREVISTO EM NORMA COLETIVA

A Constituição Federal conferiu um artigo com um rol de direitos assegurados aos trabalhadores. A enumeração constitucional parte da premissa de que não é exaustivo o rol elencado no artigo sétimo, pois dispõe que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem à melhoria de sua condição social**”. A parte final do *caput* deste artigo merece melhor exame. O Constituinte não se limitou a estabelecer direitos aos trabalhadores, indo além e acrescentando que o previsto era o mínimo a ser conferido. Dessa forma, qualquer redução ou ausência de implementação dos direitos previstos pode ser vista sob o prisma do retrocesso social. A ideia constitucional era ampliar a proteção daqueles que fornecem o seu serviço em prol do desenvolvimento econômico. Os direitos fixados são a premissa para o avanço da legislação trabalhista. Pensar diferente é contrariar o anseio constitucional de 1988, marco de um novo paradigma no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Nessa linha, as normas coletivas, previstas por vontade dos particulares, incorporam-se à legislação trabalhista, merecendo, inclusive pelas características da generalidade e abstração, igual estatura. Reforçando tais características há a previsão legal do art. 872 da CLT que não prevê execução de normas coletivas, mas, sim, ação de cumprimento. Sob outro aspecto, sabemos que, em geral, as normas coletivas têm vigência limitada ao período em que estabelecidas. No entanto, em matéria de direitos fundamentais há que se fazer uma ponderação. A proteção dos direitos fundamentais passa pela garantia do mínimo existencial e pela dignidade da pessoa humana, valores essenciais do nosso atual Estado Democrático. Em função disso, os particulares também devem se engajar neste compromisso social de melhoria das condições mínimas de dignidade.

Nesse contexto, inserem-se os planos de saúde previstos em normas coletivas. Convém lembrar, como abordado no início deste texto, que o *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, também envolvia o direito fundamental à saúde. Na conformidade da Constituição e da lógica do razoável, a saúde é considerada direito fundamental e está relacionada diretamente à dignidade da pessoa humana. Por consequência, o plano de saúde, na vigência de um contrato de trabalho, merece ser examinado com mais cuidado, porque envolve a própria vida do trabalhador.

As normas coletivas também estabelecem previsão, via de regra, sobre direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, com disposição a respeito de assistência médica, hospitalar e odontológica. A fixação normativa, ainda que de origem particular, adquire generalidade e abstração própria das normas estatais, decorrente da autorização constitucional contida no art. 7º, XXVI. Dessa forma, a categoria econômica também tem o dever de colaborar para a justiça social (art. 170, III, da CF/88 – função social

da propriedade e, logo, da empresa), especialmente em matéria que envolva a dignidade dos trabalhadores, que passa, necessariamente, pela saúde.

Sob esta ótica, há um interessante julgado no TRT da 4ª Região (processo 0079100-48.2008.5.04.0014, J. em 1º.10.2009), de lavra do Des. José Felipe Ledur, abordando a temática do princípio da vedação de retrocesso social.²² Nessa decisão, na mesma linha de ideias defendidas neste texto, a saúde é um direito fundamental social dos empregados, com a necessidade de proteção também pelos empregadores, e não apenas pelo Estado. Vale lembrar o disposto no art. 7º, XXII, da CF/88, impondo obrigação ao empregador de redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. A preocupação com a saúde do trabalhador não se limita ao ambiente do trabalho, porque sem que haja condição do empregado trabalhar, mesmo por questão não vinculada diretamente ao emprego, haverá efeitos no contrato de trabalho (interrupção ou suspensão), de forma que é inerente, sim, à atividade empresarial os cuidados com a saúde dos empregados. Assim, a manutenção de um plano de saúde, hospitalar ou odontológico, *quando já previsto em norma coletiva anterior*, é conduta que se impõe, por ser medida necessária e permanente ao melhor desempenho da atividade empresarial e envolver a própria dignidade humana do trabalhador, vinculado por um contrato de trabalho. Registro que a norma coletiva foi estabelecida na vigência do contrato do trabalhador, embora depois tenha se expirado o período legal (art. 614, § 3º, da CLT).

Dessa forma, as cláusulas que afetem direitos fundamentais sociais, especialmente relacionados ao mínimo existencial (dignidade da pessoa humana), devem ser mantidas nas normas coletivas, salvo se substituídas por medidas compensatórias em proporção à condição afastada. A ideia de compensação, válida também para o âmbito coletivo, é analisada por Felipe Derbli²³, ao afirmar que quando a Constituição cria para o legislador a obrigação de editar leis que concretizem os *direitos fundamentais sociais (direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão)*, estabelece, por questão de lógica, que não se possam simplesmente revogar as leis que cuidam dessa concretização, sem que seja criada nenhuma regulamentação substitutiva.

Portanto, as normas coletivas sofrem limitação em matéria de proibição de retrocesso social. Não há limitação de conformação apenas para Constituição, como

²² EMENTA: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. CONFORMAÇÃO POR MEIO DE NORMA COLETIVA. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. Direitos que ostentam *status* jusfundamental e que obtêm conformação no âmbito da negociação coletiva são passíveis de incorporação definitiva ao contrato de trabalho dos empregados que integravam a categoria profissional no período de vigência da norma coletiva. Aplicação do princípio da vedação do retrocesso social, o qual tem a virtualidade de impedir que depois de implementado direito fundamental social — como o relativo à saúde, consistente na assistência médica, hospitalar e odontológica gratuita à reclamante e a sua família — se retroceda relativamente ao patamar de proteção alcançado, gerando insegurança social a quem já usufruiu do respectivo benefício. Recurso provido para determinar o restabelecimento da assistência médica, hospitalar e odontológica gratuita à reclamante e a sua família, em antecipação de tutela, bem como o reembolso dos valores gastos pela autora até o restabelecimento da prestação material original.

²³ DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso social no Direito Brasileiro, p. 343-382, In: PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio e SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 344.

destaca Perelman²⁴: Contrariamente a um sistema formal, que é puramente estático, o direito será concebido como um sistema dinâmico, a norma superior que determina o quadro em que aquele a quem é conferida a autoridade de exercer um poder legal, legislativo, executivo ou judiciário pode escolher livremente uma linha de conduta, **desde que não saia dos limites fixados pela norma superior**. Assim é que o oficial de justiça poderá proceder a uma penhora em conformidade com um mandado de execução. O juiz poderá prolatar a sentença, na medida em que foi nomeado regularmente, em que foi encarregado de uma lide que entra na esfera de sua competência, tanto material quanto territorial e se conformar às prescrições legais, tanto no mérito quanto em matéria processual. O legislador poderá discutir, votar e promulgar leis, em conformidade com as regras constitucionais e com as práticas aceitas. Dá-se o mesmo com o poder executivo, na medida em que se conforma à Constituição e às disposições legais. **Somente a norma constitucional, enquanto norma fundamental, não terá de conformar-se a nenhuma norma preliminar.**

PONDERAÇÕES FINAIS

O princípio proibição de retrocesso social, implícito no sistema jurídico brasileiro, vem ganhando relevo na salvaguarda dos direitos fundamentais, especialmente, nos sociais. A ideia de liberdade do legislador, tanto passiva, quanto ativa, merece ser contextualizada dentro da vedação de retrocesso social. As ideias de segurança jurídica, Estado Democrático de Direito e Justiça Social reforçam a necessidade de não retroceder em matéria de direitos fundamentais. Eventual relativização do princípio do retrocesso deve ser ponderada com os demais interesses de igual hierarquia em cotejo, observada a manutenção do mínimo existencial, tendo por parâmetro a dignidade da pessoa humana.

Na esfera trabalhista, o art. 7º da Constituição Federal de 1988 demonstra a necessidade de ampliação do rol de direitos estabelecidos aos trabalhadores, permitindo a contextualização do princípio da vedação de retrocesso social, já que o constituinte parte da premissa de elevação de direitos, e não de limitação. Nesse sentido, as normas coletivas, autorizadas no inciso XXVI, também se inserem na ótica legislativa, pela abstração e generalidade, tanto que não são executáveis imediatamente, passando antes pela via da ação de cumprimento (art. 872 da CLT). Dessa forma, e partindo da premissa da função social da empresa, a categoria econômica vincula-se à garantia de condições mínimas aos trabalhadores, em especial em matéria de direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, a saúde, a atrair a manutenção de cláusulas protetivas previstas em normas coletivas, salvo se substituídas por outras compensatórias, no mínimo, em igual proporção de satisfação da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

²⁴ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 92 (grifo nosso)

- DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso social no Direito Brasileiro. In: PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio e SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 343-82.
- FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. *Revista TCMG*, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, abr./jun.2000, p. 15-46.
- LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais – Efetivação no Âmbito da Democracia Participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho et al. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RAMOS, Elival da Silva. *A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 1-45, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 set. 2007.
- _____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e a Reforma da Previdência. *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, n. 6, 2006, p. 3-36.

A ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS: UM OLHAR CONTEMPORÂNEO

*Ben-Hur Silveira Claus**

Juiz Titular da Vara do Trabalho de Carazinho
Mestre em Direito

*Cláudio Antonio Cassou Barbosa**

Desembargador Federal do Trabalho
Pós-Graduando em Direitos Humanos e Fundamentais e Relações de Trabalho

*Cristina Bastiani de Araújo**

Juíza do Trabalho Substituta
Pós-Graduanda em Direitos Humanos e Fundamentais e Relações do Trabalho

*É a rotatividade, não o volume de compras,
que mede o sucesso na vida do homo consumens.
Zygmunt Bauman*

RESUMO: O presente artigo trata da alienação antecipada de bens sujeitos à depreciação econômica. Explora a potencialidade do instituto da alienação antecipada de bens como instrumento para a concretização da garantia constitucional da duração razoável do processo, na perspectiva da efetividade da execução.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação antecipada de bens; Duração razoável do processo; Efetividade da execução.

SUMÁRIO: Introdução; I. Aspectos teóricos; II. O envelhecimento precoce dos bens; III. Aspectos práticos; Conclusão.

INTRODUÇÃO

A morosidade é a principal crítica dirigida ao Poder Judiciário. Trata-se de uma crítica precedente – os processos judiciais demoram demais, regra geral. O diagnóstico da morosidade parte da insuficiência da estrutura humana e material em face da crescente demanda de massa por jurisdição, passa pela necessidade de simplificação do sistema procedimental, com a redução de recursos, e avança para a concepção de mecanismos de coerção jurídica aptos a gerar o rápido cumprimento das decisões judiciais. Nesta reflexão, é inevitável voltar o olhar para a experiência dos países do sistema da *commom law* no que respeita à eficácia lá alcançada no cumprimento das decisões judiciais.¹

* Os autores integraram a Comissão de Estudo Prévio do III Eixo Técnico Temático – Efetividade na Execução – do V Encontro Institucional do TRT da 4ª Região, realizado em setembro de 2010, em Gramado-RS.

¹ “Convém salientar a extraordinária e temível eficácia das decisões da justiça inglesa que não podem ser ridicularizadas, não havendo nenhuma exceção a esse princípio. Os tribunais recorrem para a execução das

I. ASPECTOS TEÓRICOS

Enquanto aspiramos à modernização de nosso sistema judicial, temos que trabalhar no âmbito do nosso direito positivo. Pois bem. A rápida solução dos processos está prevista na legislação ordinária. Tanto a CLT (art. 765), quanto o CPC (art. 125, II) têm dispositivos específicos a respeito. Esses dispositivos têm a mesma previsão: é dever do juiz velar pela rápida solução da causa.

O advento da Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, vivificou esse dever do magistrado. Isso porque provoca uma leitura mais incisiva desse dever funcional do juiz. É que a Emenda nº 45 elevou a nível constitucional o direito do cidadão de ter seu processo judicial resolvido num prazo breve. Esse direito fundamental dos brasileiros está previsto no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.²

O aporte hermenêutico trazido pelo novo preceito constitucional estimula os juízes a procurarem as potencialidades que o direito positivo oferece para a agilização dos processos judiciais, na medida em que esse novo preceito prevê “... meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. É neste contexto que os juízes estão redescobrimdo alguns institutos jurídicos (“meios”) capazes de realizar a justiça com maior rapidez. Alguns institutos jurídicos estavam esquecidos pelo desuso. É o caso da hipoteca judiciária constituída pela sentença condenatória (CPC, art. 466), que grava a propriedade imobiliária da empresa reclamada, com a finalidade de assegurar a futura execução. Outros institutos jurídicos aguardavam por uma interpretação criativa capaz de dar maior poder de coerção à sentença. É o caso do protesto extrajudicial da sentença (Lei nº 9.492/97, art. 1º), que faz negativar o crédito da empresa executada e de seus sócios, com a finalidade de estimular ao pagamento do débito.

Entre os institutos jurídicos esquecidos pelo desuso está a alienação antecipada de bens. Embora prevista no direito positivo desde 1973 (CPC, art. 670)³, a alienação antecipada de bens não tem sido utilizada. Contudo, o uso desse instituto pode contribuir para a agilização dos processos.

A alienação antecipada de bens é possível, entre outras hipóteses, quando os bens penhorados estão sujeitos à depreciação econômica (CPC, art. 670, I). Quando esse suporte fático da depreciação econômica está presente, a alienação antecipada dos bens penhorados é não só possível, mas também recomendável.

O objetivo do presente artigo é tentar demonstrar a potencialidade do instituto da alienação antecipada de bens para a celeridade da justiça. Para tanto, é preciso atualizar a nossa compreensão acerca do conceito de depreciação econômica de bens,

suas decisões a verdadeiras **ordens** que, se não são respeitadas, são passíveis de sanções muito severas (*contempt of Court*), **podendo chegar até a prisão.**” (Roland Séroussi, *Introdução ao Direito inglês e norte-americano*, Editora Landy, São Paulo, 2006, p. 24, sem grifos no original).

² “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.”

³ CPC: “Art. 670. O juiz autorizará a alienação antecipada dos bens penhorados quando:

I – sujeitos à deterioração ou depreciação.

II – houver manifesta vantagem.

Parágrafo único. Quando uma das partes requerer a alienação antecipada dos bens penhorados, o juiz ouvirá sempre a outra antes de decidir.”

situando a questão, de um lado, no contexto de uma sociedade consumista de economia estabilizada e, de outro lado, na perspectiva hermenêutica de fazer realizar a duração razoável do processo.

II. O ENVELHECIMENTO PRECOCE DOS BENS

O ritmo frenético da evolução tecnológica, instrumentalizado pelo sistema econômico-consumista, provoca uma rápida depreciação econômica dos bens. O caráter artificial dessa depreciação induzida não reduz a velocidade do envelhecimento precoce dos bens no imaginário das pessoas.⁴ Os bens são substituídos por modelos mais modernos e menos duráveis. Essa substituição ocorre em períodos cada vez menores. A lógica do consumismo induz a população a considerar os bens como defasados cada vez mais rapidamente. Os bens defasados são logo descartados e transformam-se em sucata. O lixo tecnológico produzido pela sociedade de consumo é um problema cada vez mais preocupante para a ecologia do planeta.

A compreensão contemporânea do fenômeno da rápida depreciação econômica para efeito de alienação antecipada de bens está transformando a antiga exceção em regra geral: na generalidade dos casos, os bens móveis penhorados podem ser alienados antecipadamente por estarem sujeitos à rápida depreciação econômica. Em outras palavras, tratando-se de bens móveis usados, o suporte fático da depreciação econômica está presente na maioria dos casos.

Tais bens podem – e devem – ser alienados antecipadamente, para que a execução ocorra pelo modo mais eficaz para o credor (CPC, art. 612 e CLT, art. 765) e pelo modo menos gravoso para o executado (CPC, art. 620). A combinação de execução mais eficaz com execução menos gravosa pode parecer paradoxal, mas não é. Vamos a um exemplo. A alienação antecipada de um computador *usado* permitirá abater, por hipótese, R\$ 500,00 no débito do executado, ao passo que a alienação posterior ao trânsito em julgado da sentença de embargos à execução pode significar o abatimento de apenas alguns centavos se o computador for vendido, ao final (vários meses depois), como sucata (por alguns centavos ao quilo), o que ocorre com frequência cada vez maior, por ausência de interessados no leilão de bens usados. Se examinamos esse exemplo no contexto de uma economia estabilizada e de crédito acessível, em que um computador *novo* pode ser adquirido em 24 vezes, com garantia e sem qualquer risco, torna-se evidente a vantagem da alienação antecipada do computador usado.⁵

O raciocínio aplica-se aos bens usados em geral. Por que sujeitos à rápida depreciação econômica, podem ser objeto de alienação antecipada computadores,

⁴ É sempre o próximo modelo que vai eludir o vazio existencial. O sistema econômico reduziu os cidadãos a meros consumidores. Essa última observação é de autoria de Ovídio A. Baptista da Silva, na obra *Processo e ideologia*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 308. Uma obra à espera de leitores, como dizia o autor. A obra logo se tornaria uma referência bibliográfica fundamental nos cursos de pós-graduação em direito processual de todo o país.

⁵ O fato de o TRT julgar o agravo de petição em prazo médio breve não interrompe o processo de rápida depreciação econômica do bem penhorado. Sem falar na possibilidade de interposição de recurso de revista e, depois, de agravo de instrumento. Até que o processo retorne à Vara do Trabalho terão decorridos alguns meses. Talvez seja o tempo suficiente para o bem penhorado tornar-se sucata. Na melhor das hipóteses, o bem terá perdido uma considerável parcela de seu apelo econômico para alienação em leilão.

aparelhos eletrônicos, máquinas, equipamentos, automóveis, roupas, alimentos e outros.

O que mudou não foi o preceito legal do art. 670, I, do CPC. Mudou a interpretação a ser dada ao preceito legal, sob o influxo do aporte hermenêutico haurido da garantia constitucional à duração razoável do processo, no contexto de uma economia estável e de amplo acesso ao crédito para a aquisição de bens duráveis. Tudo isso situado no marco de um modelo de sociedade cuja lógica consumista produz uma rápida depreciação econômica dos bens.

Não precisamos temer a mudança, pois o valor apurado na alienação antecipada ficará depositado à disposição do juízo, aguardando pelo trânsito em julgado.

A matéria foi criteriosamente enfrentada por *José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva*: “Também deve o juiz proceder à alienação antecipada dos bens penhorados, *ex officio*, especialmente quando sujeitos à deterioração ou depreciação, ao que está autorizado desde 1973 pelos arts. 670 e 1.113 do CPC (presentes os requisitos do art. 769 da CLT), *exempli gratia*: alimentos, roupas, computadores. Uns são perecíveis, outros são sujeitos a rápida depreciação, pela mudança da moda ou da estação do ano, ou pelo avanço da tecnologia. Não é possível que se espere a deterioração dos bens penhorados, ou mesmo sua depreciação, quando isso levará não somente à insatisfação do crédito trabalhista, mas também ao enorme prejuízo do próprio devedor. Se houver a rápida alienação, o valor correspondente será depositado à disposição do juízo, o que atende inclusive ao princípio da execução menos gravosa (art. 620 do CPC).”⁶

A alienação antecipada de bens sujeitos à depreciação econômica foi aprovada como uma boa prática para a efetividade da execução no V Encontro Institucional dos Magistrados do Trabalho do Estado do Rio Grande do Sul – TRT da 4ª Região, realizado em setembro de 2010, em Gramado-RS.

Esperamos ter demonstrado a potencialidade da alienação antecipada de bens para a celeridade da justiça. Passamos a examinar alguns aspectos práticos para a implementação desta boa prática na execução.

III. ASPECTOS PRÁTICOS

A primeira questão prática é definir quando se pode aplicar a alienação antecipada de bens.

Não havendo embargos à execução após a realização da penhora, não se cogita do instituto da alienação *antecipada* de bens, pois nessa situação já se expede a autorização judicial para o leiloeiro realizar o leilão dos bens penhorados. A alienação será feita *de imediato*. Mas não se caracteriza como alienação *antecipada* de bens.

A conveniência da alienação antecipada de bens será examinada quando houver oposição de embargos à execução após a realização da penhora. E vai depender da matéria objeto dos embargos à execução. O exame será caso a caso.

Tratando-se de embargos à execução nos quais se discute a *penhorabilidade do bem* (embargos à penhora) ou a *responsabilidade do titular do bem penhorado*

⁶ José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva, “Execução trabalhista – medidas de efetividade”, *In: Revista Juris Síntese*, n. 61, set./out. de 2006.

(o sócio, por exemplo), nos parece que a alienação antecipada do bem não teria cabimento, regra geral. Havendo embargos de terceiro, idem.

Porém, caso os embargos à execução questionem *apenas os cálculos de liquidação*, a alienação antecipada de bens terá lugar sempre que o suporte fático do inciso I do art. 670 do CPC estiver caracterizado, vale dizer, sempre que o bem penhorado esteja sujeito à depreciação econômica, o que constitui a regra geral em se tratando de bem móvel, conforme anteriormente examinado.

A segunda questão prática é articular o trabalho do Oficial de Justiça e da Secretaria, sob a orientação do Juízo.

A Secretaria deve inserir no mandado de penhora a determinação de que o Oficial de Justiça certifique se é recomendável a alienação antecipada do bem penhorado, justificando a recomendação de forma circunstanciada. A redação do mandado pode ser a seguinte:

“O Sr. Oficial de Justiça deverá certificar se a alienação antecipada dos bens penhorados é recomendável, a teor dos arts. 670 e 1.113 do CPC, circunstanciando as condições em que se encontram os bens penhorados.”

O Oficial de Justiça deve ser orientado pelo Juízo acerca da compreensão que se deve dar ao instituto jurídico da alienação antecipada de bens no atual contexto econômico-jurídico.

Caso o Oficial de Justiça certifique ser recomendável a alienação antecipada dos bens penhorados, o próximo passo será a elaboração de despacho para atendimento da providência determinada no parágrafo único do art. 670 do CPC. A redação do despacho pode ser a seguinte:

“Em face da certidão de fls., na qual o Sr. Oficial de Justiça considera recomendável a alienação antecipada dos bens penhorados em razão de que ... (transcrever as razões da certidão), digam as partes sobre a alienação antecipada dos bens (CPC, art. 670, parágrafo único). O silêncio será interpretado como concordância. Após, voltem os autos conclusos.”

Decorrido o prazo de 5 dias, sobrevêm novo despacho para então determinar-se a alienação antecipada dos bens penhorados, se caracterizada situação de depreciação econômica dos bens penhorados. A redação do novo despacho pode ser a seguinte:

“Em face da certidão de fls., na qual o Sr. Oficial de Justiça considera recomendável a alienação antecipada dos bens penhorados em razão de que ... (transcrever as razões da certidão), reputo caracterizado o suporte fático do art. 670, I, do CPC – situação de depreciação econômica dos bens penhorados – e, por conseguinte, determino a alienação antecipada dos bens penhorados, o que decido no interesse da execução, com fundamento no art. 612 do CPC e no art. 765 da CLT, de modo a dar concretude à garantia fundamental da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

[Se houver impugnação da executada à alienação antecipada dos bens: No que respeita à manifestação da executada, observo que ... (fundamentar as

razões pelas quais não se acolhem os argumentos da manifestação da executada, se for o caso).]

Faculto à executada depositar o valor da execução em juízo, no prazo de 48 horas, caso pretenda evitar a alienação antecipada dos bens penhorados. Caso o valor do bem penhorado seja inferior ao valor da execução, a executada deverá depositar o valor da avaliação.

No silêncio, expeça-se autorização judicial ao leiloeiro para efetuar a alienação antecipada dos bens penhorados, mediante venda direta. O leiloeiro deverá informar nos autos as propostas obtidas.

Alienados os bens penhorados, o valor apurado ficará depositado à disposição do juízo. Após, aguarde-se o trânsito em julgado.

Intimem-se.”

Observamos que, tratando-se de bens sujeitos à depreciação econômica, a alienação antecipada dos bens penhorados atende também ao preceito que manda realizar a execução pelo modo menos gravoso (CPC, art. 620), uma vez que a demora acarretará alienação dos bens por valor inferior àquele que se pode obter com a alienação antecipada, porquanto se trata de bens usados e que perdem valor rapidamente, sobretudo considerando-se o fato de que se trata de bens que podem ser adquiridos novos no comércio e a prazo.

CONCLUSÃO

É preciso resgatar a capacidade de coerção na execução, para dar concretude à garantia constitucional da duração razoável do processo. A alienação antecipada de bens é mais um instrumento que o direito positivo nos oferece para tal desiderato. Podemos apostar na potencialidade desse instituto jurídico. Além de evitar a depreciação econômica do bem penhorado, a adoção da prática da alienação antecipada estimulará a solução da execução mediante conciliação entre as partes. E pode contribuir para uma nova cultura de efetividade das decisões judiciais.

A SUCESSÃO DE EMPREGADORES NA PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO – ALGUMAS IDEIAS PARA O DEBATE

Ben-Hur Silveira Claus

Juiz Titular da Vara do Trabalho de Carazinho
Mestre em Direito

“O Direito do Trabalho não pode perder tempo com questões de personalismo jurídico, enquanto um trabalhador está sem receber os créditos de um trabalho já prestado e transformado em riqueza por quem dele se beneficiou.”

Antônio Álvares da Silva

SUMÁRIO: Introdução; 1. Um registro histórico; 2. A natureza jurídica da sucessão de empregadores; 3. A influência da autonomia científica do direito do trabalho na redefinição do conceito do instituto jurídico da sucessão; 4. A imperatividade da regência legal da sucessão de empregadores; 5. Os dispositivos legais e a jurisprudência da SDI-I do TST; 6. Quando se caracteriza a sucessão de empregadores?; 7. A subsistência de empresa sucedida descaracteriza a sucessão de empregadores?; 8. A sucessão de empregadores caracteriza-se mesmo quando apenas um segmento produtivo é transferido para o novo empreendedor?; 9. A sucessão de empregadores caracteriza-se mesmo quando os empregados da sucedida não tenham trabalhado para a sucessora?; 10. É possível sustentar a existência de responsabilidade solidária entre empresa sucessora e empresa sucedida?; 11. É possível redirecionar a execução contra o sucessor que não participou da fase de conhecimento do processo?; 12. É possível redirecionar a execução contra o sucedido que não participou da fase de conhecimento do processo?

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa foi elaborada na perspectiva da efetividade da execução. Optou-se pela doutrina e pela jurisprudência mais aptas a conferir efetividade à execução trabalhista.

Esse critério foi adotado de forma deliberada: quando há várias correntes de opinião acerca de determinado aspecto do instituto da sucessão de empregadores, a pesquisa optou por registrar a corrente de opinião mais garantista da efetividade da execução. Por exemplo: sabe-se que uma corrente doutrinária exige a continuidade da prestação dos serviços pelo empregado, para se ter por caracterizada a sucessão de empregadores (DÉLIO MARANHÃO); optou-se pela corrente que sustenta que esse requisito não é indispensável à caracterização da sucessão de empregadores (MAURICIO GODINHO DELGADO), pois essa última corrente doutrinária parece ser a que assegura maior efetividade à execução do crédito trabalhista. Esse registro é necessário, já que o

instituto da sucessão de empregadores é controvertido em diversos de seus aspectos, o que vem provocando ricos debates na doutrina e na jurisprudência, debates esses que, no entanto, não é reproduzido na presente pesquisa.

1. UM REGISTRO HISTÓRICO

WAGNER D. GIGLIO: “O fenômeno da sucessão trabalhista não é simples nem novo. Para se ter uma idéia de sua complexidade, bastaria lembrar que a tese de concurso de Evaristo de Moraes Filho ‘Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa’, até hoje a mais completa obra sobre o assunto, editada pela Revista dos Tribunais em 1959, contém mais de 900 páginas, em dois alentados volumes. Narra esse mesmo jurista que, historicamente, a sucessão surgiu na França, que editou duas leis, a primeira delas de 1918, assegurando aos desmobilizados da Primeira Grande Guerra direito ao antigo emprego nas empresas em que trabalharam, desconsiderando quem fosse seu proprietário. A segunda, de 1928, aperfeiçoou a sucessão, ao garantir aos trabalhadores ‘o direito ao emprego nos casos de cessão, venda ou transformação jurídica de qualquer espécie que se desse na empresa’ (op. cit., vol 1, p. 203). Essa idéia vingou, apesar do escândalo dos juristas clássicos do direito privado, e veio a ser reproduzida nos artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho, que garantem os direitos dos empregados diante da alteração na propriedade ou na estrutura da empresa.”¹

2. A NATUREZA JURÍDICA DA SUCESSÃO DE EMPREGADORES

ALICE MONTEIRO DE BARROS: “Martins Catharino afirma que a natureza jurídica da sucessão é uma ‘imposição de crédito e de débito’ ajustada por inteiro à relação de emprego, que é de trato sucessivo, com tendência a permanecer.”²

3. A INFLUÊNCIA DA AUTONOMIA CIENTÍFICA DO DIREITO DO TRABALHO NA REDEFINIÇÃO DO CONCEITO DO INSTITUTO JURÍDICO DA SUCESSÃO

MOZART VICTOR RUSSOMANO: “A jurisprudência e a doutrina se encarregaram, por seu turno, de dar ao vocábulo sucessão sentido nitidamente trabalhista, distinto do conceito tradicional, oriundo do Direito Mercantil.”³

ALICE MONTEIRO DE BARROS: “O conceito de sucessão no Direito do Trabalho possui contorno distinto daquele encontrado em outros ramos do Direito. A sucessão, no Direito do Trabalho, traduz uma substituição de empregadores, com uma imposição de créditos e débitos.”⁴

4. A IMPERATIVIDADE DA REGÊNCIA LEGAL DA SUCESSÃO DE EMPREGADORES

Expressão do fenômeno da despersonalização do empregador (CLT, art. 2º), a sucessão de empregadores no Direito do Trabalho caracteriza-se *ope legis* (CLT, arts. 10 e 448 da CLT) e objetiva preservar tanto os direitos adquiridos dos empregados

¹ “Considerações sumárias sobre a sucessão trabalhista e a despersonalização do empregador”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém, v. 36, n. 71, p. 71/72, jul./dez. 2003.

² *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed., Editora LTr, São Paulo: 2008, p. 386.

³ *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed., Editora Juruá, Curitiba: 1991, p. 65.

⁴ *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed., Editora LTr, São Paulo: 2008, p. 384.

(CLT, art. 10) quanto a incolumidade dos contratos de trabalho e de suas cláusulas (CLT, art. 448), independentemente de qualquer alteração na propriedade ou na estrutura jurídica “da empresa”.

ALICE MONTEIRO DE BARROS: “As normas que dispõem sobre a temática (arts. 10 e 448 da CLT) são imperativas, insuscetíveis de transação entre as partes.”⁵

5. OS DISPOSITIVOS LEGAIS E A JURISPRUDÊNCIA DA SDI-I DO TST

O instituto da sucessão de empregadores é regido pelos seguintes dispositivos legais no âmbito do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho:

a) CLT: “Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.”

b) CLT: “Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.”

c) CLT: “Art. 889. Aos trâmites e incidentes do processo de 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.”

d) Lei n. 6.830/80: “Art. 4º. A execução fiscal poderá ser promovida contra:

...

V – o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e

VI – os sucessores a qualquer título.”

No âmbito da jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho há duas Orientações Jurisprudenciais sobre o tema da sucessão de empregadores:

a) OJ 261 da SDI-I do TST: “As obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para o banco sucedido, são de responsabilidade do sucessor, uma vez que a este foram transferidos os ativos, as agências, os direitos e deveres contratuais, caracterizando típica sucessão trabalhista.”

b) OJ 343 da SDI-I do TST: “Penhora. Sucessão. Art. 100 da CF/88. Execução. É válida a penhora em bens da pessoa jurídica de direito privado, realizada anteriormente à sucessão pela União ou Estado-membro, não podendo a execução prosseguir mediante precatório. A decisão que a mantém não viola o art. 100 da CF/1988.”

Um dispositivo de aplicação subsidiária:

a) CC/2002: “Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.”

b) CLT: “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.”

⁵ *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed., Editora LTr. São Paulo: 2008, p. 385.

6. QUANDO SE CARACTERIZA A SUCESSÃO DE EMPREGADORES?

MAURICIO GODINHO DELGADO: “Conforme já exposto, a generalidade e imprecisão dos arts. 10 e 448 da CLT têm permitido à jurisprudência proceder a uma adequação do tipo legal sucessório a situações fático-jurídicas novas surgidas no mercado empresarial dos últimos anos no país. Essas situações novas, que se tornaram comuns no final do século XX, em decorrência da profunda reestruturação do mercado empresarial brasileiro (em especial mercado financeiro, de privatizações e outros segmentos), conduziram a jurisprudência a reler os dois preceitos celetistas, encontrando neles um tipo legal mais amplo do que o originalmente concebido pela doutrina e pela jurisprudência dominantes. Para essa nova interpretação, o sentido e objetivos do instituto sucessório trabalhista residem na garantia de que *qualquer mudança* intra ou interempresarial *não poderá afetar* os contratos de trabalho (arts. 10 e 448 da CLT). O ponto central do instituto passa a ser qualquer mudança intra ou interempresarial significativa que possa afetar os contratos empregatícios. Verificada tal mudança, operar-se-ia a sucessão trabalhista – independentemente da continuidade efetiva da prestação laborativa (itálicos no original).⁶ (sublinhei)

7. A SUBSISTÊNCIA DE EMPRESA SUCEDIDA DESCARACTERIZA A SUCESSÃO DE EMPREGADORES?

Não.

ALICE MONTEIRO DE BARROS: “A sucessão pode ser total, abrangendo a empresa como organização de trabalho alheio, ou parcial, restringindo-se apenas a um de seus estabelecimentos. Logo, para que haja sucessão, não é necessário que a empresa sucedida desapareça.”⁷

8. A SUCESSÃO DE EMPREGADORES CARACTERIZA-SE MESMO QUANDO APENAS UM SEGMENTO PRODUTIVO É TRANSFERIDO PARA O NOVO EMPREENDEDOR?

Sim.

PAULO EMILIO RIBEIRO DE VILHENA: “Partindo-se do suposto de que a *sucessão* trabalhista configura-se com a continuidade da prestação de serviço dos trabalhadores ou com a sua passagem para a empresa *sucessora*, pouco importa se tenha consumado a transferência de toda uma empresa ou de apenas parte dela: a sucessão pode ser total ou no estabelecimento ou até em uma linha, ou um fio de atividade de uma empresa para outra. Não se desconceitua por isso.”⁸ (sublinhei)

9. A SUCESSÃO DE EMPREGADORES CARACTERIZA-SE MESMO QUANDO OS EMPREGADOS DA SUCEDIDA NÃO TENHAM TRABALHADO PARA A SUCESSORA?

Sim.

MAURICIO GODINHO DELGADO: “Conforme já exposto, a generalidade e imprecisão dos arts. 10 e 448 da CLT têm permitido à jurisprudência proceder a

⁶ *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed., Editora LTr, São Paulo: 2007, p. 4.

⁷ *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed., Editora LTr, São Paulo: 2008, p. 386.

⁸ *Relação de emprego – estrutura legal e supostos*. 3. ed., Editora LTr, São Paulo: 2005, p. 330.

uma adequação do tipo legal sucessório a situações fático-jurídicas novas surgidas no mercado empresarial dos últimos anos no país. Essas situações novas, que se tornaram comuns no final do século XX, em decorrência da profunda reestruturação do mercado empresarial brasileiro (em especial mercado financeiro, de privatizações e outros segmentos), conduziram a jurisprudência a reler os dois preceitos celetistas, encontrando neles um tipo legal mais amplo do que o originalmente concebido pela doutrina e pela jurisprudência dominantes. Para essa nova interpretação, o sentido e objetivos do instituto sucessório trabalhista residem na garantia de que *qualquer mudança* intra ou interempresarial *não poderá afetar* os contratos de trabalho (arts. 10 e 448 da CLT). O ponto central do instituto passa a ser qualquer mudança intra ou interempresarial significativa que possa *afetar* os contratos empregatícios. Verificada tal mudança, operar-se-ia a sucessão trabalhista – independentemente da continuidade efetiva da prestação laborativa (itálicos no original).⁹ (sublinhei).

ALICE MONTEIRO DE BARROS: “Este último requisito não é imprescindível para que haja sucessão, pois poderá ocorrer que o empregador dispense seus empregados antes da transferência da empresa ou estabelecimento, sem lhes pagar os direitos sociais. Nesse caso, a continuidade do contrato de trabalho foi obstada pelo sucedido, podendo o empregado reivindicar seus direitos do sucessor, pois, ao celebrar o ajuste, não se vinculou à pessoa física do titular da empresa, mas a esta última, que é o organismo duradouro.”¹⁰

10. É POSSÍVEL SUSTENTAR A EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE EMPRESA SUCESSORA E EMPRESA SUCEDIDA?

Sim.

O fundamento legal: CC, art. 1.146 c/c Lei nº 6.830/80, art. 4º, V e VI (CLT, art. 889); aplicação subsidiária do direito comum ao direito do trabalho (CLT, art. 8º, parágrafo único).

Com o advento do Código Civil de 2002, o instituto jurídico do *estabelecimento* recebeu novo tratamento legal (arts. 1.142/1.149). Sob inspiração dos princípios da socialidade e da eticidade, o Código Civil de 2002 dispôs acerca do *estabelecimento* e, ao tratar do denominado *trespasse* do estabelecimento, fixou responsabilidade solidária entre o sucessor e o sucedido pelos débitos anteriores à transferência:

“Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de 1 (um) ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.”

Inspirado pelos princípios da socialidade e da eticidade, o citado dispositivo do Código Civil dá concretude à função social da propriedade, ao impedir que o negócio privado de *trespasse* do estabelecimento prejudique terceiros.

⁹ *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed., Editora LTr, São Paulo: 2007, p. 4.

¹⁰ *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed., Editora LTr, São Paulo: 2008, p. 384/385.

Pergunta-se: o art. 1.146 do CC é aplicável subsidiariamente ao Direito do Trabalho?

Uma vez que os arts. 10 e 448 da CLT não excluem a responsabilidade do empregador sucedido, a pergunta formulada remete à norma do parágrafo único do art. 8º da CLT:

“O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

A resposta há de ser positiva, pois o art. 1.146 do Código Civil encerra saneadora norma para o dinâmico mundo dos negócios privados, norma essa compatível com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho.

O princípio da proteção é o princípio reitor do Direito do Trabalho (AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ), e a solidariedade prevista na norma do art. 1.146 do Código Civil confere maior proteção ao crédito trabalhista, entendimento que está em harmonia com o fundamento constitucional de valorização social do trabalho (CF, art. 1º, IV).¹¹

Por derradeiro: não se pode imaginar que simples créditos quirografários estejam protegidos pela solidariedade passiva no caso de trespasse do estabelecimento, enquanto que o privilegiado crédito trabalhista (CTN, art. 186)¹² ficasse privado dessa tutela assegurada aos credores em geral (CC, art. 1.146).

11. É POSSÍVEL REDIRECIONAR A EXECUÇÃO CONTRA O SUCESSOR QUE NÃO PARTICIPOU DA FASE DE CONHECIMENTO DO PROCESSO?

Sim.

O fundamento legal: CLT, arts. 10¹³ e 448¹⁴ c/c Lei nº 6.830/80, art. 4º, V e VI¹⁵ (CLT, art. 889¹⁶).

Tal redirecionamento não viola o devido processo legal?

¹¹ CF: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

¹² CTN: “Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente do trabalho.”

¹³ CLT: “Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.”

¹⁴ CLT: “Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.”

¹⁵ Lei nº 6.830/80: “Art. 4º. A execução fiscal poderá ser promovida contra:

...

V – o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e

VI – os sucessores a qualquer título.”

¹⁶ CLT: “Art. 889. Aos trâmites e incidentes do processo de 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.”

Não.

MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO: “Estando a sucessão cabalmente comprovada nos autos, a execução será promovida contra a sucessora (ou contra ela prosseguirá, conforme seja a época em que o fato sucessório ocorreu), pouco importando que esta não tenha participado do processo de conhecimento. O direito constitucional de resposta (CF, art. 5º, LV) - que se revela no âmbito processo sob a forma da garantia de ampla defesa – foi nessa hipótese respeitado, pois no processo cognitivo se ofereceu à ré (empregadora primitiva), oportunidade para defender-se amplamente (assim se está a pressupor em decorrência do preceito constitucional há pouco citado), de modo que, transitada em julgado a sentença condenatória, o adimplemento da obrigação, nela contida, será exigido à sucessora; esta deverá satisfazê-la ou sujeitar-se ao comando sancionatório da sentença, que poderá acarretar a expropriação, total ou parcial, de seus bens patrimoniais”.¹⁷

VALENTIN CARRION: “O sucessor é responsável pelos contratos já rescindidos, não quitados, ainda que o anterior o dispense da responsabilidade, mesmo que a ação judicial tenha atingido a fase de execução”.¹⁸

A jurisprudência: “Sucessão. Responsabilidade da sucessora. Ocorrendo sucessão de empresas, assume a sucessora os direitos e os encargos da sucedida. Assim, é responsável pela satisfação dos haveres dos empregados a sucessora, mesmo que não tenha participado como parte do pólo passivo da reclamação trabalhista. A responsabilidade da sucedida, que participou do processo em sua fase de conhecimento, pode ser apurada pela via da ação regressiva.” (TRT da 9ª Região, 1ª Turma, Agravo de Petição 675/89, Rel. Juiz Silvonei Sérgio Piovesan, DJ/PR 18.05.1990, p. 79, pesquisado na obra *Dicionário de Decisões Trabalhistas*, de Calheiros Bomfim e Silvério dos Santos, 23ª edição, Edições Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1989, p. 703, Ementa 4.919).

“O sucessor, a qualquer tempo que suceda, no campo do direito do trabalho, responde pelos encargos trabalhistas ainda que resultantes de relação de trabalho extinta antes da sucessão. Assim o sucessor não é terceiro, mas a continuidade do próprio empregador com que se estabeleceu a relação de emprego. Destarte, não se pode dizer que não participou do devido processo legal.” (TST, E-RR 475.621/1998-2, Rel. Min. José Luiz Vasconcelos, DJU 26.11.99, p. 41, pesquisado na obra *Sucessão Trabalhista*, de Cleber Lúcio de Almeida, Editora Inédita, Belo Horizonte, 2000, p. 83).

Tal redirecionamento não contraria a Súmula 205 do TST?

Não.

A súmula não se aplicava à sucessão de empregadores; aplicava-se ao grupo econômico, e contra boa parte da doutrina.¹⁹ E acabou sendo cancelada em 2003.²⁰

¹⁷ *Execução no Processo do Trabalho*. 9. ed., Editora LTr, São Paulo: 2005, p. 147.

¹⁸ *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29. ed., Editora Saraiva, São Paulo: 2004, p. 69.

¹⁹ OLIVEIRA, Francisco Antonio. *Comentários às Súmulas do TST*. 9. ed., Editora RT, São Paulo: 2008, p. 420.

²⁰ Resolução Administrativa nº 123/2003 do TST, DJ 21.11.2003.

ARION SAYÃO ROMITA: "... essa regra não se aplica à hipótese de sucessão. É certo que o sucessor pode não ter participado da relação processual como reclamado e, em consequência, não constará no título executivo judicial. Responderá ele, de qualquer forma, na execução, em face do fato objetivo da sucessão, não constituindo óbice à legitimidade passiva do sucessor o fato processual cogitado (não constar o sucessor no título executivo judicial)."²¹

A jurisprudência: "Execução. Sucessor. Grupo econômico. O sucessor é parte legítima *ad causam* passiva na execução, ainda que não tenha sido parte na ação. O Enunciado 205 desta Corte refere-se à hipótese de grupo econômico e não à sucessão." (TST, RR 180.560/95.8, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJU 09.05.1997, p. 18560, pesquisado na obra *Sucessão Trabalhista*, de Cleber Lúcio de Almeida, Inédita Editoria de Arte Ltda., Belo Horizonte, 2000, p. 86).

Oportunidade de defesa: citada, a sucessora terá oportunidade de defesa por ocasião dos embargos à execução (CLT, art. 884, *caput*),²² após a garantia do juízo pela penhora. Poderá negar a sucessão de empregadores, aspecto que então será objeto de exame em sentença (CLT, art. 884, § 4º).²³ A necessidade de produção de prova oral em audiência será deliberada pelo juiz, considerada a (in)suficiência da prova documental produzida para a instrução da controvérsia.

12. É POSSÍVEL REDIRECIONAR A EXECUÇÃO CONTRA O SUCEDIDO QUE NÃO PARTICIPOU DA FASE DE CONHECIMENTO DO PROCESSO?

Sim. No que diz respeito à dívida do período contratual anterior à sucessão.

A resposta afirmativa tem por fundamento a aplicação do art. 4º, V, da Lei nº 6.830/80 e do art. 1.146 do Código Civil. A Lei nº 6.830/80 prevê que "a execução fiscal poderá ser promovida contra: ... V – o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado" (Lei nº 6.830/80, art. 4º, V - sublinhei). Trata-se de preceito de aplicação subsidiária à execução trabalhista por força do art. 889 da CLT. O sucedido é responsável pela dívida por força do art. 1.146 do Código Civil: "O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento." A aplicação do art. 1.146 do Código Civil viabiliza-se porque esse preceito atribui também ao sucedido a condição jurídica de *responsável, nos termos da lei, pela dívida*, com o que se caracteriza a hipótese de legitimidade passiva do art. 4º, V, da Lei nº 6.830/80.

²¹ "Sucessão de empresa: assunção pelo sucessor da responsabilidade trabalhista e previdenciária do sucedido", *Revista Gênese*, n. 37, Curitiba, jan. 1996, p. 470.

²² CLT: "Art. 884. Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para a impugnação."

²³ CLT: "Art. 884. ...

§ 4º. Julgar-se-ão na mesma sentença os embargos e as impugnações à liquidação apresentadas pelos credores trabalhista e previdenciário."

CLEBER LÚCIO DE ALMEIDA: “Por outro lado, ajuizada a ação contra o sucessor e verificada, na execução, que o patrimônio da empresa permaneceu em poder do sucedido, podem os bens deste serem penhorados. Responde o sucedido, nesta situação, como detentor da garantia da satisfação dos créditos trabalhistas da empresa da qual era proprietário, qual seja, seu patrimônio. Dir-se-á que quem não é parte e não figura no título executivo, não pode sofrer os efeitos da execução. Ocorre que a penhora recai sobre o patrimônio da empresa (CPC, art. 591). É o patrimônio da empresa, então, que sofre os efeitos da execução.”²⁴

Como é evidente, deverá ser assegurado ao sucedido o contraditório, através de embargos à execução (ou de terceiro).

Mesmo antes do advento do Código Civil de 2002, a doutrina admitia a responsabilização do sucedido na hipótese de fraude na sucessão de empregadores por força da aplicação do art. 9º da CLT. Alguns doutrinadores sequer exigem a ocorrência de fraude, entendendo suficiente a incapacidade econômica do sucessor para responder pelos encargos trabalhistas assumidos com o trespasse da atividade econômica. É o caso de MAURICIO GODINHO DELGADO: “... a jurisprudência também tem inferido do texto genérico e impreciso dos arts. 10 e 448 da CLT a existência de *responsabilidade subsidiária* do antigo empregador pelos valores resultantes dos respectivos contratos de trabalho, desde que a modificação ou transferência empresariais tenham sido aptas a *afetar* (arts. 10 e 448) os contratos de trabalho. Ou seja, *as situações de sucessão trabalhista propiciadoras de um comprometimento das garantias empresariais deferidas aos contratos de trabalho seriam, sim, aptas a provocar a incidência da responsabilidade subsidiária da empresa sucedida*” (grifos no original).²⁵

²⁴ *Execução Trabalhista*. Editora Inédita, Belo Horizonte: 2000, p. 84.

²⁵ *Curso de Direito do Trabalho*. 6 ed., Editora LTr, São Paulo: 2007, p. 423.

CONCURSO DE CREDORES INCIDENTAL À EXECUÇÃO PROMOVIDA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Ricardo Fioreze

Juiz Titular da Vara do Trabalho de Encantado
Especialista em Direito Processual Civil
Mestre em Poder Judiciário

SUMÁRIO: Introdução; I. Instauração do concurso de credores; II. Distribuição do dinheiro; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

São crescentes as dificuldades enfrentadas quando se busca tornar concreto o direito certificado em título executivo. A entrega do “bem da vida” ao credor, quando não há colaboração do devedor, exige do juiz o deslocamento de um plano abstrato, cujo trânsito atende à mera finalidade de dizer o direito, para um plano real, cujo trânsito visa à prática de atos concretos, sem os quais não se modificam situações fáticas.

Entre esses atos concretos indispensáveis à modificação das situações fáticas se encontram a localização e a constrição de bens, e, se esta não incidir sobre dinheiro, deve nele ser transformada mediante os vários procedimentos de alienação previstos na disciplina processual.

A localização de bens passíveis de constrição acresce à atividade jurisdicional a prática de um bom número de atos, ao cabo dos quais é comum a constatação de que os bens não existem ou, quando existem, nem sempre são suficientes a viabilizar o cumprimento de todas as obrigações afetas ao executado.

Quando os bens existentes não são suficientes a viabilizar o cumprimento de todas as obrigações afetas ao executado, resta aos respectivos credores disputar o dinheiro obtido com a sua alienação.

Essa disputa instaura um incidente no procedimento – doravante denominado de concurso de credores incidental à execução –, que deve ser solucionado quanto a dois aspectos relacionados à distribuição do dinheiro: os beneficiários e o modo de realização da distribuição.

Pretende-se, com este estudo, fornecer subsídios à solução dessas questões, particularmente quando elas surgem em execuções promovidas perante órgãos integrantes da Justiça do Trabalho.

I. INSTAURAÇÃO DO CONCURSO DE CREDORES

A instauração do concurso de credores pressupõe a existência de vários credores, comuns ao executado, legitimados ao recebimento do dinheiro disponível no momento em que, nos autos de um determinado processo, deve ser efetuado o pagamento.

Normalmente são quatro as situações reveladoras da existência de vários credores legitimados ao recebimento do dinheiro.

A primeira situação consiste na cumulação de execuções, subjetiva e/ou objetiva, nos próprios autos do processo em que o dinheiro se torna disponível.

É a hipótese mais comum, pois, em regra, a execução promovida pela Justiça do Trabalho compreende, nos mesmos autos do processo, créditos de diferentes naturezas (alimentar, tributária, etc.), titularizados por diferentes sujeitos (trabalhador, União, auxiliar da justiça, etc.), e, embora não pareça relevante a sua consideração, a distribuição do dinheiro deve atender às mesmas regras aplicáveis às demais situações, o que nem sempre é observado.¹

A segunda situação decorre da existência de outras penhoras, realizadas nos autos de outros processos movidos em face do mesmo executado, incidentes sobre o bem cujo produto da alienação deve ser destinado ao pagamento dos créditos – se, obviamente, noticiada e comprovada nos autos do processo em que a alienação é realizada, o que pode resultar de requerimento formulado pelos próprios credores ou de solicitação expedida pelos juízos perante os quais tramitam os demais processos em cujos autos são promovidas as outras penhoras.

Nada impede que sobre um mesmo bem incidam várias penhoras, conforme se lê no art. 613 do CPC,² hipótese em que cada penhora, em relação ao respectivo processo, deve ser considerada como única, particularmente para o efeito de permitir aos interessados o uso das vias de oposição previstas no art. 884 da CLT.³ Portanto, quando do exame sobre a presença dos pressupostos processuais indispensáveis à

¹ Em alguns casos, realizada a alienação judicial por meio de leilão, o produto disponibilizado ao juízo pelo leiloeiro não coincide com o valor do preço oferecido pelo adquirente, e sim à diferença entre este e o valor das despesas realizadas pelo leiloeiro com a prática dos atos necessários à promoção do leilão (publicação de edital, recolhimento do bem, etc.), a indicar que o primeiro crédito que acaba beneficiado pela distribuição do dinheiro é o titularizado pelo leiloeiro, revestido de natureza quirografária.

² “Recaindo mais de uma penhora sobre os mesmos bens, cada credor conservará o seu título de preferência.”

³ Nos termos daquela disciplina, (i) ciente da garantia da execução ou da penhora de bens, o executado pode opor embargos à execução propriamente dita, no prazo de cinco dias, contado da respectiva ciência, e, por meio deles, alegar o cumprimento da obrigação, quitação ou prescrição da dívida (*caput* e § 1º), além das matérias arroladas no art. 475-L do CPC, como ilegitimidade de partes, excesso de execução – quando não oriunda de excesso de liquidação, caso em que a matéria deve ser alegada por meio de impugnação à sentença de liquidação –, e qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, quando superveniente à sentença, à exceção da falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia (inc. I), porque o revel deve ser intimado da sentença (CLT, art. 852) e, por extensão, deve invocar o vício por meio de recurso ordinário; (ii) ciente da penhora de bens, o executado pode opor embargos à própria penhora, no mesmo prazo de cinco dias, contado da respectiva ciência, e por meio deles alegar qualquer matéria relacionada ao ato de constrição, como impenhorabilidade, erro de avaliação, etc. (*caput* e § 3º); e (iii) cientes da garantia da execução ou da penhora de bens, o exequente e o executado podem, ainda no mesmo prazo de cinco dias, contado da respectiva ciência, impugnar a sentença de liquidação, invocando qualquer matéria própria à liquidação (*caput* e § 3º).

análise de mérito daquelas medidas, é irrelevante se o bem penhorado é idôneo, ou não, a garantir a totalidade das execuções que originaram as várias penhoras.

A independência entre as penhoras não persiste, no entanto, quanto à prática dos atos voltados à alienação do bem, cuja competência incumbe ao juízo que promove a primeira penhora, conforme já consagrava expressamente o CPC de 1939 (art. 1.018).

Assim, para poderem disputar o produto resultante da alienação do bem, os credores titulares de penhoras realizadas posteriormente devem noticiar e comprovar a sua existência perante o juízo que promove a primeira penhora.⁴

A prática de atos voltados à alienação de um mesmo bem por parte de vários juízos que o tenham penhorado deve ser evitada, sob pena de configurar a existência de conflito positivo de competência. Nem sempre, contudo, os juízos que promovem penhoras sobre um mesmo bem possuem conhecimento sobre a existência de outras constringências e da respectiva ordem de realização – o que é bastante comum quando a penhora não se encontra entre aquelas cujo registro é determinado legalmente – e, por isso, acabam prosseguindo na prática dos demais atos executivos, a ponto de, em algumas situações, um mesmo bem ser alienado por mais de um juízo.⁵

A terceira situação resulta do fato de outros credores, além daqueles que já participam do processo em cujos autos é obtido o produto destinado ao pagamento dos créditos, promoverem a “habilitação” dos créditos que titularizam, ou seja, noticiarem – e comprovarem – ao juízo competente para a prática dos atos tendentes à alienação do bem a sua condição, seja por meio de pedido próprio, seja por meio de solicitação expedida pelos juízos perante os quais são promovidas as respectivas execuções. Diferentemente da situação anterior, esses credores não chegam a promover a penhora sobre o mesmo bem, pois, conforme admite a jurisprudência majoritária, a partir de adequada interpretação das regras de direito material que conferem a determinados créditos a condição de privilegiados, não é indispensável que os respectivos credores,

⁴ Em jurisprudência: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. COMPETÊNCIA. CREDOR TRABALHISTA E CREDOR QUIROGRAFÁRIO. PENHORAS REALIZADAS NO JUÍZO CÍVEL. PRETENSÃO DE IMEDIATA TRANSFERÊNCIA DO NUMERÁRIO, OBJETO DA CONSTRIÇÃO, AO JUÍZO TRABALHISTA, A FIM DE SER-LHE ENTREGUE. INADMISSIBILIDADE. CONCURSO DE PREFERÊNCIA A SER INSTAURADO PERANTE O JUIZ QUE REALIZOU A PRIMEIRA PENHORA. – Cabe ao credor trabalhista peticionar junto ao Juízo no qual se efetivou o primeiro ato constitutivo (arresto convertido em penhora) e ali arguir a sua preferência. – Habilitação de crédito, por sinal, já promovida pelo interessado. Conflito conhecido, declarado competente o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Palmital/SP. CC 41.133. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, DF, 28 abr. 2004. *Diário da Justiça*, 21 jun. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302357209&dt_publicacao=21/06/2004>. Acesso em: 11 mar. 2010.

⁵ Nesse caso, a jurisprudência majoritária se orienta por reconhecer a prevalência da alienação promovida com a finalidade de satisfazer o crédito de hierarquia superior, independentemente da ordem de realização das penhoras: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [...] I – Recaindo sobre o mesmo bem do devedor, penhoras em execuções trabalhista e fiscal, a preferência é do crédito trabalhista. Havendo saldo na liquidação, este reservar-se-á em favor do credor fiscal. II – Conflito conhecido. Competência do Juízo suscitado. CC 632. Relator: Min. José de Jesus Filho. Brasília, DF, 22 mai. 1990. *Diário da Justiça*, 01 out. 1990. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&dt_publicacao=01/10/1990&num_registro=198900097520>. Acesso em: 11 mar. 2010.

para se beneficiarem da distribuição do dinheiro, também promovam a penhora sobre o mesmo bem.⁶

A quarta situação decorre da existência, sobre o bem cujo produto da alienação deve ser destinado ao pagamento dos créditos, de (i) ônus instituídos com a finalidade de o próprio bem garantir o cumprimento de certas obrigações, como são os direitos reais de garantia, e (ii) obrigações dele derivadas, como são exemplos o imposto sobre a propriedade imobiliária e a despesa condominial, no caso de bem imóvel, e a multa pecuniária por infração a norma de trânsito, no caso de veículo.

Com a alienação judicial do bem, as outras penhoras e os ônus sobre ele incidentes se sub-rogam no produto obtido, e o bem, então, é entregue livre ao adquirente.

Esse efeito é inerente à própria disciplina que rege a matéria, a qual prevê, sendo vários os credores, que eles concorrem ao produto obtido com a alienação do bem, e não mais ao próprio bem (CPC, art. 711).⁷ Também, especialmente em execuções promovidas na Justiça do Trabalho, esse efeito é mera projeção, até os atos finais do procedimento de alienação do bem, do desprezo que o art. 30 da Lei 6.830/1980⁸ – aplicável em razão do disposto no art. 889 da CLT⁹ – autoriza conferir a certos

⁶ Nesse sentido, é exemplar o seguinte julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [...] Efetivamente, nossa jurisprudência diz que o Art. 711 do CPC não exige que o credor preferencial efetue penhora sobre o bem objeto da execução. Valho-me, como razão de decidir, dos fundamentos do RESP 293.788/SP, de minha relatoria, confira-se: "*Dispõe o Artigo 711 do CPC que, "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". Louvado nesse dispositivo, o STJ já proclamou que o credor hipotecário, embora não tenha ajuizado execução, pode manifestar sua preferência nos autos de execução proposta por terceiros. É que não é possível sobrepor uma preferência de direito processual a uma de direito material. Neste sentido: REsp 159.930/PARGENDLER, REsp 75.091/MENEZES DIREITO e REsp 162.464/SÁLVIO. O produto da arrematação só deve ser distribuído com a observância da anterioridade das penhoras, se não houver preferências fundadas no direito material a serem respeitadas. Assim, independentemente da penhora, devem ser satisfeitos, em primeiro lugar, os que tiverem título legal de preferência e possuírem título executivo, o que é a hipótese destes autos. É que a lei não exige que o credor privilegiado tenha realizado, anteriormente, a penhora do bem. Acrescente-se que, se os créditos fiscais não estão sujeitos a concurso de credores, muito menos estão os créditos trabalhistas, que tem preferência sobre aqueles (CTN, art. 186). [...] Em suma: no concurso particular de credores, em execução contra devedor solvente, o produto da arrematação deve ser entregue, em primeiro lugar, ao credor privilegiado. Em não havendo crédito privilegiado, a execução deve ser feita segundo a ordem das penhoras."* Dou provimento ao recurso para a instauração do concurso de preferências, respeitando-se a prioridade do crédito trabalhista (CPC; Art. 577, § 1º-A). REsp 318.305. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 19 mai. 2005. *Diário da Justiça*, 02 jun. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=200100443052&dt_publicacao=2/6/2005>. Acesso em: 11 mar. 2010.

⁷ "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."

⁸ "Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis."

⁹ "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."

óbices que se erguem à penhorabilidade dos bens.¹⁰ Ainda, em situações específicas, esse efeito se encontra estabelecido expressamente em lei, como ocorre com os impostos cujo fato gerador seja a propriedade imobiliária, os quais, em regra, se sub-rogam na pessoa dos respectivos adquirentes, mas, quando o bem é alienado em hasta pública, se sub-rogam sobre o produto obtido com a alienação, conforme estabelece o art. 130 do CTN¹¹ – norma que conforma verdadeiro princípio, apto a orientar a aplicação de igual tratamento a hipóteses em que o ônus incidente sobre o bem resulta de crédito de hierarquia inferior ao crédito tributário –, e com a hipoteca, a qual se extingue pela arrematação ou adjudicação, desde que tenha sido cientificado judicialmente o credor hipotecário, segundo preveem os arts. 1.499, inc. VI, e 1.501 do CC.¹² E, de resto, é pouco provável que se apresentem interessados na aquisição do bem caso sobre ele sejam mantidas as outras penhoras e ônus.

III. DISTRIBUIÇÃO DO DINHEIRO

Constatada alguma das situações arroladas no item anterior e chegado o momento de realização do pagamento dos créditos, resta definir os respectivos beneficiários e os valores que lhes serão destinados.

A solução dessas questões compete ao juízo que promove a primeira penhora, a quem também incumbe, conforme antes mencionado, a prática dos atos tendentes à alienação do bem penhorado, caso este não coincidir com dinheiro. Perante este juízo, portanto, os credores que disputam o dinheiro devem deduzir as suas pretensões, quando relacionadas aos atos cuja prática a ele compete.

Ao deduzirem a este juízo o pedido para que o dinheiro lhes seja entregue, os credores ingressam na respectiva relação processual na condição de litisconsortes daquele(s) que nela já se encontra(m) posicionado(s) como exequente(s) e, pois, ingressam na condição de parte e, como tal, passam a titularizar os direitos, deveres, obrigações e ônus inerentes a esta condição. Assim, esses credores devem ser intimados sobre os atos praticados a partir do seu ingresso na relação processual e, caso queiram se insurgir contra alguma decisão nela proferida, devem fazê-lo por meio das vias ali cabíveis.

Por aplicação da disposição prevista no art. 711 do CPC, inicialmente é preciso verificar a existência de “prelações” ou, conforme expressão também utilizada naquela norma, “título legal à preferência”.

¹⁰ A despeito da força da regra contida no art. 30 da Lei 6.830/1980, sustenta-se, em doutrina, que “À alienação forçada subsistem, pois, as servidões, o uso, a habitação, a enfiteuse, o usufruto e a renda sobre imóvel, ressalvada, aqui também, a constituição fraudulenta desses gravames (art. 592, V)” e que “os direitos reais de gozo (usufruto, servidão etc.) não se desconstituem em decorrência da penhora, transmitindo-se, ao invés, pela alienação coativa”. (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 714 e 1030, respectivamente)

¹¹ “Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação. Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.”

¹² Respectivamente: “A hipoteca extingue-se: [...] VI – pela arrematação ou adjudicação”; e “Não extinguirá a hipoteca, devidamente registrada, a arrematação ou adjudicação, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não forem de qualquer modo partes na execução”.

É irrelevante, nesse primeiro momento, a consideração de quem entre os vários credores “promoveu a execução” ou da ordem de realização das penhoras, pois tais aspectos exibem importância somente quando inexistentes prelações ou títulos legais à preferência.¹³

Nessa linha, a aplicação dos critérios ditados nos arts. 612 e 613 do CPC¹⁴ – credor cuja penhora é anterior – e na parte final do art. 711 do CPC – credor que promove a execução – é relegada para um segundo momento.¹⁵ Mas, sendo isso necessário, tem prevalecido o primeiro critério, caso não coincidam na mesma pessoa o credor que “promoveu a execução” e o credor beneficiado pela primeira penhora.

O art. 711 do CPC, ao aludir a prelações ou títulos legais de preferência, remete ao art. 958 do CC, que estabelece que “Os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais”.

Então, para verificar a existência de prelações ou títulos legais de preferência, devem ser identificados os credores titulares de crédito privilegiado e de crédito assegurado por direito real de garantia.

São privilegiados os créditos aos quais a lei assegura satisfação prioritária em relação a outros créditos. O privilégio conferido ao crédito é especial, quando vincula a sua satisfação a determinado bem, ou geral, quando vincula a sua satisfação a quaisquer bens. Já os direitos reais de garantia são o penhor, a hipoteca e a anticrese (CC, art. 1.419).

Identificados os credores titulares de crédito privilegiado e de crédito assegurado por direito real de garantia – e, por extensão, também os demais créditos concorrentes –, deve-se graduá-los segundo a hierarquia instituída em lei.¹⁶

¹³ Em jurisprudência: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [...] ARREMATACÃO EM EXECUÇÃO ALHEIA POR CRÉDITO TRABALHISTA. POSSIBILIDADE. ART. 186 DO CTN. PREVALÊNCIA DO CRÉDITO TRABALHISTA MESMO QUE GARANTIDO POR PENHORA POSTERIOR À DO CRÉDITO HIPOTECÁRIO. 1 - Em homenagem ao Princípio da Efetividade, é pacífico na doutrina a possibilidade de se arrematar bem em execução alheia, conforme inúmeros precedentes que envolvem credores hipotecários. 2 - O art. 186 do CTN proclama que o crédito de natureza fiscal não está sujeito a concurso de credores, razão por que os créditos de natureza trabalhista, que sobressaem em relação àqueles, por lógica, não estarão. Precedentes. 3 - Em que pese a previsão legal insculpida no art. 711 do CPC, segundo a qual a primeira penhora no tempo tem preferência no direito - prior in tempore, potior in iure, havendo a existência de título privilegiado, fundada em direito material, este prevalecerá. Precedentes. 4 - O credor que possui bem penhorado para garantir a execução trabalhista, pode arrematar este mesmo bem, em execução movida por terceiros contra o mesmo executado, por gozar de crédito privilegiado, incidindo, assim, o art. 690, § 2º. 5 - Ordem concedida. RMS 20.386. Relator: Des. Paulo Furtado (convocado). Brasília, DF, 19 mai. 2009. *Diário da Justiça*, 03 jun. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501197814&dt_publicacao=03/06/2009>. Acesso em: 11 mar. 2010.

¹⁴ “Ressalvado o caso de insolvência do devedor, que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.”; e “Recaindo mais de uma penhora sobre os mesmos bens, cada credor conservará o seu título de preferência.”

¹⁵ Em doutrina: “Dois pressupostos extrínsecos à própria penhora governam a utilidade da preferência outorgada pela penhora: a) a solvência do executado; b) a inexistência de preferência ou de privilégio hauridos do direito material. [...] A preferência da penhora atua quando concorrem, no dinheiro penhorado ou no produto da alienação forçada, dois ou mais credores quirografários e penhorantes. Fora dessa hipótese, nenhuma influência exercerá na distribuição do dinheiro”. (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 670-671).

¹⁶ Em doutrina sustenta-se que, no caso de a primeira penhora ser realizada pela Justiça do Trabalho e as seguintes, pela Justiça Comum, “O juízo do trabalho retira a parcela do crédito trabalhista e reenvia as

Nessa tarefa, boa parte dos casos verificados na realidade da Justiça do Trabalho é solucionada mediante a aplicação do *caput* do art. 186 do CTN,¹⁷ que estabelece as espécies de créditos que ocupam os degraus mais elevados na ordem hierárquica: no primeiro, os créditos decorrentes da legislação do trabalho e de acidentes do trabalho, e, no segundo, os créditos tributários – como são, presente a realidade vivenciada pela Justiça do Trabalho, as custas (CLT, art. 789 e 789-A)¹⁸ e as contribuições previdenciárias.¹⁹

O primeiro degrau também é ocupado pelos demais créditos arrolados no § 1º do art. 100 da Constituição da República (conforme redação conferida pela EC 62/2009) – salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil. A norma, conquanto voltada a disciplinar a execução promovida em face da Fazenda Pública, atribui natureza alimentícia a determinadas espécies de créditos independentemente de quem sejam os seus titulares, e essa natureza, por sua vez, é que verdadeiramente confere aos créditos a condição de privilegiados.

Por extensão, ao lado dos créditos resultantes da legislação do trabalho e de acidentes do trabalho também se encontram outros créditos que consistam em retribuição destinada a remunerar o trabalho prestado, como honorários devidos aos auxiliares da justiça e os próprios honorários advocatícios.²⁰

penhoras e resultados remanescentes para o juízo comum, onde deve ser apreciada a questão das preferências. Refoge à competência da Justiça do Trabalho graduar os créditos comuns”. (MOSCON, Cledi de Fátima Manica. Direitos de preferências e privilégios no concurso particular de credores na execução. *Revista de Processo*, São Paulo, a. XXXI, n. 131, p. 36-57, jan. 2006)

¹⁷ “O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.”

¹⁸ A respeito da sua natureza: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CUSTAS E EMOLUMENTOS. NATUREZA JURÍDICA. NECESSIDADE DE LEI PARA SUA INSTITUIÇÃO OU AUMENTO. Esta Corte já firmou o entendimento, sob a vigência da Emenda Constitucional nº 1/69, de que as custas e os emolumentos têm a natureza de taxas, razão por que só podem ser fixados em lei, dado o princípio constitucional da reserva legal, para a instituição ou aumento de tributo. Portanto, as normas dos artigos 702, I, g, e 789, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho não foram recebidas pela Emenda Constitucional nº 1/69, o que implica dizer que estão elas revogadas. RE 116.208-2. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 20 abr. 1990. *Diário da Justiça*, 08 jun. 1990. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20116208.NUME.\)%20OU%20\(RE.ACMS.%20ADJ2%20116208.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20116208.NUME.)%20OU%20(RE.ACMS.%20ADJ2%20116208.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 11 mar. 2010.

¹⁹ A respeito da sua natureza: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. DO ARTIGO 45 DA LEI 8.212, DE 1991. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO. 1. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social. 2. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente. AI-REsp 616.348. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 15 ago. 2007. *Diário da Justiça*, 15 out. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302290040&dt_publicacao=15/10/2007>. Acesso em: 11 mar. 2010.

²⁰ Em relação à natureza dos honorários advocatícios: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [...] A definição contida no § 1º-A do artigo 100 da Constituição Federal, de crédito de natureza alimentícia, não é exaustiva. [...] Conforme o disposto nos artigos 22 e 23 da Lei n. 8.906/94, os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda

Já o segundo degrau da hierarquia, também considerando a realidade vivenciada pela Justiça do Trabalho, especialmente por conta do alcance da competência que atualmente lhe é atribuída, é ocupado, além dos créditos já mencionados anteriormente (custas e contribuições previdenciárias), pelas contribuições sindicais²¹ e, diante da relativa frequência com que a penhora incide sobre bem imóvel, os impostos sobre a propriedade imobiliária.

A seguir, ocupando o terceiro degrau na hierarquia, se encontram os créditos de natureza não tributária inscritos em dívida ativa, conforme indica o art. 30 da Lei nº 6.830/1980,²² que, ao assegurar que respondem pela sua satisfação os bens mesmo que gravados por ônus real, lhes confere posição superior àquela atribuída aos direitos reais de garantia. É exemplo de crédito não tributário inscrito em dívida ativa presente na realidade da Justiça do Trabalho a penalidade pecuniária imposta ao empregador por órgão de fiscalização da legislação do trabalho.

Nos dois degraus seguintes da hierarquia se encontram, nesta ordem, os créditos decorrentes de obrigações *propter rem* e os créditos assegurados por direitos reais de garantia, entre os quais sobressaem, na realidade da Justiça do Trabalho, o crédito resultante de despesa condominial inadimplida e o crédito assegurado por hipoteca, pois não raro a penhora alcança bem imóvel sobre o qual incidem estes ônus.²³

ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia, ficando afastado o parcelamento previsto no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, presente a Emenda Constitucional n. 30, de 2000. RE 470.407. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 mai. 2006. *Diário da Justiça*, 13 out. 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20470407.NUME.\)%20OU%20\(RE.ACMS.%20ADJ2%20470407.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20470407.NUME.)%20OU%20(RE.ACMS.%20ADJ2%20470407.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 11 mar. 2010.

²¹ A respeito da sua natureza: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA. RECEPÇÃO. I. A contribuição sindical rural, de natureza tributária, foi recepcionada pela ordem constitucional vigente, sendo, portanto, exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de filiação à entidade sindical. Precedentes. II. Agravo não provido. AI-AgR 498686. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 05 abr. 2005. *Diário da Justiça*, 29 abr. 2005. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(AI\\$.SCLA.%20E%20498686.NUME.\)%20OU%20\(AI.ACMS.%20ADJ2%20498686.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(AI$.SCLA.%20E%20498686.NUME.)%20OU%20(AI.ACMS.%20ADJ2%20498686.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 11 mar. 2010.

²² “Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis”.

²³ A propósito dessas espécies de créditos, tem-se reconhecido, em jurisprudência, que o crédito oriundo de despesa condominial prefere ao crédito hipotecário: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [...] CRÉDITO HIPOTECÁRIO. CRÉDITO ORIUNDO DE DESPESAS CONDOMINIAIS EM ATRASO. PREFERÊNCIA. DÉBITO CONDOMINIAL NÃO MENCIONADO NO EDITAL. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. - Por se tratar de obrigação *propter rem*, o crédito oriundo de despesas condominiais em atraso prefere ao crédito hipotecário no produto de eventual arrematação. - A responsabilidade pelo pagamento de débitos condominiais e tributários existentes sobre imóvel arrematado, mas que não foram mencionados no edital de praça, não pode ser atribuída ao arrematante. - Se débito condominial não foi mencionado no edital de praça pode ser feita a reserva de parte do produto da arrematação para a quitação do mesmo. Recurso especial não conhecido. REsp 540.025. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 14 mar. 2006. *Diário da Justiça*, 30 jun. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300608638&dt_publicacao=30/06/2006>. Acesso em: 11 mar. 2010.

Quanto ao restante dos créditos, a ordem instituída no art. 83 da Lei 11.101/2005, em especial nos incisos IV, V e VI – exceto, quanto a este, a alínea “c” –,²⁴ a despeito de aplicar-se à classificação dos créditos exigíveis de massas falidas, reproduz a hierarquia estabelecida no direito material.

Graduados os créditos, a ordem assim obtida deve nortear a distribuição do dinheiro, de modo que, de início, devem ser satisfeitos os créditos posicionados no primeiro degrau e, somente após – e, obviamente, se houver sobra –, os créditos posicionados no degrau seguinte, e assim sucessivamente.

Quando o produto disponível ao pagamento de mais de um crédito posicionado num mesmo degrau hierárquico não é suficiente à integral satisfação de todos esses créditos – o que ocorre com relativa frequência –, é preciso definir um segundo critério de distribuição do dinheiro.

Mesmo nesse caso, não se aplicam os critérios eleitos nos arts. 612 e 613 do CPC – anterioridade da penhora – e na parte final do art. 711 do CPC – credor que promove a execução –, os quais somente regulam situações em que os créditos em disputa não são privilegiados e não gozam de direito de preferência.

A solução passa pelo rateio do dinheiro entre todos os credores de igual hierarquia, segundo a proporção que o valor de cada crédito representa em relação ao valor total dos créditos de mesma hierarquia, conforme preconiza o art. 962 do CC.²⁵

Particularmente quando estão em disputa créditos sujeitos à retenção de contribuições previdenciárias e/ou imposto de renda – como geralmente ocorre quando o crédito resulta da relação de emprego –, a sua proporção deve ser apurada com base no valor bruto do crédito – ou seja, sem a dedução dos valores apurados a título de contribuições previdenciárias e imposto de renda de responsabilidade do empregado – e somente depois de efetuado o rateio é que devem ser procedidas as retenções correspondentes.

É equivocado o procedimento consistente em (i) apurar a proporção a partir do valor líquido do crédito e (ii) posicionar os valores deduzidos a título de contribuições previdenciárias e imposto de renda no degrau seguinte da hierarquia dos créditos – sob a premissa de sua natureza tributária –, para que sejam satisfeitos somente se, após pagos os créditos posicionados no degrau anterior, houver sobra do dinheiro, sujeitando-os ao mesmo concurso. Os valores em questão não são exigíveis do executado – e, portanto, não podem se sujeitar ao concurso –, e sim dos próprios credores – embora somente o sejam no momento de efetivo pagamento de seus créditos.

²⁴ “Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: [...] IV – créditos com privilégio especial, a saber: a) os previstos no art. 964 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia; V – créditos com privilégio geral, a saber: a) os previstos no art. 965 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei; c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; VI – créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; [...]”

²⁵ “Quando concorrerem aos mesmos bens, e por título igual, dois ou mais credores da mesma classe especialmente privilegiados, haverá entre eles rateio proporcional ao valor dos respectivos créditos, se o produto não bastar para o pagamento integral de todos.”

Se a alienação judicial importar na adjudicação do bem, para que sejam respeitados os critérios de distribuição aqui expostos, em duas hipóteses o adjudicante deve exhibir, total ou parcialmente, o preço pelo qual se realiza a adjudicação.

Caso o seu crédito concorra com outro de hierarquia superior, o adjudicante deve exhibir o preço total, se este (o preço) for menor que o valor do crédito hierarquicamente superior, ou exhibir parte do preço, no limite do valor equivalente ao do crédito hierarquicamente superior. E, caso o seu crédito concorra com outro de igual hierarquia, o adjudicante deve exhibir, com base no valor pelo qual se realiza a adjudicação, o valor equivalente à proporção que o outro crédito representa em relação ao valor total dos créditos de mesma classe.

A adjudicação é forma de pagamento ao credor (CPC, art. 708, inc. II). Por isso, quando ela visa a satisfazer crédito sujeito à retenção de contribuições previdenciárias e/ou imposto de renda, os valores assim devidos continuam sendo exigíveis do credor-adjudicante.

O acolhimento do pedido de adjudicação, no entanto, não se condiciona à exibição, pelo adjudicante, do valor referente às contribuições previdenciárias e/ou imposto de renda. Além das hipóteses antes aventadas, a exibição de valor, pelo adjudicante, somente é exigível na situação cuidada no parágrafo único do art. 24 da Lei 6.830/80, ou seja, quando o valor da adjudicação é superior ao valor do crédito titularizado pelo adjudicante, caso em que o valor a ser exibido corresponde à diferença entre ambos.

A solução, então, é impor ao adjudicante o recolhimento das contribuições previdenciárias e/ou imposto de renda – incidente(s) sobre o valor pelo qual se opera a adjudicação – em atenção ao prazo definido legalmente, sob pena de promover-se a correspondente execução, a qual pode, inclusive, redundar na penhora do bem adjudicado.

CONCLUSÕES

O concurso de credores incidental à execução instaura-se quando vários credores disputam o dinheiro disponível nos autos de um mesmo processo.

Com a instauração do concurso de credores incidental à execução, duas questões relacionadas à distribuição do dinheiro demandam solução: a definição dos beneficiários e o modo de realização da distribuição.

Num primeiro momento, os créditos titularizados pelos credores concorrentes devem ser graduados em observância à hierarquia instituída em lei.

A ordem obtida com a graduação dos créditos deve nortear a distribuição do dinheiro, de modo que, de início, devem ser satisfeitos os créditos posicionados no primeiro degrau e, somente após, se houver sobra, os créditos posicionados no degrau seguinte, e assim sucessivamente.

Quando não for suficiente à integral satisfação de todos os créditos posicionados num mesmo nível hierárquico, o dinheiro disponível deve ser rateado entre todos os credores de igual hierarquia, segundo a proporção que o valor de cada crédito representa em relação ao valor total dos créditos de mesma hierarquia.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AI-REsp 616.348. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 15 ago. 2007. *Diário da Justiça*, 15 out. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200302290040&dt_publicacao=15/10/2007>. Acesso em: 11 mar. 2010.
- _____. CC 632. Relator: Min. José de Jesus Filho. Brasília, DF, 22 mai. 1990. *Diário da Justiça*, 01 out. 1990. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&dt_publicacao=01/10/1990&num_registro=198900097520>. Acesso em: 11 mar. 2010.
- _____. CC 41.133. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, DF, 28 abr. 2004. *Diário da Justiça*, 21 jun. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200302357209&dt_publicacao=21/06/2004>. Acesso em: 11 mar. 2010.
- _____. REsp 318.305. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 19 mai. 2005. *Diário da Justiça*, 02 jun. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoesmonocraticas/decisao.asp?registro=200100443052&dt_publicacao=2/6/2005>. Acesso em: 11 mar. 2010.
- _____. REsp 540.025. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 14 mar. 2006. *Diário da Justiça*, 30 jun. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200300608638&dt_publicacao=30/06/2006>. Acesso em: 11 mar. 2010.
- _____. RMS 20.386. Relator: Des. Paulo Furtado (convocado). Brasília, DF, 19 mai. 2009. *Diário da Justiça*, 03 jun. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200501197814&dt_publicacao=03/06/2009>. Acesso em: 11 mar. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 498686. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 05 abr. 2005. *Diário da Justiça*, 29 abr. 2005. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(AI\\$.SCLA.%20E%20498686.NUME.\)%20OU%20\(AI.ACMS.%20ADJ2%20498686.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(AI$.SCLA.%20E%20498686.NUME.)%20OU%20(AI.ACMS.%20ADJ2%20498686.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 11 mar. 2010.
- _____. RE 116.208-2. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 20 abr. 1990. *Diário da Justiça*, 08 jun. 1990. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20116208.NUME.\)%20OU%20\(RE.ACMS.%20ADJ2%20116208.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20116208.NUME.)%20OU%20(RE.ACMS.%20ADJ2%20116208.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 11 mar. 2010.
- _____. RE 470.407. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 mai. 2006. *Diário da Justiça*, 13 out. 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20470407.NUME.\)%20OU%20\(RE.ACMS.%20ADJ2%20470407.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20470407.NUME.)%20OU%20(RE.ACMS.%20ADJ2%20470407.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 11 mar. 2010.
- MOSCON, Cledi de Fátima Manica. Direitos de preferências e privilégios no concurso particular de credores na execução. *Revista de Processo*, São Paulo, a. XXXI, n. 131, jan. 2006.

A ARREMATÇÃO PELO CREDOR NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Luciana Böhm Stahnke

Juíza do Trabalho Substituta
Especialista em Direito do Trabalho

RESUMO: O presente artigo parte da premissa de que a prestação jurisdicional do Estado vise solucionar pacificamente os conflitos e assegurar a garantia dos direitos, não podendo ter a pretensão de esgotar-se com a mera prolação da sentença. Elegendo a execução como fase indispensável para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, destaca a arrematação pelo credor na Justiça do Trabalho como instrumento necessário para garantir a correta e rápida execução da mesma.

PALAVRAS-CHAVE: Arrematação; Celeridade; Credor; Efetividade da prestação jurisdicional; Execução trabalhista; Processo trabalhista.

SUMÁRIO: Introdução; I. Aspectos da arrematação pelo credor trabalhista; II - Aspectos da jurisprudência trabalhista sobre o tema; Considerações Finais; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Nada mais atual em temática processual do que se falar em efetividade da execução, em dar cumprimento às sentenças com celeridade. Este é o anseio da sociedade que busca no Judiciário a satisfação rápida de seus direitos.

Vale ressaltar que o processo de execução bem sucedido é que confere legitimidade e reconhecimento à Justiça, demonstrando a sua imparcialidade, a sua equanimidade e a sua efetividade.

A efetividade diz respeito à capacidade de se promover resultados pretendidos, realizando a coisa certa para transformar a situação existente. Podemos alcançar a eficácia (a capacidade de realizar objetivos) e a eficiência (utilizar produtivamente os recursos), e ainda assim não atingir os resultados pretendidos.

Posto que a prestação jurisdicional do Estado vise solucionar pacificamente os conflitos e assegurar a garantia dos direitos, não pode ter a pretensão de esgotar-se com a mera prolação da sentença. A prestação jurisdicional somente atinge os resultados pretendidos quando a mesma é correta e rapidamente executada, concretizando seus efeitos.

Daí a crescente importância do processo de execução trabalhista, estatuído no escopo de obter a rápida satisfação do credor. Tal satisfação é buscada mediante a aplicação das técnicas de constrição e expropriação patrimonial do devedor. Este é o momento no qual o resultado buscado, isto é, a garantia dos direitos enunciados e assegurados pela sentença, pode ser efetivamente concretizado.

À exaustão, em inúmeros congressos, se discutem os desafios da execução trabalhista. O presidente da ANAMATRA, Luciano Athayde Chaves, em evento promovido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região¹, destacou o vanguardismo da Justiça do Trabalho quanto aos procedimentos de execução, constatando que “no Brasil, há o mito da cognição, que faz com que os magistrados se preocupem mais em cumprir prazos da fase de conhecimento do que em efetivar a execução, que se acumula”. Encerrou sua exposição defendendo que o Juiz do Trabalho empenhe uma maior parte de seu tempo nessa fase do processo.

Com vista a contribuir com o tema, o presente estudo foi apresentado para debate no Grupo de Estudos de Direito Processual, no dia 03.09.2010, e objetiva destacar algumas peculiaridades da arrematação pelo exequente na Justiça do Trabalho, ressaltando-se a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca dessa possibilidade.

I. ASPECTOS DA ARREMATÇÃO PELO CREDOR TRABALHISTA

No processo civil não há qualquer óbice para o credor participar da arrematação, competindo com outros pretendentes. Nesse sentido disciplina o parágrafo único do art. 690-A do CPC, que assim dispõe: “*o exequente, se vier a arrematar os bens, não estará obrigado a exibir o preço; mas, se o valor dos bens exceder o seu crédito, depositará, dentro de 3 (três) dias, a diferença, sob pena de ser tornada sem efeito a arrematação e, neste caso, os bens serão levados a nova praça ou leilão à custa do exequente*”.

Já na sistemática trabalhista, o art. 888 da CLT menciona que, concluída a avaliação, seguir-se-á a arrematação. O § 1º estabelece que “*a arrematação far-se-á em dia, hora e lugar anunciados e os bens serão vendidos pelo maior lance, tendo o exequente preferência para a adjudicação*”. Desta forma, vê-se que a CLT não faz qualquer referência a respeito da possibilidade do credor trabalhista poder arrematar o bem em hasta pública. De igual forma, a Lei nº 6.830/80 não dispõe a respeito.

Assim sendo, a controvérsia se estabelece na possibilidade ou não de se aplicar o disposto no art. 690-A, parágrafo único, do CPC à execução trabalhista.

Para alguns doutrinadores² e parte da jurisprudência, a arrematação não se aplica ao credor trabalhista, pois a CLT seria expressa em facultar somente a adjudicação. Para estes, o exequente não pode oferecer lance em arrematação do bem levado à hasta pública. O credor somente pode intervir na arrematação para adjudicar o bem na forma e condições previstas no art. 888, §§ 1º e 3º, da CLT, e no art. 24, II e parágrafo único, da Lei 6.830/80.

Assim, para o credor trabalhista há a necessidade de aguardar a realização da praça ou leilão, em face do disposto na legislação citada. Porém, a possibilidade de adjudicar o bem não está condicionada ao resultado negativo da hasta pública. Nesse caso, o credor somente pode adquirir o bem penhorado mediante adjudicação, pelo maior lance, preferindo ao lançador (necessariamente estranho ao feito), ou pelo

¹ O magistrado participou em 2 de julho de 2009 do 9º Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, conforme Informativo da ANAMATRA nº 122 de julho/agosto/2009. Integrou o painel “Execução: o novo olhar da Justiça do Trabalho”.

² Isis de Almeida in *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1994, v. II, p. 483.

valor da avaliação, na ausência de licitantes, caso em que a adjudicação somente ser-lhe-á deferida se e quando deposite em Juízo a diferença (quando existente) entre a avaliação e o seu crédito.

José Augusto Rodrigues Pinto³, ao analisar a preferência do credor (art. 888, § 1º da CLT) diz que este, exercendo-a, estará também licitando, apenas com o privilégio da igualdade de lance em seu favor. Sem haver a oferta de preço por terceiros, a preferência pode ser exercida mediante oferta de preço igual ao da avaliação. Prossegue referindo que “o ato que consubstancia a aquisição de bens do devedor pelo próprio credor, na hasta pública, servindo-se do privilégio que lhe assegura a legislação trabalhista, é a adjudicação”.

Embora a literalidade do art. 888 da CLT, muitos doutrinadores defendem a possibilidade do credor trabalhista proceder à arrematação de bens levados à hasta pública. Para estes não há empecilho legal para a arrematação pelo exequente. Nesse sentido a doutrina de Francisco Antônio de Oliveira⁴, Manoel Antônio Teixeira Filho⁵ e Carlos Henrique Bezerra Leite⁶.

No mesmo sentido também sustenta Marcelo Papaléo de Souza⁷, que conclui que no processo do trabalho, na hipótese de ausência de licitantes, não será lícito ao credor oferecer lance inferior ao valor da avaliação, por aplicação analógica do disposto no art. 24, II, *a* da Lei 6.830/80. Existindo outro licitante, prevalece o maior lance, mesmo que inferior à avaliação. Conclui o referido autor que “ao credor é facultado participar do leilão em igualdade de condições com os demais licitantes e, sendo seu o maior lance e não caracterizado como vil, deve-lhe ser deferida a arrematação do bem penhorado, ainda que garanta ele a execução em outros processos, quando os demais credores restam inertes”. Também o entendimento de Carlos Henrique Bezerra Leite é no sentido de que se o credor desejar oferecer lance, deverá adquirir o bem pelo preço da avaliação.

Em posição contrária, há quem sustente que, se não houve licitantes, é legítima a arrematação levada a efeito pelo credor, ainda que em lance inferior ao preço avaliado, desde que não caracterizado preço vil. Isso porque, se esse é o entendimento adotado no processo civil, com maior razão cumpre observá-lo no processo do trabalho, em que se busca a satisfação de crédito alimentar. Seria, então, lícito ao credor participar da hasta pública, como qualquer pessoa que esteja na livre administração de seus bens, justamente por não se encontrar expressamente nas exceções contidas no art. 690-A do CPC. A ausência de outros licitantes torna-se irrelevante, dada a possibilidade legal do credor participar do ato de alienação como qualquer outro interessado.

O fundamento legal seria a aplicação analógica do disposto no art. 98, § 7º, da Lei nº 8.212/91, que assim dispõe: “*Se no primeiro ou no segundo leilões a que se*

³ *Execução Trabalhista*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 154.

⁴ *Execução na Justiça do Trabalho*. 6 ed. São Paulo:Ed. RT, 2007, p. 315.

⁵ Curso de Processo do Trabalho: perguntas e respostas sobre assuntos polêmicos em opúsculos específicos. n. 15: execução: expropriação e embargos de terceiro. São Paulo: LTr, 1997, p. 20.

⁶ *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 920.

⁷ *Manual da Execução Trabalhista: expropriação*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 190.

refere o 'caput' não houver licitantes, o INSS poderá adjudicar o bem por cinquenta por cento do valor da avaliação”.

II. ASPECTOS DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA SOBRE O TEMA

Pelo que se analisou até então, se conclui que, basicamente, são três os entendimentos jurisprudenciais sobre o tema. Há aqueles que entendem que a arrematação não se aplica ao credor trabalhista, o qual somente pode adjudicar. Os que entendem que o credor trabalhista pode arrematar, mas somente pelo valor do maior lance ou, não havendo licitantes, pelo valor da avaliação⁸. E, por fim, os que entendem que, não havendo licitantes, a arrematação pelo credor pode se dar por valor inferior ao da avaliação, desde que não se caracterize preço vil.

Superada a questão da possibilidade do credor trabalhista arrematar, a jurisprudência vem avançando no sentido de que, em não havendo licitantes, o credor pode arrematar por um preço inferior ao da avaliação desde que não caracterizado o preço vil⁹.

Destacam-se as seguintes ementas, a corroborar o entendimento de que a arrematação pelo exequente pode ser feita por valor inferior ao da avaliação:

PRAÇA – LICITAÇÃO PELO EXEQUENTE – POSSIBILIDADE –
“As normas processuais civis que regem a espécie, aplicáveis subsidiariamente ao processo trabalhista, não estabelecem óbice ao credor/exequente para que possa arrematar os bens levados à praça, ainda que por valor inferior ao constante do edital (art. 690, § 2º do CPC c/c art. 888 da CLT). Hipótese contrária, ou seja, a de que o credor somente poderia arrematar pelo preço constante do edital, significaria evidente discriminação legal em relação ao exequente, que pode arrematar os bens por preço abaixo ao da avaliação, da mesma forma que os demais licitantes” (TRT 3ª R, AP 6634/01, (22140/98), 4ª T, Rel. Des. Fernando Luiz G. Rios Neto, DJMG 09.02.2002, p. 10).

EXECUÇÃO – ARREMATAÇÃO PELO CREDOR – VALIDADE –
“É lícita a arrematação, pelo credor, por valor inferior ao do edital, de bens levados à segunda praça, mesmo que não tenha havido qualquer lance de terceiro. Inteligência do art. 690, § 2º do CPC, c/c o a art. 888, da CLT” (TRT 19ª R, AP 00041.2000.056.19.00.5, Rel. Des. João Batista, 21.02.2002).

ARREMATAÇÃO DO BEM PENHORADO PELO EXEQUENTE – POSSIBILIDADE –
“Segundo o § 1º do art. 888 da CLT, a 'arrematação far-se-á em dia, hora e lugar anunciados e os bens serão vendidos pelo maior lance, tendo o exequente preferência para a adjudicação'. Ora, seria um contra-senso, inclusive em relação ao princípio protecionista do processo do trabalho, permitir que o exequente adjudicasse o bem apenas pelo valor da avaliação, ou seja,

⁸ TRT da 4 Região. Ag-PET Processo nº 0130900-36.1994.5.04.0102, Redator Des. Ricardo Tavares Gehling, publ.em 05.08.2010.

TRT da 4 Região. Ag-Pet Processo nº 0208700-91.2005.5.04.0802, Redator Des. Rejane Souza Pedra, Publ. 24.09.2009.

⁹ Por preço vil há de ser entendido o oferecimento de valor irrisório, incapaz de cobrir despesas processuais e amortecer, razoavelmente, o débito.

acima dos demais participantes da hasta pública. Havendo aparente omissão em relação ao valor da adjudicação (maior lance ou avaliação), é perfeitamente possível a aplicação supletiva do § 2º do art. 690 do CPC, que não impede que o credor participe da hasta pública, formulando lance, desde que não seja vil (art. 692, CPC)” (TRT 15ª R, AP 8432/04, (14399/04), 3ª T, Rel. Des. Samuel Hugo Lima, DOE 30.04.2004, p. 82).

HASTA PÚBLICA – ARREMATAÇÃO DOS BENS PELO CREDOR
– “A legislação processual civil, aplicada subsidiariamente ao Processo do Trabalho, embora considere, em geral, o licitante como terceiro, permite que o próprio credor atue nesta qualidade. Diferentemente, no entanto, dos demais licitantes, não está o exequente obrigado a exibir o preço, a não ser quando o valor dos bens penhorados exceda ao do seu crédito, hipótese em que deverá depositar a diferença entre o valor do seu crédito e o do maior lance, sob pena de desfazer-se a arrematação (art. 690, § 2º, do CPC). Se à praça realizada não houve concorrentes, legítima se torna a arrematação levada a efeito pelo credor-exequente, ainda que em lance inferior ao preço avaliado. Isto porque, se o exequente participou da hasta pública em igualdade de condições e ofertou lance equivalente ao percentual de 55% do valor da avaliação, não é razoável que seja exigido o alcance do valor desta última, não havendo que se cogitar de lance vil”. (TRT 3ª R, Ap 00162.2002.070.03.00.2, 2ª T, Rel. Des. Alice Monteiro de Barros, TJMG 18.08.2004, p. 9).

ARREMATAÇÃO DE BENS PELO CREDOR – VALOR INFERIOR AO DA AVALIAÇÃO – “É possível ao credor/exequente arrematar os bens penhorados por valor inferior ao da avaliação. Inteligência do art. 690-A, parágrafo único, do CPC” (TRT 4ª R, AP 1005000-479.2005.5.04.0811, Rel. Des. Maria Inês Cunha Dornelles, 05.11.2008).

ARREMATAÇÃO PELO EXEQUENTE – PENHORA DE BEM IMÓVEL – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO CREDOR HIPOTECÁRIO – “Não há óbice a que o credor possa arrematar o bem, nos termos do artigo 689, § 2º, do CPC, desde que não haja outros licitantes e a arrematação não se dê por preço vil. Todavia, recaído a penhora sobre bem hipotecado, a ausência de intimação do credor hipotecário gera a nulidade dos atos posteriores à penhora, nos termos dos artigos 615, II, 619, 694 e 698 do CPC” (TRT 4ª R, AP 8016700-51.2001.5.04.0871, Rel. Des. Ricardo Tavares Gehling, 28.01.2010).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a utilidade da execução, defendemos a possibilidade do credor trabalhista proceder à arrematação de bens levados à hasta pública. Ponto favorável a esta possibilidade é o favorecimento do executado, pois na praça ou leilão, com o lance do credor, pode-se alcançar valores superiores e se extinguir a obrigação do devedor. Vem em favor da execução a multiplicidade de lances.

Em uma execução que vem se desencadeando normalmente, a tendência é que quando não haja licitantes, o credor somente arremate pelo valor da avaliação. Evidentemente, as diversas situações que se apresentam no cotidiano devem ser analisadas caso a caso. Assim é que, se após alguns leilões negativos, se tem admitido a adjudicação por valor inferior ao da avaliação, não é diversa a situação da arrematação.

Concordamos, então, em linhas gerais com o avanço da jurisprudência, no sentido de que ao credor trabalhista é permitido lançar, inclusive por valor inferior ao da avaliação se não houver licitantes, tudo para o fim de assegurar o resultado útil da execução.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Isis de. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 6. ed. v. II. São Paulo: LTr, 1994.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Execução Trabalhista*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2006.

SOUZA, Marcelo Papaléo de. *Manual da Execução Trabalhista: expropriação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de Processo do Trabalho: perguntas e respostas sobre assuntos polêmicos em opúsculos específicos, nº 15: execução: expropriação e embargos de terceiro*. São Paulo: LTr, 1997.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO: ALGUMAS OBSERVAÇÕES

Rozí Engelke

Juíza do Trabalho Substituta

Lígia Belmonte

Juíza do Trabalho Substituta

SUMÁRIO: Introdução; I. Responsabilidade Solidária e Subsidiária – Conceito; II. Terceirização e Legislação Vigente; III. Responsabilidade de terceiros com relação ao vínculo de emprego; Considerações Finais; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

É crescente na Justiça do Trabalho as demandas contra mais de um reclamado. Nas origens da Justiça do Trabalho, as partes eram somente reclamante e reclamado, sendo estas: trabalhador e empregador; o trabalhador entregava sua força de trabalho para o empregador, que desenvolvia uma atividade econômica com auxílio de empregados e era responsável único pela quitação integral dos direitos trabalhistas dos seus colaboradores, entendendo-se esta responsabilidade como pagamento do salário como obrigação principal e outras poucas obrigações acessórias, que aqui deixa-se de transcrever por não ser objeto do presente estudo.

Com a globalização e precarização das relações de trabalho em face da crescente concorrência entre grandes corporações, passam a existir relações jurídicas trilaterais, distintas daquelas relações jurídicas bilaterais ou lineares que se estabelecem no contrato de trabalho, onde o empregado se vincula diretamente ao empregador, prestando-lhe serviços pessoais, não eventuais (ligados à atividade-fim), de forma subordinada e mediante salário (art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho).

Neste pequeno estudo, busca-se uma sistematização da responsabilização de pessoas outras que não empregado e empregador, para adimplir obrigação não cumprida oportunamente pela parte responsável originalmente.

Tendo-se como premissa que o trabalhador, como parte integrante da relação de emprego, tem como obrigação principal apenas a entrega da sua força de trabalho em troca do pagamento do salário, raras serão as hipóteses em que este comparecerá em eventual demanda perante a Justiça do Trabalho como reclamado.

A premissa deste estudo será a responsabilidade do empregador e de outros coobrigados, de forma principal ou acessória pelos créditos trabalhistas dos empregados.

I) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA – CONCEITO

A responsabilidade solidária ocorre quando “... *na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda.*” (art. 264 do CC).

A obrigação solidária destaca-se porque cada titular, isoladamente, possui o direito ou responde pela totalidade da prestação, embora aos outros assista o direito de reversão, ou seja, na solidariedade às responsabilidades situam-se no mesmo plano, igualando-se horizontalmente sem benefício de ordem.

A responsabilidade subsidiária é a que vem reforçar ou suplementar a responsabilidade principal. A corresponsabilidade dos interessados diferencia-se porque na subsidiariedade há uma estratificação vertical, que implica o chamamento sucessivo dos responsáveis; primeiro o principal, depois o subsidiário. É o chamado benefício de ordem. Por esta razão, o responsável subsidiário tem o direito de regresso contra o devedor principal para reaver integralmente o que solveu, porquanto o débito era somente do devedor principal. Desta forma exige-se a inadimplência ou insolvência do devedor principal para efetivar-se a responsabilidade subsidiária.

No nosso ordenamento jurídico a responsabilidade subsidiária tem previsão legal no artigo 28, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe: *As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações deste Código.*

II) TERCEIRIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO VIGENTE

A legislação sobre o tema em debate é esparsa e não disciplina de forma exaustiva a relação processual decorrente das relações terceirizadas no plano material.

Inicialmente, e de forma bastante incipiente, a CLT, pelo seu art. 455, trata da empreitada e subempreitada, que são formas de subcontratação de mão de obra. Referido dispositivo prevê a possibilidade de reclamação do empregado em face do empregador principal, em caso de inadimplemento das obrigações pelo subempreiteiro.

A jurisprudência diverge quanto à natureza da responsabilidade do empregador principal.

O art. 10 do Decreto-lei nº 200/67 e a Lei nº 5.645/70 previram a terceirização de serviços no âmbito do serviço público, estimulando a prática da descentralização administrativa quanto às atividades meramente executivas ou operacionais, através da contratação de empresas privadas.

A Lei n. 6.019/74 criou a figura do trabalho temporário, prevendo sua inserção no processo produtivo da empresa tomadora por um lapso temporal de três meses, possibilitada a prorrogação através de autorização do Ministério do Trabalho. Referida lei permitiu a terceirização temporária dos serviços e, no art. 16, prevê a responsabilidade solidária da empresa tomadora ou cliente pelo recolhimento da contribuição previdenciária, bem como pela remuneração e indenização previstas em lei, exclusivamente na hipótese *de falência* da empresa de trabalho temporário.

Também a Lei n. 7.102/83, que tratou da vigilância em estabelecimentos financeiros, pelo seu art. 3º, autorizou a intermediação do trabalho por empresa especializada.

Neste caso, a terceirização foi autorizada de forma permanente.

Posteriormente, com a alteração introduzida no art. 10, pela Lei n. 8.863/94, foi estendida a autorização para que quaisquer estabelecimentos, públicos ou privados, ou até mesmo pessoas físicas, possam contratar serviços de vigilância de forma terceirizada.

A Lei nº 8.949, de 09.12.94, introduziu o parágrafo único ao art. 442 da CLT, pelo qual: “*Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.*” Referido dispositivo legal permitiu à cooperativa atuar em prol de tomadores de serviços, sem que haja a caracterização de vínculo empregatício, constituindo forma de terceirização de serviços.

Estes são apenas alguns exemplos, sendo certo que o mundo dos fatos é muito mais rico que o mundo do direito. A legislação, por certo, não atende às diversas hipóteses submetidas diuturnamente ao Judiciário Trabalhista, que utiliza dispositivos legais do Direito Civil para responsabilização das empresas envolvidas no fenômeno terceirizante, objetivando oferecer resposta mais adequada aos trabalhadores terceirizados, como autorizado pelo parágrafo único do art. 8º da CLT, *in verbis*: “*O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.*”

a) Terceirização Lícita e Ilícita

A Súmula nº 256 do TST considerava ilegal toda e qualquer forma de contratação de trabalhadores por empresa interposta, firmando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, salvo nas hipóteses de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74) e de vigilância em estabelecimentos financeiros (Lei n. 7.102/83). Na vigência do referida súmula, apenas o trabalho temporário e a vigilância em estabelecimentos financeiros podiam ser objeto de contratação através de interposta pessoa, ou seja, de forma terceirizada, sendo que toda e qualquer outra contratação sob tal modalidade era reputada ilícita e o vínculo trabalhista era fixado com o tomador de serviços, que era responsabilizado por toda e qualquer obrigação trabalhista dele decorrente.

Entretanto, à margem da previsão normativa, foram sendo criadas inúmeras outras hipóteses de contratação de trabalhadores em regime de terceirização, relativamente a serviços de conservação e limpeza, vigias diversos, ascensoristas e inúmeros outros, o que obrigou o TST a rever a Súmula nº 256.

Referido esforço hermenêutico por parte do Col. TST implicou revisão da Súmula nº 256, através da Súmula nº 331, mais consentânea com a evolução do tema.

Foram ampliadas as hipóteses de terceirização lícita, mantendo-se, dentre elas, a do trabalho temporário, destacado no item I da súmula, bem como os serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), já consideradas lícitas pela Súmula nº 256. Foram inseridas outras hipóteses de terceirização lícita, quais sejam: a de conservação e limpeza e a de serviços especializados ligados às atividades-meio do tomador, assim entendidas aquelas periféricas ou que não dizem respeito à função preponderante da empresa, mas que a auxiliam a atingir seus objetivos.

O item III da Súmula nº 331 condicionou a validade da fórmula terceirizante, nos três últimos casos (vigilância, conservação e limpeza e atividades-meio), inexistência de pessoalidade e subordinação direta ao tomador de serviços.

Diante da enumeração das hipóteses em que é válida a terceirização de serviços, conclui-se ser ela ilícita quando envolve a atividade-fim da empresa, sendo que a consequência é o estabelecimento do vínculo diretamente com o tomador dos serviços. E por atividades-fim devem ser entendidas aquelas que se relacionam com a finalidade do empreendimento econômico, ou seja, aquele rol de atividades que se inserem no processo produtivo a que se dedica a empresa, ou seja, ligadas à sua atividade preponderante.

Também nos casos em que a terceirização é lícita, caso constatada a pessoalidade e subordinação diretas ao tomador de serviços, poderá o trabalhador pleitear o estabelecimento do vínculo diretamente com o mesmo, nos termos do art. 3º da CLT. Constitui exceção o trabalho temporário, em que haverá sempre pessoalidade e subordinação diretas ao tomador de serviços, sem que haja a possibilidade de estabelecimento do vínculo com ele. O trabalho temporário foi excepcionado no item I da Súmula, sendo tratado em separado das demais formas de terceirização lícita, elencadas pelo inciso III, que veda a pessoalidade e subordinação direta do empregado terceirizado ao tomador de serviços.

Quando a terceirização de serviços, envolvendo a Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional, for reputada ilícita, não se pode reconhecer vínculo empregatício, em face da proibição contida no inciso II do art. 37 da Constituição da República, que exige o concurso público para a validade do contrato de trabalho. Esta é a previsão inserida no inciso II da Súmula n. 331 do Col. TST.

Recentemente o TST editou a nova Orientação Jurisprudencial n. 383 da SDI-I, com o seguinte teor: *“A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12 “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.*

Como se vê, a jurisprudência avança no sentido de garantir ao trabalhador terceirizado salário equitativo em relação do trabalhador contratado diretamente.

b) Critério de Diferenciação entre Terceirização Lícita e Ilícita

É necessário estabelecer uma analogia entre a relação contratual interempresarial (prestadora e tomadora) e a relação de emprego clássica, para buscar um critério de definição de atividade-meio para apuração da licitude dessa hipótese de terceirização.

É possível traçar um paralelo com a autonomia da empresa prestadora de serviços e o trabalho autônomo prestado por pessoa física. O “modo de ser” da prestação autônoma de serviços não pode ser dirigido e fiscalizado pelo tomador de serviços, sob pena de caracterizar-se vínculo empregatício. Se há ingerência da tomadora de serviços sobre o “modo de ser” das operações realizadas pela prestadora, como o poder de comando na relação de emprego, trata-se de atividade-fim.

Se necessário intervir de modo efetivo na suposta atividade-meio é porque não houve a delegação de serviços inerente à essa espécie de terceirização (de duração indeterminada).

Releva notar, ainda, que o item III do Enunciado 331 prevê a terceirização de "*serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador*", o que restringe ainda mais as hipóteses lícitas dessa contratação. A exemplo do que ocorre com o trabalho temporário – art. 4º da Lei 6.019/74 – a qualificação dos trabalhadores naquele ramo de serviços terceirizado também integra os pressupostos de licitude da terceirização.

III) RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS COM RELAÇÃO AO VÍNCULO DE EMPREGO

1. Responsabilidade do tomador dos serviços

A responsabilização do tomador dos serviços será, no mínimo, subsidiária à do empregador formal (inciso IV), partindo-se da premissa prevista na Súmula n. 331 do TST, com o seguinte teor:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

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

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Contudo, é frequente a apresentação de defesa pelas empresas tomadoras dos serviços, com a intenção de se eximirem de qualquer obrigação, afirmando regular a contratação de empresa prestadora de serviços.

O entendimento do TST encontra amparo legal no artigo 186, combinado com o artigo 927, ambos do Código Civil, que versa sobre a culpa extracontratual, sendo plenamente aplicável à hipótese de terceirização lícita.

Também é de se aplicar, por analogia, o disposto no artigo 455 da CLT, que responsabiliza o empreiteiro principal pelos débitos trabalhistas do subempreiteiro, ainda que lícita a contratação do subempreiteiro.

Ou seja, muito embora seja lícita a contratação de empresa prestadora de serviços, a responsabilidade (solidária ou subsidiária) permanece, tendo em vista que ocorreu a celebração de contrato com empresa que inadimpliu as obrigações trabalhistas,

uma vez que à(s) tomadora(s) de serviço cabe uma parcela de responsabilidade relativamente aos créditos trabalhistas, pois não resta dúvida que foi (foram) beneficiária(s) do trabalho do obreiro.

Assim, nos casos de cessão lícita de mão de obra, como na terceirização, subsiste a responsabilidade subsidiária do(s) tomador(es) de serviços independentemente da idoneidade da empresa contratada ou de eventual fiscalização por parte do contratante em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, já que esta resulta do benefício auferido pela(s) empresa(s) tomadora(s) a partir do trabalho executado pelos empregados da empresa contratada.

Na mesma esteira, a idoneidade financeira da real empregadora não afasta a responsabilidade das empresas contratantes, frente à relação estabelecida entre as empresas e o benefício auferido.

É de salientar que eventual ajuste entre as empresas acerca da responsabilidade exclusiva da empregadora pelos créditos trabalhistas somente tem eficácia entre as acordantes e autoriza a contratante a buscar seus direitos em ação regressiva, mas não tem eficácia perante os trabalhadores que não participaram do ajuste.

A lei é apenas uma das fontes que compõe o ordenamento jurídico, sendo que na Justiça do Trabalho há expressa definição, pelo art. 8º da CLT, de utilização da jurisprudência como fonte supletiva, a ser adotada para dirimir as questões postas na falta de disposições legais. Não há, portanto, ilegalidade ou qualquer óbice à adoção do entendimento constante da Súmula nº 331 do TST para estabelecer a responsabilização subsidiária das empresas terceirizantes.

A previsão legal da responsabilidade com benefício de ordem, subsidiária, existente no ordenamento jurídico em proteção ao consumidor, pode ser utilizada por analogia da forma que deu origem à súmula em comento. Não há afronta ao princípio da reserva legal porque o entendimento conta com previsão no ordenamento jurídico.

Assim, as empresas tomadoras do serviço – quando lícita a terceirização – são responsáveis subsidiariamente pelos créditos trabalhistas, eventualmente reconhecidos em Juízo, inadimplidos pela real empregadora do trabalhador, na medida do tempo em que foram beneficiadas pela prestação de serviços.

Importa ressaltar, ainda, que não cabe benefício de ordem de contratação para fins de subsidiariedade, já que eventual cumulação de empresas terceirizantes no pólo passivo implica reconhecimento de igual responsabilidade entre estas, e devedores de mesma hierarquia não podem invocar benefício de ordem.

Por derradeiro, acresce-se que o verbete jurisprudencial prevê tão somente o “*inadimplemento das obrigações trabalhistas*” para a condenação subsidiária do tomador. Logo, verificado o inadimplemento, o tomador de serviços é, de plano, responsável subsidiariamente. Não há necessidade de “*prova efetiva da inidoneidade financeira da real empregadora*”, como sustenta corrente minoritária da doutrina e jurisprudência. A inidoneidade das prestadoras de serviços pode-se demonstrar pela revelia ou ausência a audiências de prosseguimento – o que é usual na prática –, bem como pela ausência de documentação exigida por lei, quando tais fatos são meros

reforços de argumentação diante do inadimplemento constatado nos autos do processo, que é suficiente para a condenação subsidiária do tomador.

De outra banda, diversa é a responsabilização na terceirização ilícita, onde a empresa terceirizante usurpa o poder de comando da real empregadora ou, ainda, terceiriza sua atividade-fim quando, então, solidária será a sua responsabilidade juntamente com a real empregadora.

Na hipótese de fraude aos preceitos trabalhistas pela prática de terceirização ilícita incidirá o art. 9º da CLT, sendo considerados nulos de pleno direito os atos relativos à “terceirização”, formando-se o liame empregatício diretamente com o tomador. O terceiro que participou da fraude como “empresa prestadora de serviços” responderá solidariamente, com base no art. 942 do Código Civil de 2002.

2. Responsabilidade dos sócios

Prática que está se tornando mais comum nos processos laborais é inclusão dos sócios das empresas do pólo passivo, ainda de forma incipiente e sem maiores fundamentos por parte dos operadores do direito que vindicam tal responsabilização.

A responsabilidade dos sócios é, de regra, subsidiária. Assim, somente na hipótese de não possuir a pessoa jurídica acionada liquidez para saldar as dívidas reconhecidas é que se volta ao sócio integrante da empresa para que este, então, responda com seus bens pelas dívidas trabalhistas existentes.

Tal conclusão é extraída dos artigos 592, II, e 596, ambos do CPC, que se aplicam ao Processo do Trabalho por força do disposto no art. 769 da CLT, os quais determinam que a execução dos bens dos sócios se dá nos termos da lei, garantido o direito deste de “*exigir que sejam primeiro excutidos os bens da sociedade*”.

Entretanto, ainda que a responsabilidade dos sócios pelos créditos eventualmente reconhecidos em reclamatória trabalhista, de regra, exsurja unicamente na fase executória e, ainda assim, somente na hipótese de restarem infrutíferos os atos expropriatórios dirigidos à empresa demandada, é recomendável a manutenção dos sócios titulares da empresa na lide, com a inclusão destes no título executivo constituído, a fim de que possam, de forma inequívoca, acompanhar o processamento da ação e efetuar de forma integral o exercício do direito à ampla defesa que lhes assiste.

Ademais, tal procedimento, como referido acima, nenhum inconveniente traz ao sócio da empresa, já que sua responsabilidade, de regra, é apenas subsidiária e, pelo ordenamento vigente, surgiria na fase executiva mesmo no caso de sua não participação na lide.

Em suma, os sócios não passam a ser devedores apenas na data em que o juiz redireciona contra eles a execução, pois são responsáveis pelas dívidas contraídas pela empresa desde a constituição da pessoa jurídica, conforme prevê expressamente o CPC, de aplicação subsidiária à CLT. Ademais, havendo insuficiência patrimonial da pessoa jurídica, é a legislação que define quando haverá fraude contra credores ou fraude à execução, a partir do caso concreto, sendo mais um motivo para que os sócios já tenham contra si ajuizada a demanda para evitar dilapidação do patrimônio na fase de conhecimento da ação proposta contra a empresa somente.

3. Responsabilidade dos entes do grupo econômico

A regra geral do Direito do Trabalho é de que a responsabilidade pelas verbas trabalhistas decorrentes da relação jurídica de emprego é do empregador, figurante do pólo passivo.

Além do caso típico do empregador há responsabilidade direta, também, no caso de entidade componente de grupo econômico.

O artigo 2º da CLT conceitua empregador, e no § 2º dispõe:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Como se vê, esse dispositivo expressa toda a força do propósito do legislador de proteger o trabalhador contra o maior poder econômico do empregador. Isso porque, a par de reconhecer qualquer forma de organização entre as empresas, a personalidade jurídica de cada empresa, perfeitamente definida perante o Direito Civil, não constitui empecilho à ação da Justiça do Trabalho em favor dos direitos do empregado. A disposição ultrapassa quaisquer questões jurídico-formais para declarar que tais sociedades compõem um único grupo, o que resulta um único empregador para efeitos da relação de emprego.

No caso do grupo econômico, a lei declara que os integrantes do grupo são solidariamente responsáveis em razão da qualidade de empregador que a lei lhes atribui.

Discute-se se todas as empresas do grupo econômico devem ser notificadas ou citada no processo de conhecimento a fim de que se obtenha contra elas título executivo judicial válido. Entendemos que não.

A Súmula nº 205 do TST, que assim estabelecia, foi cancelada em 2003. Consideramos que tal se deve ao disposto no inciso IV do artigo 4º da Lei 6.830/80, aplicável ao processo do trabalho por força do artigo 889 da CLT. Assim, empresa do mesmo grupo econômico pode ser chamada a integrar a lide, mesmo em execução de sentença.

No caso de terceirização ilícita, igualmente a responsabilidade é direta. Isso porque desfeita a fraude, o dito terceiro ocupará a posição de verdadeiro empregador, restando responsável pelo vínculo de emprego reconhecido, o que resulta na situação típica, anteriormente apontada.

Todavia, conforme já mencionado, a realidade sócio-econômica muito se afasta dos casos típicos da responsabilidade direta previstos na legislação.

4. Responsabilidade do Dono da Obra (Tomador de Serviços e em Empreitada)

A lei trabalhista não prevê a responsabilização do dono da obra pelas verbas trabalhistas devidas pelas empresas contratadas pelo regime de empreitada. Em razão disto, salvo se a dona da obra for empresa que tenha como atividade a construção ou incorporação, a jurisprudência não atribui responsabilidade pelas verbas trabalhistas devidas aos empregados do empreiteiro. Nesse sentido a Orientação Jurisprudencial 191 da SDI-1 do TST, nestes termos:

“Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora”.

Essa orientação, todavia, tem sofrido mitigação em razão do tomador e o fim a que se presta a construção. Não é o caso quando se tratar de empreitada ou prestação de serviços pactuada por pessoa física, perante terceiros *como essencial valor de uso* (caso de reforma de residencial, p. ex) ou mesmo pactuada com pessoa jurídica, de forma eventual.

Mas, no caso em que os contratos de empreitada ou de prestação de serviços sejam firmados entre duas empresas, em que a dona da obra (tomadora dos serviços) necessite normalmente de tal trabalho, mesmo que seja apenas questão de manutenção, de infra-estrutura, cabe a responsabilização subsidiária. Ou seja, não se aplica a regra de não responsabilização que deflui do artigo 455 da CLT. A responsabilização do tomador nesse caso decorre: do risco próprio do empreendimento; por assimilação do conceito civilista de abuso de direito, e do critério de hierarquia normativa a prevalecer o Direito do Trabalho.

Do artigo 2º da CLT se extrai a responsabilidade efetiva pelo risco empresarial, mola mestra do instituto da responsabilidade no Direito do Trabalho. O fato de uma empresa que tem o risco no negócio juridicamente fixado restar indiferente aos vínculos trabalhistas pactuados pela empresa contratada constitui abuso de direito, o qual constitui figura com acento constitucional (art. 5º XXXIV “a”, *in fine*) e legal, (artigo 187 do Código Civil), contando, ainda com referência em demais diplomas legais (art. 17 do CPC, lei de recuperação de empresas...). O abuso decorre da circunstância de os contratos laborais terem sido firmados, ou mantidos, em virtude do interesse empresarial do tomador da obra ou serviço, portanto, do exercício do direito deste, resultado em abuso a frustração do pagamento ao trabalhador, se não acatada a responsabilização subsidiária do tomador originário pelas verbas do período de utilização do trabalho.

Outro ponto da responsabilização trabalhista do dono da obra consiste da prevalência do valor-trabalho e em decorrência dos direitos trabalhistas. Essa prevalência tem previsão na lei civil (art. 649, IV do CPC) legislação especial (art. 449 da CLT) e na própria Constituição da República (artigos 1º, III e IV e 3º, e 170, III).

Assim, cabe a garantia subsidiária dos direitos trabalhistas pelo tomador da obra ou serviço, não apenas em razão da responsabilidade mínima por ato de terceiro, como também pela vedação jurídica ao abuso de direito, em consonância com os princípios da prevalência hierárquica do valor-trabalho e direitos laborais na ordem jurídica do país.

O caráter subsidiário da responsabilidade do tomador encontra-se em consonância com outros ramos do direito, haja vista a jurisprudência em Direito Previdenciário que determina a responsabilidade subsidiária do proprietário ou condômino em vista da inadimplência do construtor (Súmula 126 do antigo TRF).

Atualmente, a Súmula nº 331, item IV, do TST incorpora esse entendimento, independentemente de se tratar de terceirização lícita, reconhecendo a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços pelas verbas trabalhistas devidas pela empresa realizadora da obra ou serviço. Esse reconhecimento pressupõe a presença do tomador na fase de conhecimento do processo.

5. Consórcio de Empregadores

O consórcio de empregadores é figura jurídica recente (década de 90) e surgiu da peculiaridade das atividades do campo, marcadas pela sazonalidade. Foi fórmula jurídica utilizada para conciliar o interesse dos empresários da agroindústria e sem descuidar da realização dos direitos garantidos aos trabalhadores. Essa prática alcançou reconhecimento por meio da Lei nº 10.256 de 09.07.2001, por meio da qual tal Consórcio foi equiparado ao empregador rural pessoa física para fins previdenciários. De acordo com a lei, os integrantes do consórcio serão solidariamente responsáveis “em relação às obrigações previdenciárias” (§ 3º do art. 25-A da Lei nº 8.112/91, conforme Lei n. 10.256/01).

Trata-se de figura de pouca presença nas discussões judiciais, talvez porque, conforme visto, tem definição legal de acordo com proteção legal conferida ao trabalhadores.

6. Franquia ou *Franchising*

Das novas formas contratuais (*know-how*, *engineering*, *factoring* ou faturização, contrato de capitalização) a franquia, ou *franchising*, é a de maior afinidade e frequência nas discussões sobre a responsabilidade decorrente da prestação de trabalho, na Justiça do Trabalho.

Segundo Nelson Abrão¹ franquia é: “o contrato pelo qual o titular de uma marca de indústria, comércio ou serviço (*franqueador*), concede o seu uso a outro empresário (*franqueado*), posicionado ao nível da distribuição, prestando-lhe assistência no que concerne aos meios e métodos para viabilizar a exploração dessa concessão, mediante o pagamento de uma entrada e um percentual sobre o volume dos negócios realizados ao franqueado”.

Mais resumidamente: é a operação através da qual um empresário permite ou autoriza a outrem o direito de usar a marca de produto ou serviço seu, oferecendo-lhe

¹ Da Franquia Comercial – ‘Franchising’. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1984, p. 13.

assistência técnica para sua implantação e comercialização, recebendo, em troca, determinada remuneração.

O instituto veio regulamentado pela Lei n. 8.955 de 15.12.1994, definido no artigo 2º.

Como se extrai do conceito, no mundo do comércio destacam-se produtos ou serviços de grande aceitação, constituindo marca consagrada, e registrada a marca ou patente, é comum a venda ou cessão do uso da tecnologia e das características mediante uma remuneração direta ou indireta.

A finalidade da operação está na comercialização, mediante o fornecimento de assistência técnica, e em certos casos, financeira, e mesmo instalações e equipamento, de modo a comportar distribuição através de uma rede de lojas. O franqueador exerce controle sobre as atividades do franqueado com relação à assistência técnica, publicidade, auxílio financeiro e acompanhamento contábil.

Há, no entanto, total independência do franqueado, que não fica subordinado ao titular do produto que cede, afastando-se, assim, qualquer vínculo empregatício. Dada a total autonomia de cada contratante, não será aquele uma sucursal do franqueador. Ele é responsável pelos atos que pratica.

Ambos os contraentes devem ser comerciantes, há contrato formal, por escrito, contendo informações na forma da lei que disciplina o instituto.

Como se vê, a caracterização de franquia não proporciona hipótese de responsabilização, pelo franqueador, pelos créditos trabalhistas devidos pelo franqueado aos empregados. Note-se que não há relação entre os trabalhadores e o franqueador, ou aproveitamento, direto por este, do objeto do trabalho.

Assim, entendemos que não se verificam os fundamentos capazes de autorizar a responsabilização do franqueador por verbas trabalhistas devidas pelo empregador franqueado, nem responsabilidade trabalhista do franqueador em face do franqueado, pois se trata de vínculo civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme bastante reprisado, o vínculo direto típico, de acordo com o modelo que inspirou a legislação trabalhista, está cada vez menos ocorrente. As complexas relações empresariais desafiam os conceitos e o direcionamento processual com o qual o juiz encaminha a busca da verdade real sobre o fato apresentado pelo trabalhador em busca da sua parte prometida pelo pacto social, de divisão dos papéis na nossa sociedade capitalista.

Não pode o Juiz ficar restrito aos modelos legais que não mais correspondem à realidade sócio-econômica atual, pois assim fazendo não cumprirá seu papel de dar a cada um o que é seu, frustrando em consequência a finalidade da existência da Justiça do Trabalho.

As novas formas de organização das empresas não pode impedir a atuação da Justiça, a fim de manter o trabalhador inserido na proteção dos direitos mínimos garantidores da dignidade humana.

Há na lei um vácuo que precisamos preencher, inicialmente pela conscientização do fato de que aplicar de forma estanque as fórmulas criadas para uma relação simples e direta irá excluir os mais necessitados da proteção do direito que deveria protegê-los.

Por outro lado, aceitar processar qualquer interveniente em relação comercial com que se relacione o empregador, sem critério, à guisa de proteger o trabalhador, geraria insegurança nas relações e, certamente, uma reação da parte mais forte, tendente a dificultar o cumprimento da legislação do trabalho.

O sentido buscado nos nossos questionamentos é o de, conhecidas as faces mais comuns das novas relações, conscientes da inexistência de fórmulas prontas, e atentos para não excluir quem mais necessita da proteção, restritos apenas pelos fundamentos próprios da nossa disciplina, conforme, ainda que de forma modesta, apontamos a cada caso, de acordo com as diretrizes traçadas pela Constituição da República, a doutrina e a jurisprudência que se vem desenhando sobre os temas, avançar e realizar o objetivo de proteger o homem e a mulher trabalhadora da exploração que as novas formas de relação de trabalho podem propiciar.

Acreditamos que o assunto abordado na presente exposição pode oferecer orientadores para análise da aceitação de litisconsórcio e, conseqüente, abrangência da coisa julgada, o que pode diminuir o tempo de duração de demandas, ou até, preveni-las.

Esperamos com a nossa abordagem ter, pelo menos, contribuído para o debate.

BIBLIOGRAFIA

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1982, p. 566/572.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 414/419.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 417.

LIMA, Rusinete Dantas de. *Aspectos Teóricos e Práticos da Terceirização do Trabalho Rural*. São Paulo: LTr, 1999, p 29.

Jarbas Vasconcelos, citado por José Luiz Ferreira Prunes, *Terceirização do Trabalho*. 1. ed. 3ª tiragem, Curitiba: Juruá, 1997, p. 21. A matéria citada foi publicada no *Jornal Trabalhista*, ano X, n. 478, p. 956.

RIZZARDO, Arnaldo. 1942, *Contratos*. 3. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.