

---

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA DA  
**ASSOCIAÇÃO** DOS  
**MAGISTRADOS**  
DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

ANO 9 • Nº 14

ISSN 2358-0038

2º SEMESTRE • 2021



AMATRA.2

**HOMENAGEM A GÉZIO DUARTE MEDRADO**

Coordenação: Diretor Cultural da AMATRA-2, Marcelo Azevedo Chamone  
Juíza do TRT-2, Lorena de Mello Rezende Colnago  
Juíza do TRT-2, Renata Orsi Bulgueroni

Colaboração: Presidente da AMATRA-2, Frederico Monacci Cerutti

---

**REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA DA  
ASSOCIAÇÃO DOS  
MAGISTRADOS  
DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO**

**ANO 9 • Nº 14**

**ISSN 2358-0038**

**2º SEMESTRE • 2021**



**AMATRA·2**

**HOMENAGEM À GÉZIO DUARTE MEDRADO**

Coordenação: Diretor Cultural da AMATRA-2, Marcelo Azevedo Chamone  
Juíza do TRT-2, Lorena de Mello Rezende Colnago  
Juíza do TRT-2, Renata Orsi Bulgueroni

Colaboração: Presidente da AMATRA-2, Frederico Monacci Cerutti

Ficha catalográfica:

Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região/ Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região). – Ano 9, nº14 (2. sem. 2021) – São Paulo, 2021.  
v. : 26cm  
Semestral ISSN: 2358-0038  
1. Direito do Trabalho - Periódico 2. Direito Processual Do Trabalho. I.  
Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região)  
CDU 34:331(05)

**CARO(A) ASSOCIADO(A),**

Com muita satisfação, a AMATRA-2 lança e entrega para cada um dos Associados da Entidade, a 14ª (décima quarta) edição da Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região.

Destacamos a merecida homenagem ao nosso querido magistrado Gézio Duarte Medrado, que sempre exerceu a Magistratura visando à construção de uma sociedade justa e democrática.

Continuamos a cumprir o nosso importante papel de estimular à busca do aperfeiçoamento e atualização jurídica, funções institucionais de suma relevância de nossa Associação, engajada e protagonista na construção de um futuro em que todo cidadão tenha vida e trabalho digno.

Os excelentes artigos abordam com profundidade temas atuais e relevantes, que em muito contribuirão para uma melhor prestação jurisdicional. Esperamos que a leitura desta edição inspire uma participação ainda maior dos colegas para os próximos números.

Desejamos uma boa leitura a todos.

Abraços,

**FREDERICO MONACCI CERUTTI**  
Presidente da AMATRA-2.



AMATRA-2

Associação dos Magistrados  
da Justiça do Trabalho da Segunda Região

**Conselho Editorial:**

**Adalberto Martins**, Desembargador do TRT-2  
**Adriana Goulart de Senna Orsini**, Juíza do TRT-3  
**Carla Reita Faria Leal**, Juíza do TRT-23  
**Carlos Roberto Husek**, Desembargador do TRT-2  
**Homero Batista Mateus da Silva**, Juiz do TRT-2  
**Morgana de Almeida Richa**, Ministra do TST

**Coordenação**

**Marcelo Azevedo Chamone**, Diretor Cultural da AMATRA-2  
**Lorena de Mello Rezende Colnago**, Juíza do TRT-2  
**Renata Orsi Bulgueroni**, Juíza do TRT-2

**EXPEDIENTE**

**Diretoria Executiva:**

Presidente

**Frederico Monacci Cerutti**

Vice-presidente

**Bruno José Perusso**

Diretoria Financeira e de Patrimônio

**Cristina Ottoni Valero**

Diretoria Cultural

**Marcelo Azevedo Chamone**

Diretoria Social

**Anna Carolina Marques Gontijo**

Diretoria de benefícios

**Diego Reis Massi**

Diretoria de Esportes e Lazer

**Alex Alberto Horschutz de Resende**

Diretoria de Aposentados

**Juraci Silva**

Diretoria de Direitos humanos

**Ademar Silva Rosa**

Comissão Disciplinar e de Prerrogativas

Diretor

**Felipe Marinho Amaral**

Titular

**Marcos Vinicius Coutinho**

Suplentes

**Álvaro Alves Nôga**

**Anna Carolina Marques Gontijo**

**Alex Alberto Horschutz de Resende -**

Conselho Fiscal

Titulares

**Juliana Ranzani**

**Samir Soubhia**

**Maria Aparecida Norce Furtado**

**Antônio Pimenta Gonçalves**

Suplentes

**Adriana Prado Lima**

**Farley Roberto Rodrigues De Carvalho Ferreira**

**SUMÁRIO**

<b>HOMENAGEM À GÉZIO DUARTE MEDRADO – Luiz Antônio Moreira Vidigal</b> .....	7
<b>Artigo</b> .....	8
A POLÊMICA SOBRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: ESSENCIALMENTE INDIVIDUAIS E ACIDENTALMENTE COLETIVOS OU, AUTÊNTICOS DIREITOS COLETIVOS, NA SEARA TRABALHISTA. – <b>Enoque Ribeiro dos Santos</b> .....	8
VIVENCIANDO O TRABALHO DO OUTRO – <b>Manoel Luiz Costa Penido</b> .....	20
IDEOLOGIA DAS DECISÕES JUDICIAIS E O DESTINO DA JUSTIÇA DO TRABALHO – <b>Heloisa Menegaz Loyola</b> ...	26
O CASO FRANCÊS DA CRECHE BABY LOUP: LIBERDADE RELIGIOSA, PODER EMPREGATÍCIO E PROPORCIONALIDADE – <b>Ítalo Menezes de Castro</b> .....	32
EQUIPARAÇÃO SALARIAL: UMA ANÁLISE ACERCA DO REQUISITO DO MESMO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL PARA SUA CARACTERIZAÇÃO – <b>Felipe Marinho Amaral</b> .....	43
A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES – <b>Renan Martins Lopes Belutto</b> .....	52
O CONCEITO DE BEM DE FAMÍLIA CONSTRUÍDO – <b>Camila Costa Koerich e Dhiancarlos Picinin</b> .....	61
A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NO COMBATE AO ESCRAVISMO CONTEMPORÂNEO – <b>Brenno Augusto Freire Menezes</b> .....	66
O ÔNUS DA PROVA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – TEMA 1.118 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – <b>Tessália Mariana Fernandes Pirolla</b> .....	72

**AMATRA-2**

Av. Marquês de São Vicente, 235 - Bl. B - 10º Andar  
Barra Funda - São Paulo - SP - CEP 01139-001  
Telefone: (11) 3392 4996 - (11) 3392 4997 - Fax: (11) 3392 4727

**Arte:**

Ariana Assumpção  
ariana.assump@gmail.com

LUIZ ANTÔNIO MOREIRA VIDIGAL

Desembargador do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região  
Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

## HOMENAGEM À GÉZIO DUARTE MEDRADO

É com grande satisfação que colho esta oportunidade de tecer algumas poucas linhas em homenagem ao estimado Dr. Gézio Duarte Medrado, colega que ao longo de algumas décadas em nossos trilhares pelas veredas comuns do universo jurídico trabalhista, muito me tem honrado com sua amizade e aprimorado nossa compreensão acerca do Direito do Trabalho e sua precípua finalidade de consagração dos ideais de Justiça Social.

Destacado pela proficiência de seus estudos e pela clareza didática com que propaga seus conhecimentos, em sua perseverante missão educadora o Professor Medrado revela-se um autêntico vocacionado à busca pelo bem comum em sua mais refinada expressão, dominando como poucos a habilidade de interpretar e disseminar o Direito e as noções elementares do universo jurídico sob as luzes inspiradoras da sabedoria evangelizadora que cultiva desde a infância em Porto Velho e que ao longo de toda a louvável trajetória o torna reconhecido no meio acadêmico e o acolhe como cidadão emérito da cidade de São Paulo no ano de 2016.

Sua presença dentre os Magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região é certamente motivo de orgulho para seus colegas de Magistratura que encontram no Dr. Medrado um grande exemplo de vida e existência dedicados à busca da felicidade do próximo, não lhe tendo servido a aposentadoria como pretexto para aquietar-se de seus empenhos. Ao contrário, persevera em renomada e revigorada atividade acadêmica e episcopal sempre devotada à ação transformadora, do indivíduo e da sociedade, por meio da educação, visando o respeito à diversidade e ao empoderamento das pessoas de bem.

Mais importante que receber as homenagens, é merecê-las, e assim exalto minha admiração e meu elevado apreço ao Exmo. Dr. Gézio Duarte Medrado, expressando-lhe meus votos de que longa e próspera continue a ser sua caminhada na sua sempre admirável missão de educar, parabenizando a Amatra II pela escolha do homenageado desta edição.

## ENOQUE RIBEIRO DOS SANTOS

Professor Associado da Faculdade de Direito da USP. Desembargador do Trabalho do TRT da 1ª. Região. Mestre (UNESP/SP), Doutor e Livre Docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. E-mail: enoque-ribeiro@uol.com.br

## A POLÊMICA SOBRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: ESSENCIALMENTE INDIVIDUAIS E ACIDENTALMENTE COLETIVOS OU, AUTÊNTICOS DIREITOS COLETIVOS, NA SEARA TRABALHISTA.

### THE CONTROVERSY OVER HOMOGENEOUS INDIVIDUAL RIGHTS: ESSENTIALLY INDIVIDUAL AND ACCIDENTALLY COLLECTIVE RIGHTS OR GENUINE COLLECTIVE RIGHTS IN PROCEDURAL LABOUR LAW.

**RESUMO:** Este artigo discorre sobre a polêmica acerca da natureza dos direitos individuais homogêneos no processo do trabalho. Questiona se tais direitos são essencialmente individuais e acidentalmente coletivo ou autênticos direitos coletivos. Aborda o tratamento dado à coisa julgada formada no processo coletivo do trabalho em ambas as hipóteses de classificação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos individuais homogêneos, processo do trabalho e coisa julgada.

**ABSTRACT:** This paper discusses whether homogeneous individual rights are essentially individual and accidentally collective or genuine collective rights in procedural labour law. It also analyzes the effect of each homogeneous individual right classification on the *res judicata*.

**KEYWORDS:** Homogeneous individual rights, procedural labour law, *res judicata*.

#### INTRODUÇÃO

O presente escrito tem por finalidade desmistificar a natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos, se essencialmente individuais e acidentalmente coletivos, ou autênticos direitos coletivos, ao lado e em condições de igualdade com os superdireitos (metaindividuais ou transindividuais – difusos e coletivos), diversamente do que se aceita, pacificamente, na seara deste importante ramo do Direito Processual Coletivo Trabalhista.

Além da natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos, por ser matéria correlata, com apoio em decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça, discutiremos se esses direitos, uma vez molecularizados, podem ou não ostentar a faculdade de relativização da formação da coisa julgada material, atribuída pelo CDC (Lei n. 8.078/90, art. 103, § 2º e inciso III<sup>1</sup>) aos direitos difusos e coletivos<sup>2</sup>, ou seja, de não formação da

coisa julgada material, em caso de insuficiência probatória, especialmente da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis* e seus efeitos expansivos no âmbito dos direitos individuais dos membros das respectivas coletividades.

#### 1. O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA TRABALHISTA

Não é possível falar em direitos moleculares sem antes dizer algo sobre o microsistema de tutela coletiva. Na verdade, foi a Constituição Federal de 1988 que, além de albergar os direitos fundamentais ao longo de seu texto, apresentou novos direitos materiais, entre eles os difusos e coletivos, no art. 129, III, tendo sido atribuído ao Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) a tarefa de apresentação da novidade jurídica em relação aos direitos individuais homogêneos.

O modelo das ações de massa americanas, que serviu, em tese, como paradigma para o desenvolvimento do microsistema de tutela coletiva no Brasil, a partir da Constituição da República, de 1988, além de oferecer ao público-alvo, a sociedade, um produto judicial isonômico, a sentença coletiva proveniente das *class actions*, primando pela celeridade e economia processuais, tão caros ao processo de uma forma geral, acabou por induzir a mitigação da disseminação da atomização dos conflitos em múltiplas ações individuais repetitivas.

Tal fracionamento enseja nefastas consequências no mundo jurídico, entre elas o grande acúmulo de processos nas Varas e Tribunais, o desprestígio do Judiciário, o risco de decisões conflitantes e colidentes, bem como a acentuada perda de confiança da sociedade nos Poderes do Estado, em razão da demora para a prolação das decisões judiciais, malferindo o mandamento do art. 5º, LXXXVIII, da Constituição Federal.

A partir do pós-guerra verificou-se o fenômeno de valorização dos direitos humanos fundamentais, de ascensão do constitucionalismo, de declínio dos códigos, cujo movimento de constitucionalização do direito partiu dos países de tradição anglo-americana em direção ao mundo romano-germânico,

insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

co, resultando numa convergência entre os sistemas jurídicos da *common law* e da tradição romano-germânica. Essa expansão do poder das cortes constitucionais acabou provocando o que se convencionou chamar de movimento de descodificação do direito. Em outras palavras, as constituições passaram a adquirir centralidade ontológica e axiológica no sistema jurídico, e a afirmação dos direitos individuais e sociais passou a depender cada vez menos dos códigos e cada vez mais das Constituições, já que a referência passou a ser a interpretação e a aplicação da Constituição, pelas cortes constitucionais<sup>3</sup>.

No Brasil, a tutela coletiva apoia-se na observação das normas jurídicas do microsistema de tutela jurisdicional coletiva, que tem como núcleo a LACP (Lei n. 7.347/1985) e o CDC (Lei n. 8.078/1990), os quais definiram um conjunto de conceitos substanciais para impor celeridade e segurança na órbita desses direitos e interesses metaindividuais, provendo tratamento diferenciado e peculiar a institutos como a competência, a legitimidade, prestações (especialmente obrigações de fazer e não fazer, em caráter inibitório, preventivo ou remoção de ilícitos), prescrição, tutela antecipada, coisa julgada, litispendência, liquidação e execução da ação condenatória genérica, entre outros. O art. 110 da Lei n. 8.078/1990 (CDC) acrescentou o inciso IV ao art. 1º da Lei n. 7.347/1985 (LACP), ampliando a abrangência dessa tutela jurisdicional a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, o que representa, no mundo jurídico, que o sistema processual do Código se aplica, no que couber, a todas e quaisquer ações em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, da forma como ficou disposto no art. 21 da LACP e no art. 90 do CDC.

O microsistema de tutela coletiva, que tem como objeto os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, incorpora todos os instrumentos processuais, administrativos, negociais ou arbitrais, que produzam coisa julgada coletiva, ou equivalentes jurisdicionais, com eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, com efeitos expansivos, atingindo terceiros que não participaram do processo. Entre os equivalentes jurisdicionais, encontra-se, no plano administrativo, o TAC – termo de ajustamento de conduta, que possui eficácia de título executivo extrajudicial (Lei n. 7.347/85, art. 5º, § 6º), no plano negocial, os acordos e convenções coletivas de trabalho (art. 114, § 2º da CF/88 e arts. 611-A e ss da CLT), no plano arbitral, a sentença arbitral (Lei n. 9.307/96 e art. 114, § 1º, da CF/88), entre outros.

Daí decorre a beleza do microsistema de tutela coletiva, que reúne não apenas instrumentos processuais de tutela jurisdicional, como também os mencionados equivalentes jurisdicionais, que possuem a mesma eficácia na produção de efeitos jurídicos, com “autoridade” equivalente à coisa julgada, quanto à sua efetiva aplicação no mundo dos fatos.

Dessa forma, é natural que os processos coletivos estejam relacionados a novos direitos, conclamados como direitos de grupos, sendo a legislação especial específica parte in-

3. MERRYMAN, John Henry. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Western europeu and Latin America**. 2ª. Ed. Stanford: Stanford University, 1985, p. 157.

tegrante deste microsistema, tais como a Lei n. 6.938/1981 (responsabilidade civil por danos ao meio ambiente); Lei n. 7.853/1989, sobre o apoio às pessoas com deficiência; Lei n. 7.913/1989, para a proteção dos investidores em valores mobiliários; Lei n. 8.069/1990, para a defesa de crianças e adolescentes; Lei n. 12.529/2011, para se contrapor às infrações da ordem econômica e da economia popular; a Lei n. 10.257/2001, de usucapião especial coletivo de imóveis urbanos; a Lei n. 10.429/2003, de Improbidade Administrativa; a Lei n. 10.741/2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, aperfeiçoando a tutela coletiva nos arts. 78 a 93; a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que trata da responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas na prática de atos contra a administração pública, nacional e estrangeira; a Lei n. 13.146/2015, que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência, além da Lei Complementar n. 75/93 (lei orgânica do Ministério Pública da União) e Lei n. 8625/93 (Lei orgânica do Ministério Público Estadual). Isto sem contar a própria CF/88, em seus vários artigos (Art. 5º, XXXV, LIV, LXX, LXXI, LXXIII; Art. 8º, III; Art. 129, III e § 1º), que trata dos novos direitos.

De outro lado, se o CPC/73 não tinha abrangência para pacificar conflitos de massa, em seu advento, o CPC/15 incorporou uma série de institutos do microsistema de tutela coletiva e passou a ser dotado de um microsistema próprio de resolução de demandas repetitivas (art. 926 e 927) e de precedentes vinculantes (art. 976 a 987).

#### 2. CONCEITO DA DOCTRINA TRADICIONAL SOBRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), em seu artigo 81, define direitos individuais homogêneos como:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:(...)

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Para a completude da defesa dos direitos da massa, no âmbito do Processo Coletivo de Trabalho, não bastava a nomeação e a identificação dos novos direitos (difusos e coletivos) pela Constituição Federal de 1988, mas se tornou necessária também a criação de uma nova categoria de direitos de massa ou coletivos, a qual o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) identificou como direitos individuais homogêneos.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.<sup>4</sup>, com apoio em Antonio Gidi<sup>5</sup> informam que a importância prática desta categoria é cristalina. Sem sua criação pelo Direito positivo nacional, não existiria possibilidade de tutela coletiva de direitos

4. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 4. 14ª. Ed. Salvador: JusPodium, 2020, p. 98-99.

5. GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 30.

1. III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

2. I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por in-

individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. A “ficção jurídica” atende a um imperativo do Direito: realizar com efetividade a Justiça frente aos reclamos da vida contemporânea. Assim, “*tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada*”.

Antonio Gidi<sup>6</sup>, em relação aos direitos individuais homogêneos, assinala que, na doutrina brasileira, a expressão foi utilizada pela primeira e última vez antes da publicação do CDC por Barbosa Moreira<sup>7</sup>, ao se referir despretensiosamente a “*feixe de interesses individuais homogêneos e paralelos*”, quando comentava as *class actions for damages* do direito norte-americano.

Este autor<sup>8</sup>, ancorado em Nelson Nery Jr.<sup>9</sup>, e com ele dissentindo<sup>10</sup> ligeiramente, declara que “o critério científico para identificar se determinado direito é difuso, coletivo ou individual homogêneo ou individual puro não é a matéria, o tema, o assunto abstratamente considerado, mas o direito subjetivo específico que foi violado. (...) O CDC se utiliza de três critérios básicos para definir e distinguir os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: **subjetivo** (titularidade do direito material), **objetivo** (divisibilidade do direito material) e de **origem** (origem do direito material).”

Antonio Gidi<sup>11</sup> assevera que “quanto à titularidade do direito material (aspecto subjetivo), temos que o direito difuso pertence a uma comunidade formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis; o direito coletivo pertence a uma coletividade (grupo, categoria, classe) formada por pessoas indeterminadas, mas determináveis; os direitos individuais homogêneos pertencem a uma comunidade formada de pessoas perfeitamente individualizadas, que também são indeterminadas e determináveis. (...) É imperativo observar, que, ao contrário do que se costuma afirmar, não são vários, nem indeterminados, os titulares (sujeitos de direito) dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Há apenas um único titular – e muito bem determinado: uma **comunidade** no caso dos direitos difusos, uma **coletividade** no caso dos direitos coletivos ou **um conjunto** de vítimas indivisivelmente

considerado no caso dos direitos individuais homogêneos.”

Avança no tema afirmando que “o indivíduo, isolada e atozadamente, aí sim é portador tão-só e exclusivamente de um “interesse” não tutelado pelo ordenamento de que o direito superindividual ou individual homogêneo da comunidade ou da coletividade à qual pertence seja tutelado em juízo através de uma ação coletiva. Quem tem o direito público subjetivo à prestação jurisdicional referente a tais direitos (direito de ação coletivo) é apenas a comunidade ou a coletividade como um todo, através das entidades legalmente legitimadas à sua propositura<sup>12</sup>.”

Quanto à divisibilidade do direito material (aspecto objetivo), tanto o direito difuso como o coletivo, exatamente porque são superindividuais, metaindividuais, transindividuais, são indivisíveis e, considerando apenas esse aspecto, indistinguíveis entre si<sup>13</sup>.

Os direitos individuais homogêneos, ao contrário, devido ao caráter predominantemente individualizado que portam, são perfeitamente divisíveis entre os integrantes da comunidade de vítimas titular do direito material<sup>14</sup>.

É apenas analisando o aspecto origem que a diferença entre os direitos difusos e os coletivos mais nitidamente ressalta. Enquanto nos direitos difusos as pessoas que compõem a comunidade titular do direito não são ligadas por nenhum vínculo jurídico prévio, mas por meras circunstâncias de fato, nos direitos coletivos as pessoas que compõem a coletividade titular do direito são ligadas por uma prévia relação jurídica-base que mantinham entre si ou com a parte contrária<sup>15</sup>.

Analisando este aspecto isoladamente, não há como distinguir os direitos difusos dos direitos individuais homogêneos, pois a “origem comum” que caracteriza os direitos individuais homogêneos é nada mais nada menos que as mesmas “circunstâncias de fato” que ligam as pessoas que compõem a comunidade titular do direito difuso. Tanto isso é verdade que situações hoje nitidamente características de direitos individuais homogêneos (divisíveis, portanto) eram de certa forma incluídas na esfera de abrangência dos direitos difusos pela nossa doutrina anterior ao CDC. E a diferença entre ambos mais marcantes é exatamente a divisibilidade<sup>16</sup>.

12. Idem, ibidem, p. 23. Neste particular, Antonio Gidi diz: “*Seguindo esse raciocínio, afigura-nos inadequado e tecnicamente impreciso dizer que “os titulares do direito difuso são pessoas indeterminadas”, como o faz não somente o CDC em seu art. 81, parágrafo único, I, como grande parte da doutrina. Mais técnico e mais preciso o inciso II desse mesmo dispositivo, que atribuiu a titularidade do direito coletivo ao grupo, categoria, ou classe de pessoas (coletividade). Do direito subjetivo, portanto, nunca é mais repetir, só há um titular: a comunidade, a coletividade ou a comunidade de vítimas indivisivelmente considerada, conforme seja o direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, respectivamente. As pessoas que compõem a comunidade ou a coletividade é que são várias e indeterminadas ou indetermináveis; não o titular do direito material em si.*” Grifo nosso.

13. Idem, ibidem, p. 24.

14. Idem, ibidem, p. 24.

15. Idem, ibidem, p. 24.

16. Idem, ibidem, p. 24-25.

Para Antonio Gidi<sup>17</sup>, tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (de massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada.

Em razão desta alta conexão entre as ações individuais decorrentes de direitos que são homogêneos entre si, o próprio CPC/15 (art. 113 e 116) autoriza a litigância consorciada, enquanto que, se inexistir tal conexão ou homogeneidade, impossível será a instrução e a decisão única (ação coletiva) ou conjunta unitária (litisconsórcio).

Embora os direitos materiais – direitos individuais homogêneos – sejam considerados, como vimos, um feixe de direitos essencialmente divisível, sua titularidade é da comunidade<sup>18</sup> de todos os atingidos pelo ato ilícito ou abusivo do agente perpetrador, sendo este todo (conjunto) indivisivelmente considerado. A divisibilidade do direito material somente será manifestada nas fases de liquidação e de execução da sentença molecular, onde cada um dos supostos lesados deverá provar a titularidade do direito material, o nexos causal (se pertence ao não ao grupo, relação de causa e efeito) e o seu prejuízo material ou até mesmo moral.

Concordamos com a aproximação entre direitos difusos e individuais homogêneos. Vejamos: os primeiros envolvem todas as pessoas que sofrem ou sofreram lesões, em decorrência de ato ilícito ou abusivo de algum fornecedor, ligadas entre si simplesmente por esta questão de fato, que não deixa de ter

17. Idem, ibidem, p. 30.

18. Vejamos o entendimento do Colendo TST. [...] LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO SINDICATO PROFISSIONAL PARA ATUAR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL DA CATEGORIA PROFISSIONAL. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PEDIDO DE PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS E DE MULTA NORMATIVA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. Esta Subseção adota o entendimento de que, configurada a origem comum do direito, de modo que legitime a atuação do sindicato, não a descaracteriza o fato de ser necessária a individualização para apuração do valor devido a cada empregado, uma vez que a homogeneidade diz respeito ao direito, e não à sua quantificação, até porque os direitos individuais homogêneos não são direitos individuais idênticos, necessitando apenas que decorram de um fato lesivo comum. Assim, a liquidação do direito eventualmente declarado para cada trabalhador substituído dependerá do exame das particularidades afetas a cada um deles, de forma a verificar, em relação a cada um deles, se e em que medida se encontra abrangido pela decisão judicial a ser proferida. Contudo, a necessidade de quantificação dos valores devidos não desnatura a homogeneidade dos direitos e, portanto, não afasta a legitimidade ativa do substituto processual. In casu, a tese adotada na decisão embargada foi a de que as parcelas vindicadas nesta ação decorrem de situação de fato comum a todos os empregados, tratando-se, pois, de direito individual homogêneo. Desse modo, os arestos indicados ao cotejo de teses estão superados pela iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, não havendo falar em divergência jurisprudencial, nos termos do artigo 894, inciso II, da CLT, com a redação conferida pela Lei nº 11.496/2007. Embargos não conhecidos. [...] (TST-E-ED-RR-49900-97.2007.5.17.0004, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 07/06/2019)

uma origem comum. Exemplo clássico: problemas de recall de uma concessionária de veículos, a nível nacional. Todos os consumidores brasileiros que compraram o mencionado veículo são atingidos pela provável lesão material. Pessoas indeterminadas em todo o Brasil que consumiram aquele produto, ligadas entre si por uma situação apenas “de fato”. Observamos, também, que existe aqui uma “origem comum” que liga esses mesmos consumidores, isto é, todos são consumidores do mesmo produto. Daí a aproximação existente entre os direitos difusos e os individuais homogêneos em relação ao “núcleo comum” de homogeneidade entre eles.

Se os direitos individuais homogêneos constituem uma espécie dos direitos difusos, ou como o próprio STF<sup>19</sup> já admitiu, subespécie de direitos coletivos, não se pode admitir que ele tenha um tratamento legislativo diferente dos superdireitos (difusos e coletivos). Trazemos alguns exemplos: Uma fornecedora de petróleo e de combustíveis fornece um combustível viciado, com elevado índice de poluentes que contamina os consumidores e leva alguns ao óbito. Aqui inicialmente temos um direito difuso – transcende um indivíduo para atingir toda a sociedade – não pode inicialmente ser dividido em quotas partes – envolve pessoas indeterminadas na sociedade, portanto indivisibilidade absoluta na sua gênese. O direito material em bloco pertence à comunidade de lesados pelo uso do combustível (todos que se encontram na mesma situação de fato), enfermos ou herdeiros dos falecidos pelo ato ilícito da empresa fornecedora de combustíveis.

Da mesma forma, imaginemos um hotel em Guarujá, que transforma a praia em extensão de seu espaço físico para lazer de seus hóspedes. Este local constitui bem de uso comum de todos os indivíduos (locais ou turistas). Neste caso, pode-se ter até mesmo uma *melange*, entre direitos difusos e coletivos, ao mesmo tempo. Os direitos difusos estariam representados por todos os indivíduos do país, pessoas indeterminadas, de residem no Guarujá ou não, com direito/interesse naquele pedaço de praia em frente ao hotel. A lesão atinge pessoas indeterminadas na sociedade – os locais e os visitantes, portanto, indivisível.

Analisado sobre outro ângulo, este mesmo direito poderia ser considerado coletivo, se considerássemos apenas os hóspedes do hotel, que são ligados entre si e com a parte contrária, por uma relação jurídica base, ou seja, um contrato privado de hospedagem; porém aqui não haveria lesão alguma, já que eles estão sendo beneficiados.

O direito material pertence à coletividade, como um todo, enquanto que a legitimidade processual caberá a um ente legitimado, ou autor ideológico, que pode se utilizar de quaisquer meios processuais para a defesa dos direitos indisponíveis envolvidos. Uma associação ou mesmo o Ministério Público Estadual poderia ser acionado para agir na defesa da coletividade e pacificar o conflito por meio de um TAC (obrigação de não fazer). Em caso de recalcitrância, poderíamos ter uma ação civil pública, com a prolação de uma sentença específica.

19. STF RE 631.111/GO, julgado em 2014.

6. GIDI, Antonio. Idem, ibidem, p. 20.

7. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. in: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual**, 3ª. Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 10.

8. GIDI, Antonio. Idem, ibidem, p. 23.

9. NERY JR., Nelson. **Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 619.

10. A dissensão vem assim apresentada por Antonio Gidi: “*Dissentimos ligeiramente da tese de Nelson Nery Jr. quando conclui ser o tipo de tutela jurisdicional que se pretende obter em juízo o critério a ser adotado*”.

11. GIDI, Antonio. Op. Cit., p. 22.

Podemos observar que não se trata, grosso modo, de direitos coletivos, pois os usuários da praia não possuem uma relação jurídica com a parte contrária, são apenas ligados entre si por uma situação fática (gosto comum de se banhar no mesmo local, invadido pelo hotel). Trata-se, então, de direitos difusos, indivisíveis, *prima facie*, que podem também se tornar direitos individuais homogêneos, na medida em que um cidadão também se sinta lesado no seu interesse/direito de usufruir aquele local da praia, fazer exercícios, caminhar, etc., conectando-se esse direito, de origem comum com os demais usuários da praia, estabelecendo um padrão ou núcleo comum em relação a todos os usuários.

Aqui teríamos o rompimento da indivisibilidade absoluta (todos os locais e visitantes que passam pela praia anualmente) para uma indivisibilidade relativa (de direitos difusos para direitos individuais homogêneos). Nada impede e tudo incentiva que os locais, unidos pela origem comum da lesão (de serem impedidos de usar a praia que tanto apreciam), agora considerados como grupo – grupo de lesados pelo hotel, que impedindo um, impediu todos, acabou por ferir o interesse de todo o grupo.

Outro exemplo: empresa transportadora de caminhões se instala em área eminentemente residencial urbana, perturbando o sossego dos habitantes, com o barulho e as poluições sonora e ambiental. Caminhões chegam a toda hora do dia e noite, emitindo gases tóxicos derivados do diesel e se mantém em funcionamento, a partir das 5h da manhã, com movimento até 23h da noite. Qual o direito material violado pela transportadora? Difuso, coletivo ou individual homogêneo? Todos têm direito ao sossego, das 22h às 7h<sup>20</sup>, e ao meio ambiente saudável (art. 225 da CF/88), bem como de respirar um ar não poluído.

Analisando-se o caso concreto e o bem violado - meio ambiente urbano sadio, nota-se que foram atingidas as famílias (crianças, adolescentes, adultos e velhos) que habitam em residências no local, no entorno da sede da transportadora, sendo afetadas pela poluição sonora, emissão de gases, que lhes prejudicam a saúde e sossego, podendo lhes causar toda a sorte de doenças e perturbações físicas e psíquicas. Em princípio, poderíamos falar em direitos difusos, pois relacionados ao meio ambiente natural, envolvendo toda a população do local do dano (município), ligados entre si por uma situação fática. Mas, não podemos também ignorar que os mesmos indivíduos, pelo menos os mais próximos da sede da transportadora, estão relacionados entre si por uma relação jurídica base de vizinhança<sup>21</sup>, o que atrai o padrão normativo

20. Lei n. 4092/2008 – Lei do silêncio, que regulamenta o controle da poluição sonora e os limites máximos de intensidade de emissão de sons e ruídos, resultantes de atividades urbanas e rurais no Distrito Federal.

21. Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários

que o caracteriza como direito coletivo.

Aqui a relação jurídica se estabelece entre os vizinhos, e destes com a transportadora. Mas, não se pode negar que também pode existir um direito individual homogêneo, de origem comum, na hipótese de um indivíduo (ou família) sentir-se lesado, independentemente dos demais. A titularidade do direito material pertence ao grupo de famílias lesadas, como direitos indisponíveis. Não obstante, se ninguém se importar e apenas uma família se sentir incomodada, ela terá o seu quinhão – como membro daquele grupo - e poderá buscar a tutela de seu direito por qualquer dos instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico, seja de índole administrativa ou judicial. Um dos caminhos seria o oferecimento de denúncia ao Ministério Público Estadual, ou à Defensoria Pública, para instaurar inquérito civil e pacificar o conflito por meio de um TAC<sup>22</sup>.

Nosso ordenamento jurídico não impede também que as famílias individualmente, ou o chefe de família utilize seu direito individual para ajuizar uma ação individual, buscando a proteção apenas para seu núcleo familiar, tendo como pedidos a obrigação de fazer ou não fazer e a indenização por dano moral individual.

Neste contexto, segundo a doutrina, qual o artifício ou mecanismo que se pode usar para identificar se um feixe de direitos individuais tem “origem comum”? Antonio Gidi<sup>23</sup>, Kazuo Watanabe e Arruda Alvim informam que, pelo prisma do direito processual civil, é possível associar o conceito de “origem comum” ao de “causa de pedir”. As causas de pedir de cada direito individual devem ser, se não exatamente as mesmas, pelo menos similares a ponto de tornar indiferentes, para a apuração em juízo, as peculiaridades de cada caso particular. O fundamental é que sejam “*situações juridicamente iguais*”, ainda que constituam como “*fatos diferenciados no*

de tolerância dos moradores da vizinhança. Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal. Art. 1.279. Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis.

22. Em caso de recalcitrância, o MPE pode ajuizar ação civil coletiva, tendo por objeto direitos coletivos ou mesmo direitos individuais homogêneos, que possibilitará a condenação genérica da transportadora em obrigação de fazer – de se mudar para um outro local, em determinado prazo, bem como de pagar uma indenização por dano moral coletivo (destinado a um fundo) e eventualmente a cada uma das famílias afetadas (dano moral individual) já que pode haver acumulação, em face da natureza jurídica diversas dos danos moral individual e coletivo.

23. Idem, ibidem, p. 32. WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 507 e Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: as garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 189. ARRUDA ALVIM, José Manoel, Thereza e Eduardo; SOUZA, James Marin de. **Código de defesa do consumidor comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 172.

*plano empírico, tendo em vista a esfera pessoal de cada uma das vítimas ou sucessores*”.

Essa homogeneidade não precisa ser quantitativa e qualitativa igual para todos os lesados, pois isto será aferido em liquidação de sentença e na execução individual. Essa homogeneidade está relacionada apenas a um núcleo comum que permita um tratamento universal e globalizante para todos os casos.

Oportuno trazer também um exemplo sobre a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, mesmo porque o próprio Conselho Superior do MPT editou precedente<sup>24</sup> no sentido de que cabe a cada procurador, na análise do caso concreto e, de forma discricionária, aferir sobre a mencionada legitimidade/competência, a depender do “*relevante fundamento da lide*” ou efetiva existência de “*interesse público primário da sociedade*”.

Considerando os direitos individuais homogêneos, em bloco, *indisponíveis* e indivisíveis, como grupo de vítimas, inferimos que é disponível apenas cada um dos direitos materiais isolada e individualmente considerados em relação a seu titular individual (membros) e não os direitos individuais homogêneos globais (o todo coletivamente considerado). Nesta vertente, o MPT deve reconsiderar seu enunciado, pois de acordo com a redação do art. 127, *caput*<sup>25</sup>, da CF/88, o Ministério Público do Trabalho não poderia de deixar de ajuizar lide coletiva, tendo como objeto direitos individuais homogêneos, na medida em que estes globalmente considerados são *indisponíveis* pelo grupo de pessoas lesadas. Disponível será apenas cada um dos direitos/interesses isolada e individualmente considerados, relacionados a seu titular individual, e não os direitos individuais homogêneos, como um todo (coletivamente considerados).

Neste sentido, a Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio), que possibilita que o próprio grupo ou comunidade tenha legitimidade ordinária para a propositura de ação coletiva, conforme se depreende do art. 37: “*Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio*”.

24. **ENUNCIADO Nº 05/CCR** (49ª Sessão Extraordinária, realizada nos dias 25/2 e 10/3/2015 - DOU Seção 1 - 26/03/15 - págs. 76/77). **VIOLAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS-ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO-DISCRICIONARIEDADE DO PROCURADOR OFICIANTE**. Mantém-se, por despacho, o arquivamento da Representação quando a repercussão social da lesão não for significativamente suficiente para caracterizar uma conduta com consequências que reclamem a atuação do Ministério Público do Trabalho em defesa de direitos individuais homogêneos. A atuação do Ministério Público deve ser orientada pela ‘conveniência social’. Ressalvados os casos de defesa judicial dos direitos e interesses de incapazes e população indígena.

25. Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

### 3. NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS SUPERINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS)

Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, me-taindividuais ou seja, extrapolam ou transcendem o direito subjetivo individual de uma pessoa para atingir toda uma comunidade ou coletividade. Isto porque possuem um núcleo conceitual comum, permitindo um tratamento comum ou aproximado, já que ambos são superindividuais (fenômeno da transcendência) e indivisíveis. Não podem ser divididos em quotas partes, e os indivíduos que possuem tais direitos materiais são indeterminados.

Neste sentido que Barbosa Moreira os designou como direitos “*essencialmente coletivos*”, ao contrário dos individuais homogêneos que para ele eram apenas “*acidentalmente coletivos*”.

Consideremos que o processo, como gênero, do qual temos várias espécies (eleitoral, penal, administrativo, negocial, arbitral, trabalhista etc.), constituindo verdadeiro direito humano fundamental, instrumento de participação política do cidadão em um Estado democrático, e não sendo um fim em si mesmo, mas instrumento de realização da justiça e da pacificação social, suscita duas relações jurídicas: uma de direito material e outra de direito processual. Somente em caso de não satisfação do direito material entre as partes é que caberá a inauguração do direito processual, tendo por objeto uma pretensão resistida.

No Direito Coletivo, os direitos superindividuais não pertencem a uma pessoa física ou jurídica determinada, mas a uma comunidade amorfa, fluída e flexível, com identidade social, porém sem personalidade jurídica (como o Ministério Público da União). Isto não significa que tais direitos não tenham titulares ou que estes sejam indeterminados: o titular será a comunidade ou coletividade sem personalidade jurídica. Exatamente neste sentido, por não se constituírem na soma dos direitos individuais (como o dano moral coletivo, por exemplo) são uma categoria autônoma de direito subjetivo, cujos titulares são uma comunidade ou coletividade. Aqui reside a nota de indivisibilidade inerente a tais espécies de direito<sup>26</sup>.

De acordo com Barbosa Moreira<sup>27</sup>, a indivisibilidade se caracteriza pela impossibilidade de sua divisão (mesmo ideal) em quotas atribuíveis individualmente a cada um dos interessados. Entre os interessados instaura-se uma união tão firme, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade.

Nesta toada, entende-se que a indivisibilidade deve e pode ser aferida não de acordo com a matéria, objeto ou assunto genericamente considerado, mas de forma concreta, caso a caso, de acordo com a realidade dos fatos, e de acordo com o direito subjetivo material específico a que se visa dar a necessária proteção legal. Vejamos um exemplo: uma grande

26. Idem, ibidem, p. 26.

27. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual**, terceira série, cit., p. 174, 185 e 195, respectivamente.

empresa passa a descumprir, de forma arbitrária e unilateralmente, uma cláusula normativa estabelecida em acordo coletivo (plano de pensão para trabalhadores próximos à aposentadoria), em flagrante prejuízo aos empregados.

Neste caso, existem várias possibilidades de atuação. Alguns empregados podem optar por irem a juízo e poderão ter o seu pedido julgado procedente; outros poderiam ver o seu pedido julgado improcedente; outros poderiam optar por sequer buscar a tutela jurisdicional, aceitando pacificamente a alteração contratual lesiva. Cada empregado tem legitimidade para propor ação individual, de forma isolada ou em litisconsórcio contra a empresa empregadora. A retirada do plano de saúde pelo empregador quando o empregado mais dele necessita (em situação de pós ou pré-aposentadoria) pode configurar dano moral individual (nas ações individuais) e eventualmente dano moral coletivo (no plano coletivo).

Da mesma forma, os legitimados do art. 82 do CDC ou do art. 5º da LACP têm legitimidade para propor uma ação coletiva em tutela do direito coletivo e indivisivelmente considerado, de forma que apenas uma só ação e uma única decisão venha a beneficiar a todos os interessados, como membros de uma coletividade indivisível. Neste exemplo, o direito material pleiteado deve ser o direito coletivo, de que é titular a coletividade composta pelos empregados da empresa, que mantém uma relação jurídica base com o empregador.

Para que fique mais clara a percepção desse núcleo comum dos direitos dito superindividuais, trazemos a diferença que faz Rodolfo de Camargo Mancuso entre indivisibilidade absoluta e relativa. Para este autor, a indivisibilidade referente ao direito difuso é absoluta em função da própria indeterminação das pessoas que compõem a comunidade titular do direito (exemplo: todas as pessoas interessadas e inscritas em um concurso público, a nível nacional). Por seu turno, a indivisibilidade do direito coletivo é meramente relativa, quando os membros da coletividade titular do direito são perfeitamente identificáveis e individualmente beneficiados (empregados da empresa que retirou o plano de pensão de alguns trabalhadores, próximos à aposentadoria).

No primeiro exemplo (conduta ilícita por parte de instituição pública que deveria respeitar o direito difuso - concurso público), a comunidade titular do direito material difuso é composta de pessoas relacionadas entre si, por circunstâncias de fato (CDC, art. 81), enquanto a coletividade titular de direito um direito coletivo é composta por pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base (CDC, art. 81, § único, II).

Egon Bockmann Moreira; Andreia Cristina Bagatin; Sérgio Cruz Arenhart e Marcella Pereira Ferrado<sup>28</sup>, a respeito da natureza dos direitos individuais homogêneos em cotejo com os difusos e coletivos, declaram que até mesmo em razão do tratamento uniforme que recebem (os individuais homogêneos) antes da prolação da sentença (e das liquidações e exe-

28. MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. **Comentários à lei da ação civil pública**. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 182.

ções individuais, se for o caso de adotar o procedimento bifásico-coletivo-individual), há tentativas de compreendê-los como direitos também transindividuais (ao menos no primeiro momento). Ou seja, os direitos de massa seriam realmente coletivos, ao menos na fase de conhecimento coletiva. (...) Enfim, o que importa destacar é a diferença existente entre os “direitos essencialmente coletivos”, e assim indivisíveis (sejam eles chamados de “difusos”, sejam de “coletivos”) e os “direitos acidentalmente coletivos”, isto é, direitos individuais que recebem tratamento processual coletivo (“direitos individuais homogêneos”, “direitos de massa”, “direitos tuteláveis coletivamente” etc.). Além disso, as categorias empregadas pelo CDC não podem perder de vista a instrumentalidade da tutela coletiva, que permite a utilização das mais variadas formas de tutela e técnicas processuais, independentemente da classificação “correta”. Como salientado anteriormente, essas definições devem antes ser consideradas como abertura processual às ações coletivas para tutela de direitos coletivos ou direitos de massa do que um fechamento a fim de restringir a sua abrangência, suas potencialidades e seus benefícios.

#### 4. COISA JULGADA NAS LIDES COLETIVAS

A CF/88 engendrou a formação e desenvolvimento do microsistema de tutela coletiva, reconhecendo novos direitos e apresentando novos instrumentos de tutela para possibilitar a concretude daqueles, ao passo que o CDC (Lei n. 8078/90), ao apresentar a novidade jurídica dos direitos individuais homogêneos, também colocou um instrumental processual adequado à sua efetiva tutela, articulando o direito processual com o direito material.

Quanto à natureza da coisa julgada nas lides coletivas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, nos filiamos a Antonio Gidi<sup>29</sup>, ao afirmar que “nas ações coletivas regidas pelo CDC costuma-se, com certa frequência, afirmar que a coisa julgada é *secundum eventum litis*, ou que se forma apenas *secundum eventum litis*. No entanto, a imprecisão de tal assertiva costuma induzir muitos autores em erro e, por isso requer certos reparos. (...) Rigorosamente, a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro não é *secundum eventum litis*. Seria assim, se ela se formasse nos casos de procedência do pedido, e não nos de improcedência. Mas não é exatamente isso o que acontece. A coisa julgada sempre se formará, independentemente de o resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*”.

E prossegue “o que diferirá, de acordo com o “evento da lide”, não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão “*erga omnes*”, ou “*ultra partes*” à esfera individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva (é o que se chama *extensão in utilibus da coisa julgada*)<sup>30</sup>, fenômeno a que Rodolfo Mancuso<sup>31</sup> chama de “*eficácia expan-*

29. GIDI, Antonio. Op. Cit., p. 73.

30. Idem, ibidem, p. 73.

31. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a**

*didá apresenta pela coisa julgada nos processos coletivos*”.

Antonio Gidi<sup>32</sup> assinala que são três as hipóteses a distinguir a coisa julgada nas lides coletivas: 1) em caso de improcedência após instrução suficiente, a sentença coletiva fará coisa julgada *ultra partes* para atingir a comunidade ou a coletividade titular do direito superindividual (difuso ou coletivo) ou individual homogêneo em litígio e impedir que qualquer legitimado do art. 82 reproponha a mesma ação coletiva pleiteando a mesma tutela para o mesmo direito através do mesmo pedido, invocando a mesma causa de pedir. Ações individuais, em defesa de direitos individuais (homogêneos ou não), entretanto, continuam podendo ser propostas; 2) em caso de improcedência após instrução insuficiente (por falta de provas), a sentença coletiva não fará coisa julgada material; 3) em caso de procedência do pedido, a sentença coletiva fará coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* para tutelar o bem coletivo, atingindo a comunidade ou a coletividade titular do direito superindividual, e alcançando, para beneficiar, também a esfera individual de todos os componentes da comunidade ou da coletividade que sejam titulares do correspondente direito individual homogêneo. É apenas nessa última hipótese, de procedência do pedido coletivo, que ocorre a extensão subjetiva *erga omnes* ou *ultra partes* e *secundum eventum litis* da coisa julgada para beneficiar (*in utilibus*) a esfera jurídica individual dos consumidores lesados. Também, na primeira hipótese, de improcedência, a coisa julgada se opera *ultra partes* para atingir a comunidade ou a coletividade titular do direito superindividual ou individual homogêneo em litígio.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.<sup>33</sup> pensam de forma diferente. Embora esses autores compactuem com Antonio Gidi quanto ao fato de que a titularidade para as ações coletivas seja do grupo<sup>34</sup> (comunidade, coletiva ou grupo de lesados, em se tratando de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, respectivamente), em relação a ele divergem quanto à formação ou não da coisa julgada material.

Para tais autores<sup>35</sup>, no que estamos acordes, modificando

**função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 3ª. Ed. Salvador: JusPodium, 2020, p. 106.

32. GIDI, Antonio. Op. cit., p. 73.

33. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. v. 4. Salvador: JusPodium, 2020, p. 488.

34. Idem, ibidem, p. 488. Assim destacam esses autores: “*A redação do inciso III do art. 103 do CDC é um tanto lacunosa. Deixa claro que haverá extensão da coisa julgada para o plano individual apenas no caso de procedência do pedido da ação coletiva. Não há regramento, no entanto, da coisa julgada coletiva, somente da extensão da coisa julgada coletiva ao plano individual. Talvez isso decorra do equívoco de considerar a ação envolvendo direitos individuais homogêneos como uma demanda individual tutelada coletivamente, e não como uma autêntica ação coletiva. Conforme premissa estabelecida neste Curso, essa ação é coletiva, pois os direitos individuais homogêneos pertencem, por ficção, a um grupo de indivíduos*”.

35. Idem, ibidem, p. 488. Para esses autores, na mesma vertente de Antonio Gidi, os direitos individuais homogêneos constituem uma ficção jurídica para possibilitar a tutela coletiva, constituídos de três fases na sua tutela: a) direitos coletivos em sentido amplo até a sentença no

nosso entendimento anterior, “aplicando o princípio hermenêutico de que a solução das lacunas deve ser buscada no microsistema coletivo, se pode concluir que se a ação coletiva for julgada procedente ou improcedente por ausência de direito, haverá coisa julgada no âmbito coletivo; se julgada *improcedente* por *falta de provas*, não haverá coisa julgada no âmbito coletivo, seguindo o modelo já examinado para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Contudo, a doutrina dominante não pensa assim, adotando a interpretação literal do dispositivo do inciso III<sup>36</sup>, que não prevê a exceção da coisa julgada no caso de insuficiência ou falta de provas”.

#### 5. COISA JULGADA SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS NOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

A doutrina dominante<sup>37</sup> sempre se posicionou no sentido de que para as lides que tenham por objeto os direitos individuais homogêneos, mesmo nos casos de ausência de provas, haverá a formação da coisa julgada material, que impedirá a repropositura de uma mesma ação coletiva, mesmo com fundamento em prova nova, (mesmas partes, os mesmos pedidos e mesmas causas de pedir), pelos legitimados do art. 82 do CDC, restando a porta aberta somente aos sujeitos individualmente lesados, que poderão optar pelo ajuizamento de sua demanda individual.

Isto porque para tais autores, na defesa de direitos individuais homogêneos, não se aplica a regra da coisa julgada *secundum eventum probationis*, que tem livre curso nas lides envolvendo os superdireitos (difusos e coletivos).

O argumento utilizado funda-se no art. 94<sup>38</sup> do CDC, de que os titulares dos direitos individuais homogêneos poderiam intervir na ação, que haveria uma maior proximidade entre os titulares e a prova em razão dessa possibilidade, que os titulares individuais seriam apenas beneficiados pela coisa julgada e que a legislação não previra expressamente a coisa julgada “salvo por insuficiência de provas<sup>39</sup>”.

processo de conhecimento; b) direitos individuais para fins de liquidação e execução; c) direitos coletivos em sentido amplo, caso não ocorra a liquidação e execução em número compatível com a gravidade do dano (*fluid recovery*).

36. III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III, do parágrafo único do art. 81”.

37. SANTOS, Ronaldo Lima dos Santos. **Sindicatos e ações coletivas**. 5ª. Ed. São Paulo: Ltr, 2019. Esse autor, na pg. 354 da obra mencionada informa que: “*uma ação coletiva que tenha por objeto direitos individuais homogêneos, no caso de improcedência do pedido, inclusive por insuficiência de provas formará coisa julgada material, de modo a impossibilitar a propositura de nova demanda, com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado. Os interessados individuais que não tiverem intervindo no processo poderão pleitear seus direitos em ações individuais*”.

38. Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

39. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Op. Cit., p. 489. A este respeito, os autores comentam decisão do STJ – Resp. n. 1.302.596/

No entanto, invocando um reequilíbrio no ordenamento jurídico brasileiro alguns autores, como Antonio Gidi<sup>40</sup>, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Ergon Bockmann Moreira, entre outros, passaram a enfatizar que a situação jurídica coletiva dos direitos individuais homogêneos, que se forma para a tutela do grupo **como um todo indivisível**, tutela um, tutela todos; os direitos individuais homogêneos são uma situação jurídica distinta da situação jurídica dos direitos individuais dos membros do grupo e poderiam ser equiparados aos direitos superindividuais (difusos e coletivos).

Como o direito processual é um desdobramento de duas relações jurídicas, no qual no processo individual há uma identidade, ou seja, o suposto titular do direito material é o mesmo titular do direito processual (art. 18 do CPC), tal fato não ocorre em sede de processo coletivo, pois aqui, em face da legitimidade extraordinária ou autônoma, o legitimado adequado processual (*adequacy of representation*) não é titular do direito material, que pertence à comunidade, coletiva ou grupo de pessoas indeterminadas ou determináveis.

Isto porque na fase de conhecimento, a primeira fase de tutela dos direitos individuais homogêneos, em que se verifica o núcleo de homogeneidade (como demonstrado no RE 631.111/GO, no voto do Min. Teori Zavascki), não há qualquer preocupação com as pretensões dos indivíduos. A tutela será da pretensão genérica que atinge o grupo como um todo, os indivíduos serão atingidos apenas em benefício e não farão parte do processo, salvo raríssimas exceções. Quando ocorre a rara exceção da intervenção do indivíduo, o processo o atingirá *pro et contra* (art. 103, § 2º, CDC)<sup>41</sup>.

SP alegando que a doutrina já enfrentou o tema, demonstrando a inadequação da interpretação dada pela 2ª. Seção do STJ e a necessidade de se garantir a aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis* também na tutela dos direitos individuais homogêneos. Trazem como síntese, ancorados em MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei da ação civil pública: revisitada, artigo por artigo à luz do novo CPC e temas atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 578-582, os seguintes argumentos: a) a incapacidade de litigância organizada pelos titulares dos direitos individuais, o que implicaria necessariamente em um reequilíbrio criado pelo ordenamento jurídico; b) a possibilidade de intervenção individual (art. 94, CDC) não justifica a não aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis*; c) o distanciamento do legitimado coletivo com os fatos e as provas é o mesmo na tutela de qualquer direito coletivo, seja ele individual homogêneo, difuso ou coletivo em sentido estrito; d) a falsa noção de que a coisa julgada coletiva somente beneficia os membros do grupo”.

40. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.48; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4. 14ª. Ed. Salvador: JusPodium, 2020, p. 501 e MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à lei da ação civil pública*. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 660-661.

41. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 14ª. Ed. v. 4, Salvador: JusPodium, 2020, p. 491. Esses dois autores declaram ainda que a extensão subjetiva da coisa julgada ape-

Ainda para tais autores, a interpretação dada pelo acórdão acima mencionado prejudica a tutela dos direitos individuais homogêneos de forma indevida e trata esses importantes direitos com uma tutela mais fraca do que a dos direitos difusos e coletivos, quando a razão de sua proteção, especialmente na matéria relacionada ao consumidor é justamente a hipossuficiência organizativa ou jurídica dos titulares individuais. Podemos dizer que o mesmo se aplica no Direito do Trabalho, em razão da hipossuficiência de grande parte dos trabalhadores brasileiros, que se assemelha ao princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Egon Bockmann Moreira, Andreia Cristina Bagatin, Sérgio Cruz Arenhart e Marcella Pereira Ferrado<sup>42</sup> questionaram a decisão adotada no STJ, em relação ao REsp 1.302.596/SP (2ª. Seção, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, red. p/acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j.09.12.2015, DJe 01.02.2016), corroborando a relevância da discussão de se é ou não possível a aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis* para os direitos individuais homogêneos, de modo a possibilitar a repositura da ação coletiva para sua tutela, mediante apresentação de prova nova, julgado em que o STJ entendeu que não apenas há formação de coisa julgada em relação à demanda coletiva na improcedência (impedindo que qualquer legitimado rediscuta aquilo coletivamente, embora ainda aberta a via individual), como que isso se dá em qualquer hipótese de improcedência. Em outros termos, conforme o voto vencedor no STJ, não é aplicável o regime de formação da coisa julgada conforme tenha ou não o julgamento de improcedência sido acarretado por insuficiência de provas.

Informam aqueles autores<sup>43</sup> que, no caso, conforme relatado no acórdão, discutia-se a possibilidade de ser ajuizada novamente ação civil pública, então em São Paulo, buscando a reparação de danos causados aos consumidores pelo uso do medicamento “Vioxx”, em razão da “exposição ao risco de lesões cardiovasculares causadas pelos efeitos colaterais omitidos pelos fornecedores”. O TJ havia reconhecido coisa julgada na hipótese, haja vista que a ACP teria sido apreciada e rejeitada, no mérito pelo TJRJ, diante do que foi interposto o recurso especial.

No voto do relator, que resultou vencido, era inclusive feita a ressalva quanto à insuficiência de provas: “O segundo aspecto é que, mesmo que fosse, por hipótese, aplicável o inc. I (do art. 103 do CDC) ao caso dos autos, a sentença da primeira ação coletiva, transitada em julgado, não produziria efeitos erga omnes, pois a improcedência se deu por insuficiência de provas, e não por ausência de direito vindicado. A primeira ação civil pública, ajuizada no Tribunal do Rio de Janeiro, movida por associação de atuação e representatividade estadual,

nas para beneficiar os titulares dos direitos individuais homogêneos é garantia distinta da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

42. MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à lei da ação civil pública*. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 660-661.

43. Idem, ibidem, p. 661.

*diversamente da parte autora da presente ação civil pública*, que se trata de associação com atuação e representatividade nacional, foi julgada improcedente por insuficiência de provas. A propositura da primeira demanda ocorreu em 2004, ou seja, poucos dias após a retirada do medicamento litigioso do mercado, enquanto, na presente ação, o ajuizamento se deu em 2009, quando havia elementos probatórios mais robustos, que foram devidamente colacionados à petição inicial desta demanda que, com a extinção precoce do processo, sequer foram analisados<sup>44</sup>”.

Em seu voto vencedor, porém, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva consignou: “Da simples leitura dos referidos dispositivos legais, resulta evidente que, para a aferição da exata extensão dos efeitos da sentença proferida em ação coletiva que tenha por objeto direitos individuais homogêneos – diversamente do que ocorre em se tratando de direitos difusos e coletivos – revela-se juridicamente irrelevante investigar se o provimento judicial de improcedência do pedido resultou ou não de eventual insuficiência probatória<sup>45</sup>”.

Um dos argumentos utilizados para esta conclusão foi o de que “nas demandas para defesa de direitos difusos e coletivos há um natural maior distanciamento dos fatos e das provas pelos legitimados do que quando se trata de direitos individuais homogêneos, o que justifica a propositura de nova demanda coletiva quando surja prova mais robusta capaz de alterar a cognição sobre a matéria apenas nos primeiros casos”. Porém, não parece que tal lógica seja suficiente para justificar interpretação restritiva, no sentido de limitar a coisa julgada *secundum eventum probationis* aos direitos essencialmente coletivos<sup>46</sup>.

Continuam aqueles autores<sup>47</sup> aduzindo que, por um lado, os legitimados coletivos são os mesmos, de modo que, ao que parece, em um ou outro caso estarão, eles mesmos, distanciados “dos fatos e das provas”. A possibilidade de os indivíduos participarem do processo coletivo relativo a direitos individuais homogêneos (art. 94 do CDC) por si só não implica “maior proximidade”, em especial porque isso nem sempre acontece ou não se dá de forma significativa. Ademais, mesmo que se tenha os próprios titulares dos direitos afirmados como legitimados – aí para as ações individuais (ou possam participar, em tese, do processo coletivo) – tampouco isso isoladamente implica maior facilidade de prova, embora se possa dizer que estejam “mais próximos dos fatos”. (...) Por fim, e por outro lado, veja-se que, ainda que se trate de interesses coletivos, indivíduos identificáveis (pessoas físicas ou jurídicas, ou eventualmente órgãos, que estejam mais ligadas à questão ou faticamente próximas do acontecimento) podem levar ao legitimado coletivo, ou mesmo ao processo, as informações que possuem – o que pode significar não haver tanta diferença em termos de “distanciamento dos fatos e das provas” nas ações coletivas para tutela de um ou outro direito, a justificar tratamento diverso.

44. Idem, ibidem, p. 661.

45. Idem, ibidem, p. 661.

46. Idem, ibidem, p. 661.

47. Idem, ibidem, p. 662.

E mais, que, ligado a um dos pontos acima, foi também argumentado no voto vencedor que “Nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, por outro lado, não se justifica a repetição da ação quando aferida sua improcedência por insuficiência de provas. Isso porque, em tais casos, é conferida a todos os possíveis interessados no deslinde da controvérsia a oportunidade de participar ativamente da instrução processual”. Tal justificativa, porém, esbarra no problema acima posto, da muitas vezes presente complexidade fático-probatória e do desequilíbrio entre as partes – além da questão da eficiência da prestação jurisdicional, da isonomia e do acesso à Justiça (aspectos que a própria técnica coletiva busca aprimorar)<sup>48</sup>.

Outro ponto de apoio à possibilidade de se igualar as lides coletivas essenciais (difusas e coletivas) àquelas tendo por objeto os direitos individuais homogêneos, no tocante à possibilidade de repositura da ação em caso de improcedência, por falta de provas utilizada por aqueles autores<sup>49</sup> foram assim expostas: Ademais, note-se que o CPC traz a técnica dos atos concertados (art. 69), mediante cooperação entre diferentes órgãos do Judiciário, o que indica a necessidade de concentração da resposta jurisdicional não apenas em relação a “questões de direito” (como se tem nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência e nos recursos repetitivos), mas também de atos instrutórios ou mesmo de processos: §2º. Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para: (...) II – a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; (...) VI – a centralização de processos repetitivos”. Nessa lógica, não parece que a possibilidade, em abstrato, de os interessados utilizarem a via individual deva afastar a viabilidade, mediante prova nova, ser o caso re-discutido coletivamente. Além disso, a utilização da técnica da coisa julgada *secundum eventum probationis* talvez seja ainda mais eficiente, no sentido de que ela terá um filtro inicial, a saber se a nova prova é, em tese, capaz de levar a resultado diverso, barrando desde logo a repetição desnecessária da discussão.

Declaram os mencionados autores<sup>50</sup> que é necessário e parece possível ir além da interpretação restritiva e isolada do inc. III do art. 103 do CDC, compreendendo-o conjuntamente com a previsão do próprio art. 16 da LACP, que expressa-

48. Idem, ibidem, p. 662. Os autores, neste ponto, com apoio em Venturi (Processo civil coletivo. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 243), assinalam que: Considerando que a via coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos, apesar de não ser exclusiva, no mais das vezes acaba sendo a única praticamente efetiva, tendo em vista os conhecidos entraves opostos ao acesso individual à justiça, a oponibilidade da autoridade da coisa julgada material nas hipóteses de improcedência do pedido no intuito de afastar a repositura da mesma demanda pela via coletiva, acarreta, *previsivelmente, o virtual aniquilamento das pretensões individuais de todos aqueles que não têm nem nunca terão incentivo ou condições materiais para o comparecimento pessoal em juízo*. Aí, portanto, a falta de prejuízo por ainda haver a via individual é ilusória.

49. Idem, ibidem, p. 662-663.

50. Idem, ibidem, p. 663.

mente excepciona a coisa julgada em relação ao julgamento de improcedência por falta de provas. E veja-se que, se se entendesse aplicável a limitação territorial prevista no art. 16 e inclusive para direitos individuais homogêneos, como já se pretendeu, menos razão ainda haveria para a utilização parcial do dispositivo, impondo-se que também a coisa julgada *secundum eventum probationis* se operasse, na dimensão coletiva, para os direitos de massa. Ou seja, o art. 16 não poderia, aí, ser aplicado somente para diminuir a efetividade da tutela coletiva, especificamente no que toca à sua pretensão de limitar territorialmente a abrangência da decisão coletiva. Deve, diferentemente, autorizar que a coisa julgada, na improcedência por falta de provas, não se forma também em relação aos direitos individualmente tutelados coletivamente. Portanto, nessa linha, não há formação de coisa julgada para os legitimados coletivos na improcedência por insuficiência probatória – além de não haver coisa julgada para os indivíduos na improcedência, qualquer que seja aí o fundamento da rejeição da demanda.

Em apoio ainda à tese da relativização da coisa julgada também nas ações envolvendo os direitos individuais homogêneos, por insuficiência probatória, em idêntica posição às lides moleculares (direitos difusos e coletivos), temos que a formação ou não de coisa julgada *secundum eventum litis* em nosso ordenamento jurídico possui pertinência com recurso especial repetitivo representativo de controvérsia, no contexto de processos individuais previdenciários sobre aposentadoria por idade rural. O STJ, pela Corte Especial, entendeu que, com referência aos dispositivos do CPC/1973, “a ausência de conteúdo probatório válido a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito, de forma a possibilitar que o segurado ajuíze nova ação, nos termos do art. 268 do CPC, caso obtenha prova material hábil a demonstrar o exercício do labor rural pelo período de carência necessário para a concessão da aposentadoria pleiteada”. (STJ, REsp 1.352.721/SP, rel. Napoleão Maia Filho, j. 16.12.2015, DJe 28.04.2016).

Partindo-se deste julgado, é possível diferenciar (i) não formação da coisa julgada por insuficiência de provas em ações coletivas, mesmo havendo julgamento do mérito e (ii) a extinção do processo individual sem julgamento do mérito, justamente em razão da falta de provas sobre o trabalho rural (ou, mais especificamente no caso, de “início de falta de prova material” a respeito)<sup>51</sup>. E, finalizam, informando que: “A diferença é significativa, pois, no caso de a ação coletiva ter sido julgada improcedente por deficiência de prova, a própria lei que relativiza a eficácia da coisa julgada torna imutável e indiscutível a sentença no limite das provas produzidas nos autos. Não impede que outros legitimados intentem nova ação com idêntico fundamento, mas exige prova nova para

admissibilidade *initio litis* da demanda coletiva”. (STJ, REsp. 1.676.027/PR, 2ª. Turma, rel. Herman Benjamin, j. 26.09.2017, DJe 11.10.2017).

Após nos debruçarmos profundamente nesta temática, revimos e alteramos nossa posição anterior em relação à matéria sobre duplo aspecto: passamos a nos filiar ao entendimento de que não apenas os superdireitos, metaindividuais, transindividuais – difusos e coletivos – por suas características próprias, se apresentam como direitos globalizantes indisponíveis da comunidade ou da coletividade, como também os direitos individuais homogêneos se apresentam na mesma vertente, como direitos do grupo prejudicado, o que não se confunde com os direitos dos indivíduos pertencentes a esse agrupamento. Se a Lei de regência (Lei 8078/90, art. 81 e ss.) não fez qualquer distinção, não cabe ao intérprete fazê-lo. Talvez pelo peso, intelectualidade e intensidade das palavras de Barbosa Moreira, naquela época ainda preliminar de desenvolvimento dos direitos de massa, sua posição sobre os direitos individuais homogêneos (apenas “*acidentalmente coletivos*”) não tenha sido contestada, ou mesmo colocada à prova pela evidência dos casos concretos, que agora começam a despontar na jurisprudência dos tribunais superiores.

Isto porque considerar que apenas os superdireitos *meta* ou transindividuais (difusos e coletivos) dispõem dessa interpretação hermenêutica implicaria ferir não apenas o princípio da isonomia, como também rebaixaria os direitos individuais homogêneos como segunda categoria de direitos de massa, uma espécie de “primo pobre” dos superdireitos difusos e coletivos.

Além deste aspecto relacionado à titularidade globalizante, ou em bloco, no caso dos direitos individuais homogêneos, como ficção jurídica, também acolhemos e nos filiamos à tese de Egon Bockmann Moreira, Andreia Cristina Bagalin, Sérgio Cruz Arenhart, Marcela Pereira Ferraro, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. no sentido de que não apenas na defesa dos direitos difusos e coletivos, como também dos direitos individuais homogêneos, deve se aplicar a regra da coisa julgada *secundum eventum probationis*. Isto é, havendo julgamento de improcedência da lide, por insuficiência de provas, ocorrerá a exceção consentida pelo ordenamento jurídico do *non-liquet*, no sentido de não formação da coisa julgada material, possibilitando futura propositura de nova ação coletiva, com fundamento em prova nova.

Assim sendo, revimos nosso posicionamento anterior para acolher a proposição dos autores<sup>52</sup> mencionados, no sentido de que, se a decisão for por insuficiência de provas, deve o processo preservar os direitos dos atingidos e não usar uma ação precoce, sem material probatório suficiente, para impedir a tutela dos direitos de massa, que ao fim e ao cabo, é a tutela das pessoas atingidas.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto e da evolução que vem experimentando o Direito Processual Coletivo do Trabalho, na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais, já que o microsistema de tutela

52. Idem, ibidem, p. 492.

coletiva se aplica a vários ramos do direito processual, entre eles o trabalhista, não se limitando ao direito do consumidor, revendo nosso posicionamento anterior sobre os direitos metaindividuais e sua tutela coletiva, tendo por foco especialmente os direitos individuais homogêneos, concluímos que:

- O direito processual, de uma forma geral, engloba duas relações jurídicas: uma de direito material e outra de direito processual, sendo que esta se manifesta não havendo um acertamento voluntário, espontâneo entre as partes, ensejando desta forma uma pretensão resistida e dando origem à relação jurídica processual. Em se tratando de prática de um ato ilícito pelo empregador, no campo do Direito do Trabalho, pode ensejar a agressão a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, que ensejará a eventual proposição de uma ação molecular, cuja coisa julgada será fundamentalmente diferente da coisa julgada das ações atomizadas. Certo é que também poderá ocorrer a pacificação social na área administrativa, pela celebração de um TAC – termo de ajustamento de conduta, na área negocial, por meio da negociação coletiva bem sucedida, ou ainda por meio de uma sentença arbitral, todos produzindo a extensão de seus efeitos *erga omnes* para atingir toda a comunidade envolvida.
- Não apenas os superdireitos, metaindividuais, transindividuais – difusos e coletivos – por suas características próprias, se apresentam como direitos globalizantes indisponíveis da comunidade ou da coletividade, como também os direitos individuais homogêneos. Isto porque estes últimos se apresentam em nosso ordenamento jurídico, como uma ficção jurídica, na mesma vertente daqueles superdireitos, como direitos indisponíveis do grupo prejudicado, o que não se confunde com os direitos materiais individuais das pessoas a eles pertencentes ou não, na exata medida da Lei de regência (Lei 8078/90, art. 81 e ss.) que não fez qualquer distinção a respeito.
- Uma leitura hermenêutica diferente levaria à diminuição da importância material dos direitos individuais homogêneos, de origem comum, em relação aos superdireitos (difusos e coletivos), relegando-os a uma espécie de segunda categoria de direitos coletivos;
- Acolhemos também a proposta da corrente doutrinária inovadora, composta por vários autores nomeados no texto acima, no sentido de que além do aspecto da titularidade globalizante (da comunidade, da coletividade e do grupo lesionado), aos direitos individuais homogêneos também se aplica a regra da coisa julgada *secundum eventum probationis*, da mesma forma que estes são aplicados na defesa dos direitos difusos e coletivos (art. 113, § 2º, I, do CDC).
- Assim sendo, havendo julgamento de improcedência da lide, que tenha por objeto direitos individuais homogêneos, por falta de provas, ocorrerá a exceção consentida pelo

ordenamento jurídico do *non-liquet*, no sentido de não formação da coisa julgada material, possibilitando a repropósito de nova ação coletiva, pelos mesmos autores, com a mesma causa de pedir e pedidos, porém, com fundamento em prova nova e atualizada.

#### REFERÊNCIAS

- ARRUDA ALVIM, José Manoel, Thereza e Eduardo; SOUZA, James Marin de. **Código de defesa do consumidor comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. in: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual**, 3ª. Série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual**, 3ª. Série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 4. 14ª. Ed. Salvador: JusPodium, 2020.
- GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 3ª. Ed. Salvador: JusPodium, 2020.
- MERRYMAN, John Henry. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Western europeu and Latin America**. 2ª. Ed. Stanford: Stanford University, 1985.
- MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. **Comentários à lei da ação civil pública**. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- NERY JR., Nelson. **Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos Santos. **Sindicatos e ações coletivas**. 5ª. Ed. São Paulo: LTr, 2019.
- WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: \_\_\_\_\_. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993

51. MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. **Comentários à lei da ação civil pública**. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 666.

## MANOEL LUIZ COSTA PENIDO

Juiz Federal do Trabalho Titular da VT de Caçapava-SP. Master en Derechos Y Ciencias Sociales pela Universidad Castilla-La Mancha-ES. Pós-Graduado em Gestão de Conflitos pelo Instituto Keppe-Pacheco-SP. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo-USP Graduado em Sociologia e Política pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Membro do Conselho Editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15a. Região no biênio 2018-2020. Diretor Cultural da Amatra XV no biênio 2019-2021.

## VIVENCIANDO O TRABALHO DO OUTRO

### EXPERIENCING THE WORK OF THE OTHER

**RESUMO:** Relatório da minha experiência no curso “Vivendo o Trabalho Subalterno” promovido pela Escola Judicial do TRT da 1ª Região-RJ, em que juizes do Trabalho, vinculados às Escolas Judiciais de diversas Regiões do Brasil, obtinham treinamento e executavam por um dia trabalhos considerados subalternos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Trabalho de campo; trabalho subalterno; Experiência psicossocial.

**ABSTRACT:** Report of my experience in the course “Living Subaltern Work” promoted by the TRT Judicial School of the 1st Region-RJ, in which Labor judges, linked to the Judicial Schools of different Regions of Brazil, obtained training and performed for one day works considered subordinate.

**KEY-WORDS:** Fieldwork; subordinate work; Psychosocial experience.

### INTRODUÇÃO

O objetivo deste relato, em forma de uma crônica, é o compartilhamento de uma reflexão. E tenho a convicção de que isso servirá para estimular as consciências a uma percepção de que há outras alternativas para analisar e julgar uma controvérsia submetida à nossa apreciação, sobretudo se entendermos que devemos nos colocar no lugar do outro. Assim, para que possamos experienciar uma alternativa de compartilhamento de mundo, no qual estamos inseridos, e dele recebemos as consequências das nossas e das atitudes dos demais viventes da comunidade humana, e também o influenciarmos individualmente com as nossas palavras e com as nossas ações, para o bem, ou para o mal, de todas as outras espécies vivas, que também têm o mesmo direito de viver neste ambiente que chamamos de nosso mundo, que muitas vezes nos parece particular, porque é uno, mas também é universal.

Finalizo essa introdução com uma citação de Fernando Pessoa: “As verdadeiras paisagens são as que nós mesmos criamos”.

### 1. A PROPOSTA

A experiência que passo a relatar foi promovida pela Escola Judicial do TRT da Primeira Região-RJ, em que algumas

vagas foram oferecidas para juizes vinculados às Escolas Judiciais de outros tribunais, da qual achei interessante participar. E a minha experiência compartilho agora com os leitores dessa alvissareira revista.

### 2. VIVENCIANDO O TRABALHO DO OUTRO

Quando eu resolvi me inscrever e enfrentar o desafio, logo me veio à mente a experiência e a figura emblemática de JESUS CRISTO. A meu ver, o ser humano mais importante de toda a história da humanidade. E pensei: se ELE foi capaz de lavar os pés dos seus discípulos, dar a outra face ao seu agressor, dizer para jogar a primeira pedra quem nunca tivesse errado, como eu, um simples mortal, sem direito à ressurreição – que escolheu como profissão julgar os erros e os acertos dos outros -, não poderia ser capaz de me colocar no lugar do outro, pelo menos por um dia, para aprender a melhor julgá-lo?

### 3. EXPERIÊNCIA NO DIA DE TREINAMENTO

Caminhamos uns dez minutos do hotel até a estação de metrô Botafogo. Pegamos o trem e seguimos durante cerca de trinta minutos e, ao sairmos da estação Triagem do Metrô, encontramos o nosso instrutor C. que nos esperava, porque nos havia visto saindo do trem. Caminhamos mais uns cinco ou sete minutos, até chegarmos ao local do treinamento. Antes de chegarmos ao nosso destino, o nosso instrutor havia se adiantado, deixando-nos com o aviso de que entraria primeiro, para não chamar atenção dos candidatos que aguardavam em frente do portão da empresa NR, local de nosso treinamento naquele dia.

Encontramos uma fila composta de aproximadamente cinquenta pessoas, dentre homens e mulheres. A maioria dos candidatos era composta de mulheres, idade aproximada de trinta anos e pouco. Salvo em poucas exceções, não havia jovens entre os candidatos.

Passados uns dez minutos C. saiu pelo portão com uma lista de nomes anotados em um papel. Iniciou a chamada e as pessoas iam entrando pelo portão afora, seguindo por um corredor comprido, silenciosamente, em passos curtos, sem dizer palavra. Quando chegou a nossa vez de sermos chamados, entramos, encontrando aquelas pessoas sentadas em uma fileira de cadeiras encostadas na parede de um corredor, uma ao lado da outra. Formando uma extensa fila.

Contei vinte e cinco pessoas, além de nós quatro, aprendizes do trabalho dito subalterno, completando um grupo de vinte e nove almas a serem treinadas naquele dia. A maioria dessas pessoas estava participando do treinamento, que continuaria no dia seguinte, também durante o dia todo, sem saber se seria contratada ou não. Observei que um grande número daquelas pessoas, principalmente as mulheres, estava além do peso normal. Todos usavam sapatos baratos, vestiam roupas simples, em geral calça jeans, que, com certa dificuldade, conseguia acomodar o corpo inflacionado.

Quando o treinamento iniciou, observei que ainda se mantinham em silêncio, prestando muita atenção e, munidos de cadernetas, cadernos, folhas avulsas (solicitadas ao colega do lado), anotavam como podiam e em letras desajeitadas, as informações, cheias de detalhes, que o instrutor lhes passava.

A partir deste momento do treinamento, pude constatar que, diferentemente do que eu acreditava, as atividades na área da limpeza, apesar de simples e de baixa remuneração, exigiam conhecimentos prévios, até complexos, que poucos demonstraram possuir, sobretudo quando, na parte da tarde, após o almoço e, da fala da técnica de segurança, as atividades práticas foram iniciadas com os diversos produtos de limpeza e equipamentos, tais como enceradeira, MOP (molhado e seco), baldes, rodos e vassouras, cujo manejo parecia fácil, mas não era tão fácil como eu acreditava. Ao longo do dia, foram tantas as instruções de uso daqueles diversos produtos e equipamentos, que muitos de nós, muitas vezes, nos perdemos em operações desastradas.

Ainda pela manhã, também fizemos uma prova teste, com resposta sim ou não, que também exigia certos conhecimentos prévios, em que somente as pessoas com algum tempo de prática na área saberia responder. Todos ali eram pessoas simples e humildes, bastante amistosas, alegres na hora de executar as tarefas.

Constatarei somente uma exceção, que me chamou a atenção. Havia uma mulher baixa, trinta e cinco anos aproximados, que parecia não estar satisfeita de estar ali, demonstrando certo espírito de competição com os demais. Talvez a sua atitude, que considerei um pouco agressiva, fosse somente comigo, não sei – acho que ela me considerava diferente das demais pessoas do grupo, inadequado para aquela atividade -, e toda vez em que passava por mim, quase me atropelava. Já no fim do dia de treinamento, quando estávamos recolhendo e colocando em seus devidos lugares os produtos e equipamentos, ela, empurrando um carrinho cheio de produtos e sem se dar conta de que esses produtos deveriam ser retirados do carrinho e devolvidos à prateleira de onde saíram, quando a alertei sobre isso, foi extremamente agressiva comigo e, aos gritos, me disse: “Pega esse produto aí, home!” , ao que eu lhe respondi em seguida, enquanto tentava retirar de pressa um galão de detergente do carrinho: “calma, mulher!” Pode ser somente uma impressão, ou talvez naquele dia ela estivesse enfrentando algum problema, familiar ou pessoal, que eu desconhecêsse, ou não acreditasse que seu esforço no treinamento pudesse ocasionar a sua contratação. O certo é que, durante o dia todo, ela não demonstrou muito envolvimento com as atividades, tampouco indicou possuir alguma

habilidade prévia para as tarefas que tivemos que executar. É provável que ficasse refletindo que as vagas não seriam suficientes para todos os participantes daquele treinamento.

A partir dessa experiência de treinamento, iniciam-se algumas reflexões, tentando juntar o trabalho intelectual com as questões práticas vivenciadas. A primeira reflexão a compartilhar, refere-se ao fato de que em qualquer espécie de trabalho nós dependemos da contribuição mútua, uma vez que não há, em nenhuma profissão ou atividade, uma autossuficiência eficaz. Ninguém consegue produzir isoladamente eficácia ao resultado prático de seu trabalho, sem contar com a colaboração do outro. Deve haver um necessário compartilhamento de esforços, pouco importando o nível de conhecimento - braçal ou intelectual -, acerca daquela profissão ou atividade. Tanto faz se a pessoa utiliza uma caneta ou uma enxada! Isso nos impele à humildade na hora de participar de um treinamento, quando executamos um serviço, ou na hora de entregar os seus resultados.

Para mim, foi uma grande surpresa, constatar que a atividade na limpeza, apesar de sua aparente falta de especialização, não constitui uma atividade desprovida de certo conhecimento técnico. O trabalhador ou trabalhadora precisa conhecer os produtos e os equipamentos necessários para cada atividade que for desenvolver. Deve saber manusear esses produtos e equipamentos, evitando assim desperdícios e acidentes, ou contrair enfermidades no ambiente de trabalho. Tudo isso nos parece fácil à primeira vista, mas não o é. Eu, por exemplo, durante o treinamento, tive grande dificuldade de operar corretamente a enceradeira e o Mop. Essas habilidades ou conhecimentos requerem treinamento e aprimoramento prático, que a maioria daquelas pessoas, no dia do nosso treinamento, não possuía. Assim, posso afirmar, que no fim daquele dia de treinamento intensivo, eu saí com alguns conhecimentos e muitas surpresas. Saí também bastante apreensivo, sobretudo porque sabia que os conhecimentos que consegui adquirir durante aquele dia não seriam suficientes para um bom desempenho no ambiente de trabalho. Antes eu acreditava que aquela atividade subalterna seria fácil de executar, pois não dependia de nenhum conhecimento prévio e de nenhuma técnica. Talvez aí esteja o caráter invisível dessa atividade para a maioria das pessoas. Logo, não eram somente as pessoas que eram invisíveis, mas também a atividade em si. Todos sabem que na limpeza, somente aparece o que está sujo e, se fica limpo, o serviço realizado nunca aparece quando está sendo executado. Por isso, o trabalho doméstico - geralmente executado por donas de casa em sobretrabalho -, nunca é valorizado, e também não tem o seu custo avaliado no mercado de trabalho.

Ao retornar no dia seguinte para dar continuidade às minhas atividades profissionais habituais no Tribunal às oito horas da manhã, desci do elevador e logo encontrei funcionários e funcionárias da limpeza em suas atividades cotidianas. Minutos antes, havia observado os seguranças e os motoristas que trabalham no subsolo onde são estacionados os carros. Observei com um olhar diferente aqueles profissionais em suas atividades. Abordei, ao sair do elevador, uma senhora, com idade acima dos sessenta anos, que respondeu de forma

amistosa “bom dia!”, enquanto limpava as paredes próximas aos elevadores. Era “ a Mamuska” ou Z, como ela me disse. De pele branca e já enrugada, cabelos alourados grisalhos, uniformizada. Perguntei a ela, porque não estava usando o Mop, talvez curioso em saber se ela conhecia este tipo de equipamento que eu só passei a conhecer com esse nome no dia do treinamento. Ela disse, com alegria, demonstrando ter gostado da abordagem e da pergunta, sobre assunto de sua especialidade: “Aqui a gente não usa Mop, mas eu usava quando eu trabalhava em outra empresa”. Disse-me que já trabalhava no Tribunal há dezessete anos – sempre pela mesma empresa terceirizada -, e que era muito difícil limpar a garagem utilizando água, rodos, vassouras, baldes e panos, por causa da poeira deixada pelos carros e pelo tamanho da garagem. Quando lhe perguntei o nome, ela me respondeu com alegria: “eu me chamo Z. mas meu apelido é ‘Mamuska’ - mãezona, da novela, ela fez questão de me explicar. Mas eu não pensei em novela, naquele momento – não assisto a uma novela há vários anos -, logo pensei que a palavra tivesse sido colhida em um livro de algum escritor russo - Dostoiévski, Tolstoi, Gógol, Puschkin, Turguêniev, Tchékov, Nikolai Leskov.

#### 4. UMA VIVÊNCIA NO TRIBUNAL

Um dia, quando fui servido pelo copeiro que sempre me serviu no gabinete, ele conduzia um aprendiz, rapaz ainda jovem, que um pouco sem jeito, receoso de errar, tentava servir direito o café e a água, enquanto o olhar atento de seu mestre continuava a transmitir, com orgulho, a sabedoria adquirida depois de anos e anos de prática. Costumo conversar com esse copeiro sobre as nossas experiências de cada dia. Ele diz gostar do trabalho que executa. Disse-me que depois de ter sido garçom por vários anos, por causa da jornada mais tranquila e da possibilidade de aproveitar os feriados do serviço público, embora fosse contratado por uma empresa terceirizada, se sentia bem mais confortável trabalhando no Tribunal.

#### 5. A EXPERIÊNCIA NO DIA DO TRABALHO DE CAMPO

Antes de iniciar o relato do trabalho de campo, acho apropriado algumas breves considerações e reflexões acerca de nossa experiência. O meu sentimento, apesar de executar um trabalho braçal, é que continuarei desenvolvendo, no cotidiano profissional, um trabalho eminente intelectual, diferenciado e melhor remunerado. Não vejo a necessidade de me transformar, literalmente, enquanto executo determinada atividade, em um servente ou copeiro, em um cobrador de ônibus ou gari, para compreender o significado da atividade ou profissão. O que eu preciso é saber colocar-me no lugar do outro, no sentido afetivo e espiritual, e não no sentido material, porque isso não será possível, uma vez que o trabalhador continua voltando todo dia para a sua casa, para a sua família, para a sua vida cotidiana, inserido naquele contexto social de pertencimento à família, ao grupo de amigos, da igreja, ao seu entorno. O seu lazer com a família ou os seus amigos, os seus sentimentos, o seu sofrimento individual, familiar ou social, a sua capacidade de consumo, tudo isso diz respeito exclusivamente a esse trabalhador. E vejo que a dignidade de

cada atividade ou profissão – tenha em mãos a caneta ou a enxada -, depende, necessariamente, de cada pessoa que a exerce. O mais importante não é o que a pessoa pensa sobre o que faz, mas, sim, como ela faz o que faz e depois pensa sobre o resultado do que fez. Enfim, o que ela faz para obter eficácia no seu trabalho. Isso significa ter consciência da eficácia do resultado de sua obra (Póiesis, e não Trapalium). E não existe profissão boa ou ruim, mas, sim, pessoas boas ou ruins exercendo esta ou aquela profissão. Basta recordarmos das experiências trazidas para nós pelos quatro trabalhadores que compareceram no dia de nosso último encontro. Os relatos do motorista e do ajudante de caminhão de transporte, somados com os relatos das duas garis que se ativavam na praia, recolhendo lixo, servem para elucidar como, muitas vezes, compreendemos mal o resultado do trabalho desses profissionais, o quanto podemos estar distanciados do real sentimento deles com relação às suas respectivas profissões, as suas expectativas, os seus projetos de vida, o seu contentamento ou sofrimento cotidiano.

A verdade é que nós lidamos muito mal com a nossa culpa judaico-cristã acerca do trabalho, o qual vemos como o fruto de um castigo - o de ganhar o pão com o suor do próprio rosto, por causa da expulsão do paraíso, ou dos longos séculos de escravidão e de servidão. A história nos remete à longa trajetória do trabalho escravo e do trabalho servil até o limiar do século XIX. Foram séculos e séculos de sujeição aviltante e desumana. E isso ainda reverbera nos dias de hoje, sobretudo diante do grande êxodo das grandes massas de imigrantes da atualidade, causado pela fome, pela miséria, pelo desemprego e originado principalmente de guerras civis, de perseguições étnicas, religiosas, disputas políticas e econômicas. Para fugir disso tudo, a única saída que o ser humano tem, se não quiser carregar nas costas um trabalho penoso e sem sentido, como um sacrifício eterno e sem resultado eficaz para a própria vida e para a vida do outro, é perceber, na exata dimensão de sua atividade cotidiana – não importa se é empregado ou patrão, se para exercer o seu trabalho está munido de uma caneta ou de uma enxada -, que o seu trabalho deve ser fruto de uma ação boa, bela e verdadeira, a qual se realiza como trabalho, mas, ao mesmo tempo, também como realização pessoal de ser e estar no mundo, como algo prazeroso, dignificante e necessário. Mas, para que isso ocorra, esse trabalho não pode estar vinculado a nenhuma forma de resultado econômico imediato ou de sujeição. Ele não deve ter como prioridade medir, contar ou pesar! Nesse sentido, sobretudo em termos de sofrimento humano e de incapacidade de entender o papel de cada um em relação ao trabalho, todos se igualam, independentemente de ser o trabalho braçal ou intelectual, do ato de a pessoa estar munida de uma caneta ou de uma enxada na mão. Na condição de observador participante – essas frases foram extraídas da parte teórica do treinamento -, “Conhecer não é consumir alguém, é pensar com alguém. Alguém não é objeto de saciar”. “O poder político só existe em sua realização. E só se realiza em parceria”. Gostei muito dessas duas frases, por isso as coloquei antes de finalizar as minhas reflexões, sobretudo porque vejo ressonância delas naquilo que vivenciei, refleti e senti, durante

o processo de admirar, com afeto, a realidade vivida pelo outro. Outro pensamento me vem, quando me recordo dos detalhes da experiência de um dia, como servente na creche de uma Ente Público, é que a maioria das pessoas, muitas vezes bem-intencionadas, têm um olhar condescendente para o trabalho subalterno ou invisível e, com sua atitude de pretensa bondade, acaba por tentar subtrair a dignidade desse trabalhador e dessa profissão, aviltando-a. Não vejo como seria possível alguém, de outra classe social, sair de sua condição e transformar-se, de uma outra para outra, em um trabalhador subalterno, mesmo que continue nessa atividade durante anos, tentando executar as tarefas desse trabalhador. Pode até ser, que em caso de extrema necessidade, essa pessoa se resigne em se ativar numa profissão subalterna, mas será sempre provisória essa sua resignação. Pensemos, a título de exemplo, em um médico ou em um juiz, que foi forçado a fugir às pressas de sua casa e de seu emprego em seu país, para salvar sua vida. Ele deverá aceitar, no país que o receber como refugiado e exilado, qualquer tipo de emprego braçal ou subalterno, sem divorciar-se de sua dignidade. Pensemos ainda, à guisa de exemplo, no caso de um trabalhador rural, um pequeno agricultor, que interessado em aumentar os seus ganhos, enche de inseticidas a sua plantação, para obter uma colheita melhor e um lucro maior. O resultado será danoso para aqueles que consumirem os produtos, ruindo completamente a eficácia daquele trabalho. Da mesma forma pode ocorrer com um pequeno empresário, que imaginando obter mais lucros, aumenta a produção de sua fábrica fabricando produtos de baixa qualidade, além de exigir dos empregados jornada excessiva e mal remunerada. Ou até mesmo o caso de um trabalhador, que ganhando por peça executada, desenvolve a suas tarefas sem os devidos cuidados, pensando tão somente em produzir mais e ganhar mais. Desse modo, todos se equivalem, seja o trabalho intelectual, seja o trabalho braçal.

#### 6. DESENVOLVENDO O TRABALHO DE CAMPO

No meu trabalho de campo, trabalhei com G, durante algumas horas de um dia, após ter sido conduzido pelo encarregado H até o local da prestação do serviço de servente de limpeza que executei. Era um conjunto de creches de uma Entidade Pública, com capacidade para abrigar trezentos e sessenta crianças de zero a cinco anos. Nós trabalhamos em equipe. E conversamos e falamos de famílias, de casamento, da opção de ter ou não ter filhos. Também falamos de nossas tarefas, cada um transferindo ao outro a sua experiência. Quando pedi para tiramos uma foto juntos, com o meu celular, ele gostou muito e, após a foto, fiquei surpreso quando ele me ofereceu o seu cotovelo direito, para que eu o tocasse com o meu. E ele disse em seguida: “agora somos irmãos!”! Chamei-o, com certa intimidade, de meu professor. Ele pareceu gostar, uma vez que, com um sorriso largo no rosto, encostado no seu rodo, me observava, enquanto eu limpava a sujeira dos canos dos corrimões azuis das escadas daqueles longos degraus, por onde subiam diariamente dezenas de crianças, mãozinhas incertas, segurando nas mãos das monitoras que as conduziam. Eram crianças - descobri mais tarde ao conversar com uma das monitoras -, de zero a cinco anos. Todas

eram conduzidas pelas diversas monitoras da creche até as salas. Conversei também, mas desta vez superficialmente, com as outras quatro colegas da limpeza, as quais, um pouco ressabiadas, até desconfiadas, olhavam-me de lado, sorrisos sem graça e de pouca expressividade, como se não quisessem acreditar que eu fosse efetivamente um membro do grupo. Mais tarde, após me verem trabalhar com afinco e esforço, me entendendo bem com G e conversando de forma amistosa com ele, tranquilizaram-se um pouco e algumas até começaram a sorrir para mim, inclusive permitindo que tirássemos uma foto juntos. Porém, o nosso contato foi apenas episódico, porque cada uma delas tinha que executar, solitariamente, as suas próprias tarefas na limpeza, que eram muitas, principalmente durante a hora de almoço e de sono das crianças. Eu e G continuamos nosso labor em dupla, cada uma executando sua parte da tarefa. Enquanto um recolhia os sacos de lixo do banheiro, o outro os conduzia em um carrinho de mão até o local em que o caminhão os retiraria mais tarde; enquanto um limpava os corrimões, o outro, de rodo em punho, lavava e secava os restos de água e sabão que respigavam no chão; enquanto um limpava o chão do banheiro, o outro limpava a sujeira deixada pelos pés das crianças no local em que tomavam banho. Em um determinado momento e, de chofre, e sem que eu lhe perguntasse nada, G me disse, bastante sério, que costumava ajudar todo mundo; que não executava somente as suas próprias tarefas, mas ajudava os outros, mesmo quando não lhe pediam. No seu modo de entender, isso era muito importante. Poder ajudar o outro, mesmo sem ser solicitado. Parecia querer obter de mim o compromisso da colaboração e do compartilhamento de esforços em prol de um objetivo comum. Isso me causou uma surpresa agradável, ao saber que na cabeça daquele trabalhador tão pouco qualificado, o trabalho, desprovido de competição, é a melhor forma de contribuir para a eficácia de um resultado em que todos ganham. Isso também me fez refletir sobre o papel de cada um de nós - não importa que tipo de atividade executamos, como afirmei acima -, devemos sempre compartilhar as nossas experiências, colaborar, cooperar e solidarizarmos, em quaisquer atividades que executamos. Também me fez refletir que a nossa consciência, quando percebida por nós, nos impõe à necessidade da colaboração. Pouco importa qual atividade ou profissão a pessoa exerça, intelectual ou braçal, da caneta ou da enxada, o compartilhamento de esforços e a colaboração é o que mais importa para um resultado final feliz e eficaz para todos, executantes e destinatários dessas atividades. Durante o intervalo para o almoço, compartilhando uma mesa com as monitoras da creche, conversei um pouco com uma delas. Há um grande número dessas profissionais trabalhando na creche. Às dezenas, chegavam de repente, cada uma com uma sacola e a sua própria marmitta trazida de casa. Iam ocupando espaços nas mesas e cadeiras vazias e livres. Algumas permaneceram, enquanto comiam, com os olhos no noticiário da TV, outras, olhares fixos nos celulares, pouco conversavam entre si, enquanto comiam. Depois, esvaziadas as marmittas ou pratos, continuaram com os olhares fixos nos celulares; outras conversavam, enquanto algumas tentavam tirar um cochilo. Foi quando fiquei sabendo que a

creche era destinada aos funcionários daquela Fundação Pública, provida de 360 vagas, destinadas a crianças de zero a cinco anos, e que, naquela data, havia 270 pequenas almas frequentando a creche. Fiquei a imaginar as diferenças entre mim e o pessoal da limpeza, bem como com o pessoal da creche e dos escritórios, convivendo no mesmo espaço daquela empresa estatal. Ouvi de G, quando conversamos sobre casamento, família e filhos – ele, morador da “Comunidade do Gramacho”, está casado há seis anos, desde os dezoito anos de idade, e sua esposa, ele disse, está atualmente com dezenove anos. Logo, ela deve ter se casado aos treze anos de idade -, disse que decidiram não ter filhos “por enquanto” (sic), para poderem usufruir melhor suas vidas enquanto jovens. Talvez, imaginei, esse pensamento seja peculiar na sociedade moderna, em que as pessoas pretendem usufruir ao máximo as possibilidades de consumir, sem se importarem muito com o futuro, em constituir uma família. Surpreendi-me pelo fato desse pensamento vir de alguém que se encontra em uma classe pobre como a dele, cujo contrato de emprego tinha só quatro meses de duração, enquanto sua esposa permanece em casa, cuidando de crianças de outras mães para que estas possam trabalhar. Há aqui uma distorção, que nos chama a atenção. O trabalhador de uma Instituição Pública, com certeza bem melhor remunerado do que aquelas mães, têm à sua disposição, enquanto trabalham, vários profissionais treinados e remunerados por essa Instituição para cuidarem de seus filhos, enquanto aquelas mães, moradoras de um bairro pobre, no caso uma favela ou comunidade, com certeza em situação muito pior em remuneração - possivelmente vivendo de subempregos -, têm que pagar para alguém cuidar precariamente de seus filhos. É possível perceber que esse jovem casal deve pensar que se tiver filhos terá que pagar alguém para cuidar deles, enquanto ambos trabalham e, por causa disso, terão sua liberdade limitada. Durante o período em que permaneci trabalhando, por algumas horas daquele dia, observei que algumas pessoas passavam por mim, e até me cumprimentavam, mas ninguém olhou para o trabalho que eu estava executando, apesar do meu esforço para deixar tudo limpinho. Tampouco olhavam para mim. Pareciam olhar, mas era através de mim que olhavam. O Trabalho é pesado e exige muito esforço, sobretudo por causa do sol que castiga e do vento que incomoda. Folhas caem e se espalham o tempo todo pelos corredores, há acúmulo de poeira e sujeira nos corredores. Até mesmo os lápis que servem de identificação para aquela Instituição, e que necessitam ser limpos um a um, com água e sabão, e depois secados, exigiram um grande esforço. E o chão extenso dos corredores, das escadas, dos banheiros, das salas e dos escritórios, se sujaram muito, acumulando barro e pó trazido pelos pés das crianças e dos adultos. Há muito o que ser limpo. Uma certa monotonia nos aflige, uma vez que o trabalho é executado, depois é suado novamente, depois tem que se limpar tudo novamente, repetindo-se, com certa monotonia, a mesma tarefa. Pensei, na hora daquele esforço, como seria a sensação de ter que executar todos os dias, semanas, meses e anos, sempre a mesma tarefa. Limpar, sujar, depois limpar, e depois sujar, nesse vai e vem sem fim. Com toda certeza, trata-se de um

trabalho muito mais monótono do que o trabalho intelectual, além de muito mais pesado. Usar as luvas muitas vezes incomoda, ao se executar algumas tarefas com elas. G foi pego pelo encarregado H sem as luvas, tendo sido obrigado a colocá-las imediatamente, apesar do incômodo que isso parecia lhe causar. Alguma reflexão é interessante anotar, que ao abordar um menino de cerca de quatro anos, que chorava e resmungava o tempo todo, e que estava sendo conduzido por um dos monitores – segundo entendi ele queria o almoço antes do horário -, de repente e sem que eu percebesse, saiu uma senhora de uma das salas próximas de onde eu me encontrava limpando os lápis. Ela aparentava ser a diretora, porque ocupava sozinha uma sala. Como se quisesse me interromper – talvez ela soubesse de minha condição -, começou a dar atenção especial para a criança e passou a conversar amistosamente com ela, enquanto se afastava. Não houve jeito, o menino continuou a resmungar e a chorar, e foi conduzido pelo monitor pelo pátio da creche. Lembrei-me do conto de Machado de Assis, “O Caso da Vara”, em que a negrinha Lucrécia demonstrou ter sido notada somente na hora de receber o castigo por não ter cumprido a sua parte da tarefa do dia. Vivenciamos um diálogo hamletiano? Notamos melhor a pessoa quando ela comete um malfeito, ou somente a perceberemos de verdade quando ela recebe o afeto do nosso olhar, ao a olharmos pelo olhar dela própria?

### CONCLUSÃO

Ao finalizar este relato, nada mais apropriado aqui, do que nos socorrermos do Mito de Sísifo, para elucidar essa situação vivenciada pelo homem moderno, que exaure todas as suas forças, físicas e mentais, conduzindo diariamente uma pesada pedra montanha acima, carregando em suas costas um enorme peso, que resvala, no final do dia, montanha abaixo, para ser conduzido no dia seguinte novamente, com o mesmo ou maior sacrifício e esforço, em um eterno ritual, que somente acaba quando esse homem, já exaurido em suas forças, físicas e psíquicas, sucumbe no meio do caminho, adoece, aposentado ou morto. O que nos distingue, no trabalho manual ou subalterno, do trabalho intelectual especializado? A forma como nos vestimos e como conduzimos nossas vidas, a quantidade e a qualidade do nosso consumo diário, o nosso “status” social e a visibilidade de nossas profissões? No meu modesto entendimento, ao olhar, vivenciar e sentir, o labor dos trabalhadores desqualificados ou subalternos – não gosto de nenhuma dessas duas expressões, porque não se coadunam com os argumentos acima, mas as mantenho por disciplina, porque foram aceitas no Projeto para a condução deste trabalho -, nos aproximamos um pouco mais do entendimento do poder sutil desse sistema de dominação, sobretudo porque as pessoas têm a ilusão de que estão munidas de alguma forma de poder e de controle de suas próprias atividades. Na verdade, isso é uma grande ilusão, que serve muito bem ao sistema de consumo de massa. Justamente por causa disso é que devemos ver o trabalho executado pelo outro de forma afetiva, desprovido de inveja e divorciado de espírito competitivo, uma vez que necessitamos um do outro para construirmos eficazmente esse nosso mundo que, ao

mesmo tempo, também nos constrói. E é também por causa disso, que não podemos pensar o trabalho de forma individual e egoística, sobretudo por que ninguém tem o poder de edificar a sua obra eficazmente de forma isolada, porquanto todo trabalho é multifuncional e só se completa com a participação do outro. Por isso, é imprescindível nos colocarmos no lugar desse outro. Isso não significa sentar-se no lugar dele e executar o seu trabalho, materialmente falando. Devemos, isto sim, perceber o trabalho do outro com afeto e, espiritualmente, compartilhar o seu sentimento e até as suas angústias, o seu sofrimento individual, familiar e social, e o seu desespero. Só assim contribuiremos para que cada um possa, ao invés do sofrimento, da angústia e do desespero, realizar sua verdadeira obra cotidiana. E, quando essa pessoa retornar para a sua casa no fim do dia, ela possa ter a verdadeira sensação de que aproveitou o seu dia. Não há ilusão, tampouco definitividade nessa obra que executamos, porque todo trabalho, além de insuficiente no sentido material, nunca será definitivo ou melhor do que o do outro, pouco importando se ele é um trabalho intelectual ou braçal Pouco importa, repito, que a pessoa porte uma caneta ou uma enxada na mão. O que ela deve é SER, definitivamente. E essa OBRA de cada um só terá significado e eficácia verdadeira no sentido do SER, e não do TER.

Campinas, novembro, 2018.

HELOISA MENEGAZ LOYOLA

Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP. hmloyola75@gmail.com

## IDEOLOGIA DAS DECISÕES JUDICIAIS E O DESTINO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

### IDEOLOGY OF JUDICIAL DECISIONS AND THE FATE OF THE LABOR COURT

**Resumo:** O presente estudo busca analisar os fundamentos das decisões judiciais em seu viés ideológico. Analisaremos, em breve síntese, as condutas que levam à admissão de um juiz imparcial no caminho da construção dos julgamentos, em particular às decisões recentes do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria de competência da Justiça do Trabalho. Para isso, estudaremos as teorias de dois jusfilósofos contemporâneos, Carlos Cossio e Duncan Kennedy.

**Palavras-chave:** Carlos Cossio. Competência da Justiça do Trabalho. Comportamento estratégico. Decisão judicial. Duncan Kennedy. Filosofia do Direito. Ideologia das decisões. Justiça do Trabalho. Supremo Tribunal Federal. Teoria egológica do Direito.

**Abstract:** The present study seeks to analyze the fundamentals of judicial decisions in their ideological bias. We will briefly analyze the conduct that led to the admission of an impartial judge on the way to the construction of judgments, in particular the recent decisions of the Supreme Federal Court regarding the jurisdiction of the Labor Court. For this, we will study the theories of two contemporary philosophers, Carlos Cossio and Duncan Kennedy.

**Keywords:** Carlos Cossio. Jurisdiction of Labor Justice. Strategic behavior. Judicial decision. Duncan Kennedy. Philosophy of law. Ideology of decisions. Work justice. Federal Court of Justice. Egological theory of law.

#### 1. INTRODUÇÃO

No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 48, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no âmbito de suas duas turmas<sup>1</sup>, que a Justiça do Trabalho é incompetente para analisar a existência de vínculo de emprego dos motoristas autônomos, entendendo como constitucional a

1. São órgãos do Tribunal, o Plenário, as 2 (duas) Turmas e o Presidente. O Plenário é composto pelos 11 (onze) Ministros e é presidido pelo Presidente do Tribunal. As Turmas são constituídas, cada uma, de 5 (cinco) Ministros. O Ministro mais antigo preside a Turma. In [www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaAtfInsti-tucional](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaAtfInsti-tucional) Acesso em 27/04/2021.

Lei 11.442/2017, que dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração<sup>2</sup>. Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na citada lei, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.961, procuradores e juízes do Trabalho impugnaram a constitucionalidade do art. 18 da Lei 11.442/2017, que estabelece o prazo prescricional de um ano para os danos relativos aos contratos de trans-

2. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade nº 48/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. 19/05/2020. DIREITO DO TRABALHO. AÇÃO DECLARATÓRIA DA CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. LEI 11.442/2007, QUE PREVIU A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO MERAMENTE COMERCIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO DE EMPREGO. 1. A Lei nº 11.442/2007 (i) regulamentou a contratação de transportadores autônomos de carga por proprietários de carga e por empresas transportadoras de carga; (ii) autorizou a terceirização da atividade-fim pelas empresas transportadoras; e (iii) afastou a configuração de vínculo de emprego nessa hipótese. 2. É legítima a terceirização das atividades-fim de uma empresa. Como já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição não impõe uma única forma de estruturar a produção. Ao contrário, o princípio constitucional da livre iniciativa garante aos agentes econômicos liberdade para eleger suas estratégias empresariais dentro do marco vigente (CF/1988, art. 170). A proteção constitucional ao trabalho não impõe que toda e qualquer prestação remunerada de serviços configure relação de emprego (CF/1988, art. 7º). Precedente: ADPF 524, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 3. Não há inconstitucionalidade no prazo prescricional de 1 (um) ano, a contar da ciência do dano, para a propositura de ação de reparação de danos, prevista no art. 18 da Lei 11.442/2007, à luz do art. 7º, XXIX, CF, uma vez que não se trata de relação de trabalho, mas de relação comercial. 4. Procedência da ação declaratória da constitucionalidade e improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Tese: “1 – A Lei 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2 – O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 – Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista”.

porte<sup>3</sup>. O Supremo Tribunal Federal declarou que não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, e decidiu pela validade do prazo prescricional.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 e no Recurso Extraordinário 958.252<sup>4</sup>, o Supremo Tribunal

3. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.961/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. 15/04/2020. Ementa: DIREITO DO TRABALHO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DA CONSTITUCIONALIDADE. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. LEI 11.442/2007, QUE PREVIU A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO MERAMENTE COMERCIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO DE EMPREGO. 1. A Lei nº 11.442/2007 (i) regulamentou a contratação de transportadores autônomos de carga por proprietários de carga e por empresas transportadoras de carga; (ii) autorizou a terceirização da atividade-fim pelas empresas transportadoras; e (iii) afastou a configuração de vínculo de emprego nessa hipótese. 2. É legítima a terceirização das atividades-fim de uma empresa. Como já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição não impõe uma única forma de estruturar a produção. Ao contrário, o princípio constitucional da livre iniciativa garante aos agentes econômicos liberdade para eleger suas estratégias empresariais dentro do marco vigente (CF/1988, art. 170). A proteção constitucional ao trabalho não impõe que toda e qualquer prestação remunerada de serviços configure relação de emprego (CF/1988, art. 7º). Precedente: ADPF 524, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 3. Não há inconstitucionalidade no prazo prescricional de 1 (um) ano, a contar da ciência do dano, para a propositura de ação de reparação de danos, prevista no art. 18 da Lei 11.442/2007, à luz do art. 7º, XXIX, CF, uma vez que não se trata de relação de trabalho, mas de relação comercial. 4. Procedência da ação declaratória da constitucionalidade e improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Tese: “1 – A Lei 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2 – O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 – Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista”.

4. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 324/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. 06/09/2019. Ementa: Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. 1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade. 2. A terceirização das 10 violações. 4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993). 5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial. 6. Mesmo com a superveniência da Lei

Federal afastou a ilicitude da terceirização de atividade-fim, reputou inconstitucional a Súmula nº. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, por violação aos princípios da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170 da Constituição Federal) e da liberdade contratual (art. 5º, II, da Constituição Federal), contrariando um pacífico jurisprudencial sobre a matéria que vem sendo construído há trinta anos pelo Tribunal Superior do Trabalho.

O presente estudo não pretende analisar as minúcias das fundamentações dessas e de outras decisões paradigmas do Supremo Tribunal Federal. Busca descrever a importância das perspectivas ideológicas nas decisões judiciais e quais as consequências para o jurisdicionado, sobretudo para a própria sobrevivência da Justiça do Trabalho, dentro de uma visão crítica pós-positivista.

O agente político não fica isento de inclinações teóricas ou correntes políticas ao solucionar um caso concreto. Antes de mais nada, o julgador é pessoa inserida em um contexto social, com suas crenças e opiniões que, obviamente, devem ser deixadas de lado no momento de proferir a sentença. A atividade jurisdicional é, como garantia do cidadão e da democracia, exercida pelos juízes de forma imparcial e técnica.

O comportamento estratégico do juiz ao proferir uma sentença e a forma pela qual ela se constrói tem suporte nas teorias de dois jusfilósofos contemporâneos, Carlos Cossio e Duncan Kennedy.

A obra desses dois pensadores tem em comum o ponto central de que os juízes, como seres humanos, se comportam essencialmente conforme suas propensões, de forma que não se poderia esperar uma atuação completamente imparcial da Justiça, que pende para uma corrente ideológica, e em consequência, para uma corrente política.

As recentes conclusões do Supremo Tribunal Federal parecem se encaixar no cerne da teoria desses pensadores, como veremos neste estudo.

#### 2. VISÃO PÓS-POSITIVISTA E PENSAMENTO CRÍTICO

Na doutrina kelseniana, a Teoria Pura do Direito apresenta-se alheia a ideologias, uma vez que o ordenamento jurídico é baseado em critérios de validade formal das normas jurídicas. Hans Kelsen valorizou a lógica ontológica (do ser),

13.467/2017 persiste o objeto da ação, entre outras razões, porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta. 7. Firmo a seguinte tese: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”. 8. Julgo procedente a ADPF de provimento ao recurso extraordinário, assentando, em ambos os casos, a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. STF/Tribunal Pleno ADPF 324. Relator Min. Roberto Barroso. Publ 06/09/2019.

defendendo a lógica deontológica (dever-ser), sendo que os aspectos morais e éticos da existência não foram abraçados, tampouco pensados, por esse modelo jurídico proposto pelos positivistas.

A necessidade de se estabelecer novos recursos aptos a albergar a dignidade do ser humano e de se preencher certas lacunas normativas, fez com que viessem à tona inovações filosóficas, culturais e jurídicas que inspiraram o engendramento de uma nova ordem social. Assim, a afirmação do pós-positivismo incluiu a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.

O pensamento de Robert Alexy, por exemplo, inspirado em Dworkin, no pós-positivismo, representa um avanço significativo ao afirmar que os princípios têm *status* de norma jurídica e são tidos como categoria deontológica, ou seja, compõem o universo daquilo que é considerado obrigatório. Ingo Sarlet os vê como um meio de amadurecimento e de comportamento responsável com a consolidação de um Estado social e democrático de Direito.

A passagem do pensamento positivista para o pós-positivismo necessita da identificação plena do Direito com a Justiça, e não mais com a lei simplesmente. Passa-se a ter um sistema aberto, de reconhecimento de princípios como normas, de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais, que exigem o raciocínio integrativo do intérprete, comprometido com a hermenêutica e com o pensamento avaliativo.

O Estado Constitucional imprimiu novo conteúdo ao princípio da legalidade, de sorte que é patente a ideia de que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais e, para isso, a análise crítica do julgador é determinante.

Garantir a igualdade, a justiça social e os direitos humanos fundamentais por um viés pós-positivista é o maior desafio da sociedade moderna, o que fez surgir, ao longo dos anos e por diversos estudiosos, várias teorias críticas que defendem conceder ao Juiz a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição.

### 3. CARLOS COSSIO E A TEORIA EGOLÓGICA DO DIREITO

Um dos pensadores aqui estudados é o jusfilósofo Carlos Cossio, advogado, filósofo do Direito e professor argentino internacionalmente reconhecido por suas ideias.

Seu pensamento revela a preocupação pelos problemas filosófico-jurídicos para além do positivismo ao expor sua Teoria Ecológica do Direito. Para Cossio, tão relevante quanto valorizar a lógica ontológica (do ser) e a deontológica (dever-ser), na esteira do pensamento de Hans Kelsen, é a análise da conduta do indivíduo e a interação de seu ego com a sociedade. Por indivíduo considere-se o ator que faz o papel do julgador representante do Estado-juiz, o Magistrado.

Na sua Teoria Ecológica, Carlos Cossio aceita a lógica normativa da Teoria Pura do Direito, porém admite a intuição específica do operador do Direito, o que chama de intuição de liberdade – e portanto – intuição axiológica – como um “plus do conhecimento que se junta à estrutura lógico-jurídica por

conta da experiência humana”<sup>5</sup>

A Teoria Ecológica sustenta, pois, que o pensamento do Juiz não só refere o caso à lei por subordinação dedutiva, mas também refere a lei ao caso por “dialética estimativa”, ou seja, o caso se subordina à lei depois de ter sido a lei declarada apropriada ao caso em virtude de valoração.

Menciona o autor:

A lei prefigura ou predetermina, até certo ponto, o que a sentença dirá, pois encarrila a decisão judicial, demarcando-lhe um círculo cerrado de possibilidades às quais o juiz tem que se acomodar. A lei é, pois, o âmbito da sentença; e, em tal sentido, contém toda a sua estrutura. Porém, como a lei é um pensamento que enuncia cousas gerais para indefinidos casos, resulta que a lei é formal relativamente à sentença, que é concreta<sup>6</sup>

Para o autor, a decisão judicial é a expressão de criação normativa, resultado de uma valoração e o elemento chave que a permite é o “ego” do julgador no exercício de sua função criadora. Daí a denominação Teoria Ecológica do Direito. O “ego” do julgador, como defende Cossio, atua na criação da decisão por meio da valoração das normas nos limites de sua preferibilidade.

Acrescenta o autor que, na esfera da ação, a consciência é definida pela preferibilidade, traduzindo-se como sua intencionalidade na esfera do conhecimento e essa preferibilidade, que é liberdade pura, é o substrato constitutivo do mundo dos valores.

A preferibilidade explica como uma sociedade tem certo entendimento do mundo e da vida, em certa época, dependendo do modo como seus valores são classificados.

Na esteira de uma teoria pós-positivista, com uma sondagem profunda de seus pressupostos axiológicos, Cossio critica a elaboração de decisões somente baseadas na lógica formal e acrescenta o elemento necessário de intencionalidade do julgador no momento de prolação da sentença.

O empirismo acreditou que a essência do direito seria psíquica, como avalia Miguel Reale, ao estudar a obra de Carlos Cossio.<sup>7</sup> Na Teoria Ecológica, ao contrário, a essência é axiológica.

5. COSSIO, Carlos. *La Teoria Ecológica Del Derecho y El Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1944.

6. *Op cit*, p. 67

7. REALE, Migue. *Horizontes do direito e da história*, 3. ed. ver. e aum., São Paulo: Saraiva. 1999. Miguel Reale analisa a Teoria Ecológica do Direito em um texto publicado originalmente na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1944. Nele, o autor expõe que a teoria jusfilosófica de Carlos Cossio foi exposta sistematicamente como resultado de uma polêmica travada com o ilustre professor mexicano Eduardo Garcia Maynez sobre o conceito jurídico de liberdade. Desse conceito é que se extrai que as decisões judiciais, além da aplicação das normas, tem influência da preferencialidade intencional do julgador. Para Maynez, a liberdade jurídica é diversa da liberdade da vontade (metafísica), de forma que a primeira tem a ver somente com o Direito, sem anexação de uma sanção, e a segunda se restringiria à liberdade fática, de querer ou não querer fazer algo. Para Cossio, ao contrário, não há como distingui-las, pois, se o Direito é con-

Nessa valoração, o julgador, obrigatoriamente, se vale das suas experiências, crenças e valores de forma intencional.

A construção de Cossio abre a possibilidade para a liberdade interpretativa, valendo-se o julgador de suas preferências.

A Teoria Ecológica, brevemente aqui exposta, reserva ao juiz a possibilidade de buscar intencionalmente, nas suas experiências e nos seus valores, pelo seu “ego” cognitivo, as condutas que serão levadas à análise do caso concreto, com seus evidentes efeitos jurídicos.

### 4. DUNCAN KENNEDY E A TEORIA CRÍTICA

Outro filósofo contemporâneo defensor de uma visão crítica e reflexiva sobre o tema é Duncan Kennedy, um dos juristas responsáveis pelo movimento denominado Critical Legal Studies (CLS), termo que representa a escola teórica oriunda dos Estados Unidos que defende uma interpretação politicamente engajada do direito, em oposição ao positivismo de H. L. A. Hart e Hans Kelsen.

Importante mencionar que esse pensamento promove a leitura da decisão judicial no panorama daquele país, no qual a distinção ideológica entre liberais e conservadores é marcante, de forma que o Direito é intrinsecamente ligado à política.

Duncan Kennedy retrata a neutralidade do discurso jurídico como uma máscara, longe de exercer uma mera função técnica de regulação e coordenação de condutas, o direito moderno sustenta o regime econômico e político liberal e suas injustiças.

Na visão de Kennedy, a jurisdição teria, necessariamente, um caráter ideológico e comprometida, ainda que parcialmente, com projetos políticos e ainda aproximada com as ciências sociais e econômicas. A neutralidade ideológica é falsa, não seria possível uma jurisdição apartada de qualquer tendência ideológica.

Como agente político, o magistrado se utiliza, e assim deve ser, de filiações ideológicas das doutrinas jurídicas, a fim de exercer seu papel de combater as “injustiças” e a desigualdade social e econômica.

Por conseguinte, o julgador é agente de transformação, naturalmente um ator ideológico e, informado por essa posição, Duncan Kennedy pretende defender que o comportamento hermenêutico dos argumentos é prévio e estratégico.

Quando imputamos essa preferência ideológica ao agente político, supomos que a disposição psicológica do ator – existência de preferência – seria uma escolha entre o que pensamos e usamos e a evidência da escolha entre unidades argumentativas. Os argumentos jurídicos traduziriam o discurso político geral em discurso jurídico.

Quando o Juiz tem preferência ideológica por opções normativas liberais ou conservadoras, e sempre terá em uma ou outra linha, há nítida motivação e influência a respeito de determinados resultados. Essa escolha se daria por meio de expressões aceitas pela técnica jurisdicional, mediante preceitos interpretativos derivados substancialmente no direito

da, e esta é liberdade metafísica que se fenomenaliza, a liberdade jurídica é expressão daquela que é a única liberdade verdadeira.

positivo ou nos princípios e regras gerais.

A seleção dos argumentos utilizados é orientada pelo julgador e a preferência ideológica manifesta, porém sem demonstração de sua ocorrência. Isso porque, a disposição imputada não seria demonstrável e quase nunca flagrante, já que implicaria em uma admissão de intenção pelo Juiz.

Duncan Kennedy exercita sua crítica e explica que os juízes sempre negam a existência de uma linha de pensamento ideológico e intencional, afirmam que o resultado foi alcançado seguindo o entendimento interpretativo individual.

Mesmo afirmando a existência do que Kennedy chama de negativa consciente, a melhor maneira de se ter a percepção dessas condutas é concebê-las como condutas semiconscientes, como motivos ocultos, porém determinantes para que se chegue ao resultado pretendido pelo agente.

### 5. O COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO

Para ambos os filósofos estudados, ao reconhecer as preferências ideológicas dos juízes no momento de proferir suas decisões, admitimos a ocorrência de um comportamento estratégico ou preferencial na confecção de uma decisão judicial, de modo que, uma mesma norma poderia produzir diferentes resultados do que teria somente com a sua aplicação pura.

Nesse ponto, não poderíamos deixar de refletir sobre as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre matéria trabalhista que, dentre outras consequências, tiveram efeito sobre a competência material da Justiça do Trabalho.

Duncan Kennedy nos conduz ao raciocínio de que existe previamente a tendência de o Juiz fazer a escolha por interpretações como correntes ideológicas em seus polos extremos. Talvez a teoria possa esclarecer o motivo de se afastar da imperatividade e do espírito do art. 114 da Constituição Federal ao se declarar, por exemplo, que a Justiça do Trabalho é incompetente para analisar a existência de vínculo de emprego dos motoristas autônomos, especialmente em um cenário em que a Emenda Constitucional n. 45 estendeu a competência da justiça laboral e trouxe à esfera jurídica trabalhista a intenção ampla de proteção da dignidade humana e do valor social do trabalho.

Para os filósofos aqui estudados, seria impossível fazer uma análise para se chegar a um único resultado diante do posicionamento social prévio do julgador. Para Kennedy, que analisa a questão essencialmente sob o aspecto político, se as sentenças fossem feitas apenas interpretando o Direito, seria preciso classificar as diversas condutas hipotéticas de juízes na construção de estratégias ideológicas e estudar a diferença que implicaria no processo de decisão.

A seleção das normas jurídicas e dos fatos relevantes depende de fatores que não estão inseridos, propositadamente, no texto, de acordo com as preferências ideológicas, seja através do conflito liberal/conservador (no pensamento de Kennedy), seja na intenção do julgador (no pensamento de Cossio).

Partindo do pressuposto de que sempre haverá carga ideológica, é possível dar conta desses perfis sem recorrer à ideia de um engano consciente, visto que o magistrado irá

se utilizar de todo arcabouço jurídico para resolução do caso concreto, porém a carga ideológica sempre estará presente, ainda de que forma semiconsciente.

Importante observar que o uso da ideologia como um conceito explicativo, no sentido de ser substituída pelo raciocínio jurídico, é criticada pelos filósofos em estudo. Há que se diferenciar, portanto, o que seriam os resultados jurídicos propriamente e os resultados como fruto da persecução de projetos ideológicos.

Especialmente para Kennedy, o Juiz deve sim ser politicamente atuante, encontrando as construções que reproduzem a hierarquia de uma sociedade desigual, o que equivaleria dizer que o Magistrado deveria se dedicar à aplicação de uma justiça distributiva.

Ilustrando esse pensamento, expõe o autor:

the judge is a cultural figure engaged in the task of persuading adversaries, in spite of the arbitrariness of values. More, he is at work on the indispensable task of imagining an altruistic order.<sup>8</sup>

## 6. A CONSTRUÇÃO DE UMA DECISÃO

É certo que a imagem da sentença como um silogismo há muito tornou-se simplista e cada vez mais se destaca o papel social da decisão, além de mera solução do caso concreto.

Karl Llewellyn, jurista e sociólogo americano defensor do realismo jurídico, acreditava que a mente do Juiz primeiramente antecipa a decisão que considera justa (dentro da ordem jurídico-positiva) e depois procura a norma que pode servir de fundamento a essa solução, atribuindo aos fatos a qualificação apropriada.<sup>9</sup>

Um resultado não deveria ser construído. Entretanto, o resultado acaba por ser uma meta almejada e a construção leva ao projeto do resultado. Miguel Reale asseverou que o Juiz deve ser imparcial, mas sofre uma tensão ético-psicológica que vem de seu íntimo, do que ele sente e sabe por experiência própria e dos valores sociais que incidem sobre sua personalidade.<sup>10</sup> Daí porque, como qualquer ser humano, julgadores não estão imunes às influências do inconsciente/subconsciente e às influências externas e ideologias.

A psicologia nos mostra que decisões em geral são escolhas baseadas em propósitos que podem envolver diversos fatores, especialmente decisões pessoais que podem se basear desde em ações orientadas até objetivos. Forte corrente de estudos experimentais em psicologia vem concluindo que as escolhas baseadas em conhecimento de certas contingên-

cias externas se sobrepõem às escolhas naturais.<sup>11</sup>

A construção de uma decisão leva em conta o nível de temperamento que requer que o sujeito interprete e intencione sua persuasão exigida pelo texto. O mesmo texto, portanto, poderia ter produzido resultado oposto se o ator tivesse tido uma estratégia interpretativa diferente.

Desse modo, muito se explica o teor das decisões que vem, paulatinamente, retirando competências que originalmente são da Justiça do Trabalho, haja vista a atribuição constitucional para a apreciação de relações de trabalho *lato sensu*.

As questões trabalhistas se mantêm no centro das preocupações sociais, políticas e econômicas e, como ainda é forte a resistência à afirmação de direitos trabalhistas na realidade brasileira, sobretudo no contexto neoliberal instaurado a partir da década de 90, o horizonte nos mostra um propósito de redução da proteção jurídica dos trabalhadores.

Ao declarar que “O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei nº 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial”, o Supremo Tribunal Federal nada mais fez do que exercitar a teoria egológica de Carlos Cossio e Karl Llewellyn.

Ao manifestar que “uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista”, o julgamento não só inverte a ordem principiológica da hermenêutica trabalhista, como atesta a teoria de Duncan Kennedy na medida em que os argumentos jurídicos traduzem o discurso político geral em discurso jurídico.

## 7. NOTAS CONCLUSIVAS

A decisão judicial é uma escolha embasada no sistema jurídico e na hermenêutica, contudo, não está imune às preferências ideológicas construídas por muitos fatores que estão fora do mundo jurídico.

As teorias dos jusfilósofos aqui brevemente estudados nos contemplam com reflexões verossímeis. Pretender não haver carga ideológica, como vimos, beira à ingenuidade. Nem de longe se trata de presunção de má-fé do aplicador da lei, mas trata-se de reconhecer o caráter humano da pessoa do julgador e, com ele, todas as nuances de crenças, ideologias e opiniões.

A obra de Carlos Cossio defende a existência de uma intencionalidade na esfera de conhecimento do julgador, reflexos da preferibilidade como nota de sua Teoria Ecológica do Direito.

Duncan Kennedy é categórico ao expor que não se pode afastar as preferências do agente político e que toda decisão tem sua carga ideológica, o que é levado em conta pelo julgador. Acrescenta sua defesa da parcialidade do Juiz e do seu necessário comprometimento ideológico a fim de, além de selar o destino dos jurisdicionados, fornecer um pertencimento

11. CORREA, Camille Maria Costa. *Fatores que participam da tomada de decisões em humanos*. Dissertação de mestrado – Programa de pós graduação em Psicologia. Área de concentração: Neurociências e comportamento. Orientador Gilberto Fernando Xavier. Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo 2011

do contexto histórico e social no qual a decisão foi prolatada.

As diferentes ideologias ou preferências nos brindam com explicação mais ajustada do que a mera interpretação neutra do Direito, nas linhas do que nos explicam tanto Duncan Kennedy como Carlos Cossio. O entendimento pós-positivista busca garantir uma maior justiça social por meio de interpretações valorativas concedendo ao juiz a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição.

Contudo, no cenário atual, as decisões que fundamentam seus argumentos apenas em livre iniciativa, utilizando expressões como “turnover” e “crescimento econômico”<sup>12</sup>, privilegiam as organizações empresariais, sem a contrapartida do trabalho e dos direitos sociais, e demonstram qual o caminho que vem sendo trilhado, em termos de evolução ideológica.

A prevalecer o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nessa toada, é possível que novas decisões semelhantes se sucedam e a lógica que está sendo construída acabaria por ceifar a própria existência da Justiça do Trabalho.

Como consequência, o trabalhador teria que buscar a Justiça Comum, acostumada a lidar com o Direito Civil e o Comercial, que são regidos por princípios e diretrizes diferentes. O Direito do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho, como microsistema jurídico, tem regras de interpretação que lhe são próprios e foram construídos ao longo dos séculos.

É certo que a modificação das relações econômicas vem interferindo na relação de trabalho, o que requer adaptações. Mas os princípios constitucionais devem prioritariamente representar o núcleo do sistema jurídico e do processo de hermenêutica.

O Estado Democrático de Direito cada vez mais se revela um ideal a ser perseguido e uma de suas bases é o sistema jurídico, que existe de acordo com a concepção de democracia. Os ideais de respeito à liberdade e à igualdade passam pelo processo de amadurecimento democrático, o que inclui o Poder Judiciário.

A partir do momento em que existe o comprometimento ideológico da pessoa do julgador com o resultado da decisão, sem que se tenha a retaguarda das garantias e dos princípios constitucionais que assegure sua imparcialidade, temos o que se denomina de politização do Poder Judiciário através de suas decisões.

A decisão judicial, portanto, é irremediavelmente também uma decisão política, em maior ou menor grau, o que exige do Poder Judiciário, e acima de tudo do Supremo Tribunal Federal, consistente acerto e coerência com os valores morais trazidos pela Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo Ed. Malheiros 2008.

12. [http://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20958252&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP](http://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20958252&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP)

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CORREA, Camille Maria Costa. *Fatores que participam da tomada de decisões em humanos*. Dissertação de mestrado – Programa de pós graduação em Psicologia. Área de concentração: Neurociências e comportamento. Orientador Gilberto Fernando Xavier. Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo 2011

COSSIO, Carlos. *La Teoria Ecológica Del Derecho y El Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1944.

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

FERNANDES, Ricardo Viera de Carvalho e BICALHO, Guilherme Pereira D. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico Constitucional*. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Acesso em 20.03.2021.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KENNEDY, Duncan. *A critical of adjudication*. Ed. Boston: Harvard University Press. 1998. P. 23

KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Trad. Guillermo Moro. Buenos Aires: Siglo Vintiuno, 2010.

PRADO, Lidia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013

REALE, Miguel. *A ética do juiz na cultura contemporânea*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, p. 67, jan./mar. 1994

REALE, Miguel, *Horizontes do direito e da história*, 3. Ed. ver. e aum., São Paulo: Saraiva. 1999

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. São Paulo 12ª ed. Livraria do advogado 2015.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973.

STRECK, Lenio Luiz, *E a raposa-juíza, baseada em presunções, mandou esfolar o carneiro!* Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-26/raposa-juiza-baseada-presuncoes-mandou-esfolar-carneiro> Acesso em 07.04.2021.

8. KENNEDY, Duncan. *A critical of adjudication*. Ed. Boston: Harvard University Press. 1998. Pág. 23 “o juiz é uma figura cultural envolvida na tarefa de persuadir os adversários, apesar da arbitrariedade de valores. Mais, ele está trabalhando na tarefa indispensável de imaginar um fim altruísta”

9. LLEWELLYN, Karl citado por SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973. p. 242.

10. REALE, Miguel. *A ética do juiz na cultura contemporânea*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, p. 67, jan./mar. 1994.

## ÍTALO MENEZES DE CASTRO

Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Doutorando e Mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Email: italomcastro@hotmail.com.

## O CASO FRANCÊS DA CRECHE BABY LOUP: LIBERDADE RELIGIOSA, PODER EMPREGATÍCIO E PROPORCIONALIDADE

### THE FRENCH CASE OF BABY LOUP NURSERY: FREEDOM OF RELIGION, EMPLOYER'S DIRECTIVE POWER AND PROPORTIONALITY

**RESUMO:** O artigo pretende realizar um estudo sobre o emblemático caso da creche francesa *Baby Loup*, julgado pela Justiça daquele país, no qual foram analisados os limites do poder do empregador e as restrições ao direito fundamental à liberdade religiosa do empregado, a partir de um percurso iluminado pelo princípio da proporcionalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade religiosa, poder empregatício; princípio da proporcionalidade.

**ABSTRACT:** This essay intends to make a study about the emblematic case of Baby Loup french nursery, judged by the Justice of that country, in which were analyzed the limits of employer's directive power and the restrictions on the employee's fundamental right to freedom of religion, from a path illuminated by the proportionality principle.

**KEYWORDS:** freedom of religion, employer's directive power; proportionality principle.

#### INTRODUÇÃO

A liberdade religiosa está, hoje, positivada em diversos diplomas jurídicos, nacionais e internacionais, como um direito fundamental do ser humano, garantindo, em suma, que todos possam livremente professar a sua confissão religiosa – ou mesmo decidir por não professar qualquer delas – sem que isso implique prejuízo ao exercício da cidadania.

O reconhecimento da força jurídica desse preceito remonta aos idos das Revoluções Burguesas, tendo havido previsão nesse sentido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França, assim como na Constituição dos Estados Unidos América – por força do texto da Primeira Emenda (1791).

No entanto, como sói ocorrer com os direitos fundamentais, sua incidência na regulação das situações concretas da vida está submetida aos necessários temperamentos, decorrentes das colisões verificadas com outros direitos fundamentais ou valores constitucionais de igual envergadura, situações de tensão essas que atraem o princípio da proporcionalidade como chave mestra para a sua solução.

Um desses confrontos se dá com o poder empregatício, como elemento resultante do vínculo de emprego e da condição de subordinação jurídica do empregado. Sendo poder

cujo exercício está preponderantemente concentrado na figura do empregador, intrigantes reflexões emergem da sua manifestação em confronto com a liberdade religiosa, como, por exemplo, a possibilidade de a empresa vir a exigir a profissão de determinado credo religioso para a admissão ou manutenção do emprego ou, em sentido contrário, vir a determinar um padrão de neutralidade para estes.

O caso da creche francesa *Baby Loup* é emblemático na discussão sobre esse assunto, tendo sido amplamente noticiado e debatido na Europa Continental e, ainda hoje, servindo de mote para diversas pesquisas relacionadas ao tema, o que justificou a sua escolha como objeto do presente estudo.

#### 1. O CASO FRANCÊS DA CRECHE BABY LOUP

##### 1.1 O contexto fático

*Baby Loup* – “Bebê Lobo”, em tradução livre – é o nome de uma creche francesa fundada em 1991, na pequena cidade de *Chanteloup-les-Vignes*, localizada no norte da França. Foi criada com o objetivo de oferecer ações orientadas à primeira infância, especialmente em benefício de crianças oriundas de áreas menos favorecidas – como as do distrito em que se situava –, além de buscar a integração social e profissional das mulheres do bairro, trabalhando em prol das necessidades coletivas das famílias, sem distinção de opiniões políticas ou religiosas.

Uma dessas mulheres se chamava Fátima Afif, que fora contratada, inicialmente, pela creche *Baby Loup* por meio de um contrato de emprego solidário (*emploi solidarité*),<sup>1</sup> no período de 6 de dezembro de 1991 a 6 de junho de 1992, e, posteriormente, por meio de um contrato de qualificação

1. O contrato de emprego solidário (*emploi solidarité*) foi um tipo de contrato de trabalho a tempo parcial instituído pelo Decreto n.º 90-105, de 30 de janeiro de 1990, que visava a facilitar a colocação no mercado de trabalho de pessoas que poderiam apresentar maiores dificuldades nessa inserção, tais como: jovens de 16 a 25 anos, pessoas maiores de 50 anos, entre outros. Em razão do seu viés social, uma parte da remuneração, inclusive, era custeada pelo Estado. Tal espécie de contrato, entretanto, foi eliminada do direito francês pelo Decreto n.º 2005-43, de 17 de março de 2005, que revogou o Decreto n.º 90-105 anteriormente referenciado. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000707146&categorieLien=id>. Acesso em: 30 nov. 2019.

(*contrat de qualification*),<sup>2</sup> no período de 1º de dezembro de 1993 a 30 de novembro de 1995. Após esses dois primeiros períodos, a referida empregada fora novamente contratada, em 1º de janeiro de 1997, desta feita, por meio de um regular contrato de emprego por prazo indeterminado, para trabalhar como educadora infantil, na função de diretora adjunta do berçário.

Em maio de 2003, Fátima Afif veio a se afastar do trabalho, em razão do gozo de licença maternidade, seguida de uma licença para cuidado na educação dos filhos (*congé parental*), prevista na legislação francesa. A referida empregada, que professava a religião islâmica, decidiu, durante o período da licença, que, por questões de convicção religiosa, passaria a utilizar o véu islâmico integral.<sup>3</sup>

Em outubro de 2008, algumas semanas antes da data prevista para o seu retorno – 9 de dezembro de 2008 –, a referida empregada notificou a creche *Baby Loup* sobre sua intenção de rescindir o seu contrato de trabalho de forma convencional, o que ensejou a designação de uma reunião entre as partes para que a empregadora pudesse manifestar sua resposta.

Referida reunião ocorreu em 5 de novembro de 2008, não tendo as partes chegado a um acordo para o encerramento do contrato. Na ocasião, a empregada informou que estava firmemente convicta da sua decisão de utilizar integralmente o véu islâmico e, ainda, que não estava disponível para abrir concessões, apesar de lembrada pela empregadora acerca da previsão do regulamento de pessoal da instituição. Segundo o regulamento, os empregados que atuavam com as crianças, tanto no berçário como em atividades externas de acompanhamento, deveriam manter neutralidade e laicidade quanto

2. O contrato de qualificação (*contrat de qualification jeunes et adultes*) era uma das modalidades de contrato por prazo determinado que vigorou no direito francês até 2005 e visava a garantir a formação profissional de jovens e adultos. Foi substituído, juntamente com as outras modalidades, pela figura do contrato de profissionalização (*contrat de professionnalisation*), atualmente disciplinado nos artigos L6325-1 e seguintes do Código do Trabalho francês: “Em 2005, esse contrato substituiu vários outros contratos de aprendizagem (contrato de adaptação, contrato de qualificação de jovens e adultos e contrato de orientação) introduzidos pelos atores sociais em 1983. Na prática, esses contratos haviam se desenvolvido rapidamente, mas com uma mudança notável em direção a uma potencialização do aspecto pedagógico (Dayan, 2007). Com esse novo esquema simplificado de aprendizagem no trabalho, os vários setores do mercado são capazes de estabelecer prioridades para a escolha do público alvo e do conteúdo, o que lhes permite implementar estratégias de capacitação para habilidades mais adequadas às suas necessidades” (tradução nossa) (Organization for Economic Co-operation and Development – OECD. *Jobs for youth*: France. Paris: OECD Publishings, 2009. p. 127. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/employment/jobs-for-youth-des-emplois-pour-les-jeunes-france-2009\\_9789264061958-en#page25](https://read.oecd-ilibrary.org/employment/jobs-for-youth-des-emplois-pour-les-jeunes-france-2009_9789264061958-en#page25). Acesso em: 30 nov. 2019).

3. No ano de 2018, a organização de direitos humanos *Collectif Contre l'Islamophobie en France* publicou uma entrevista com Fátima Afif, em que a ex-empregada conta seu testemunho sobre o caso. No vídeo, consegue-se ver com facilidade o tipo de véu islâmico que utilizava à época dos fatos. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=ak\\_iyf0EMNM](https://www.youtube.com/watch?v=ak_iyf0EMNM). Acesso em: 6 dez. 2019.

a questões políticas ou religiosas, bem como estabelecia que as liberdades de crença e de consciência não poderiam ser invocadas como fundamento para descumprir tais deveres.

Ocorre que, no dia 9 de dezembro de 2008, data prevista para seu retorno ao trabalho, Fátima Afif se apresentou utilizando o véu islâmico, como havia informado. Apesar de ser determinada a troca a indumentária pela diretora da instituição, por força da previsão contida no já citado regulamento de pessoal, a funcionária recusou a ordem, alegando estar utilizando regular roupa de trabalho. Houve reiteração da determinação e, igualmente, reiteração no descumprimento, o que motivou, então, a empregadora a afastá-la e convocá-la para uma reunião preliminar com vistas a encaminhar sua despedida.

Irresignada, a empregada discutiu com os superiores hierárquicos e se recusou a deixar as dependências da creche, não obstante a ordem dada para se retirar do local. Lá, permaneceu realizando normalmente as suas atividades, tanto no cuidado das crianças, como no contato com os pais, a despeito da ordem do empregador, que, para preservar os infantes, optou por não fazer o uso da força para retirá-la do berçário.

No dia seguinte, 10 de dezembro de 2008, Fátima Afif se apresentou novamente no seu horário regular de trabalho, ignorando a decisão do empregador manifestada no dia anterior, por entendê-la inválida. Houve tentativa inicial de dissuadi-la desse intento, que resultou infrutífera, tendo a empregada, apenas mais para o final do dia, acatado de forma definitiva o afastamento, não sem antes ter novamente discutido com os superiores hierárquicos. Esses fatos, então, ensejaram a imediata despedida por falta grave, em razão da reiteração da insubordinação, do que foi notificada formalmente a empregada em 19 de dezembro de 2008.

Em razão disso, Fátima Afif ingressou com uma ação judicial, alegando a nulidade da despedida, por entendê-la discriminatória, bem como postulando outras indenizações decorrentes.

##### 1.2 A decisão do Conseil de Prud'hommes 4

Na França, o *Conseil de Prud'hommes* é o órgão da Justiça responsável por julgar as causas de natureza trabalhista em primeira instância, sendo que, no caso descrito, coube ao *Conseil de Prud'hommes* de *Mantes-la-Jolie* decidir sobre a demanda.

Os juízes de primeira instância consideraram válida a despedida e rejeitaram o pedido da empregada, afastando o argumento de discriminação.

Primeiramente, analisaram a licitude do regulamento de pessoal da instituição, bem como sua aplicabilidade ao contrato de trabalho da empregada, fundamentado, basicamente, que: i) o art. 1º da Constituição da República de 1958 estabelece que a França é um Estado laico; ii) o regulamento de pessoal da creche *Baby Loup* estabelecia que os empregados

4. Disponível em: <https://blogavocat.fr/sites/default/files/fichiers/cph%20mante%20la%20jolie%20voile.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

deveriam, no exercício do trabalho, resguardar a neutralidade da opinião em matéria de política e confissão religiosa, bem como que a liberdade de crença e de consciência não poderia ser invocada como fundamento para descumprir tais deveres; iii) o instrumento do contrato de trabalho continha expressamente a obrigação de Fátima Afif observar o regulamento de pessoal da instituição; iv) o serviço público de Inspeção do Trabalho não detectou irregularidades no regulamento de pessoal e nem houve qualquer reclamação por parte dos empregados junto à autoridade pública; v) apesar de ser uma instituição privada, a creche *Baby Loup* exercia uma atividade de interesse público e era financiada em cerca de 80% de sua receita por recursos públicos.

Dessa forma, o tribunal considerou como caracterizado o ato de insubordinação, argumentando que, além do descumprimento do regulamento de pessoal, houve desrespeito também às ordens do empregador e, principalmente, ao afastamento determinado no dia 9 de dezembro de 2008.

### 1.3 A decisão do Tribunal de Apelação de Versalhes<sup>5</sup>

Inconformada com a decisão de primeira instância, Fátima Afif recorreu ao Tribunal de Apelação de Versalhes, requerendo a revisão da decisão prolatada.

Debruçando-se sobre o caso, o Tribunal de Apelação de Versalhes manteve a decisão de primeira instância. Reiterou os fundamentos utilizados pelo juízo *a quo* e acrescentou que: i) a creche *Baby Loup* tinha por missão atender às crianças e às famílias sem distinção de opção política ou religiosa; ii) em atenção a esse objetivo, a creche deveria manter a laicidade de seus funcionários, até mesmo visando a evitar que as crianças, em tenra idade, tivessem de ser submetidas a contato com manifestações religiosas ostensivas; iii) a restrição à liberdade de crença dos empregados, insculpida no regulamento de pessoal da instituição, atendia aos termos dos artigos L1121-1<sup>6</sup> e L1321-3<sup>7</sup> do Código do Trabalho francês, justifi-

cando-se em razão da tarefa a ser desempenhada, bem como podendo ser considerada proporcional ao objetivo perseguido.

### 1.4 A decisão da Câmara Social da Corte de Cassação<sup>8</sup>

Houve interposição de novo recurso da empregada, desta feita, para a Corte de Cassação, que, por meio de sua Câmara Social, deliberou sobre a matéria.

A Corte, inicialmente, mencionou os artigos L1121-1 e L1321-3 – já referenciados anteriormente – e acrescentou os artigos L1132-1<sup>9</sup> e L1133-1<sup>10</sup>, todos do Código do Trabalho francês, os quais vedam a discriminação injustificada e desproporcional. Invocou também o art. 9º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem,<sup>11</sup> que garante o direito à liberdade de crença.

Em seguida, destacou que o princípio da laicidade, estabelecido no art. 1º da Constituição da República de 1958, não

religiosas, aparência física, sobrenome, estado de saúde ou incapacidade” (tradução nossa). Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Acesso em: 30 nov. 2019.

8. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?id-Texte=JURITEXT000027209800>. Acesso em: 30 nov. 2019.

9. “L1132-1 - Ninguém poderá ser excluído de um processo de seleção ou de nomeação ou do acesso a um estágio ou a um período de treinamento em uma empresa; nenhum empregado pode ser sancionado, despedido ou alvo de uma medida discriminatória, direta ou indireta, como definido no artigo 1º da Lei n.º 2008-496, de 27 de maio de 2008, que estabelece diversas disposições para a adaptação ao direito comunitário em matéria de combate à discriminação, notadamente, no que se refere à remuneração, nos termos do artigo L. 3221-3, a medidas de incentivo ou distribuição de ações, de formação, classificação e reclassificação, atribuição, qualificação, promoção profissional, alteração ou renovação de contrato em razão de sua origem, sexo, costumes, orientação sexual, identidade de gênero, idade, situação familiar ou estado de gravidez, características genéticas, vulnerabilidade particular decorrente de sua situação econômica, aparente ou conhecida, por seu autor; de ser, efetivamente ou supostamente, pertencente ou não a determinado grupo étnico, nação ou raça; em razão de suas opiniões políticas, suas atividades sindicais, suas convicções religiosas, sua aparência física, seu sobrenome, seu local de residência ou seu domicílio bancário, ou devido ao seu estado de saúde, perda de autonomia ou deficiência, capacidade de se expressar em outro idioma que não o francês” (tradução nossa). Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Acesso em: 30 nov. 2019.

10. “L1133-1 - O artigo L. 1132-1 não impede as diferenças de tratamento quando decorrentes de uma exigência profissional essencial e determinante e desde que o objetivo seja legítimo e a exigência proporcional” (tradução nossa). Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Acesso em: 30 nov. 2019.

11. “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem”. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em: 30.11.2019.

seria aplicável aos empregados de entidades privadas que não gerenciam um serviço público, como na situação da creche *Baby Loup*, registrando que essa disposição não poderia ser invocada como fundamento para afastar as proteções aos direitos fundamentais dos empregados estabelecidas pelo Código do Trabalho.

Concluindo, destacou que o regulamento de pessoal da creche, no ponto em que vedava a invocação da liberdade de consciência e de religião como fundamento para afastar as exigências de laicidade e neutralidade, era genérico e impreciso e não observava os limites do artigo L1321-3 do Código do Trabalho francês. Assim, ao deixar de reconhecer a despedida como discriminatória e não pronunciar a sua nulidade, a decisão do Tribunal de Apelação de Versalhes violara as normas jurídicas mencionadas, motivo pelo qual a Câmara Social da Corte de Cassação, em julgamento paradigmático, cassou e anulou a decisão do referido Tribunal de Apelação e determinou que novo julgamento fosse proferido, inclusive, para análise dos demais pedidos formulados pela empregada, sendo a causa encaminhada para nova apreciação, desta feita, pelo Tribunal de Apelação de Paris.

### 1.5 A decisão do Tribunal de Apelação de Paris<sup>12</sup>

O Tribunal de Apelação de Paris, por sua vez, contrariou a decisão da Câmara Social da Corte de Cassação e, novamente, considerou como lícita a despedida empreendida pela creche *Baby Loup*.

Fundamentou que uma pessoa jurídica de direito privado, que assume atividades de interesse público, pode, em certas circunstâncias, ser equiparada a uma organização de tendência e prever em seus estatutos e regulamento de pessoal a obrigação de neutralidade dos seus empregados, quando no exercício de suas funções. Tal previsão, obviamente, implica a proibição de portar qualquer sinal ostensivo de determinada confissão religiosa.

Destacou também que a creche *Baby Loup* tinha por missão promover a integração das mulheres do bairro e atender às crianças de áreas menos favorecidas em fase de primeira infância, sem distinção de orientação política ou religiosa, e que essa missão é revestida de um interesse público, tanto que frequentemente desenvolvida por entidades públicas. Ademais, no caso concreto em análise, o berçário, inclusive, era subvencionado por recursos públicos.

Prosseguindo, invocou a obrigação constante do art. 14 da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, de 20 de novembro de 1989, que estabelece a necessidade de respeito à liberdade de pensamento, de consciência e de crença das crianças, sendo que, para atingir o objetivo a que se propunha e favorecer um ambiente multicultural e de diversidade religiosa, seria possível admitir que a instituição exigisse de seus empregados um dever de neutralidade nessa matéria, reiterando a sua equiparação, para esse efeito, a uma organização de tendência.

Por outro lado, destacou que os termos do regulamento de

12. Disponível em: <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2013/R9EC-082D8E89B31211C0E>. Acesso em: 30 nov. 2019.

pessoal eram suficientemente precisos para indicar que o dever imposto era restrito às atividades de vigilância e acompanhamento das crianças, não traduzindo uma restrição genérica, já que não se aplicava às outras atividades da entidade – como as desenvolvidas fora da presença das crianças para a inserção social e profissional das mulheres do bairro.

Assim, reconheceu que a restrição imposta no regulamento de pessoal atendia ao disposto nos artigos L1121-1 e L1321-3 do Código do Trabalho francês, sendo justificada pela natureza da tarefa a ser executada e proporcional ao objetivo perseguido, e que não poderia ser reputada como uma medida discriminatória, nos termos do artigo L1132-1 do mesmo Código, uma vez que relacionada a uma exigência profissional essencial e determinante de proteger o livre desenvolvimento da consciência das crianças.

Por consequência, concluiu que a recusa da empregada em retirar o véu islâmico, bem como o seu comportamento agressivo nas discussões que se seguiram, eram motivos suficientes para a caracterização da falta grave, de forma que a despedida era lícita e não poderia ser considerada como discriminatória.

### 1.6 A decisão do Plenário da Corte de Cassação<sup>13</sup>

Provocada por mais um recurso da empregada, a Corte de Cassação se debruçou novamente sobre a matéria, mas, agora, por intermédio de seu órgão plenário.

A Corte confirmou os fundamentos do Tribunal de Apelação de Paris, no sentido de que a previsão do regulamento de pessoal da creche *Baby Loup* não poderia ser tachada de genérica, pois suficientemente precisa e justificada pelas tarefas a serem executadas, além de proporcional ao objetivo perseguido, acrescentando que se tratava de uma pequena instituição, que empregava apenas 18 funcionários.

Por outro lado, apesar ter recusado a tese do tribunal *a quo* quanto ao enquadramento do berçário no conceito de organização de tendência, a Corte de Cassação entendeu que esses argumentos não foram decisivos para a fundamentação do acórdão atacado. Isto é, classificou como incorreto o reconhecimento da creche *Baby Loup* como uma organização de tendência – pois, ao invés de visar a promover e defender determinadas convicções religiosas, políticas ou filosóficas, o berçário, na realidade, mantinha neutralidade nesses assuntos –, mas entendeu que esses motivos não seriam suficientes para a invalidação da decisão.

Segundo a Corte de Cassação, a decisão do Tribunal de Apelação de Paris era válida e não merecia ser anulada, pois era legítimo o entendimento de que a ordem patronal para a retirada do véu islâmico se deu de forma lícita. Ademais, reputou igualmente legítimo o enquadramento dado pelo tribunal *a quo*, no sentido de que a recusa da empregada em retirar a indumentária, bem como os atos de insubordinação praticados em seguida, permitiam o enquadramento da situação como falta grave, aptos a justificar a despedida perpetrada.

13. Disponível em: [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/612\\_25\\_29566.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/612_25_29566.html). Acesso em: 30 nov. 2019.

Assim, em conclusão, rejeitou o recurso da empregada e manteve a decisão do Tribunal de Apelação de Paris.

Fátima Afif ainda tentou sucesso em sua demanda por meio de provocação do Comitê de Direitos Humanos da ONU, o qual, em 10 de agosto de 2018, emitiu um parecer concluindo pelo caráter discriminatório da despedida.<sup>14</sup> No entanto, por entendê-lo não vinculativo, a França não levou em consideração a manifestação, diversamente de como costuma tratar as decisões do Tribunal Europeu de Direitos do Homem.

Aliás, a escolha da empregada por provocar o Comitê de Direitos Humanos da ONU, e não o Tribunal Europeu, poderia ser explicada em razão do precedente já firmado por este último, no caso *S.A.S. v. França*. No referido julgamento, o Tribunal analisou a lei francesa n.º 2010-1192, de 11 de outubro de 2010, que passou a proibir a utilização, em espaços públicos, de indumentária capaz de ocultar o rosto, tendo considerado válida a disposição.<sup>15</sup>

## 2. LIBERDADE RELIGIOSA, PODER EMPREGATÍCIO E PROPORCIONALIDADE

### 2.1 O direito fundamental à liberdade religiosa

O direito fundamental à liberdade religiosa costuma ter seus primeiros lampejos históricos identificados no contexto da Reforma Protestante, capitaneada por Martinho Lutero, no Século XVI.<sup>16</sup> Apesar de a empreitada de Lutero não ter se dado propriamente em prol da defesa e do reconhecimento de um direito fundamental do ser humano, suas ações acabaram por desencadear e disseminar uma compreensão cada vez mais crescente sobre a necessidade de se respeitar e de se garantir o livre exercício da religião por todos os homens.<sup>17</sup>

No entanto, pode-se reconhecer nas Revoluções Burguesas o grande marco histórico-jurídico da proteção e defesa da liberdade religiosa como direito fundamental.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, por exemplo, elaborada no contexto da Revolução Francesa, estabeleceu em seu art. 10: “Ninguém deve ser molestado por suas opiniões, ainda que religiosas, desde que sua manifestação não cause perturbação à ordem pública estabelecida por lei” (tradução nossa).<sup>18</sup> Em idêntico sentido,

14. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Documents>. Acesso em: 30 nov. 2019.

15. CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. *Queixa n.º 43835/2011*. Caso *S.A.S. v. França*. Estrasburgo: 2014. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466>. Acesso em: 30 nov. 2019.

16. RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Tradução: Dinah de Abrêu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 31-32.

17. Nesse contexto, Paulo Gustavo Guedes Fontes, ancorando-se nas lições de Michel Miaille, menciona o chamado Édito de Nantes, de 1598, publicado pelo rei Henrique IV, que, visando a acalmar guerras religiosas ocorridas na França, tolerava a adoção do protestantismo em alguns locais do país (FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Laicidade e proibição do véu islâmico na França*. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 183-184, jan.-jun. 2016).

18. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc>

a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, incluída em 1791, dispôs: “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião ou de proibir o livre exercício destas; ou de cercear a liberdade de expressão e de imprensa, o direito das pessoas de se reunirem pacificamente e o de dirigir ao Governo petições para a reparação de suas queixas” (tradução nossa).<sup>19</sup>

A partir de então, o referido direito passou a grassar em diversos diplomas jurídicos garantidores de direitos fundamentais na Europa: o artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o artigo 9º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, o artigo 18 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, a Declaração da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções de 1981, o art. 10 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, entre outros.

Ostentando conceituação teórica e reconhecimento próprios, a liberdade religiosa tem sido caracterizada como dimensão distinta da liberdade de consciência,<sup>20</sup> podendo ser identificados três espectros básicos no seu conteúdo: i) a liberdade de crença, que contempla a “liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu”<sup>21</sup>; ii) a liberdade de culto, que admite a exteriorização da orientação religiosa “em comunidade, com os outros, em público ou dentro do círculo daqueles que compartilham da mesma fé. Em outras palavras, seja sozinho ou reunido com outros, em público ou em privado, todos são livres para manifestar suas crenças” (tradução nossa),<sup>22</sup> identificando-se “na prática dos ritos, no culto, com suas

-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789. Acesso em: 30 nov. 2019.

19. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 30 nov. 2019.

20. “[...] embora a liberdade de consciência tenha forte vínculo com a liberdade religiosa, ambas não se confundem e apresentam dimensões autônomas. A liberdade de consciência assume, de plano, uma dimensão mais ampla, considerando que as hipóteses de objeção de consciência, apenas para ilustrar com um exemplo, abarcam hipóteses que não têm relação direta com opções religiosas, de crença e de culto. Bastaria aqui citar o exemplo daqueles que se recusam a prestar serviço militar em virtude de sua convicção (não necessariamente fundada em razões religiosas) de participar de conflitos armados e eventualmente vir a matar alguém. Outro caso, aliás, relativamente frequente, diz com a recusa de médicos a praticarem a interrupção da gravidez e determinados procedimentos, igualmente nem sempre por força de motivação religiosa” (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 923, p. 227, set. 2012).

21. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 249.

22. CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. *Queixas n.º 31706/2010 e 33088/2010*. Caso *Güler anda Ügur v. Turquia*. Estrasburgo: 2014. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148610>. Acesso em: 6 dez. 2019.

cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, tradições”;<sup>23</sup> e iii) a liberdade de organização religiosa, consistente na garantia de o Estado respeitar as formas e estruturas de organização de cada confissão religiosa.<sup>24</sup>

Nesse contexto, duas observações importantes devem ser mencionadas, levando em conta o escopo do presente estudo.

A primeira delas é que a faculdade de o indivíduo manifestar publicamente a sua confissão religiosa, portando elementos, objetos e sinais que caracterizem o seu credo – ou mesmo utilizando a indumentária correspondente –, está inserida no conteúdo da liberdade religiosa, sob a dimensão da liberdade de culto, como também, inclusive, já reconheceu o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, no julgamento do caso *Eweida e Outros v. Reino Unido*.<sup>25</sup> Dessa maneira, impõe-se ao Estado o dever de respeitar e fazer respeitar esse direito.

Ademais, considerando a perspectiva da vinculação dos direitos fundamentais também entre os particulares – a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>26</sup> –, referida exigência também se aplica às relações privadas, incidindo também no contexto da relação de emprego.<sup>27</sup>

23. SILVA, José Afonso da, op. cit. p. 249.

24. “Mas ela é também assume uma feição de liberdade “coletiva”, pois, não se esgotando simplesmente na liberdade de crença, necessariamente se revela em uma “prática”, na qual se inclui o livre exercício do culto, caso se deseje garantir plenamente a liberdade religiosa. O que pressupõe que qualquer movimento religioso deve ser senhor da sua atividade e, portanto, ter o direito de se organizar livremente” (tradução nossa) (ROBERT, Jacques. *La liberté religieuse*. *Revue internationale de droit comparé*, Lyon, vol. 46, n. 2, p. 629, abr.-jun. 1994. Disponível em: [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1994\\_num\\_46\\_2\\_4893](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1994_num_46_2_4893). Acesso em: 30 nov. 2019).

25. “[...] A insistência da Senhora Eweida em usar, no trabalho, uma cruz visível foi motivada pelo seu desejo de testemunhar sua fé cristã. Aplicando os princípios acima expostos, o Tribunal considera que o comportamento da Senhora Eweida era uma manifestação de sua crença religiosa, na forma de culto, prática e observância, e, como tal, atraía a proteção do artigo 9º” (tradução nossa) (CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. *Queixas n.º 48420/2010, 59842/2010, 51671/2010 e 36516/2010*. Caso *Eweida e Outros v. Reino Unido*. Estrasburgo: 2013. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-115881>. Acesso em: 30 nov. 2019).

26. “Tudo isso contribuiu para que se assentasse a doutrina de que também as pessoas privadas podem estar submetidas aos direitos fundamentais. A incidência das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas passou a ser conhecida, sobretudo a partir dos anos cinquenta, como o efeito externo, ou a eficácia horizontal, dos direitos fundamentais (a *drittwirkung* do Direito alemão). Desse efeito vem-se extraíndo desdobramentos práticos não negligenciáveis, que traçam novas perspectivas para o enfrentamento de questões cotidianas” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 310).

27. “O art. 7º, inciso XXX, não se refere à discriminação por motivo de crença religiosa. Mas o art. 5º, inciso VIII, da mesma Constituição, alude à proibição de discriminação por esse motivo, solução que se estende, sem dúvida nenhuma, ao campo do Direito do Trabalho. A extensão torna-se ainda mais compreensível e natural na medida em que se aceita a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais,

Em segundo lugar, importa destacar que a dimensão da liberdade de organização decorre historicamente do modelo de separação entre a religião e o Estado, sendo que, na França, essa premissa já rendeu acentuados conflitos civis.

Com efeito, a partir da aprovação de uma lei no ano de 1905, consagrou-se naquele país a absoluta separação entre a religião e o Estado, o que desencadeou um fortíssimo antagonismo entre os grupos políticos laicos e anticlericais e os grupos políticos de orientação religiosa. Cogitou-se, nesse período, inclusive, por parte daquele primeiro grupo, proibir o uso de vestes eclesíásticas em locais públicos, o badalar dos sinos nas igrejas e a realização de procissões, sob o argumento de que feririam a laicidade do Estado.<sup>28</sup>

Tal circunstância da cultura francesa é relevante para a compreensão do caso objeto deste estudo, uma vez que essa separação é uma premissa muito cara a parte da população daquele país. Não por outra razão, há, inclusive, quem reconheça uma mutação do conceito clássico de laicidade – que se limita à defesa de uma postura aconfessional do Estado – para um movimento distinto – e, acrescentaríamos, pernicioso – chamado de *laicismo*.

Nas palavras de Jorge de Miranda:

*Laicidade* significa a não assunção de tarefas religiosas pelo Estado e neutralidade, sem impedir o reconhecimento do papel da religião e dos diversos cultos. *Laicismo* significa desconfiança ou repúdio da religião como expressão comunitária e, porque imbuído de pressupostos filosóficos ou ideológicos (o positivismo, o cientismo, o livre pensamento ou outros), acaba por pôr em causa o próprio princípio da laicidade. A França e Portugal conheceram esse estado de espírito aquando das suas leis de separação.<sup>29</sup>

### 2.2 O poder empregatício<sup>30</sup>

Traço característico do contrato de emprego, que resulta do vínculo de subordinação jurídica, o poder empregatício pode ser conceituado como “o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente

de modo a trazerem-se para o campo trabalhista, no caso de omissão normativa, as garantias do art. 5º, da Constituição, o que faz sentido diante do desequilíbrio geralmente presente na relação de emprego” (MALLET, Estêvão. *Igualdade e discriminação em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013. p. 46).

28. FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Laicidade e proibição do véu islâmico na França*. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 184, jan.-jun. 2016.

29. MIRANDA, Jorge. *Estado, liberdade religiosa e laicidade*. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 60, p. 192, abr./jun. 2016.

30 A utilização do termo *poder empregatício* acompanha as lições de Maurício Godinho Delgado, para quem a terminologia melhor designa o fenômeno do poder sob uma ótica democrática, em contraponto à expressão anteriormente utilizada: *poder hierárquico* (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 790-791).

prestação de serviços”,<sup>31</sup> sendo que uma de suas dimensões corresponde ao chamado *poder de organização*.<sup>32</sup>

Por poder de organização, deve-se entender a “faculdade atribuída ao empregador de harmonizar fatores de produção – trabalho e capital – para determinar as condições da utilização concreta da prestação dos serviços do empregado”,<sup>33</sup> nele estando contempladas as prerrogativas de organização das atividades, definição dos fins econômicos do empreendimento, da estrutura jurídica empresarial, da divisão das funções entre os trabalhadores, das tarefas a serem executadas em cada função,<sup>34</sup> enfim, tudo quanto necessário para atender às finalidades da empresa.<sup>35</sup>

Uma das facetas desse chamado poder de organização diz respeito, assim, à possibilidade de o empregador editar regras gerais, impessoais e abstratas, referentes à organização da atividade empresarial, regulamentando aspectos inerentes à prestação dos serviços, o que, inclusive, levou parte da doutrina a identificar, nessa faculdade, uma dimensão autônoma do poder empregatício: o chamado *poder regulamentar*.

Nas palavras de Rúbia Zanotelli Alvarenga:

O poder regulamentar compreende a prerrogativa atribuída ao empregador para a fixação das normas disciplinadoras das condições gerais e específicas relativas à prestação de serviços por parte do empregado no âmbito empresarial. Compreende ainda normas de caráter técnico, às quais o empregado está subordinado, com o objetivo de manter a ordem interna na empresa.<sup>36</sup>

Importante destacar também que o fundamento do poder empregatício repousa no próprio nascedouro da relação jurídica empregatícia, de forma que encontra seu “suporte no contrato de trabalho, ajuste de vontades no qual o empregado espontaneamente se põe em posição de subordinação, aceitando a direção da sua atividade pelo empregador”,<sup>37</sup> sendo tal conceituação fruto da *teoria contratualista* desse poder.<sup>38</sup>

Assim, é a autonomia da vontade que, resultando na relação empregatícia e na livre adesão do trabalhador ao estado de subordinação jurídica, fundamenta o poder empregatício.

### 2.3 Liberdade religiosa, poder empregatício e proporcionalidade

Do percurso trilhado até então, emerge intuitiva a compreensão de que se concentra na figura do empregador o componente básico do exercício do poder dentro da relação em-

pregatícia, como decorrência da autonomia da vontade. No entanto, a subordinação a que se vincula o empregado, ao celebrar um contrato de trabalho, concordando em se submeter ao poder de direção do empregador, não autoriza a conclusão de que o exercício desse poder é ilimitado.

Com efeito, o poder empregatício também se submete a cláusulas de contenção, sendo que, no que interessa ao objeto deste estudo, devem-se mencionar os diversos direitos fundamentais não especificamente trabalhistas – entre os quais, o direito fundamental à liberdade religiosa – como limitações ao seu exercício. Afinal, ao revestir-se da condição de empregado, o indivíduo não se despe da qualidade de cidadão, continuando a ostentar regularmente a titularidade de seus direitos fundamentais.<sup>39</sup>

O grande desafio, pois, encontra-se em tentar equacionar essa prerrogativa do empregador – de organizar a prestação dos serviços, fruto, repita-se, da relação contratual –, com os limites de restrição dos direitos fundamentais dos trabalhadores,<sup>40</sup> cabendo, pois, definir até onde esse poder empregatício pode licitamente avançar sobre tais direitos, sem que tais limitações possam ser tachadas de ilícitas.<sup>41</sup>

39. Nesse sentido, bastante didática a lição do Tribunal Constitucional da Espanha, exarada por meio da Sentença n.º 88/1985: “La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [...]. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional” (ESPAÑA. Tribunal Constitucional da Espanha. Sentença n. 88/1995. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1985-17397.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019).

40. “A discussão sobe de ponto quando consideramos que o princípio da autonomia da vontade, mesmo que não conste literalmente na Constituição, acha no Texto Magno proteção para os seus aspectos essenciais. A Carta de 1988 assegura uma liberdade geral no caput do seu art. 59 e reconhece o valor da dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro (art. Iº, III, da CF) – dignidade que não se concebe sem referência ao poder de autodeterminação. Tudo isso confirma o status constitucional do princípio da autonomia do indivíduo” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 311).

41. “Deste modo, no intuito de evitar o extremismo – seja aquele radicado na defesa de uma supressão absoluta dos direitos individuais não trabalhistas dos empregados nas relações de emprego (em virtude da subordinação jurídica, do dever de lealdade do empregado e, quiçá, dos caprichos do empregador); seja aquele motivador da total desconsideração das cláusulas contratuais (emanação da autonomia privada), ensejando uma aplicação ilimitada dos direitos fundamentais individuais –, impõe-se a necessidade de delinear critérios” (SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. Revista do TST, Brasília, vol. 77, n. 4, p. 91, out.-dez. 2011).

Sobre o assunto, as normas internacionais garantidoras do direito à liberdade religiosa mencionam algumas hipóteses abstratas de sua restrição, como, por exemplo, o art. 9º, n. 2, da Convenção Europeia de Direitos do Homem, ao pôr a salvo as restrições “que, previstas em lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem”.<sup>42</sup> Em idêntico sentido, é a disposição do artigo 18 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966.

Dessa forma, urge ancorar-se no princípio da proporcionalidade como método para solucionar a referida tensão, a partir de suas três submáximas: adequação (a realização de uma determinada medida que visa a favorecer um princípio A deve ser adequada a realizar esse mesmo princípio A); necessidade ou exigibilidade (apesar de adequada, caso acarrete interferência em outro princípio B, a medida deve também ser necessária para satisfazer o princípio A, isto é, não deve haver outra medida menos restritiva do princípio B); e proporcionalidade em sentido estrito (apesar de a medida que visa a favorecer o princípio A ser adequada e necessária, deve haver uma justificação para o favorecimento do princípio A em detrimento do princípio B, de modo que o grau de satisfação do princípio A seja proporcional ao grau de restrição do princípio B).<sup>43</sup>

Aliás, o próprio ordenamento jurídico trabalhista francês, por meio dos artigos L1121-1 e L1133-1 do Código do Trabalho, já referenciados anteriormente, também parece dialogar com os critérios de proporcionalidade nesse tocante, quando menciona que a restrição de direitos fundamentais dos trabalhadores deve ser justificada pela natureza da tarefa a ser executada (adequação) e pela proporcionalidade do objetivo perseguido (proporcionalidade em sentido estrito), além de corresponder a uma exigência profissional essencial e determinante (necessidade).

### 3. ANÁLISE CRÍTICA DO CASO FRANCÊS DA CRECHE BABY LOUP

Analisando as premissas fáticas reconhecidas pela Justiça francesa no caso da creche *Baby Loup* e submetendo-as ao esquema do princípio da proporcionalidade, não podemos concordar com as conclusões exaradas nos julgados preferidos, por considerarmos ilícita a disposição do regulamento de pessoal.

Com efeito, entendemos que a medida estabelecida no regulamento de pessoal é manifestamente inadequada ao objetivo perseguido, não se sustentando quando da sua passagem pela primeira submáxima do princípio da proporcionalidade.

Ora, não se compreende racionalmente como o fato de a funcionária portar um véu islâmico poderia comprometer o objetivo da instituição (atender a todas as pessoas, sem dis-

tinção de orientação religiosa). Ao menos que se entenda que um funcionário, por ser afiliado a um dado credo, iria, por consequência, discriminar e descuidar do atendimento das crianças e pais que não compartilhassem da mesma fé, a previsão do regulamento empresarial restringe de forma injustificada o direito fundamental à liberdade religiosa, sendo certo que, no caso concreto, o berçário considerava Fátima Afif uma empregada extremamente capacitada, como consta das decisões proferidas no processo.

Na realidade, o argumento parece fazer mais sentido exatamente na direção oposta: se o objetivo da instituição era atender a todos, independente da opção em matéria religiosa, favorecendo, portanto, um ambiente multicultural, nada mais natural que esse multiculturalismo começasse a ser ensinado pelos próprios funcionários e educadores da instituição. Isto é, um ambiente de trabalho multicultural seria o melhor estandarte da instituição em prol do alcance de seus ideais.

Aliás, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem já reconheceu, no julgamento do caso *Eweida e Outros v. Reino Unido*, como ilícita a ordem de dada empresa privada de transporte aéreo para que sua empregada deixasse de utilizar um crucifixo durante o horário de trabalho. De acordo com a Corte, o empregador não demonstrara como a utilização do objeto sacro comprometeria o atendimento a seus clientes, além do que outros empregados também usavam normalmente objetos religiosos de outras confissões:

De um lado da balança, estava o desejo da Senhora Eweida de manifestar sua crença religiosa. Como apontado anteriormente, esse é um direito fundamental: porque uma sociedade democrática saudável precisa tolerar e sustentar o pluralismo e a diversidade; mas também por causa do valor que representa para um indivíduo – que fez da religião um princípio central de sua vida – poder comunicar essa crença a outras pessoas. Do outro lado da balança, havia o desejo do empregador de projetar uma determinada imagem corporativa. A Corte considera que, embora esse objetivo fosse indubitavelmente legítimo, os tribunais nacionais lhe deram muito peso. A cruz de Eweida era discreta e não pode ter sido suficiente para prejudicar sua aparência profissional. Não houve qualquer evidência de que o uso de outras indumentárias religiosas, previamente autorizadas – como turbantes e hijabs –, por outros funcionários, tenha impactado negativamente na marca ou na imagem da *British Airways*. Além disso, o fato de a empresa estar em vias de alterar a regulamentação do uniforme, para passar a permitir o uso visível de jóias simbolicamente religiosas demonstra que a proibição anterior não era de importância crucial. (tradução nossa)<sup>44</sup>

31. Idem, ibidem, p. 790.

32. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 226.

33. NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009. p. 70

34. NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit., p. 227.

35. NASCIMENTO, Nilson de Oliveira, op. cit., p. 70.

36. ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício*. São Paulo: LTr, 2013. p. 48.

37. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 226

38. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 803-804.

42. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em: 30 nov. 2019.

43. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 588-594.

44. CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. Queixas n.º 48420/2010, 59842/2010, 51671/2010 e 36516/2010. Caso *Eweida e Outros v. Reino Unido*. Estrasburgo: 2013. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-115881>. Acesso em: 30 nov. 2019.

É verdade que, no mesmo caso, tratando da queixa de outra das querelantes litisconsortes, o Tribunal entendeu lícita a proibição de utilização de uma espécie de pingente em forma de crucifixo pela empregada, mas isso em razão de a funcionária trabalhar em um hospital e a vedação se justificar por questões de saúde e segurança dos pacientes e demais trabalhadores.

Nesse contexto, a decisão mencionada vem ao encontro da argumentação aqui desenvolvida, a corroborar a premissa de que apenas as restrições que passem pelo filtro do princípio da proporcionalidade é que podem ser consideradas lícitas.

Importante destacar também que, no âmbito da prestação de serviços públicos, a jurisprudência do mesmo Tribunal Europeu, em geral, tem compreendido – o que soa um tanto quanto estranho no Brasil – como lícitas as restrições genéricas à utilização de objetos religiosos pelos servidores públicos, quando existente uma previsão legal de laicidade no direito interno do país.

No caso *Ebrahimian v. França*, por exemplo, a Corte entendeu lícita a não renovação do contrato de uma funcionária de um hospital público, em razão de ter se recusado a deixar de usar um véu islâmico durante o horário de trabalho. Fixou a Corte que a restrição à liberdade religiosa dos funcionários públicos, no exercício da função, sofre um tratamento diferente daquele aplicado aos funcionários de empresas privadas, pela necessidade de preservar os direitos e interesses dos usuários do serviço público. Ademais, no julgamento mencionado, a situação foi considerada ainda mais evidente pela Corte, sob o argumento de que era necessário manter a confiança dos pacientes em um tratamento igualitário, independentemente de suas convicções religiosas.<sup>45</sup>

De qualquer forma, tais premissas não se amoldam ao caso do berçário *Baby Loup*, pois, apesar de financiado, em parte, por recursos públicos, não correspondia a uma enti-

45. “O Tribunal já admitiu que os Estados podem se amparar nos princípios do secularismo e da neutralidade para justificar restrições ao uso de símbolos religiosos por funcionários públicos, particularmente, professores que trabalham no setor público (ver parágrafo 57 acima). É esse último status - de funcionários públicos - que os distingue dos cidadãos comuns - “que não são de modo algum representantes do Estado, afetados ao serviço público” e não estão “vinculados, à míngua de qualquer status oficial, a um dever de discricção na manifestação pública de suas crenças religiosas” (ver *Ahmet Arslan e Outros*, citado acima, § 48) - e que lhes impõe neutralidade religiosa em relação a seus alunos. Da mesma forma, o Tribunal pode aceitar, nas circunstâncias do presente caso, que o Estado, no qual a querelante trabalha em um hospital público, estando em contato com pacientes, pode exigir que ela se abstenha de manifestar suas crenças religiosas ao desempenhar suas funções, a fim de garantir a igualdade de tratamento para os pacientes em questão. Nessa perspectiva, a neutralidade do serviço público do hospital pode ser vista como ligada à conduta de sua própria equipe, de forma que os pacientes não tenham dúvidas quanto à imparcialidade de quem os trata” (tradução nossa) (CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. *Queixa n.º 64846/2011. Caso Ebrahimian v. França*. Estrasburgo: 2015. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-159070>. Acesso em 6 dez. 2019).

dade estatal, afastando-se, assim, a licitude da exigência de laicidade, segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu.

Outro aspecto relevante na análise do caso diz respeito ao argumento de que o regulamento de pessoal seria lícito, em razão da necessidade de preservar a liberdade de consciência das crianças.

Ora, também sob essa perspectiva, não nos parece justificável a interferência manifestada pela creche *Baby Loup* no direito de liberdade religiosa da empregada. Embora não se desconheça que as crianças em tenra idade são mais suscetíveis de sofrer a influência de pessoas mais velhas, inclusive, dos seus professores – como já reconheceu também o Tribunal Europeu de Direitos do Homem<sup>46</sup> –, cabe obter temperar que essa premissa é genérica e hipotética, não se traduzindo em um risco concreto para os infantes.

Essa também foi a conclusão do Corte Constitucional Alemã, analisando situação semelhante:

A proibição legal de o professor expressar suas crenças religiosas em uma escola estadual interconfessional, por meio da sua aparência externa, existente no âmbito do direito local (neste caso, conforme o § 57, seção 4, do *North Rhine-Westphalia Education Act*), baseada no mero potencial abstrato de pôr em risco a paz na escola ou a neutralidade do Estado, é desproporcional, se essa expressão puder ser razoavelmente reconhecida como um dever religioso imperativo. Um equilíbrio adequado entre os interesses constitucionais em questão - a liberdade religiosa dos professores, a liberdade religiosa negativa dos alunos e dos pais, o direito fundamental dos pais e o mandato educacional do estado - só pode ser alcançado por meio de uma interpretação restritiva da proibição legal, ou seja, deve haver pelo menos um perigo suficientemente específico para os interesses protegidos. (tradução nossa)<sup>47</sup>

46. No julgamento do caso *Dahlab v. Suíça*, o Tribunal Europeu, entretanto, analisando o caso de utilização de véu islâmico por parte de uma professora de escola pública primária, fundamentou o seguinte: “O Tribunal reconhece que é muito difícil avaliar o impacto que o uso de um ostensivo símbolo externo, como um véu islâmico, pode ter sobre a liberdade de consciência e de religião de crianças muito pequenas. Os alunos da querelante tinham entre quatro e oito anos, idade em que as crianças se perguntam sobre muitas coisas e também são mais facilmente influenciadas, se comparadas aos alunos mais velhos. Nessas circunstâncias, não se pode negar totalmente que o uso de um véu islâmico pode ter algum tipo de efeito proselitista, visto que ele parece ser imposto às mulheres por um preceito estabelecido no Corão e que, como observou o Tribunal Federal, é difícil alinhar com o princípio da igualdade de gênero. Parece, portanto, difícil conciliar o uso de um véu islâmico com a mensagem de tolerância, respeito pelos outros e, acima de tudo, igualdade e não discriminação que todos os professores de uma sociedade democrática devem transmitir aos alunos” (tradução nossa) (CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. *Queixa n.º 42393/1998. Caso Dahlab v. Suíça*. Estrasburgo: 2001. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-32006>. Acesso em: 30 nov. 2019).

47. ALEMANHA. Tribunal Federal Constitucional. *BvR 471/10 e 1181/10*. Carlsruhe: 2015. Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgesetz.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/01/rs20150127\\_1bvr047110en.html](https://www.bundesverfassungsgesetz.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/01/rs20150127_1bvr047110en.html). Acesso em: 6 dez. 2019.

Assim, não há a segurança sobre um risco concreto de interferência na liberdade de consciência das crianças pela simples utilização de objeto religioso pelos professores, cabendo destacar também que, no caso da creche *Baby Loup*, não houve qualquer registro de prática de proselitismo pela empregada.

Deve-se mencionar, ainda, que o natural impacto que a utilização do véu pelos professores poderia causar na curiosidade das crianças seria, a nosso ver, semelhante àquele gerado em decorrência do contato destas com a indumentária em um espaço público.

Assim, ainda que sob o viés da proteção à liberdade de consciência das crianças, a medida adotada pelo berçário *Baby Loup* é inadequada, ferindo, portanto, a proporcionalidade.

Ademais, mesmo que viesse a ser entendida como adequada, pensamos que a restrição ainda assim seria ilícita, à luz da proporcionalidade em sentido estrito, pois o grau de interferência no direito fundamental da empregada seria de elevada intensidade, ante a importância do objeto religioso para a vivência da sua fé. Lado outro, a suposta restrição na liberdade de consciência das crianças seria considerada extremamente reduzida, em razão da ausência de elementos a demonstrar um perigo concreto ao seu desenvolvimento.

Portanto, dentro da ideia de custo/benefício,<sup>48</sup> que resume a proporcionalidade em sentido estrito, não se concebe como justificável o alto grau de interferência na liberdade religiosa, que resultou da proibição exarada pela creche *Baby Loup*, em comparação ao pequeno – ou, no mínimo, incerto – grau de interferência no direito de liberdade de consciência dos infantes.

Para finalizar, cabe uma última observação importante: a conclusão aqui exarada é fruto da análise deste autor brasileiro, cujo espectro cultural é absolutamente diverso daquele em que se encontra imerso o povo francês, o que pode explicar a compreensão divergente sustentada neste trabalho em comparação ao quanto decidido pela Justiça daquele país. Afinal, as “diferenças culturais podem ensejar soluções diferentes para problemas análogos, conforme o país ou o momento histórico considerado”.<sup>49</sup>

## CONCLUSÃO

Em conclusão ao presente ensaio, urge reconhecer que a interação entre os direitos fundamentais e o poder empregatício corresponde a fonte geradora de um sem número de *hard cases* em matéria trabalhista. O tema – embora não muito novo – ainda continua a desafiar diuturnamente os pensadores do Direito, pois permanece situado em zona movediça, necessitando de um constante aprofundamento para robustecer suas balizas.

fassungsgesetz.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/01/rs20150127\_1bvr047110en.html. Acesso em: 6 dez. 2019.

48. “[...] quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 593).

49. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 313.

Por conseguinte, importa registrar também o rico universo que o estudo do caso da creche francesa *Baby Loup* permitiu explorar. Embora o estudo de caso tenha sempre o demérito de retratar situação já ocorrida, não podendo, assim, contribuir para a sua solução, cabe reconhecer sua valia como mecanismo investigativo, pois serve para a ampliação dos horizontes sobre a matéria, além de possível elemento para a resolução de problemas semelhantes.

Por fim, especificamente sobre o objeto deste trabalho, podem ser alinhavadas, como reflexo da análise empreendida, as seguintes ilações:

- i) a liberdade religiosa - em sua tríplice dimensão (liberdade de crença, liberdade de culta e liberdade de organização) - constitui um direito fundamental do ser humano e, como tal, atrai para si todo o arcabouço hermenêutico que circunda a compreensão e proteção dos direitos fundamentais;
- ii) o poder empregatício encontra seu nascedouro na própria relação de emprego, residindo na autonomia da vontade dos contratantes – notadamente, na autonomia do empregado – a sua fundamentação jurídica;
- iii) o exercício do poder empregatício pode acarretar ordens colidentes com a proteção garantida pelo direito de liberdade religiosa, cabendo ao intérprete, com vistas a solucionar esses impasses, recorrer ao teste de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito);
- iv) o caso estudado no presente trabalho, referente à despedida de Fátima Afif pela direção da creche francesa *Baby Loup*, revela, a nosso ver, manifesta hipótese de dispensa discriminatória, uma vez que a empregada foi tolhida do seu emprego por motivo de convicção religiosa. O regulamento de pessoal da creche *Baby Loup* não atendia aos reclamos da proporcionalidade – especialmente, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito –, bem como às disposições dos artigos L1121-1 e L1133-1 do *Code du Travail* francês – que incorporaram esses reclamos ao ordenamento jurídico daquele país. Dessa maneira, o poder empregatício foi exercido de forma abusiva, violando direito fundamental da empregada.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Tribunal Federal Constitucional. *BvR 471/10 e 1181/10*. Carlsruhe: 2015. Disponível em: <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/01/rs20150127\\_1bvr047110en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/01/rs20150127_1bvr047110en.html)>. Acesso em: 6.12.2019.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício*. São Paulo: LTr, 2013.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. *Queixa n.º 42393/1998. Caso Dahlab v. Suíça*. Es-

trasburgo: 2001. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-32006>>. Acesso em: 30/11/2019.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. Queixa n.º 43835/2011. Caso *S.A.S. v. França*. Estrasburgo: 2014. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466>>. Acesso em: 30.11.2019.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. Queixa n.º 64846/2011. Caso *Ebrahimian v. França*. Estrasburgo: 2015). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-159070>>. Acesso em 6.12.2019.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. Queixas n.º 31706/2010 e 33088/2010. Caso *Güler anda Ügur v. Turquia*. Estrasburgo: 2014. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148610>>. Acesso em: 6.12.2019.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. Queixas n.º 48420/2010, 59842/2010, 51671/2010 e 36516/2010. Caso *Eweida e Outros v. Reino Unido*. Estrasburgo: 2013). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-115881>>. Acesso em: 30/11/2019.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional da Espanha. Sentença n. 88/1995. Disponível em: <<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1985-17397.pdf>>. Acesso em: 30/11/2019.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Laicidade e proibição do véu islâmico na França. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 180-187, jan.-jun. 2016.

MALLET, Estêvão. *Igualdade e discriminação em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 60, p. 187-204, abr./jun. 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009.

Organization for Economic Co-operation and Development – OECD. *Jobs for youth*: France. Paris: OECD Publishing, 2009. Disponível em: <[https://read.oecd-ilibrary.org/employment/jobs-for-youth-des-emplois-pour-les-jeunes-france-2009\\_9789264061958-en#page25](https://read.oecd-ilibrary.org/employment/jobs-for-youth-des-emplois-pour-les-jeunes-france-2009_9789264061958-en#page25)>. Acesso em: 30.11.2019.

RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

ROBERT, Jacques. La liberté religieuse. *Revue internationale de droit comparé*, Lyon, vol. 46, n. 2, p. 629-644, abr.-jun. 1994. Disponível em: <[https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1994\\_num\\_46\\_2\\_4893](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1994_num_46_2_4893)>. Acesso em: 30/11/2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 923, p. 221-238, set. 2012.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do TST*, Brasília, vol. 77, n. 4, p. 60-101, out.-dez. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

#### OUTROS SITES CONSULTADOS

<[http://www.barreau-chambery.fr/fichiers\\_formation/droit-setlibertsfondamentauxformation300312-1335337984.pdf](http://www.barreau-chambery.fr/fichiers_formation/droit-setlibertsfondamentauxformation300312-1335337984.pdf)>. Acesso em: 30.11.2019.

<<https://blogavocat.fr/sites/default/files/fichiers/cph%20mante%20la%20jolie%20voile.pdf>>. Acesso em: 30.11.2019.

<<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-ho>

mme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 30.11.2019.

<[https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/612\\_25\\_29566.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/612_25_29566.html)>. Acesso em: 30.11.2019.

<<https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2013/R9EC082D8E89B-31211C0E>>. Acesso em: 30.11.2019.

<[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 30.11.2019.

<<https://juris.ohchr.org/Search/Documents>>. Acesso em: 30.11.2019.

<<https://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 30.11.2019.

<[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)>. Acesso em: 30.11.2019.

<[https://www.youtube.com/watch?v=ak\\_ify0EMNM](https://www.youtube.com/watch?v=ak_ify0EMNM)>. Acesso em: 6.12.2019.

FELIPE MARINHO AMARAL

Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Diretor de Prerrogativas da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região - AMATRA-2 (biênio 2020-2022). Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

## EQUIPARAÇÃO SALARIAL: UMA ANÁLISE ACERCA DO REQUISITO DO MESMO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL PARA SUA CARACTERIZAÇÃO

### PAY EQUALITY: AN ANALYSIS ABOUT THE REQUIREMENT OF THE SAME BUSINESS ESTABLISHMENT FOR ITS CHARACTERIZATION

**RESUMO:** O presente artigo pretende abordar os fundamentos e premissas do instituto da equiparação salarial, bem como sua evolução jurisprudencial e legislativa, notadamente no que se refere ao requisito do mesmo estabelecimento empresarial para sua caracterização. É certo que a partir da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) promoveu-se importante alteração no requisito espacial, para determinar que a equiparação salarial só poderá ocorrer entre empregados que exerçam suas atividades no mesmo estabelecimento empresarial e cumpram os demais requisitos. Dessa maneira, faz-se necessário analisar o conceito, a interpretação e os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais referentes ao tema, com o objetivo de debruçar-se acerca da extensão deste requisito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Equiparação salarial. Reforma trabalhista. Requisito espacial.

**ABSTRACT:** This article requires an analysis of the foundations and premises of the pay equality institute, as well as its jurisprudential and legislative evolution, notably it refers to the requirement of the same business establishment for its characterization. It is true that as of the Labor Reform (Law n. 13.467/2017), an important change in the spatial requirement was promoted, to determine that pay equality can only occur between employees who perform their activities in the same business establishment and comply with the other requirements. Thus, it is necessary to analyze the concept, interpretation and doctrinal and jurisprudential understandings related to the theme, with the objective of examining the extent of this requirement.

**KEYWORDS:** Pay equality. Labor reform. Requirement of the same business

#### INTRODUÇÃO

O tema equiparação salarial sempre despertou importantes debates doutrinários e amadurecimentos jurisprudenciais, sendo um dos principais temas na análise da remuneração

no direito do trabalho. Não por acaso, o tema já passou por alterações legislativas e é objeto de estudo em ordenamentos estrangeiros.

O ponto de partida para o estudo do tema, sem dúvida, é a análise do princípio da igualdade e a sua aplicação no direito do trabalho. É certo que o instituto pretende concretizar a igualdade e a não discriminação dentro das relações de trabalho, uma vez que trabalhos iguais necessitam de remunerações iguais.

Dessa maneira, o presente trabalho pretende analisar a regulamentação da equiparação salarial no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, inicialmente, serão abordados pontos importantes sobre o tema, bem como a sua relevância tanto no âmbito nacional, como no âmbito internacional.

Ademais, faz-se necessário percorrer a evolução legislativa do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, bem como abordar os requisitos para a configuração da equiparação salarial. Não se pode olvidar que a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) alterou a regulamentação do tema. Imperioso, portanto, analisar os requisitos à luz da recente reforma em cotejo com a anterior regulamentação e jurisprudência sedimentada do Tribunal Superior do Trabalho.

Neste ponto surge a relevância do tema, qual seja, a análise do requisito espacial para a configuração da equiparação salarial. É certo que a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) alterou de forma significativa este requisito ao definir que a possibilidade de equiparação salarial depende do desempenho das atividades entre empregado e paradigma no “mesmo estabelecimento empresarial”.

Necessário, desse modo, analisar o desenvolvimento jurisprudencial acerca do requisito espacial, ainda sob a égide da regulamentação anterior, a qual definia tal requisito como “mesma localidade”. Após, imperioso debruçar-se acerca do conceito de estabelecimento empresarial no direito trabalho, abordando, outrossim, a forma pela qual o instituto é tratado no direito empresarial, diante da utilização deste instituto nesse ramo do direito.

Pretende-se, portanto, discorrer acerca do requisito espacial no contexto do direito do trabalho, a partir da análise

dentro desse ramo do direito, bem como a sua interpretação jurisprudencial. Ademais, serão expostos argumentos sistemáticos com o objetivo de concluir acerca do alcance do requisito espacial da equiparação salarial após a Lei n. 13.467/2017.

### 1. EQUIPARAÇÃO SALARIAL

O instituto da equiparação salarial possui grande importância no âmbito das relações de trabalho, notadamente pelo fato de concretizar o princípio da igualdade no contexto laboral.

Não é demais destacar que o tema encontrou tanto desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial que parece ser o assunto mais importante dentro do estudo da remuneração do Direito do Trabalho brasileiro.<sup>1</sup>

A mencionada importância não se restringe ao ordenamento interno, já que a própria Organização Internacional do Trabalho (OIT) elenca um dos pilares do Direito do Trabalho a não discriminação, preocupando-se com a igualdade de remuneração, bem como combatendo a discriminação em matéria de emprego.

Neste particular, o próprio preâmbulo da Constituição da OIT consignou que: “*Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, (...) à afirmação do princípio «para igual trabalho, mesmo salário».* Verifica-se, desse modo, que a OIT pauta a sua atuação na premissa “mesmo trabalho, mesmo salário”.

Com o intuito de concretizar este objetivo, a Convenção n. 100 da OIT, promulgada no Brasil através do Decreto n. 41.721/1957, trata da igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor. No mesmo sentido, a Convenção n. 111 da OIT, promulgada no Brasil através do Decreto n. 62.150/1968, dispõe acerca da discriminação em matéria de emprego e ocupação, a qual, sem dúvida, engloba a discriminação salarial.

Diante da importância da não discriminação nas relações de trabalho, inclusive a salarial, é possível verificar que diversos países preveem a impossibilidade de discriminação neste âmbito, impedindo, desse modo, diferenças salariais para trabalhos desenvolvidos nas mesmas circunstâncias.

Como exemplo, na Argentina, o art. 81 da Lei do Contrato de Trabalho dispõe acerca da impossibilidade de discriminação.<sup>2</sup> Em Portugal, a Subseção III do Código de Trabalho trata acerca do tema e, especificamente, no artigo 23, conceitua

1. SILVA, Homero Batista da. Curso de direito do trabalho aplicado: livro da remuneração – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 289.

2. Art. 81. —Igualdad de trato. - El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.

termos como trabalho de igual valor, discriminação direta e indireta e trabalho igual.<sup>3</sup>

Recorda-se, ainda, da importância do caso *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.* na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no qual a requerente, uma empregada do sexo feminino que recebia um valor significativamente menor do que os trabalhadores de sexo masculino com as mesmas qualificações, moveu um processo com base no *Civil Rights Act of 1964*. A requerente teve seu pedido rejeitado, sob a justificativa de que havia perdido o prazo de 180 dias para ajuizar a ação.

Entretanto, o mencionado caso concreto foi determinante para, em 29 de janeiro de 2009, o presidente Barack Obama promulgar a Lei *Lilly Ledbetter* de Justa Remuneração, revertendo a interpretação da Suprema Corte no caso e estabelecendo que cada pagamento desigual faria com que a contagem do prazo para ajuizar uma reclamação recomeçasse.

Constata-se, portanto, a importância do tema no âmbito internacional das relações de trabalho, mormente pelo fato de concretizar o princípio da igualdade e não discriminação.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal, no art. 5º, dispõe acerca do princípio da igualdade, estabelecendo a igualdade entre todos perante a lei, bem como os mesmos direitos para homens e mulheres.

O princípio da igualdade remonta à própria ideia de justiça no sentido aristotélico, quando este associa justiça e igualdade e sugere que os iguais devem ser tratados de modo igual, ao passo que os diferentes devem ser tratados de modo desigual. Desde então, o princípio da igualdade (e a noção de isonomia) guarda relação com a noção de justiça, uma vez que, além de outras razões, a justiça é sempre algo que o indivíduo vivencia, em primeira linha, de forma intersubjetiva e relativa, ou seja, na sua relação com outros indivíduos e na forma como ele próprio e os demais são tratados.<sup>4</sup>

3. Art. 23 - 1 - Para efeitos do presente Código, considera-se: a) Discriminação directa, sempre que, em razão de um factor de discriminação, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável;

b) Discriminação indirecta, sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja susceptível de colocar uma pessoa, por motivo de um factor de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários; c) Trabalho igual, aquele em que as funções desempenhadas ao serviço do mesmo empregador são iguais ou objectivamente semelhantes em natureza, qualidade e quantidade; d) Trabalho de valor igual, aquele em que as funções desempenhadas ao serviço do mesmo empregador são equivalentes, atendendo nomeadamente à qualificação ou experiência exigida, às responsabilidades atribuídas, ao esforço físico e psíquico e às condições em que o trabalho é efectuado. 2 - Constitui discriminação a mera ordem ou instrução que tenha por finalidade prejudicar alguém em razão de um factor de discriminação.

4. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO,

Na esteira desse entendimento, é certo que a equiparação salarial trata-se de um instituto que concretiza o princípio da igualdade, já que estabelece a necessidade de remuneração igual para trabalhos iguais.

O art. 7º da Constituição Federal, por sua vez, ao tratar dos direitos específicos aplicáveis às relações de trabalho, dispõe, nos incisos XXX, XXXI e XXXII acerca da proibição de diferenças de salários, assim como de qualquer discriminação e da impossibilidade de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual.

Lado outro, conquanto, a princípio, não se possa oferecer salário diferente para quem exerce a mesma função, há situações em que, por diferenças espaciais ou temporais, a desigualdade é justificável, assim como quando elementos subjetivos como experiência ou formação técnica distinguem a realização do trabalho.<sup>5</sup>

Na linha deste entendimento que o tema equiparação salarial deve ser analisado, ou seja, de um lado objetiva-se concretizar o princípio da igualdade nas relações de trabalho, de outro a necessidade de estabelecer-se critérios para verificação nas hipóteses em que não resta caracterizado o trabalho igual.

### 2. A EQUIPARAÇÃO SALARIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Entende-se por equiparação salarial a figura jurídica mediante a qual se assegura ao trabalhador idêntico salário ao do colega perante o qual tenha exercido, simultaneamente, função idêntica, na mesma localidade, para o mesmo empregador.<sup>6</sup>

Como mencionado, a Constituição Federal, no art. 7º, ao tratar dos direitos específicos aplicáveis às relações de trabalho, dispõe, nos incisos XXX, XXXI e XXXII acerca da proibição de diferenças de salários, assim como de qualquer discriminação e da impossibilidade de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual.

Registra-se que a Constituição de 1934, no art. 121, §1º, “a”, já proibia a diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil.<sup>7</sup>

A Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, previu o tema originalmente no art. 461, com a seguinte redação:

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual

Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 599-600.

5. MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho* – 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 613.

6. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* – 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 881.

7. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934: Art. 121 - *A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;*

valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá, igual salário, sem distinção de sexo.

§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a dois anos.

§ 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão nos casos de acesso por antiguidade, desde que haja quadro organizado em carreira.

Em 1952, através da Lei n. 1.723, a sua redação fora alterada para a seguinte:

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antiguidade, dentro de cada categoria profissional.

Atualmente, após a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), o art. 461 possui a seguinte redação:

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público.

§ 3º - No caso do § 2º deste artigo, as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.

§ 5º - A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria.

§ 6º - No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Como pode ser verificado mediante a evolução legislativa, optou-se por inserir novos requisitos para a caracterização da equiparação salarial. No âmbito jurisprudencial, a súmula n. 6 do Tribunal Superior do Trabalho sempre foi o norte interpretativo acerca do tema, não obstante, atualmente, alguns entendimentos ali consagrados encontraram-se superados pela atual redação do art. 461 da CLT.

Percebe-se, portanto, que o principal dispositivo no âmbito infraconstitucional, no tocante ao tema equiparação salarial, é o art. 461 da CLT, e, no âmbito jurisprudencial, a súmula n. 6 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual ainda se aplica em determinados contextos interpretativos.

### 2.1. REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Fixada a premissa da equiparação salarial, representada pela ideia de “trabalho igual, salário igual”, bem como delimitado o arcabouço normativo brasileiro acerca do tema, passa-se a analisar os requisitos para sua configuração.

A CLT exige os seguintes requisitos para a equiparação salarial: a) trabalho para o mesmo empregador; b) na mesma localidade (mesmo estabelecimento empresarial, a partir da vigência da Lei n. 13.467/2017; c) entre empregados da mesma função; d) com diferenças de tempo de função não superior a 2 anos e para o mesmo empregador não superior a 4 anos; e) que exerçam o trabalho com a mesma produtividade; f) tenham a mesma perfeição técnica.<sup>8</sup>

Além dos requisitos legais, a doutrina elenca a contemporaneidade como requisito. Ou seja, empregado e paradigma devem estar exercendo concomitantemente as mesmas atribuições, ou terem exercido funções idênticas no mesmo período.<sup>9</sup> Recorda-se, entretanto, que é desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita (Súmula n. 6, IV, do TST).

Tendo em vista o objetivo do presente trabalho, os requisitos serão tratados de forma genérica, sendo que o requisito

8. NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho – 42. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 416.

9. CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho: de acordo com a reforma trabalhista – 17. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 944.

espacial será desenvolvido no próximo tópico, qual seja, a realização do trabalho no mesmo estabelecimento empresarial, nos termos do *caput* do art. 461 da CLT.

#### a) Trabalho para o mesmo empregador

Desde a redação originária do art. 461, o requisito do trabalho prestado ao mesmo empregador já se fazia presente.

Sendo assim, paradigma e paragonado devem manter contrato de trabalho com o mesmo empregador, pois não se pode exigir diferença salarial em comparação ao que ganha o colega da concorrência.<sup>10</sup>

Com relação ao ponto específico, há controvérsia acerca da equiparação salarial entre empregados do mesmo grupo econômico. Para parcela da doutrina, a possibilidade de equiparação salarial entre empregados de empresas distintas, mas que compõem o mesmo grupo econômico, ocorre apenas na hipótese do grupo “promiscuo”, ou seja, quando as empresas se confundirem entre si.<sup>11</sup>

Por outro lado, recorda Homero Batista da Silva que, pelo entendimento do art. 2º, §2º, da CLT, já com as alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017, o grupo econômico é, de fato, um empregador único e, como tal, não haveria problema em se escolher como paradigma a pessoa lotada em empresa do conglomerado. No entanto, o autor registra ser difícil afirmar que exerçam rigorosamente o mesmo papel, pois as empresas conglomeradas costumam ter estruturas diferentes.<sup>12</sup>

No âmbito jurisprudencial, verifica-se a possibilidade de equiparação salarial entre empregados de empresas distintas, mas que compõem o mesmo grupo econômico. No entanto, constata-se que, em regra, trata-se de grupo econômico no qual não há distinção de atividades entre as empresas, assemelhando-se, na linha anteriormente abordada, ao grupo econômico “promiscuo”.<sup>13</sup>

#### b) Identidade de funções

A identidade de funções é o ponto central da equiparação salarial, já que, não havendo o exercício das mesmas funções, quebra-se a premissa básica de “trabalho igual, salário igual”.

Entende-se por identidade de funções a circunstância de

10. SILVA, Homero Batista da. CLT comentada – 2. ed. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 323.

11. CASSAR, 2020, p. 945.

12. SILVA, 2018, p. 323. Neste sentido, alguns autores, portanto, defendem a possibilidade de equiparação entre empresas que compõem o mesmo grupo, entendimento que, aparentemente, não se altera mesmo com a nova redação do art. 2º, §2º, da CLT, como, por exemplo, MAGANO, Otavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho. Direito Individual do Trabalho – 3 ed. São Paulo, LTr, 1992, v. 3, p. 122.

13. Processo: ARR-8307-33.2010.5.12.0001, 1ª Turma, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 22/02/2019, no qual, ainda que não tenha sido o objeto do recurso, registrou que: “*Ocorre que a jurisprudência tem reconhecido o direito à equiparação de salário quando paragonado e paradigma, ao invés de atuarem diretamente para sua contratante, atuam indistintamente para uma ou outra empresa do grupo econômico, sobretudo se a atividade é desenvolvida no mesmo setor de trabalho*”

os trabalhadores comparados realizarem o mesmo trabalho, englobando atribuições, poderes e prática de atos materiais concretos.<sup>14</sup>

Neste particular, destaca-se, nos termos do entendimento previsto na Súmula n. 6, III, do TST, que a equiparação só é possível se o empregado e paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação. Aplica-se, dessa maneira, o princípio da primazia da realidade, o qual pauta toda a interpretação do direito do trabalho.<sup>15</sup>

Pontua-se, ainda, que nos casos de profissões que presuponham habilitação técnica, mediante diploma ou certificado, é impossível a equiparação salarial entre os trabalhadores que exerçam as mesmas atividades. Nesse sentido, o entendimento adotado na Orientação Jurisprudencial n. 296 da SDI-1 do TST.

Com relação ao aspecto processual, nos casos nos quais os cargos possuem nomes idênticos há presunção de identidade funcional entre seus exercentes. Já nos cargos com nomes diferentes, ocorre a presunção de conteúdo funcional diverso. Dessa maneira, se equiparando e paradigma exercem cargos com denominações iguais, caberá ao empregador a prova da diferença funcional. Entretanto, nos casos em que equiparando e modelo têm cargos com nomes diferentes, caberá ao interessado na equiparação a prova da identidade funcional.<sup>16</sup>

#### c) Trabalho de igual valor

Soma-se ao requisito da identidade de funções, os da produtividade e perfeição técnica. Ou seja, não basta que o empregado e o paradigma exerçam as mesmas funções, faz-se necessário que o trabalho seja de igual valor.

Para tanto, nos termos do art. 461, §1º, da CLT, as funções devem ser desempenhadas com a mesma perfeição técnica e mesma produtividade. Entende-se como produtividade a quantidade de trabalho produzido por hora, dia ou mês. Como perfeição técnica a forma com que foi realizado o trabalho, pois “um apressado pode produzir mais peças, só que defeituosas, pois confeccionadas sem o capricho que mereciam”.<sup>17</sup>

Ainda na análise do art. 461, §1º, da CLT, constata-se que o legislador optou por afastar a identificação de trabalho de igual valor para empregados cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função seja superior a dois anos. Ou seja, após a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), foram criados dois requisitos temporais, quais sejam, que a diferen-

14. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho – 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 882.

15. Conforme define Américo Plá Rodriguez, o princípio da primazia da realidade significa que, em casos de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos. Cf. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2015, p. 339.

16. MARTINEZ, 2020, p. 616.

17. CASSAR, 2020, p. 949.

ça não seja superior a quatro anos no trabalho para o mesmo empregador e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

Nesse sentido, entende-se que o requisito temporal de 2 anos na mesma função e, após a alteração da Lei n. 13.467/2017, de 4 anos na prestação de serviços ao mesmo empregador trata-se de uma hipótese de presunção absoluta no direito do trabalho e nem ao menos comporta prova em sentido contrário.<sup>18</sup>

Não se pode olvidar que, de acordo com o art. 461, §2, da CLT, na hipótese de a empresa possuir quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público, afasta-se a possibilidade de equiparação entre os empregados.

Neste particular, constata-se que, após a Lei n. 13.467/2017, não há necessidade de homologação ou registro em órgão público, nem mesmo se exige a alternância das promoções por merecimento e antiguidade (art. 461, §3º, da CLT).

### 3. O REQUISITO DO MESMO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Como já mencionado no presente trabalho, a ideia de equiparação salarial pressupõe o desempenho de um trabalho igual, para que, com o objetivo de concretizar o princípio da igualdade, se receba o mesmo salário.

Para tanto, o próprio legislador definiu os requisitos que devem ser cumpridos com o objetivo de estabelecer parâmetros para a configuração da equiparação salarial. Fala-se, dessa maneira, da identidade de funções, trabalho para o mesmo empregador e de igual valor, bem como alguns requisitos impeditivos, como a existência de quadro de carreira e a diferença de produtividade no exercício das funções.

Na linha deste entendimento, o requisito espacial merece destaque. Isso porque, é preciso, além da identidade no exercício da função, considerar o local onde se desenvolve a atividade, notadamente pelo fato de locais distintos possuírem realidades distintas.

Todavia, é preciso destacar que o direito de igualdade assegurado na Constituição Federal não parece se sensibilizar com o local que o cidadão ocupa no mundo, devendo seu potencial ser explorado sob qualquer circunstância. Dessa maneira, dispensar tratamento discriminatório mostra-se reprovável ainda que a discrepância encontre fundamento em termos geográficos. Ocorre que, o direito do trabalho sempre conviveu com dilemas da localidade.<sup>19</sup>

Assim, a explicação para a distinção salarial em razão da localidade pode ser fundamentada por dois postulados. De um lado as questões referentes ao custo de vida e custos operacionais diferentes em distintas regiões, bem como os diferentes anseios dos trabalhadores de com acordo com a realidade local.<sup>20</sup>

Por tais motivos, a redação do art. 461 da CLT sempre trou-

18. SILVA, 2018, p. 324

19. SILVA, 2017, p. 289.

20. *Ibidem, loc. cit.*

xe como requisito para a configuração da equiparação salarial o desempenho das atividades “na mesma localidade”, sendo esta a expressão legal utilizada até o ano de 2017, momento no qual a Lei n. 13.467/2017 alterou o texto para constar “mesmo estabelecimento empresarial”.

Dessa forma, diante das alterações promovidas, imperiosa a análise do desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário acerca do tema.

### 3.1. REQUISITO ESPACIAL DA MESMA LOCALIDADE ATÉ A LEI N. 13.467/2017

O requisito da mesma localidade esteve presente na redação do art. 461 da CLT até o advento da Lei n. 13.467/2017. Como pode ser verificado, não se tratava de um requisito objetivamente fixado pelo legislador, já que não havia definição clara do alcance da expressão.

Maurício Godinho Delgado expõe que se entendia por identidade de localidade a circunstância de os trabalhadores comparados realizarem o trabalho para o empregador em um mesmo espaço, um mesmo lugar, uma circunscrição geográfica. Prosseguia o autor defendendo a ideia na qual a localidade diz respeito ao mesmo sítio geográfico básico, o mesmo lugar que tenha as mesmas precisas características socioeconômicas, a ponto de não justificar tratamento salarial diferenciado entre os trabalhadores e empregador.<sup>21</sup>

Vólia Bomfim Cassar afirma que localidade era entendida pela doutrina como município, justificando-se esta definição nos revogados arts. 84 a 111 da CLT, os quais fixavam valores diferenciados do salário-mínimo para cada região, zona ou subzona.<sup>22</sup>

Dessa maneira, apesar de o legislador não ter sido claro no seu propósito, é bastante razoável que se comece o raciocínio pelo conceito de município, noção mais ou menos arraigada na sociedade como um espaço de vida social e estudantil, em que se recolhem impostos e se apresentam demandas básicas.<sup>23</sup>

Portanto, verifica-se que, no âmbito doutrinário antes da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), prevalecia o entendimento de que a mesma localidade significava o mesmo município.<sup>24</sup>

No âmbito jurisprudencial, a súmula n. 6, X, do TST complementou o entendimento doutrinário para definir que o “conceito de “mesma localidade” de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana”. Definiu-se, portanto, que mesma localidade seria o mesmo município ou municípios distintos na mesma região metropolitana.

Ao analisar os precedentes que originaram o entendimento exposto no item X da Súmula n. 6 do TST, constata-se que os debates giraram em torno da possibilidade de expandir o

conceito à região metropolitana.

Inicialmente, como pode ser verificado na decisão do processo TST-RR-28861/91.3, o Tribunal Superior do Trabalho entendia que “o conceito de mesma localidade, para efeito de equiparação salarial fundada no art. 461 da CLT, restringe-se ao local em que o empregado e o paradigma prestam serviços, ou seja, na mesma cidade, sendo impossível ampliar a este conceito, de modo a equiparar empregados que trabalhem em Municípios distintos.”<sup>25</sup>

Entretanto, o entendimento fora ampliado para englobar municípios limítrofes que integram a mesma região metropolitana.

Como exemplo, nos autos do processo TST-E-RR-582.533/99.2 decidiu-se que: “Por mesma localidade não há que se considerar sempre e necessariamente como mesmo município ou cidade, ainda que em uma interpretação literal ou gramatical. Localidade não é sinônimo de município ou cidade. Embora como regra seja dentro destes limites que deva impor-se a igualação salarial. Mas não viola o art. 461 da CLT expressamente quando, reconhecendo-se as mesmas condições de vida, as mesmas condições sócio-econômicas existentes em cidades ou municípios limítrofes da mesma região geo-econômica ou da mesma região metropolitana, reconhece-se o direito à equiparação salarial entre empregados que trabalham em cada um deles. Embargos não conhecidos”.<sup>26</sup>

Registrou-se, ainda, a possibilidade de equiparação salarial em municípios distintos, porém limítrofes, “onde as condições geográficas e econômicas eram idênticas”.<sup>27</sup>

Diante da análise das decisões que resultaram no entendimento sedimentado no item X da Súmula n. 6 do TST, verifica-se que se entendeu pela definição de “mesma localidade” o mesmo município ou municípios distintos na região metropolitana, já que, tratando-se de municípios limítrofes, seria possível verificar a mesma realidade social.

Na linha deste entendimento, imperioso recordar que a Constituição Federal, no art. 25, §3º, define que:

Art. 25, §3º: Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Ocorre que a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) alterou o *caput* do art. 461 da CLT, de modo que os entendimentos construídos até então precisaram ser interpretados à luz do novo parâmetro legislativo.

25. Processo: TST-RR-28861/91.3 Rel. Ministro José Calixto Ramos. 20/05/1992

26. Processo: TST-E-RR-582.533/99.2 Rel. Ministro Vantuil Abdala – Publicado em 28/05/2001

27. Processo: E-RR NÚMERO: 392364 ANO: 1997 - PUBLICAÇÃO: DJ - 14/12/2001 – Rel. Ministro Wagner Pimenta.

### 3.2. REQUISITO ESPACIAL DO MESMO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL APÓS A LEI N. 13.467/2017

A Lei n. 13.467/2017 alterou o *caput* do art. 461 da CLT para definir que a equiparação salarial só poderá ocorrer na hipótese de o empregado e paradigma desempenharem suas funções no mesmo estabelecimento empresarial.

Luciano Martinez define que se entende por estabelecimento empresarial como uma fração do complexo de bens organizados para exercício da empresa, sendo muito comum que os grandes empreendimentos dividam a empresa em múltiplos estabelecimentos.<sup>28</sup>

Vólia Bomfim Gaspar define que só terá direito a equiparação salarial o empregado que apontar paradigma que trabalhe no mesmo estabelecimento.<sup>29</sup>

Homero Batista da Silva registra que, considerando que a palavra estabelecimento comercial tem sua acepção ligada, no direito comercial, ao ponto comercial ou aviamento, entende-se que o legislador quis dizer filial, sucursal ou agência. No entanto, o próprio autor alerta para a possibilidade de, nos casos concretos, as partes pretenderem que a expressão não seja interpretada de modo restritivo, sob pena de inviabilidade de toda e qualquer equiparação salarial.<sup>30</sup>

Como destacado pelo autor, o conceito de estabelecimento empresarial deverá ser interpretado com o objetivo de definir a sua abrangência.

Neste ponto, é preciso recordar que o art. 1.142 do Código Civil define que: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”, sendo que este conceito guarda correspondência com o utilizado no art. 2.555 do Código Civil Italiano.<sup>31</sup>

A doutrina especializada em direito empresarial, ao tratar acerca do estabelecimento empresarial, define-o como o conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica.<sup>32</sup>

Ademais, com relação à natureza jurídica, trata-se de uma universalidade de fato, uma vez que a unidade não decorre de lei, mas da vontade do empresário. Dessa maneira, o empresário tem a liberdade para reduzir, aumentar o estabelecimento ou alterar o seu destino, uma vez que a unidade não decorre de lei.<sup>33</sup>

Ocorre que, a própria Consolidação das Leis do Trabalho utiliza a expressão “estabelecimento” de forma distinta, como, por exemplo, nos arts. 160, 429, 71, § 3º, 168, § 4º e 355 da CLT. Da leitura dos mencionados dispositivos, constata-se

28. MARTINEZ, 2020, p. 618.

29. CASSAR, 2020, p. 948.

30. SILVA, 2018, p. 324.

31. TONAZETTE, Marlon. Teoria Geral e direito societário. V. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 120. O art. 2.555 do Código Civil Italiano dispõe: *Art. 2555 Nozione - L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore (2082) per l'esercizio dell'impresa.*

32. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 91

33. TONAZETTE, 2020, p. 128.

que, em regra, o legislador pretende definir o estabelecimento como local físico específico, sendo que o art. 355 considera como “estabelecimento autônomo”, para os fins daquela seção, as sucursais, filiais e agências em que trabalhem 3 (três) ou mais empregados.<sup>34</sup>

Na esteira deste entendimento, o Tribunal Superior do Trabalho, ao editar o item IV da Súmula 6, utilizou o conceito de “estabelecimento” no mesmo sentido já verificado em diversas passagens na Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, como unidade autônoma. No mencionado item definiu-se que: “É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita.”

Dessa maneira, é certo que o conceito de mesmo estabelecimento empresarial deve ser analisado à luz do tema equiparação salarial, no contexto das normas que regem as relações de trabalho. Ao que parece, portanto, não se pode expandir o conceito de estabelecimento empresarial para qualquer unidade física do empregador.

Lado outro, a restrição literal também não poderá ser realizada sem reflexões, notadamente por alguns problemas práticos de difícil solução. Recorda-se, de início, que, no mesmo município, o empregador se sujeita à unicidade sindical, devendo respeitar a mesma convenção ou acordo coletivo. Ou seja, trata-se da mesma política salarial.

Ademais, caso aplique-se de forma literal o dispositivo, considerando o trabalho em diferentes estabelecimentos autônomos como presunção absoluta para descaracterização da equiparação salarial, a diferença de dois anos de tempo de exercício da função também deveria ser apurada apenas quando exercida dentro de um mesmo estabelecimento?<sup>35</sup>

Isso porque, aparentemente, se o simples fato de um trabalhador exercer o cargo em estabelecimentos diferentes, na mesma região metropolitana, por exemplo, justificaria a discrepância salarial, é difícil fugir da conclusão de que a lógica subjacente é a que de a prestação de labor em diferentes estabelecimentos presume de forma absoluta que as atribuições não são as mesmas, e, nesse caso, a diferença de tempo de serviço na mesma função, porém em estabelecimento diferente, não poderia ser oposta como impeditiva à equiparação salarial.<sup>36</sup>

Verifica-se, portanto, a necessidade de interpretar o *caput* do art. 461 da CLT de forma sistemática, permitindo concluir que há apenas uma presunção relativa de diferença do desempenho das mesmas funções quando empregado e paradigma exercem as funções em estabelecimentos autônomos distintos.

34. Art. 355 da CLT - Consideram-se como estabelecimentos autônomos, para os efeitos da proporcionalidade a ser observada, as sucursais, filiais e agências em que trabalhem 3 (três) ou mais empregados.

35. BARBA FILHO, Roberto Dala. Equiparação salarial por estabelecimento. Disponível em: [https://dalabarba.jusbrasil.com.br/artigos/514330120/equiparacao-salarial-por-estabelecimento#\\_ftn2](https://dalabarba.jusbrasil.com.br/artigos/514330120/equiparacao-salarial-por-estabelecimento#_ftn2). Acesso em: 21 abr. 2021.

36. BARBA FILHO, 2016.

21. DELGADO, 2015, p. 884.

22. CASSAR, 2020, p. 948.

23. SILVA, 2017, p. 289

24. MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho – 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 482.

Neste particular, registra-se que o TST já deu pistas de que lida com o conceito de presunção relativa, podendo o empregado fazer prova de que duas filiais tinham realidades iguais ou, ao revés, o empregador pode tentar fazer prova de que duas filiais tinham realidades distintas. Dessa forma, a expressão estabelecimento representaria apenas um parâmetro básico para o início da discussão sobre o local em que trabalhava o paradigma.<sup>37</sup>

Neste ponto, destaca-se que a extensão da região metropolitana já utilizada anteriormente pelo Tribunal Superior do Trabalho deve servir como limite para a possibilidade de ser afastada a presunção relativa de realidades diferentes em estabelecimentos distintos. Como mencionado anteriormente, mormente por definir, em regra, a mesma realidade social, a expansão territorial da região metropolitana trata-se de um critério limitador.

Sendo assim, não se pode pretender afastar a presunção relativa para comprovar o desempenho das mesmas funções em municípios distintos que não integrem a mesma região metropolitana.

Registra-se que tal entendimento não descumpra ou altera a redação prevista no art. 461 da CLT, apenas compatibilizando a interpretação e o alcance da expressão estabelecimento empresarial ao instituto da equiparação salarial.

Portanto, entende-se que o conceito de estabelecimento empresarial, nos moldes delimitados pela Consolidação das Leis do Trabalho difere, em parte, do conceito estabelecido no direito empresarial. Destarte, para fins de equiparação salarial, o trabalho em distintas unidades físicas autônomas (“diferentes estabelecimentos empresariais”), a priori, afasta a possibilidade de equiparação salarial, podendo, entretanto, ser afastada a presunção relativa, caso reste comprovada as mesmas condições de trabalho realizadas em diferentes estabelecimentos autônomos dentro do mesmo município ou de municípios distintos na mesma região metropolitana.

## CONCLUSÃO

A equiparação salarial deve ser considerada como a concretização do princípio da igualdade e da não discriminação no âmbito das relações de trabalho. Desse modo, verifica-se a importância e relevância do tema no âmbito do estudo da remuneração no direito do trabalho.

Diante da mencionada relevância, a própria Organização Internacional do Trabalho definiu como premissa a ideia de “trabalho igual, salário igual” no preâmbulo de sua constituição. Verificou-se, ainda, o destaque que ordenamentos estrangeiros concedem ao tema, como, por exemplo, Argentina, Portugal e Estados Unidos.

No âmbito do direito brasileiro, a Constituição Federal de 1934 já tratou acerca do tema e a Carta Magna de 1988, além de elencar a igualdade como direito fundamental, definiu a impossibilidade de diferenças de salários, por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil, assim como de qualquer discriminação e da impossibilidade de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual.

37. SILVA, 2018, p. 324.

A Consolidação das Leis do Trabalho, ao abordar acerca do tema, positivou os requisitos para verificação da equiparação salarial no art. 461, o qual já passou por diversas alterações. Sem dúvida, a alteração promovida pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) pode ser considerada uma das mais significativas.

Como tratado no presente artigo, com relação ao requisito espacial, antes da Reforma Trabalhista, este era definido como mesma localidade. Por se tratar de conceito não definido objetivamente pela legislação, a doutrina entendia que se referia ao mesmo Município, sendo que a jurisprudência evoluiu para defini-lo como o mesmo município ou municípios limítrofes desde que integrantes da mesma região metropolitana.

Com relação ao requisito espacial vigente, qual seja, “mesmo estabelecimento empresarial”, lembrou-se que o direito empresarial o define como conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica.

Entretanto, ao que parece, o direito do trabalho não interpreta a expressão da mesma forma. Isso porque, a própria Consolidação das Leis do Trabalho utiliza a expressão “estabelecimento” de forma distinta, como, por exemplo, nos arts. 160, 429, 71, § 3º, 168, § 4º e 355 da CLT. Constata-se que, em regra, o legislador pretende definir o estabelecimento como local físico específico ou unidade autônoma. Este também parece ser o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, como pode ser verificado no item IV da Súmula 6 deste Tribunal.

Dessa forma, como defendido no presente trabalho, a expressão utilizada pelo legislador reformista deve ser interpretada como o mesmo estabelecimento físico, nos termos já utilizados na Consolidação das Leis do Trabalho e pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho.

No entanto, não se trata de presunção absoluta, de modo que se pode comprovar, no processo judicial, que, mesmo se tratando de estabelecimentos físicos distintos, paradigma e o empregado laboraram em realidades semelhantes. Assim, desde que atendidos os demais requisitos, poderá restar configurada a necessidade de equiparação salarial.

Por outro lado, deve ser utilizado o limitador espacial do município ou municípios distintos, desde que integrem a mesma região metropolitana, uma vez que a realidade social distinta afasta a equiparação salarial. Ou seja, não se pode pretender afastar a presunção relativa para comprovar o desempenho das mesmas funções em municípios distintos que não integrem a mesma região metropolitana.

Portanto, para fins de equiparação salarial, o trabalho em distintas unidades físicas autônomas (“diferentes estabelecimentos empresariais”), a priori, impossibilita a equiparação salarial, podendo, entretanto, ser afastada a presunção relativa, caso reste comprovada as mesmas condições de trabalho realizadas em diferentes estabelecimentos autônomos dentro do mesmo município ou de municípios distintos na mesma região metropolitana.

## REFERÊNCIAS

BARBA FILHO, Roberto Dala. Equiparação salarial por estabelecimento. Disponível em: [https://dalabarba.jusbrasil.com.br/artigos/514330120/equiparacao-salarial-por-estabelecimento#\\_ftn2](https://dalabarba.jusbrasil.com.br/artigos/514330120/equiparacao-salarial-por-estabelecimento#_ftn2). Acesso em: 21 abr. 2021.

CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho: de acordo com a reforma trabalhista – 17. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho – 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MAGANO, Otavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho. Direito Individual do Trabalho – 3 ed. São Paulo, LTr, 1992.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho – 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho – 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho – 42. ed. São Paulo: LTr, 2019.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Homero Batista da. CLT comentada – 2. ed. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2018.

\_\_\_\_\_. Curso de direito do trabalho aplicado: livro da remuneração – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TONAZETTE, Marlon. Teoria Geral e direito societário. V. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RENAN MARTINS LOPES BELUTTO

Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Pós-Graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.  
E-mail: renanmlopes@yahoo.com.br

## A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

### THE PUBLIC ADMINISTRATION LABOR RESPONSIBILITY IN OUTSOURCING CONTRACTS AND THE NEW BIDDING LAW

**RESUMO:** A terceirização da mão de obra se disseminou na iniciativa privada, chegando também ao Poder Público, que vem passando por diversas reformas visando à sua desburocratização. Diante das disposições do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, verifica-se haver considerável controvérsia quanto à responsabilização da Administração Pública pelas dívidas trabalhistas não pagas pela empresa contratada. Essa discussão tende a se ampliar, em virtude do que dispõe a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), que trouxe novas regras sobre o tema. Neste trabalho, será estudada a responsabilidade do tomador de serviços nos contratos de intermediação de mão de obra, em especial na contratação feita pelo Poder Público, e os impactos da nova legislação nessa matéria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terceirização. Administração Pública. Responsabilidade.

**ABSTRACT:** The labor outsourcing has spread to the private sector, also reaching the Public Administration, which has been undergoing several reforms aiming at reducing bureaucracy. In view of the provisions of article 71, § 1, of Law No. 8,666 / 93, and the precedents of the Supreme Federal Court and the Superior Labor Court, there is considerable controversy regarding the responsibility of the Public Administration for labor debts not paid by the contracted company. This discussion might expand, due to the provisions of the new Bidding Law (Law No. 14,133 / 2021), which brought new rules about this subject. In this work, the responsibility of the service borrower in labor intermediation contracts, especially when contracted by the Government, and the impacts of the new legislation in this matter will be studied.

**KEYWORDS:** Outsourcing. Public Administration. Responsibility.

### INTRODUÇÃO

Conforme lições da doutrina, o termo “terceirização” deriva de um neologismo, criado pela área de administração de empresas, para se referir à contratação de uma empresa que promove a intermediação da mão de obra. Ou seja, o vocábulo “terceiro” tem o sentido de “intermediário, interveniente ou mediano”. (LEITE, 2020, p. 394).

Essa forma de contratação do trabalho se espalhou rapidamente na iniciativa privada, especialmente nas últimas três décadas do século XX, diante da crise do Estado de Bem-Estar Social e da primeira onda da construção hegemônica do neoliberalismo (DELGADO, 2020, p. 551), por constituir um instrumento econômico para reduzir os custos de operação das empresas, aumentar a sua lucratividade e, em consequência, sua competitividade no mercado (LEITE, 2020, p. 395).

Ocorre que o modelo trilateral de prestação de serviços, formado entre empregado, empresa prestadora de serviços (a empregadora) e empresa tomadora dos serviços, contrasta com o sistema bilateral instituído pelo art. 2º da CLT, inexistindo, pois, disciplina legal para o tema, no momento em que esse fenômeno econômico começou a se manifestar.

Nesse sentido:

[...] a CLT – construída na década de 1940 – não tratou, evidentemente, da terceirização. O diploma consolidado fez menção a apenas duas figuras de subcontratação de mão de obra: a empreitada e subempreitada (art. 455), englobando também a figura da pequena empreitada (art. 652, “a”, III, CLT). À época de elaboração da CLT, como se sabe (anos de 1940), a terceirização não constituía fenômeno com a abrangência assumida nos últimos trinta anos do século XX, nem sequer merecia qualquer epíteto designativo especial. (DELGADO, 2020, p. 551)

O vácuo legislativo foi timidamente preenchido, inicialmente, pela Lei nº 6.019/74, que instituiu a figura do contrato temporário nas empresas urbanas, e, posteriormente, pela Lei nº 7.102/83, que previa a prestação de serviços por empresas de vigilância a instituições financeiras.

Diante desse cenário, uma vez que o Poder Judiciário não pode se furtar de decidir as demandas postas à sua apreciação sob a alegação de lacuna na lei (art. 126, do CPC/1973, atual art. 140, do CPC/2015), a primeira resposta jurisprudencial foi a vedação a todo tipo de terceirização, ressalvadas as duas exceções legais, conforme preconizou a Súmula nº 256, do TST, publicada nos Diários da Justiça de 30/09/1986 e 02/10/1986.

O tema, no entanto, continuou em debate no âmbito da Corte Superior, o que levou à edição da Súmula nº 331, que importou na revisão do entendimento anterior.

Pelo novo enunciado jurisprudencial, publicado nos Diários de 21, 28/12/1993 e 04/01/1994, a terceirização passou a ser admitida, além das hipóteses já aceitas anteriormente, quando se desse em atividade-meio da empresa, desde que inexistisse pessoalidade e subordinação entre a tomadora e o empregado.

Destaque-se, nesse sentido, os itens I e III, da referida Súmula:

- 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).  
[...]
- 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.

Fixou-se, assim, o marco jurídico que regulou o tema das terceirizações por mais de duas décadas. Por meio da construção pretoriana, firmou-se a compreensão de que era lícita a subcontratação de mão de obra em atividade-meio das empresas, assim consideradas aquelas atividades acessórias, não relacionadas ao objeto social da empresa, como os serviços de conservação e manutenção predial.

A intermediação na atividade-fim era considerada ilícita, formando-se o vínculo de emprego diretamente entre empregado e tomadora dos serviços.

A inércia legislativa, finalmente, cessou no ano de 2017, com a edição da Lei nº 13.429, de 31/03/2017. Por meio desse diploma, foram incluídas na Lei nº 6.019/74 disposições relativas à empresa prestadora de serviços a terceiros.

A nova Lei adotou a divisão estabelecida pela jurisprudência entre atividade-meio e atividade-fim, de forma expressa, ao prever que o contrato de trabalho temporário poderia versar sobre o desenvolvimento de ambas (art. 9º, § 3º), como já autorizava a Súmula nº 331 do TST.

Contudo, idêntica previsão não constou para o contrato de prestação de serviços a terceiros, o que levou a jurisprudência a compreender que o entendimento consolidado no precedente da Corte Superior se mantinha inalterado.

Poucos meses depois, em novembro/2017, a Lei nº 13.467, batizada de Reforma Trabalhista, veio a novamente alterar a Lei nº 6.019/74, corrigindo o aparente esquecimento do legislador, dando a seguinte redação ao seu art. 4º-A:

Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que posua sua capacidade econômica compatível com a sua execução.

No mesmo sentido entendeu o STF, no julgamento da ADPF nº 324, ocorrido em 30/08/2018, cuja tese fixada será

analisada nos próximos capítulos.

Dessa forma, foi superada a posição da Corte Superior Trabalhista, quanto à ilegalidade da terceirização nas atividades-fim da empresa, admitindo o ordenamento jurídico brasileiro, de forma ampla, a intermediação de mão de obra.

### 1. A RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS PELO CRÉDITO TRABALHISTA

O empregador é o devedor principal, primário, direto das verbas trabalhistas, porque, nos termos do art. 2º, *caput*, da CLT, é ele quem “[...] assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Com efeito,

a responsabilidade pela quitação das verbas trabalhistas deriva, a princípio, da posição assumida, pelo empregador, na relação jurídica empregatícia, compondo o polo passivo dessa relação. Essa é a norma geral e recorrente do Direito do Trabalho, que não foge, assim, da conduta geral também prevalecente no restante do Direito: o devedor principal (na hipótese trabalhista, o empregador), integrante direto da relação jurídica entre as partes e beneficiário principal e imediato de seus efeitos, é que responde pelas obrigações resultantes dessa relação. (DELGADO, 2020, p. 603)

Todavia, essa norma não estabelece a exclusividade da responsabilização do empregador. É dizer, não nega o art. 2º da CLT a possibilidade de responsabilização subsidiária, secundária ou indireta pelas verbas trabalhistas.

É possível colher da legislação trabalhista disposições que atribuem a responsabilidade no caso de inadimplemento a terceiros, como é o caso do já citado art. 455 da CLT, que estabelece:

Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Destaque-se, no mesmo sentido, o art. 16 da Lei nº 6.019/74:

No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

Nessas disposições, que mencionamos a título ilustrativo, se nota que a legislação laboral atribui a responsabilidade pelo crédito trabalhista a pessoas que não figuram como empregadoras na relação contratual, o que deixa claro que o devedor principal não é o único responsável pelo adimplemento da obrigação.

E isso ocorre porque, com base nas lições do Direito Alemão, desenvolvidas desde o século XIX, por Alois Brinz, o vínculo obrigacional se manifesta a partir de dois elementos: o débito (*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*):

[...] o *Schuld* é o dever legal de cumprir com a obrigação, o dever existente por parte do devedor e sobre o qual incide o direito subjetivo do credor. Havendo o adimplemento da obrigação, surgirá apenas esse conceito. No entanto, por outro lado, se a obrigação não é cumprida, surgirá a responsabilidade, o *Haftung*. Didaticamente, pode-se utilizar a palavra *Schuld* como sinônima de *debitum* e *Haftung* de *obligatio*, seus correspondentes em latim. (TARTUCE, 2020, p. 120-121)

Nessa linha, o empregador, na qualidade de devedor principal, possui o débito, porque dele se espera o cumprimento voluntário da obrigação, no tempo e modo devidos. Todavia, se ocorrer o inadimplemento, nasce a responsabilidade, a qual pode ser atribuída a pessoas que não figuravam originalmente como devedoras. Exemplificativamente:

[...] haverá *Haftung ohne Schuld* ou *obligatio sine debitum* (responsabilidade sem débito) na fiança, garantia pessoal prestada por alguém (fiador) com relação a um determinado credor. O fiador assume uma responsabilidade, mas a dívida é de outra pessoa. (TARTUCE, 2020, p. 121)

Com isso se evidencia o equívoco em se sustentar que uma pessoa não possa arcar com as parcelas trabalhistas pelo só fato de não ser a empregadora, na forma do art. 2º, da CLT.

Assim como o Direito Civil admite a atribuição de responsabilidade a terceiros – como no contrato de fiança, no contrato de seguro, nas hipóteses do art. 932, do Código Civil, etc – o Direito do Trabalho igualmente admite essa possibilidade, como se observa nos exemplos citados acima e também no contrato de intermediação de mão de obra, conforme passamos a examinar.

## 2. A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Como já abordado, o tratamento jurídico acerca da terceirização, no âmbito juslaboral foi dado primordialmente pela Súmula nº 331 do TST por mais de duas décadas. Acerca da responsabilidade pelos créditos devidos pelo empregador, esse enunciado jurisprudencial estabeleceu em seu item IV que:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Uma vez que inexistia disposição legal expressa nesse sentido, houve intensa resistência à responsabilização subsidiária do tomador de serviços, sendo recorrente a invocação ao art. 5º, II, da Constituição Federal e a cláusulas contratuais

que imporiam a responsabilidade trabalhista exclusivamente à empregadora.

Ocorre que essas alegações revelam uma visão ultrapassada da disciplina jurídica das relações privadas.

Com efeito, desde a edição da Carta Cidadã de 1988, a cultura jurídica tem-se afastado do modelo excessivamente liberal e individualista, que marcava o Código Civil de 1916, diante do reconhecimento da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII e 170, III, da CF).

E essa visão foi incorporada ao ordenamento privado de maneira inegável, haja vista que o Código Civil de 2002 tem entre seus princípios fundamentais a sociabilidade. Como aborda a doutrina:

A partir do momento em que se começou a perceber que a propriedade somente mereceria tutela se atendesse a uma determinada finalidade social, abandonou-se o antigo modelo oitocentista de concepção desse direito, que cederia lugar a uma doutrina mais afinada aos anseios da sociedade atual.

Com isso, socializando-se a noção de propriedade, o contrato, naturalmente, experimentaria o mesmo fenômeno, ainda que o reconhecimento legal dessa alteração no seu trato ideológico não se houvesse dado de forma imediata. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 456)

Nessa linha, estabelece o art. 421 do Código Civil que: “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Significa dizer que os contratantes devem zelar pelo respeito a sociabilidade tanto no aspecto interno ao contrato, como no seu plano externo, assim considerado “o contrato em face da coletividade, ou seja, visto sob o aspecto de seu impacto eficaz na sociedade em que fora celebrado” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 456).

Essa repercussão da função social é de suma importância no exame da responsabilidade trabalhista nos contratos de intermediação de mão de obra, porque o objeto do negócio jurídico consiste na prestação de serviços desenvolvidos pelos trabalhadores contratados pela empresa intermediadora.

Ou seja, busca a empresa contratante obter o produto do trabalho humano, prestado pelos empregados terceirizados.

Ocorre que, conforme preconiza a Declaração de Filadélfia, que constituiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o trabalho humano não pode ser tratado como uma mercadoria.

A partir dessa perspectiva, o tomador de serviços não pode sustentar que mantém mera relação comercial com a empresa intermediadora, sem nenhum vínculo com o trabalhador que lhe presta serviços, porque tal alegação reduz o empregado a uma coisa, ao objeto de um contrato, retirando-lhe a dignidade inerente à sua condição humana.

De fato, tal posição conflita com a teleologia da Constituição Federal, que estabelece em seu texto a valorização social do trabalho (art. 1º, IV), a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e 170, III) e o primado da justiça social (art. 170, *caput*), decorrendo desses valores a construção jurídica que levou a Corte Superior a reconhecer a responsabilidade da

tomadora pelas verbas trabalhistas devidas pela prestadora, conforme expressa o item IV da Súmula nº 331.

É a eficácia externa do princípio da função social do contrato que impõe à empresa tomadora de serviços a responsabilidade pelas dívidas trabalhistas da empresa contratada, porque o contrato de intermediação de mão de obra atinge os empregados terceirizados, cujo trabalho, repise-se, não pode ser equiparado a uma mercadoria.

Apesar do evidente respaldo jurídico do precedente do TST, a discussão nos Tribunais prosseguiu até chegar ao Supremo Tribunal Federal, que, 25 anos após a edição desse enunciado sumular, o referendou, no tocante à responsabilidade subsidiária.

Como já abordado na introdução deste trabalho, o STF, no julgamento da ADPF nº 324, decidiu que a ordem constitucional não veda a subcontratação de mão de obra, seja na atividade-meio, seja na atividade-fim da empresa. Contudo, reconheceu que, a despeito de o contrato ser lícito, é dever da empresa contratante responder pelas dívidas trabalhistas e previdenciárias da empresa contratada, fixando a seguinte tese:

I - É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada; II - Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993.

Também a Lei nº 13.429/2017 caminhou na mesma direção, com a inclusão do § 5º, do art. 5º-A, na Lei nº 6.019/74, assim redigido:

A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991.

Em conclusão, a responsabilidade subsidiária é um consectário do contrato de intermediação de mão de obra. Trata-se de consequência automática e inseparável desse contrato, em razão da sua finalidade e da necessária proteção que deve ser concedida aos empregados terceirizados.

## 3. A TERCEIRIZAÇÃO NO PODER PÚBLICO E A DISCUSSÃO SOBRE A RESPONSABILIDADE PELOS CRÉDITOS TRABALHISTAS

A questão relativa à eficiência dos serviços públicos tem adquirido cada vez mais importância, sendo objeto de grande atenção por parte dos administradores públicos.

Com efeito, especialmente a partir da edição da Emenda Constitucional nº 19/98, que incluiu o princípio da eficiência no *caput* do art. 37, da Carta Magna, não se espera mais a mera oferta do serviço público à população. A ordem constitucional impõe que a Administração Pública atue de forma

célere, econômica, responsável e que assegure a boa qualidade da atividade prestada aos cidadãos.

Nas palavras de Alexandre de Moraes (2018, p. 362):

[o] princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.

Com vistas a esse desiderato, o Estado brasileiro iniciou, a partir da década de 80, um processo de redução da sua estrutura, promovendo formas variadas de privatização das suas atividades, entre as quais a desregulação, a desmonopolização, a venda de ações de empresas estatais ao setor privado, a concessão de serviços públicos, entre outras (DI PIETRO, 2015, p 5-6).

Nesse contexto:

a terceirização, bastante utilizada no âmbito da iniciativa privada, aparece hoje entre os institutos pelos quais a Administração Pública moderna busca a parceria com o setor privado para a realização de suas atividades. Pode-se dizer que a terceirização constitui uma das formas de privatização (em sentido amplo) de que vem se socorrendo a Administração Pública. (DI PIETRO, 2015, p. 217)

Considerando o que se registrou acima acerca da responsabilidade subsidiária das empresas tomadoras de serviço, diante da necessidade de proteção aos trabalhadores terceirizados, seria de se supor que idêntico tratamento seria dado à subcontratação no setor público.

De fato, embasa essa interpretação o § 6º, do art. 37, da Constituição Federal, que assegura a responsabilidade objetiva da Administração Pública pelos danos causados a terceiros pelos seus agentes.

Não obstante, a Lei nº 8.666/93 contrariou essa diretriz, ao estabelecer que:

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.

Diante da controvérsia que se instaurou acerca desse artigo, foi proposta Ação Declaratória de Constitucionalidade no STF (ADC nº 16), a qual foi julgada procedente, em 24/11/2010, por meio de Acórdão assim ementado:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contratante. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente.

Tendo em vista a decisão proferida pela Suprema Corte, o TST revisou o conteúdo da multicitada Súmula nº 331, para incluir o item V, por meio da Resolução nº 174/2011, publicada no DEJT de 27, 30 e 31/05/2011, destinado a tratar da responsabilidade da Administração Pública:

Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culpada no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Ocorre que a aplicação desse entendimento motivou uma grande quantidade de Reclamações ajuizadas perante a Suprema Corte, com o fundamento de que a Justiça do Trabalho vinha descumprindo o precedente vinculante formado no julgamento da ADC nº 16.

O tema, assim, voltou à pauta do Supremo Tribunal Federal, que reiterou o entendimento adotado na Ação Declaratória, no julgamento do RE nº 760.931, ocorrido em 26/04/2017.

Tendo em vista que a tese de repercussão geral, em linhas gerais, apenas repetiu o entendimento já exposto na ADC nº 16, houve a interposição de embargos de declaração, cujo julgamento ocorreu em 01/08/2019. Vale ser transcrita a ementa desse Acórdão, pois ficou mais clara, com ele, a posição do Pretório Excelso:

[...] RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPRESAS TERCEIRIZADAS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. [...] Não se caracteriza obscuridade, pois, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade. 3. Embargos de declaração rejeitados.

Como se vê, o STF, mais uma vez, referendou o posicionamento da Corte Superior Trabalhista ao reconhecer que a responsabilidade da Administração Pública, embora não seja

automática, pode ocorrer quando houver comprovação de culpa do Poder Público, porque lhe incumbe a fiscalização dos contratos administrativos.

Não obstante, é certo que o tema continua a ser debatido nas Cortes Trabalhistas, especialmente quanto à definição de culpa da Administração e ao ônus da prova acerca da falha de fiscalização. Diante da relevância da discussão, passamos ao exame dessas questões em capítulo próprio.

#### 4. QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

##### 4.1 A culpa *in vigilando* e a culpa *in eligendo*

A culpa sempre foi uma categoria jurídica amplamente investigada no Direito Brasileiro e no Direito Comparado, ocupando um papel de destaque nas discussões doutrinárias (TARTUCE, 2020, p. 248-249).

O art. 186, do Código Civil define o ato ilícito como sendo a ação ou omissão voluntária, ou decorrente de negligência ou impropriedade, que produz dano a outrem. Vê-se que a Codificação Civil emprega conceito amplo de culpa, que abrange tanto o ato intencional (doloso), como o ato negligente ou imprudente (culposos em sentido estrito).

A doutrina civilista estudava, sob a égide do Código Beviláqua a divisão entre culpa *in vigilando* e a culpa *in eligendo*, como modalidades da culpa presumida por atos de terceiros:

Na culpa *in vigilando* há uma quebra do dever legal de vigilância como era o caso, por exemplo, da responsabilidade do pai pelo filho, do tutor pelo tutelado, do curador pelo curatelado, do dono de hotel pelo hóspede e, ainda, do educador pelo educando. Seguindo, a culpa *in eligendo* era a culpa decorrente da escolha ou eleição feita pela pessoa a ser responsabilizada, como no caso da responsabilidade do patrão por ato de seu empregado. (TARTUCE, 2020, p. 281)

Essa divisão foi superada, contudo, porque os arts. 932 e 933 do atual *Codex* estabelecem a responsabilidade objetiva da pessoa indicada para responder pelo ato ilícito.

Apesar da evolução legislativa no âmbito civil, essas espécies de culpa têm sido adotadas pela jurisprudência das Cortes Superiores no exame da culpa da Administração Pública nos contratos de terceirização.

Nesse sentido, há culpa *in eligendo* quando o Poder Público falha no processo de seleção da empresa contratada, assumindo o risco de que possa haver o inadimplemento de verbas trabalhistas. Isso pode ocorrer, por exemplo, se houver a contratação de empresa sem capacidade econômica ou sem estrutura para executar o serviço contratado, ou empresa que figura no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT).

Por outro lado, a culpa *in vigilando* se verifica quando o ente contratante deixa de acompanhar o cumprimento das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho, não exigindo, por exemplo, comprovantes de recolhimento das contribuições previdenciárias ou dos depósitos ao Fundo de Garantia, permitindo, assim, que ocorram violações legais de forma reiterada.

Ressalve-se, por necessário, que a culpa *in vigilando*, não pode ser presumida de forma automática, pelo só fato de haver algum inadimplemento contratual, porque isso esvazia o sentido dos julgamentos proferidos pelo STF, transformando a subsidiariedade em uma consequência direta da subcontratação de serviços.

Assim, para que haja a responsabilização, deve ser identificada conduta negligente concreta, que denote a inequívoca falta de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, a ser indicada expressamente na decisão judicial, de forma a não haver violação ao art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93.

##### 4.2 A controvérsia sobre o ônus da prova

Conforme magistério de Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2020, p. 434):

a distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe a cada uma das partes desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento, uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção necessária para julgar favoravelmente. O juiz deve julgar *secundum allegata et probata patium* e não *secundum propriam suam conscientiam* – e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar.

Por mais de 70 anos, a CLT definiu o ônus da prova segundo a previsão do seu art. 818, que enunciava, de forma sintética, que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Diante da simplicidade da norma, a jurisprudência trabalhista vinha adotando o modelo sistemático definido pela norma processual comum, o que acabou levando o legislador a modificar a redação desse artigo para aproximá-lo do art. 373 do CPC/2015, por meio da Lei nº 13.467/2017.

Com isso, a CLT incorporou a regra da distribuição estática do ônus da prova, “no sentido de o autor provar os fatos constitutivos e o réu, fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor” (MARTINS, 2021, p. 453).

Ao lado desse sistema, autorizou a lei trabalhista a distribuição dinâmica do ônus da prova, que consiste na

[...] possibilidade de uma redistribuição dos ônus probatórios por decisão judicial (*ope iudicis*), a ser feita sempre que o juiz verificar que o encargo recai sobre parte que não teria condições de produzir a prova (por ser impossível ou extremamente difícil de obtê-la). A questão é que em alguns casos é muito difícil ou até mesmo impossível para uma das partes produzir determinada prova e, como é dela o ônus probatório, a parte adversária estabelece como estratégia simplesmente nada fazer, nenhuma prova produzir, sabendo que a insuficiência de material probatório levará a um resultado que lhe será favorável (e, evidentemente, desfavorável à parte sobre quem recaía o ônus da prova). (CÂMARA, 2018, p. 238)

Registre-se que essa forma de distribuição tem importante papel no processo do trabalho, havendo

[...] amplo espaço para a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, especialmente pelo fato de que nas demandas judiciais é justamente o empregador, e não o empregado, que se encontra em melhores condições de produzir a prova, razão pela qual a adoção da teoria tradicional da distribuição estática do ônus da prova, em tais casos, pode inviabilizar a prestação da tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva. (LEITE, 2018, p. 815)

Retomando o tema da responsabilização da Administração Pública, uma vez definido pela jurisprudência que a responsabilidade não pode ser atribuída de forma automática, dependendo da comprovação da existência de um ato culposos do administrador, instalou-se o debate sobre a quem incumbiria a comprovação acerca desse fato em Juízo.

Entendemos que o ônus da prova deve ser atribuído à Administração Pública, porque ela possui o dever legal de fiscalização da execução do contrato (art. 67, da Lei nº 8.666/93), e pode inserir no contrato cláusulas para obrigar a empresa contratada a lhe fornecer documentos que comprovem o cumprimento das obrigações trabalhistas (art. 55, VII, da Lei nº 8.666/93).

De se notar que essa prova é inacessível ao trabalhador terceirizado, de modo que ele fica privado de conseguir comprovar adequadamente o defeito da fiscalização, se lhe for imposto esse encargo.

Assim, adotando-se a distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 818, § 1º, da CLT), cabe ao Poder Público demonstrar documentalmente que fiscalizou o cumprimento das obrigações trabalhistas e que, encontrando irregularidades, agiu para evitar a sua continuidade, punindo a empresa infratora.

Contudo, essa controvérsia mantém-se latente, porque no julgamento do RE nº 760.931, o voto da Ministra Relatora tratava dessa matéria, mas a corrente que se tornou majoritária acabou por não cuidar desse assunto, de modo que a divisão do ônus da prova não constou do Acórdão proferido. Como examina a doutrina:

[...] a relatora, Ministra Rosa Weber, sustentou, na mesma linha do que sempre afirmou a Justiça do Trabalho, que não se pode exigir dos terceirizados o ônus de provar o descumprimento do dever legal por parte da administração pública, beneficiada diretamente pela força de trabalho. Seu voto foi seguido pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, mas ao final ficou vencido por votos outros que não pareceram enfrentar o tema concernente ao ônus da prova e se limitaram a anunciar, como de resto já anunciara o STF ao julgar a ADC 16, que está vedada a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação quando houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos. (CARVALHO, 2019, p. 197)

A ausência de definição produziu uma instabilidade na jurisprudência da Corte Superior Trabalhista, que, por suas Turmas, proferiu julgados em sentidos diversos.

A questão foi resolvida, no âmbito do TST, no julgamento dos Embargos em Recurso de Revista nº E-RR-925-07.2016.5.05.0281, proferido pela 1ª Subseção de Dissídios Individuais, em 12/12/2019, o qual foi assim ementado:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. *RATIO DECIDENDI*. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE nº 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese, com repercussão geral: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. O exame da *ratio decidendi* da mencionada decisão revela, ainda, que a ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, autoriza a responsabilização do Poder Público. Após o julgamento dos embargos de declaração e tendo sido expressamente rejeitada a proposta de que fossem parcialmente acolhidos para se esclarecer que o ônus da prova desse fato pertencia ao empregado, pode-se concluir que cabe a esta Corte Superior a definição da matéria, diante de sua natureza eminentemente infraconstitucional. [...] Por esse fundamento e com base no dever ordinário de fiscalização da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, *caput* e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços.

Com isso, concluiu a Corte Trabalhista que o ônus da prova é da entidade pública contratante, em virtude da sua posição no contrato administrativo.

Apesar do esforço do TST em uniformizar a sua jurisprudência, a matéria poderá ser objeto de futura revisão, pois a Suprema Corte reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 1.298.647 (Tema nº 1.118), em julgamento ocorrido no dia 10/12/2020.

Portanto, a matéria voltará à pauta do Supremo Tribunal Federal em data futura.

##### 5. OS IMPACTOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Em 1º de abril de 2021, foi editada a Lei nº 14.133, que revogou a Lei nº 8.666/93. Considerando que o entendimento da doutrina e da jurisprudência foi construído a partir das disposições do diploma revogado, cabe analisar em que medida a nova lei altera a matéria em exame.

De início, em linhas gerais, a Lei nº 14.133/2021, reafirma

no seu art. 121, *caput* e § 1º, a regra que já trazia o art. 71, da Lei nº 8.666/93, no sentido de que não cabe a transferência automática da responsabilidade trabalhista:

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

A inovação legislativa mais significativa sobre o tema se deu nos denominados contratos de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

Segundo o art. 6º, XVI, da Lei nº 14.133/2021, esse tipo de serviço tem a seguinte definição:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XVI - serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que:

- os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;
- o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos;
- o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

Esse tipo de contratação merece destaque porque o § 2º, do art. 121, da Lei nº 14.133/2021, inaugura no texto positivado a previsão de responsabilização subsidiária da Administração Pública, o que é feito nos seguintes termos:

Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

Temos, assim, que, de *lege lata*, resta estabelecida a responsabilidade subsidiária nos contratos que atendam aos requisitos do art. 6º, XVI, da Lei nº 14.133/2021, quando houver falha na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, nos moldes do art. 121, § 2º, dessa mesma lei.

A Lei nova também fornece critérios mais objetivos para a definição do que pode ser considerado como falha na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, porque o seu art. 50, estabelece o seguinte:

Art. 50. Nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o contratado deverá apresentar, quando solicitado pela Administração, sob pena de multa, comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, em especial quanto ao:

- registro de ponto;
- recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;
- comprovante de depósito do FGTS;
- recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional;
- recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato;
- recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva.

Na mesma linha, o § 3º do art. 121 dispõe que:

Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:

- exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;
- condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;
- efetuar o depósito de valores em conta vinculada;
- em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;
- estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

Esse conjunto de disposições oferecem um amplo acervo de instrumentos jurídicos para a Administração promover a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada. Portanto, estabelece a lei que o Poder Público deve adotar conduta ativa e diligente, no sentido de impedir a precarização do trabalho dos empregados terceirizados.

Se ocorre o inadimplemento de direitos trabalhistas e a entidade contratante deixa de se valer dessas medidas legais, configura-se a culpa *in vigilando*, o que impõe a responsabilização subsidiária.

Registre-se, por necessário, que essas disposições também

reforçam a conclusão de que o ônus da prova acerca da fiscalização incumbe à entidade contratante.

Na medida em que a nova legislação se dedica a tratar de forma expressa do tema, conferindo ao Poder Público uma ampla gama de instrumentos para promover a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, é evidente que caberá a ele demonstrar que se utilizou dessas ferramentas.

Permitir que a Administração possa comparecer em Juízo e simplesmente negar qualquer falha na fiscalização, sem comprovar a adoção das medidas legais, esvaziaria o sentido do arcabouço criado pelo legislador.

Assim, parece-nos que, para a modalidade de contratação até aqui analisada, as questões controvertidas abordadas no capítulo anterior tendem a ser superadas, porque a Lei nº 14.133/2021 prevê a responsabilidade de forma expressa e dá parâmetros objetivos para a verificação de eventual culpa *in vigilando*.

Por outro lado, apesar dos avanços da legislação, o reconhecimento legal da responsabilidade subsidiária da Administração dá azo à discussão acerca dos contratos que não sejam considerados contínuos ou que não se deem em regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

Tendo em vista o uso dos advérbios “somente” no *caput* do art. 121 e “exclusivamente” no § 2º desse mesmo artigo, e ainda o fato de em todas as disposições citadas da Lei nº 14.133/2021 o legislador buscar restringir a responsabilização para uma modalidade específica de contratação, a interpretação literal dessas normas pode levar à conclusão de que, para outras modalidades de contratação, fica vedada a responsabilização de forma absoluta.

Com respeito a eventuais posições contrárias, entendemos que a responsabilidade trabalhista deve ser reconhecida também nas demais espécies de contratos, quando verificada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, como assenta a jurisprudência do STF.

Isso porque a Lei nº 8.666/93 já vedava a transferência automática da responsabilidade pelas verbas trabalhistas à entidade contratante, sem estabelecer nenhuma exceção.

Contudo, diante do dever da Administração de fiscalizar os contratos por ela firmados e da regra geral de responsabilidade civil, derivada dos arts. 186 e 927, do Código Civil, a Suprema Corte reconheceu na ADC nº 16 e no RE nº 760.931 que, havendo conduta negligente ou imprudente, a entidade contratante deve ser condenada subsidiariamente no pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas.

Como consta do Acórdão que julgou os embargos de declaração no RE nº 760.931, havendo culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária “[...] decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade”.

Veja-se que o art. 104, III, da Lei nº 14.133/2021 estabelece que “o regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: [...] fiscalizar sua execução”. No mesmo sentido, o art. 117 estabelece que “a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada” por um ou mais fiscais do contrato.

Portanto, também sob a égide da nova Lei, a fiscalização da execução dos serviços contratados é um dever da Administração, que atinge todos os contratos administrativos firmados, e não apenas os contratos de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

Assim, se a entidade contratante deixa de agir como manda a lei, ela assume o risco dos danos que possam ser causados pela empresa contratada, decorrendo dessa inação a responsabilidade subsidiária.

Considerando que o *caput* e o § 1º do art. 121 da Lei nº 14.133/2021, em linhas gerais, reafirmam o que já trazia o art. 71, da Lei nº 8.666/93, não há razão jurídica para se chegar à conclusão diversa daquela já assentada pelas Cortes Superiores.

### CONCLUSÃO

A responsabilidade da empresa tomadora de serviços pelas obrigações trabalhistas não cumpridas pela prestadora de serviços constitui um consectário do contrato de intermediação de mão de obra, à luz do princípio da função social do contrato (art. 421, do Código Civil) e de acordo com o item IV da Súmula nº 331, do C. TST, com o art. 5º-A, § 5º, da Lei nº 6.019/74 e com a decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 324.

Já para a subcontratação realizada pelo Poder Público, a responsabilidade não é automática, dependendo da demonstração de culpa *in eligendo* ou *in vigilando* da Administração, conforme antigo art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, declarado constitucional pela Suprema Corte, no julgamento da ADC nº 16, reafirmado no julgamento do RE nº 760.931.

A Lei nº 14.133/2021 trouxe importante inovação ao estabelecer no seu art. 121, § 2º, a responsabilidade subsidiária da entidade contratante nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, quando constatada a falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

O novo diploma oferece critérios objetivos para a definição da culpa *in vigilando* da Administração, haja vista que os seus arts. 50 e 121, § 3º, conferem amplos poderes para a atuação fiscalizatória. Em decorrência, estabelece-se que incumbe à entidade contratante fazer a prova de que adotou essas medidas, no sentido de impedir a violação dos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados, tendo aplicação a distribuição dinâmica do ônus da prova, conforme o art. 818, § 1º, da CLT.

Para as demais contratações, operou-se o fenômeno da continuidade normativa, pois, a despeito da edição de lei nova, a norma jurídica extraída dos preceitos legais manteve-se inalterada, na medida em que o *caput* e o § 1º do art. 121 da Lei nº 14.133/2021 apenas reafirmam o que já trazia o art. 71, da Lei nº 8.666/93.

Dessa forma, apesar da tentativa do legislador de restringir a responsabilidade da Administração para uma única espécie de contrato administrativo, entendemos que as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho continuam a ser aplicáveis para as demais modalidades de contratação, porque o Poder Público não pode se furtar do seu dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos.

Haja vista que o dever de fiscalização se verifica em todos os contratos (de acordo com os arts. 104, III e 117 da Lei nº 14.133/2021), se restar demonstrado, em qualquer caso, que a Administração Pública foi negligente ou imprudente, permitindo, com essa conduta, a violação a direitos trabalhistas, deve haver a condenação subsidiária da tomadora, com base na regra geral de responsabilização civil.

### REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho: curso e discurso**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 43. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração de Filadélfia)** [1944]. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilica/documents/genericdocument/wcms\\_336957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilica/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf). Acesso em: 29 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

### CAMILA COSTA KOERICH

Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: [camila.koerich@trtsp.jus.br](mailto:camila.koerich@trtsp.jus.br).

### DHIANCARLOS PICININ

Advogado e servidor público da Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: [dpicinin@gmail.com](mailto:dpicinin@gmail.com).

## O CONCEITO DE BEM DE FAMÍLIA CONSTRUÍDO

### 'FAMILY GOODS' PROPERTY AND ABUSE OF RIGHTS

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo demonstrar que a alegação de impenhorabilidade decorrente da Lei n. 8.009/90 possui balizas pouco percebidas pela doutrina e pela jurisprudência, sendo necessária a avaliação criteriosa de tal alegação em decorrência da determinação contida no art. 4º da referida lei quanto à não ocorrência de compra de imóvel mais valioso, tratando-se de hipótese de aplicação direta do conceito de boa-fé objetiva.

**Palavras-chave:** Bem de família construído. Boa-fé objetiva. Abuso de direito.

**Abstract:** This academic work seeks to demonstrate that the impossibility to execute property labeled as 'family goods', established in Brazilian law (Law 8.009/90), has some limits that have not been thoroughly explored by both legal scholars and case law. This idea demands a detailed analysis, and is centered on the fourth article of the referred law, that revolves around the concept of good faith and that imposes the prerequisite that the family member in question must not have purchased a more valuable property.

**Keywords:** Homestead protection. Good faith. Abuse of rights.

### INTRODUÇÃO

É sabido que a execução é o maior gargalo existente no processo judicial. Não raramente – na verdade, na maioria das vezes, infelizmente – o Poder Judiciário, apesar de reconhecer o direito, encontra diversas dificuldades ao tentar efetivamente entregar a tutela efetiva à parte vencedora, ainda que no conceito de “celeridade” esteja incluída, também, a atividade satisfativa (art. 6º do CPC).

Na Justiça do Trabalho, conforme o relatório Justiça em Números de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, embora as sentenças sejam prolatadas, em média, em até 8 me-

ses do ajuizamento, a sentença da fase de execução tende a acontecer somente após 3 anos e 11 meses, o que decorre, principalmente, da ineficiência da construção patrimonial na fase de execução. Ressalta-se, inclusive, que na Justiça do Trabalho esta dificuldade tende a gerar morosidade processual também em decorrência da necessária garantia do juízo para que sejam examinados os embargos à execução do devedor (art. 884 da CLT).

Na maior parte das vezes a penhora de dinheiro via Sisbajud não traz os resultados esperados. Em 74,45% das vezes em que utilizada a ferramenta no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em 2018, o resultado foi totalmente negativo, conforme afirmam Ricardo Souza Calcini e Rafael Guimarães (2020). A Justiça do Trabalho conta com diversos convênios a fim de apagar esta realidade de que a penhora em dinheiro, apesar de preferencial (art. 835, I, do CPC), normalmente não acontece.

Com a intenção de diminuir este gargalo existente na fase de execução, e considerando, também, o dever de informação do Poder Judiciário aos seus jurisdicionados, o Tribunal Superior do Trabalho lançou página específica sobre quais os convênios de pesquisa patrimonial que existem na Justiça Especializada, auxiliando os profissionais do direito nesta empreitada.

Ocorre que são inúmeras as vezes na execução trabalhista em que, após a realização de diversos convênios em face da empresa reclamada, todos com resultado negativo, e realizada a desconsideração da personalidade jurídica a fim de atingir os bens dos sócios (art. 855-A da CLT), é encontrado tão somente um único bem, e, logo após a sua penhora, vem aos autos a resposta do executado: trata-se de bem de família e, portanto, impenhorável (Lei nº 8.009/1990).

Todavia, a supracitada lei também faz referência, no esquecido art. 4º, quanto à necessária observância da boa-fé por parte dos devedores, sob pena de não ser reconhecida a impenhorabilidade do bem de família. Trata-se do conceito de bem de família construído.

## 1. A CRIAÇÃO DO INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA – NECESSIDADE DE PROTEÇÃO À UNIDADE FAMILIAR

A noção de bem de família nasce, no direito comparado, com o *Homestead Act*, de 1845, no Texas, antes mesmo de sua incorporação aos Estados Unidos. Com a intenção de “fixar o homem à terra”, como afirma Álvaro Villaça Azevedo (2007, p. 5), a referida lei trouxe a impenhorabilidade de bens domésticos móveis e, também, imóveis.

No contexto nacional o instituto ganha forma com o Código Civil de 1916 que trouxe entre seus artigos 70<sup>1</sup> a 73 o disciplinamento da matéria. Buscou, assim, o Código Civil dar maior proteção à unidade familiar, garantindo a habitação.

Visualiza-se que se trata de conceito que se insere em contexto contemporâneo do direito civil já influenciado por um modelo que olha para a propriedade como realizadora de uma função social. Maria Berenice Dias (2015) aponta que “O direito à moradia é considerado um dos direitos da personalidade inerente à pessoa humana, quer como pressuposto do direito à integridade física, quer como elemento da estrutura moral da pessoa” (p. 361).

Ultrapassa-se, assim, a visão de patrimônio como categoria pura e se adjetiva o conceito trazendo a discussão sobre o *patrimônio mínimo*. Trata-se de ponto de intersecção entre os direitos da personalidade e os direitos patrimoniais, teoria desenvolvida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin (2001) e que, ao visualizar o ser humano como centro do sistema jurídico privado e não mais o patrimônio, altera o polo referencial do direito privado (processo de despatrimonialização do direito civil).

Busca-se, destarte, fazer a análise das questões patrimoniais sob as lentes da dignidade da pessoa humana. Aquelas passam a servir como meio emancipatório dos sujeitos e não mais um fim em si mesmas. Em última análise, trata-se da necessidade de se conceber a existência de um *mínimo existencial* que possibilite uma vida digna.

Como afirma Maria Berenice Dias (2015), “Para dar efetividade ao comando constitucional, a lei cria ferramentas mais eficazes em defesa da entidade familiar e do lugar em que a família reside. Afinal, como diz Álvaro Villaça, a violação do lar é a quebra da última proteção humana; o aniquilamento de uma família é a incineração do próprio amor: amor da casa, amor da rua, amor de um semelhante por outro; em uma palavra: amor” (p. 361).

Tal premissa encontra amparo legal, por exemplo, no art. 548<sup>2</sup> do Código Civil que impede a doação de todos os bens do doador sem que sejam reservados alguns para a sua própria sobrevivência. Outra base infraconstitucional está na Lei nº 8.009/90 que visa proteger o direito de moradia da unidade familiar.

A Constituição de 1988 define a família como base da so-

cidade, possuindo especial proteção do estado (art. 226<sup>3</sup>).

A referida proteção à família decorre não só do art. 226 da Constituição Federal, como também do próprio direito fundamental à moradia inserido em seu art. 6<sup>o</sup>, assim como o direito fundamental à propriedade, conforme art. 5<sup>o</sup>, inciso XXII, atendida, é claro, a sua função social (inciso XXIII).

Sendo a família o conceito básico para a aplicabilidade do instituto relativo ao bem de família, foram diversas as hipóteses fáticas trazidas ao Poder Judiciário sobre o que deve ser entendido como unidade familiar.

O Poder Judiciário, ao ser confrontado com tais perguntas nos conflitos existentes entre credor e devedor, por diversas vezes, acertadamente, definiu que a finalidade da norma constitucional é a proteção da própria dignidade da pessoa humana (art. 1<sup>o</sup> da Constituição Federal) e não necessariamente um grupo definido e delimitado de pessoas, como esclarece Flávio Tartuce (2007). Nesse sentido, colaciona-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Processual - Execução - Impenhorabilidade - Imóvel - Residência - Devedor solteiro e solitário - Lei 8.009/1990 - A interpretação teleológica do art. 1.º, da Lei 8.009/1990, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. - É impenhorável, por efeito do preceito contido no art. 1.º da Lei 8.009/1990, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário” (STJ, REsp 182.223/SP, Corte Especial, Min. Rel. Humberto Gomes de Barros, DJ 07/04/2003).

No mesmo sentido, esclarece Felipe Bernardes (2018, p. 904) que a “jurisprudência tem acertadamente estendido a garantia da impenhorabilidade para pessoas solteiras, divorciadas ou separadas, já que a proteção legal é voltada mais para a tutela do mínimo existencial (direito à moradia) do que para a proteção da família em si”.

Nesta senda, acompanhando o reconhecimento social das diversas formas familiares, hoje a proteção conferida à família pela Constituição e também pelas normas infraconstitucionais é lida e aplicada em relação a casais, independentemente de suas orientações sexuais, em razão do reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, de que o núcleo familiar pode ser composto por pessoas não heterossexuais (ADPF 132 e ADI 4.277). Pelo mesmo motivo e, em razão da determinação constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana e vedação a qualquer tipo de discriminação, a proteção constitucional à família também deve ser conferida a qualquer tipo de unidade familiar, sejam entendidas como tradicionais ou não, como, por exemplo, pessoas solteiras, separadas e viúvas, nos termos da Súmula nº 364 do Superior Tribunal

3. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

de Justiça<sup>4</sup>, ou, ainda, o lar dividido por duas irmãs<sup>5</sup>. O efeito expansivo do conceito se mostra inclusive em decisão do Tribunal da cidadania que entendeu que o bem de família pode ser reconhecido no imóvel que abriga pessoa jurídica quando ali também reside a unidade familiar (STJ, REsp 621.399/RS).

Lado outro, infelizmente, o Conselho Nacional de Justiça decidiu de forma diversa em relação às uniões poliafetivas<sup>6</sup>.

Existem, atualmente, duas espécies de bem de família, inconfundíveis entre si, quais sejam, o bem de família legal, aquele definido pela Lei nº 8.009/90, bem como o bem de família voluntário ou convencional, instituído entre os artigos 1.711 e 1.722 do Código Civil, no livro referente ao Direito de Família, como explica Flávio Tartuce (2007).

Este último se refere ao bem assim registrado no Cartório de Registro de Imóveis, sendo instituído seja por escritura pública, seja por testamento.

Já o bem de família decorrente da aplicação da Lei nº 8.009/90, qual seja, o bem de família legal, independe de qualquer tipo de registro formal, decorrendo diretamente da aplicação da Lei. É necessário que a parte que alega tal impenhorabilidade resida no imóvel e que, como se verá, respeite o artigo 4<sup>o</sup> da referida lei.

## 2. A PROTEÇÃO À UNIDADE FAMILIAR VERSUS A MÁ-FÉ DO DEVEDOR

Verifica-se que a proteção constitucional e infraconstitucional conferida ao bem de família se coaduna com o texto Constitucional que compreende a família como unidade essencial e base da sociedade (Constituição da República, art. 226). Ainda assim, embora o instituto jurídico do bem de família tenha como finalidade a proteção da unidade familiar e o direito fundamental à moradia (art. 6<sup>o</sup> da Constituição Federal), a própria Lei nº 8.009/90 realiza restrição externa ao direito fundamental:

Art. 4<sup>o</sup> Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

Refere-se a lei, aqui, ao instituto pouco conhecido, mas de suma importância, relativo ao bem de família construído<sup>7</sup>. Neste caso, o devedor, sabendo-se insolvente, ainda assim adquire outro bem imóvel, mais valioso que o primeiro, procedendo à venda, ou não, deste imóvel mais antigo e de menor valor.

Veja-se que o intuito desta exceção legal à impenhorabilidade do bem de família é clara: o direito fundamental à mo-

4. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

5. STJ, REsp 57.606-MG, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ 15/05/1995.

6. CNJ, PP 0001459-08.2016.2.00.0000, Rel. João Otávio de Noronha, DJ 26/06/2018.

7. Assim denominado por Rafael Guimarães e Richard Wilson Jamberg em suas aulas na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

radia e à proteção da unidade familiar não abarca a má-fé do devedor, o qual não pode se utilizar de joguetes para, aumentando o seu estado de insolvência, adquirir bem imóvel de valor ainda superior, dizê-lo ser um bem de família e, portanto, impenhorável e, com isto, frustrar a execução.

E não poderia ser diferente. A boa-fé objetiva foi cunhada de forma expressa no ordenamento jurídico com o Código de Defesa do Consumidor (art. 4<sup>o</sup> e art. 51<sup>o</sup>) e novamente disposto no Código Civil de 2002, em diversos artigos (art. 113<sup>10</sup>, dentre outros), bem como no art. 5<sup>o</sup> do Código de Processo Civil<sup>11</sup>. É o dever de boa-fé objetiva que impõe a todos que ajam com lealdade em todos os negócios jurídicos.

Assim, atenta contra a boa-fé, pelo menos em princípio, a aquisição, ao longo de um processo judicial, de um bem de valor superior com posterior alegação de impenhorabilidade por se tratar de bem de família.

Trata-se, na realidade, não só de um atentado contra a boa-fé, mas de verdadeiro abuso de direito da propriedade. O art.

8. Art. 4<sup>o</sup> A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

9. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

10. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1<sup>o</sup> A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2<sup>o</sup> As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

11. Art. 5<sup>o</sup> Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

1. Art. 70. É permitido aos chefes de família um prédio para o domicílio desta, como a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

2. Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

187 do Código Civil<sup>12</sup> é claro ao dispor que configura abuso de direito a extrapolação dos limites conferidos pela finalidade da norma. Configura-se o abuso de direito nos casos de bem de família construído já que se vislumbra uma discrepância entre o interesse abstrato que aquela posição jurídica representa (proteção à dignidade da pessoa humana) e o interesse concreto que o titular do direito persegue (blindagem patrimonial).

Embora o Código de Processo Civil determine que a execução deva ser realizada sempre buscando a menor onerosidade possível ao devedor<sup>13</sup>, a norma não significa, e não pode significar, espécie de salvo conduto ao devedor que sabidamente possui condições de adimplir, ainda que de forma parcial, a execução e, ainda assim, maliciosamente busca proteger o seu patrimônio através da impenhorabilidade do bem de família.

A Lei nº 8.009/90, neste caso, determina o que deve ser entendido como abuso de direito: a postura contraditória e alheia à boa-fé do devedor que, apesar de insolvente, ainda assim adquire bem imóvel mais valioso.

Sobre a necessidade de se resguardar a boa-fé objetiva mesmo nos casos em que se está diante de bem utilizado para a moradia da unidade familiar já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

(...) 4. A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário devem ser reprimidos, tornando ineficaz a norma protetiva, que não pode tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico.

5. Sendo as alienantes pessoas dotadas de capacidade civil, que livremente optaram por dar seu único imóvel, residencial, em garantia a um contrato de mútuo de empresa jurídica da qual uma das recorrentes é única sócia, tenho que não lhes é permitido contrariar seu comportamento anterior pretendendo alijar a garantia no momento em que deixaram de adimplir o débito, não se admite a proteção irrestrita do bem de família se esse amparo significar o alijamento da ética e a boa-fé, indispensáveis em todas as relações negociais. (...). (AgInt no REsp 1559370/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 16/10/2020)

Por óbvio, a aferição da boa-fé deve ser realizada no caso concreto pois é possível que a parte demonstre a necessidade de aquisição daquele bem em decorrência de situações específicas por ela vividas.

12. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

13. Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

No entanto, ao alegar a impenhorabilidade com base na Lei nº 8.009/90, cabe à parte que alega a comprovação não só de que reside naquele bem, como também de que não se desvincilhou de bem de valor inferior ao longo do processo judicial. Caso não o faça, ainda assim, pode o Juiz verificar, inclusive através dos convênios ofertados ao Poder Judiciário, o cabimento ou não da impenhorabilidade, com o acesso e juntada aos autos, para a devida manifestação das partes, das declarações de imposto de renda do devedor, tendo em vista o dever do Poder Judiciário da entrega do bem da vida ao credor (art. 4º do CPC<sup>14</sup>). Como bem afirma Homero Batista, “Não há presunção relativa em prol do bem de família. Não se pode presumir que o bem penhorado seja o único da entidade familiar bem como que eles atravessem privações em caso de expropriação da unidade” (2021, p. 699).

### 3. QUANDO OCORRE O ESTADO DE INSOLVÊNCIA?

Neste momento, cabe fazer um aparte: sendo comum a desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho, é necessário perquirir acerca de qual o momento processual em que existe o “estado de insolvência” apontado na lei.

Isso porque o Código de Processo Civil traz uma certa incompatibilidade entre dois de seus artigos. O artigo 792, §2º afirma que a fraude à execução, no caso de desconsideração da personalidade, é verificada a partir do momento em que citada a pessoa “cuja personalidade se pretende desconsiderar”. Ou seja, utilizando-se do conceito de bem de família construído, de acordo com este artigo, caso um sócio tenha adquirido imóvel de maior valor ao longo do processo em face de sua empresa, mas antes que seu patrimônio particular fosse atingido pela desconsideração da personalidade jurídica, ainda assim estar-se-ia diante de um bem penhorável, com base no art. 4º da Lei nº 8.009/90.

Contudo, o art. 137 do Código de Processo Civil também dispõe que “Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente”. Ou seja, há uma aparente antinomia entre ambos os artigos sobre qual a citação (da pessoa física ou da pessoa jurídica) que demarca, de forma mais objetiva, a má-fé na aquisição do imóvel de maior valor decorrente da insolvência.

Embora tal posicionamento coloque mais um percalço na execução trabalhista, entende-se que o marco objetivo para a aferição da má-fé relativa ao art. 4º da Lei nº 8.009/90 e a insolvência deve ser a citação, no caso de desconsideração da personalidade jurídica, do sócio, e não da empresa. Tal interpretação busca compatibilizar a presunção de boa-fé que existe no ordenamento jurídico (art. 164 do Código Civil<sup>15</sup>) e as normas que baseiam a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Isso porque é a divisão entre pessoa jurídica e pessoa física que traz a necessidade, seja através da teoria maior

14. Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

15. “Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família”.

civilista ou da teoria menor consumerista, da desconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses definidas em lei. Assim, a aplicação, de forma gramatical e não teleológica, do art. 792, §2º<sup>16</sup>, do Código de Processo Civil, tende a subverter toda a lógica existente no ordenamento jurídico.

Ademais, salienta-se também que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça historicamente se coloca em defesa do adquirente de boa-fé (“O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”, Súmula nº 375). Colaciona-se o seguinte julgado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL POR SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA ANTES DO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CONFIGURADA. 1. Cinge-se a controvérsia em determinar se a venda de imóvel realizada por sócio de empresa executada, após a citação desta em ação de execução, mas antes da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, configura fraude à execução. 2. A fraude à execução só poderá ser reconhecida se o ato de disposição do bem for posterior à citação válida do sócio devedor, quando redirecionada a execução que fora originariamente proposta em face da pessoa jurídica. 3. Na hipótese dos autos, ao tempo da alienação do imóvel corria demanda executiva apenas contra a empresa da qual os alienantes eram sócios, tendo a desconsideração da personalidade jurídica ocorrido mais de três anos após a venda do bem. Inviável, portanto, o reconhecimento de fraude à execução. 4. Recurso especial não provido. (Resp 1.391.830/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 01/12/2016).

Da mesma forma, vem seguindo a jurisprudência trabalhista:

AGRAVO DE PETIÇÃO DOS TERCEIROS EMBARGANTES. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL ANTERIOR À CIENTIFICAÇÃO DO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA SÓCIA. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CONFIGURADA. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica mantido sob sigilo pelo Juízo. Alienação de imóvel pela sócia executada, celebrada antes de sua citação e sem qualquer registro de constrição judicial. Fraude não configurada. Precedentes desta Seção Especializada. (AP, 0020051-51.2019.5.04.0221, Rel. Des. MARIA DA GRACA RIBEIRO CENTENO, julgado em 18/11/2019, DeJT 26/11/2019).

Torna-se, destarte, improvável que os tribunais superiores passem a concretizar a interpretação gramatical da norma.

16. Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

### CONCLUSÃO

Embora trate-se de elemento que deriva diretamente da Constituição Federal e dos direitos fundamentais à moradia e à propriedade, assim como da própria dignidade da pessoa humana, o instituto do bem de família legal deve ser aplicado nos exatos termos da Lei nº 8.009/90, com a devida atenção aos critérios ali estabelecidos para que só então seja reconhecida a impenhorabilidade do imóvel em que reside a unidade familiar.

Assim como em qualquer outro instituto jurídico, não é dado aos devedores abusar de seu direito, nos exatos termos do art. 187 do Código Civil, de forma que o art. 4º da Lei nº 8.009/90 é expressão da necessária observância da boa-fé objetiva nos casos em que a parte, já sabidamente insolvente, ainda assim deixa de quitar sua dívida e adquire imóvel mais valioso do que possuía.

Cabe à parte que alega a impenhorabilidade a prova e, caso não o faça, pode o magistrado verificar a ocorrência ou não da venda de bem imóvel de maior valor ao longo do processo judicial, o que impede o reconhecimento de sua impenhorabilidade.

Por fim, o marco temporal a ser observado em relação à má-fé delineada no art. 4º da Lei nº 8.009/90 deve ser o momento da citação da parte que responde, no processo judicial, pelo débito exequendo.

### REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família internacional. **Revista do Direito Privado da UEL – Volume 1 – Número 1**. 2007. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/BemdeFam%C3%ADliaInternacionalVilla%C3%A7a.pdf>. Acesso em: 03/04/2021.

BERNARDES, Felipe. **Manual de processo do trabalho**. Salvador, JusPODIVM, 2018.

CALCINI, Ricardo Souza; GUIMARÃES, Rafael. Como superar a ineficácia do Bacenjud e entregar resultados na execução trabalhista. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/superar-bacenjud-entregar-resultados-execucao-trabalhista>>. Acesso em: 03/04/2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**; 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Direito do trabalho aplicado; volume 4**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.

TARTUCE, Flávio. **A polêmica do bem de família ofertado**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/361/+A+pol%C3%AAmica+do+Bem+de+Fam%C3%ADlia+ofertado>>. Acesso em: 04/04/2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Forense, 2020. 10ªed.

## BRENNO AUGUSTO FREIRE MENEZES

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Católica de Rondônia. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Sergipe. Analista Processual do Ministério Público do Trabalho da 14ª Região (RO). e-mail: brennofreire19@live.com

## A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NO COMBATE AO ESCRAVISMO CONTEMPORÂNEO

### THE WORK OF THE PUBLIC MINISTRY OF LABOR IN THE FIGHT AGAINST CONTEMPORARY SLAVERY

**RESUMO:** O presente artigo pretende analisar o conceito de Escravidão Contemporâneo e órgãos que atuam em busca da sua erradicação, com foco na atuação do Ministério Público do Trabalho, que desde a sua existência vem empreendendo esforços para o combate dessa problemática. Em busca de melhor organizar as suas metas institucionais quanto a temática, no ano de 2003, foi criada por meio de portaria ministerial a Conaete, que conta com a atuação de membros das 24 Procuradorias Regionais do Trabalho do país, por meio das coordenadorias regionais temáticas. Entre os pilares da Coordenação apresenta-se a atuação interinstitucional realizada com diversos órgãos públicos brasileiros, com destaque ao Grupo Móvel de Trabalho, realizado em parceria com a Secretária Especial de Trabalho e Previdência do Ministério da Economia, que em pouco mais de quinze anos, já realizou centenas de operações e resgatou milhares de trabalhadores encontrados em condições análogas ao trabalho escravo. Referida pesquisa pretende apresentar a atuação e as inúmeras conquistas almejadas nesses últimos anos pelo órgão ministerial trabalhista por meio da coordenação nacional temática em todo país.

**PALAVRAS-CHAVE:** Trabalho escravo; ministério público do trabalho; coordenação temática.

**ABSTRACT:** This article intends to analyze the concept of Contemporary Slavery and agencies that work to eradicate it, focusing on the work of the Public Labor Ministry, which since its existence has been making efforts to combat this problem. In search of better organizing its institutional goals on the subject, in 2003, the Conaete was created by ministerial decree, which has the participation of members of the 24 Regional Labor Attorneys country, through thematic regional coordinators. Among the pillars of the Coordination is the interinstitutional work carried out with several Brazilian public bodies, with emphasis on the Mobile Working Group, carried out in partnership with the Special Secretary for Labor and Welfare of the Ministry of Economy, which in just over fifteen years, it has already carried out hundreds of operations and rescued thousands of workers found in conditions similar to slave

labor. This research aims to present the performance and the countless achievements sought in recent years by the ministerial labor agency through the national thematic coordination in the whole country.

**KEYWORDS:** Slave labor; public labor ministry; thematic coordination.

#### INTRODUÇÃO

Embora a escravidão no Brasil tenha sido abolida por meio da Lei Áurea no ano de 1888, observa-se ainda a existência da sua prática no Brasil. O “escravismo contemporâneo” se caracteriza pelo trabalho forçado, sob jornadas exaustivas, em condições degradantes e em restrição da liberdade do obreiro, mascarado pelas falsas promessas de boas condições de trabalho, recebimento de bons salários e a garantia de direitos trabalhistas.

Todos os dias, nos deparamos por meios de notícias veiculadas em canais de comunicação, como TV, rádio e internet, com inúmeros casos de trabalhadores resgatados em vários municípios do país, seja em fazendas ou em outros estabelecimentos, realizando seu labor em condições análogas ao trabalho escravo.

Em busca de erradicar essa mazela que ainda assola a nação brasileira, existem órgãos públicos que atuam constantemente, em busca de combater essa prática repugnante, são eles: a Justiça do Trabalho, o antigo Ministério do Trabalho e Emprego, hoje chamado de Secretária de Trabalho e Previdência do Ministério da Economia e o Ministério Público do Trabalho.

O Ministério Público do Trabalho, função essencial à justiça, realiza seus trabalhos baseados em oito áreas de atuação, entre elas, destaca-se o combate ao trabalho escravo e a busca pelo trabalho decente, sua atuação ocorre como órgão agente ou *custus iuris* (fiscal da ordem jurídica) e seus trabalhos se dão de forma extrajudicial, por meio de Inquéritos Cíveis, forças-tarefa, além dos Termos de Ajustamento de Conduta, já de forma judicial, o órgão ministerial trabalhista atua por meio do Ajuizamento de Ações Cíveis Públicas, Ações Coletivas e como órgão fiscalizador em ações trabalhistas que envolvam interesse de menor, atuação sindical, a administração pública e outros.

Para melhor coordenação das ações institucionais e a definição estratégica do órgão, o MPT a partir do ano 2000, por meio de portarias, passou a criar as Coordenadorias Nacionais Temáticas, entre elas destaca-se a Conaete - Coordenação Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, formada por membros das vinte e quatro Procuradorias Regionais do Trabalho do país, que atuam também de forma regionalizada, por meio das coordenadorias regionais.

Diante do exposto, o presente artigo tem como objetivo apresentar o funcionamento e a importância da coordenação nacional temática supramencionada, abordando os seus princípios basilares, como se desenvolvem as suas atividades, a sua parceria com os Grupos Móveis de Trabalho, apresentando também os seus incríveis resultados, tanto na esfera extrajudicial por meio dos resgates já realizados desde o ano do início das suas atividades, quanto de forma judicial, por meio das vitórias almejadas pelo *Parquet* Trabalhista através do ajuizamento de Ações Cíveis Públicas.

Por fim, salienta-se que para o desenvolvimento da presente pesquisa foram levantadas informações em diversas fontes, não só legislação vigente, como também em grandes obras doutrinárias que tratam a respeito da temática e dados existentes no Observatório Nacional do Trabalho Escravo, por meio da ferramenta Smartlab.

#### 1. TRABALHO INDIGNO

##### 1.1 TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO

Dentre as formas existentes de exploração de trabalho, sem dúvida alguma, o trabalho escravo é o mais conhecido e mais utilizado em nosso país.

Conforme (FILHO, 2018, p.87), propor a análise do trabalho em condições análogas ao de escravo, é sem dúvidas, enveredar por uma seara onde princípios como: a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a legalidade são completamente ignorados, esquecidos.

Tratar dessa temática, sem dúvida alguma, é lidar com o mais alto grau de miserabilidade e necessidades do ser humano.

Embora, em 1888 tenha sido assinada e promulgada a Lei Áurea no Brasil, e o art.149, caput do Código Penal preveja a prática do trabalho em condição análoga ao de escravo como crime, quase que diariamente nos deparamos com essa triste mazela, embora nem sempre com uma característica precisa.

Considera-se trabalho escravo aquele em que se observa isolada ou conjuntamente as seguintes características: trabalho forçado, jornadas exaustivas, oferta de condições degradantes de trabalho e/ou restrição de locomoção por dívida contraída.

##### 1.1.1 CARACTERÍSTICAS DO TRABALHO ESCRAVO

O trabalho escravo típico encontra-se previsto como conduta criminosa no art.149, caput do Código Penal<sup>1</sup>, e possui

1. Art.149, CP: Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringin-

quatro características, a seguir detalhadas.

##### 1.1.1.1 TRABALHO FORÇADO

O art. 2º, da Convenção nº 29 da OIT<sup>2</sup> conceitua o trabalho forçado como todo e qualquer tipo de tipo de trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção, sendo que tal trabalho não fora oferecido de forma espontânea.

Conforme depreende-se do conceito supramencionado, a obrigatoriedade na prestação do serviço é a sua característica predominante.

##### 1.1.1.2 JORNADA EXAUSTIVA

Conforme leciona (NUCCI, 2008, p.691), encontra-se caracterizada a jornada exaustiva quando o trabalho diário foge às regras da legislação trabalhista, exaurindo as forças do trabalhador, salienta-se que para caracterizar a situação, é necessário que o tomador de serviços submeta o seu empregado a tal situação.

Ou seja, a jornada exaustiva mostra-se configurada quando o trabalhador é submetido forçosamente a jornadas extraordinárias de trabalho que lhe causem prejuízos a sua saúde física e mental.

##### 1.1.1.3 CONDIÇÕES DEGRADANTES DE TRABALHO

De acordo com (FILHO, 2018, p.101), condições degradantes de trabalho devem ser definidas como condições impostas ao empregado, que tem a sua vontade cerceada ou anulada, sendo obrigado a prestar o seu labor com a negação de direitos mínimos previstos na legislação vigente.

O trabalhador é imposto a exercer as suas funções sem as mínimas condições e saúde e segurança, além das condições mínimas de trabalho, não lhe é ofertada também condições dignas de moradia, higiene e alimentação.

##### 1.1.1.4 RESTRIÇÃO DE LOCOMOÇÃO POR DÍVIDA CONTRAÍDA

Também conhecida como servidão por dívida, o modo de execução resta configurado quando um devedor se comprometa a fornecer, em garantia ao pagamento da sua dívida, seus serviços pessoais ou de alguém que esteja sob sua guarda/autoridade.

Tal característica, pode ser observada desde o Ciclo da Borracha, com as práticas do “aviamento”, “sistema do barracão”, onde os seringueiros eram obrigados a entregar o resultado de sua atividade aos seringalistas, e ao mesmo tempo, eram obrigados a adquirir por preços exorbitantes

do, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003) Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

2. Art. 2, Convenção nº 129 da OIT: 1. Para os fins da presente convenção, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.

todos os produtos necessários à atividade e a sua própria sobrevivência, o que resultava em inúmeras dívidas e impedia que os seringueiros abandonassem o trabalho. (FILHO, 2018, p.102).

## 2.2 ESCRAVISMO CONTEMPORÂNEO

### 2.2.1 CARACTERÍSTICAS

Segundo (BRASIL, 2018, p.272), é possível mencionar algumas características presentes no trabalho escravo contemporâneo, entre elas destacam-se: falsas promessas de boas condições de trabalho e salário, além da servidão por dívidas. Ou seja, a exploração do trabalho humano contemporâneo, não se caracteriza apenas por ameaças ou sanções.

Outras características presentes no moderno labor escravo são: a ausência de registro em CTPS, não garantia de direitos trabalhistas quanto a jornadas e descansos, péssimas condições de alojamento, de alimentação, de higiene, não fornecimento dos equipamentos de proteção individual e vestuário adequado, não fornecimento de água potável, violando inúmeras normas regulamentadoras da Secretária Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.

Conforme Leciona (BELISARIO, 2005, p.50-51), na escravidão contemporânea o trabalhador é tratado como mercadoria, mesmo não havendo recibo.

Importa salientar que o escravismo contemporâneo pode acontecer tanto no âmbito urbano, quanto no rural, claro que é mais comuns os casos no âmbito rural, em diferentes atividades de agricultura, pecuária e extrativismo vegetal e mineral.

Destaca-se que as práticas supramencionadas violam, a dignidade do trabalhador e o valor social do trabalho, fundamentos da República Federativa, além do Estado Democrático de Direito e a liberdade preconizada na Carta Maior, merecendo tal prática ser reprimida pelos órgãos públicos que atuam em busca do seu combate.

### 2.2.2 ÓRGÃOS PÚBLICOS QUE ATUAM NA REPRESSÃO AO ESCRAVISMO CONTEMPORÂNEO

Segundo (LOPES, 2019, p.95), para além dos limites do processo, destacam-se atores com potencialidade para combater o trabalho escravo contemporâneo, tanto de forma intersetorial, quanto interinstitucional, órgãos públicos e outros tipos de organizações que por meio de cooperação ou parceria, buscando combater qualquer forma de trabalho escravo existente em nosso país.

Dentre os órgãos públicos que atuam na repressão ao escravismo contemporâneo, merecem destaque: A Secretária Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia (antigo Ministério do Trabalho e Emprego), a Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho.

Salienta-se que o governo brasileiro conta ainda com o apoio da Organização Internacional do Trabalho em suas ações para combater o trabalho escravo, por meio do Projeto de Cooperação Técnica da OIT sobre o Combate ao Trabalho Forçado Brasil, o qual vem garantindo grandes avanços no sentido de reprimenda da prática no país. (BRASIL, 2018, p.373).

No Brasil, o órgão de maior atuação no combate ao es-

cravismo contemporâneo, é o Ministério Público do Trabalho, atuando com órgão agente ou como *custus iuris*, nos termos da Constituição Federal e Da Lei Complementar 75/93.

Para o combate dessa mazela que ainda se perpetua entre a nação brasileira, o órgão ministerial laboral se utiliza dos seguintes instrumentos: Ações Cíveis Públicas, Grupos Móveis de repressão ao trabalho escravo em parceria com a Secretária Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, criando a Coordenadoria Nacional de combate ao trabalho escravo (CONAETE), requerimento de medidas cautelares e proposições de Termos de Ajustamento de Condutas (TAC).

Destaca-se como importante ferramenta no controle das ações realizadas na erradicação do Escravismo Contemporâneo, a iniciativa SMARTLAB, na qual busca-se a busca do trabalho decente guiada por dados.

A ferramenta supra disponibiliza o acesso a um observatório de Erradicação do Trabalho Escravo e o Tráfego de Pessoas, com informações fornecidas pela Secretária de Trabalho e Previdência do Ministério da Economia.

Por meio desta ferramenta é possível observar um panorama geográfico por município, o perfil dos casos de trabalho escravo em cada cidade do país, os fluxos migratórios e como é realizada a proteção social e a garantia dos direitos dos trabalhadores resgatados por meio de operações de combate ao trabalho escravo.

Por fim salienta-se que por meio do SMARTLAB, observa-se também dados de trabalho infantil, diversidade e igualdade de oportunidades no trabalho, segurança e saúde no trabalho e trabalho decente em todo o Brasil. Destaca-se que a plataforma fora desenvolvida e é constantemente alimentada pelo Ministério Público do Trabalho em parceria com Organização Internacional do Trabalho (OIT).

## 3. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

### 3.1 A INSTITUIÇÃO E SUA ATUAÇÃO

Instituição permanente e função essencial à justiça, ao Ministério Público do Trabalho, é incumbida a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e disponíveis.

Segundo (SHIAVI, 2019, p.216), o *Parquet* Laboral, compõe a estrutura do Ministério Público da União e tem a sua estrutura federalizada, sendo regido pela Carta Maior e pela Lei Complementar 75/93 e os seus membros são detentores das mesmas garantias dadas a magistratura.

Leciona (MIESSA, 2019, p.153 e 154), que o Ministério Público Trabalhista atua com foco na tutela de direitos coletivos, percorrendo as seguintes metas institucionais: combater as fraudes nas relações trabalhistas, preservar o meio ambiente de trabalho, erradicar o trabalho escravo contemporâneo e o trabalho infantil, combater as práticas discriminatórias no meio ambiente de trabalho, eliminar as irregularidades trabalhistas e garantir a liberdade sindical.

Para a efetivação dessas metas institucionais, o MPT atua de forma judicial como parte ou fiscal da ordem jurídica "*custus iuris*" e de forma extrajudicial por meio de investigações

realizadas nos inquéritos civis e os acordos realizados administrativamente através dos Termos de Ajustamento de Conduta (LEITE, 2019, p. 222 a 230).

Salienta-se que para uma melhor efetividade das suas competências, metas e ações institucionais, desde 2000, o órgão ministerial trabalhista, vem se valendo das Coordenadorias Nacionais Temáticas, as quais receberão o devido destaque no tópico a seguir tratado.

### 3.2 AS COORDENADORIAS NACIONAIS TEMÁTICAS

Com a intenção de possibilitar a coordenação das ações institucionais e a definição estratégica do órgão, possibilitando a solidez das metas prioritárias, foram criadas por meio de Portarias entre os anos de 2000 e 2003, as Coordenadorias Nacionais Temáticas, subdivididas em coordenarias regionais compostas por representantes das 24 Procuradorias Regionais do Trabalho do país (PEREIRA, 2006, p. 12 e 13). Em 2009, também fora instituída por meio de Portaria Ministerial, a Conalis - Coordenaria Nacional de Promoção a Liberdade Sindical.

Atualmente existem ao todo, oito coordenadorias temáticas, uma para cada área de atuação do órgão ministerial laboral, são elas: Conalis – Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical; Coordinfância - Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente; Coordigualdade - Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho; Conafret - Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho; Conap - Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública; Codemat - Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho; Conatpa - Coordenadoria Nacional de Trabalho Portuário e Aquaviário e por fim, para melhor coordenação da sua atuação no combate ao escravismo contemporâneo, fora criada também a Conaete - Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo.

No capítulo a seguir exposto, será possível conferir de forma mais detalhada a atuação do órgão ministerial trabalhista, por meio da Conaete em busca da erradicação do escravismo contemporâneo.

## 4. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO POR MEIO DA CONAETE EM BUSCA DA ERRADIÇÃO DO ESCRAVISMO CONTEMPORÂNEO

Instituída por meio da Portaria n.244 de 10 de outubro de 2002, a Coordenadoria Nacional de Combate ao Trabalho Escravo, hoje chamada de Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo é composta por representantes das vinte e quatro Procuradorias Regionais do Trabalho do país, com a missão de erradicar o labor prestado em condições análogas às de escravos, em atuação conjunta com outros órgãos federais, que atuam em defesa da liberdade e do valor social do trabalho.

Os trabalhos realizados pela coordenadoria tiveram como ponto de partida o documento "Carta de Belém", o qual apresentava em síntese o Seminário Internacional realizado naquela cidade, em novembro de 2000, sob o título: "Trabalho forçado – Realidade a ser combatida".

Ressalta-se que antes da criação desta coordenadoria, o Ministério Público do Trabalho junto ao Grupo Especial de Fiscalização Móvel da Secretária Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, já empreendiam grande atuação nos estados do Pará, Maranhão e Mato Grosso do Sul, principais focos do escravismo contemporâneo.

Salienta-se que são três as formas de intervenção, pelas quais a coordenadoria desenvolve as suas atividades: I) articulada em parceria com o Grupo Especial de Fiscalização Móvel, II) extrajudicial por meio dos inquéritos civis, os termos de ajustamento de condutas e o cadastro de empregadores na lista suja de empresas (Portaria TEM nº 540/2004) e III) judicialmente por meio das ações cíveis públicas, outras ações coletivas e as condenações em dano moral coletivo.

A coordenadoria atua com base em três pilares: uniformização de entendimento entre os Procuradores do Trabalho, articulação interinstitucional e social com a Secretária Especial de Previdência e Trabalho, o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública da União e as Polícias: Federal e Rodoviária Federal no combate ao trabalho escravo, além da participação efetiva nas investigações por meio dos grupos móveis.

Conforme, (PEREIRA, 2006, p.43), logo no seu primeiro ano de existência, foram catalogados duzentos e sessenta e oito procedimentos administrativos, quarenta e uma ações cíveis públicas, cinco ações cíveis coletivas, sete ações de execução e noventa e quatro termos de ajustamento de conduta, evidenciando o quão conveniente se fez a sua criação e os seus excelentes resultados em busca do expurgo da mesquitez no meio ambiente laboral.

O sucesso dessa articulação conjunta, vem formando um arcabouço de conquistas em desfavor a intolerância e o desrespeito à dignidade da pessoa humana, merecendo destaque à ação conjunta que resgatou 121 trabalhadores encontrados em fazendas no estado do Maranhão em condições subumanas, sem a assinaturas das suas carteiras de trabalho e tendo os seus salários retidos.

Durante a ação, foram firmados também Termos de Ajustamento de Conduta, além do recebimento de Indenização por danos morais coletivos no valor de R\$100.000,00 pagos em equipamentos para melhorar a fiscalização de possíveis casos de escravismo contemporâneo.

Salienta-se que entre os anos de 2002, ano de criação da coordenadoria, e 2016, a Conaete junto ao Grupo Especial de Fiscalização Móvel realizaram cerca de 1755 (mil setecentos e cinquenta e cinco) operações conjuntas, nas quais, mais de 46 (quarenta e seis) mil trabalhadores foram libertados e devidamente registrados e mais de 90 (noventa milhões) de reais foram arrecadados em indenização por danos morais coletivos e posteriormente destinados ao atendimento de inúmeros projetos sociais no Brasil. (PAIXÃO e CAVALCANTE, 2017, p.67).

De acordo com os dados apresentados pela ferramenta SMARTLAB do Observatório da Erradicação de Trabalho Escravo e do Tráfego de Pessoas, entre os anos de 2003 e 2018, quase 48 mil pessoas foram resgatadas do Trabalho em condições análogas ao de Escravo no Brasil, sendo os Municípios de Confresa/MT, com cerca de 30 mil habitantes e 1348 trabalhadores resgatados, Ulianópolis/PA, cidade com 58 mil

habitantes e 1288 resgates de trabalhadores e Brasilândia/MS, com um contingente populacional de 11 mil habitantes e 1018 trabalhadores resgatados, as cidades com maior relevância de resgates no país.

Importante destacar também outras formas de atuação da Conaete, fomentando a troca de experiências e discussões sobre a temática combatida pela coordenadoria, entre elas, destaca-se a publicação da revista MPT em quadrinhos que na sua 12ª edição tratou sobre a temática do trabalho escravo contemporâneo.

A edição buscou conscientizar a sociedade sobre a permanência de práticas trabalhistas escravagistas no século XXI, trazendo uma reflexão sobre práticas trabalhistas escravagistas que infelizmente ainda persistem no Brasil.

Além das fiscalizações realizadas em atuação extrajudicial, destaca-se o sucesso do órgão ministerial trabalhista em inúmeras vitórias na seara judicial em face dos praticantes do escravismo contemporâneo, com várias condenações milionárias em pagamento de indenizações por danos morais coletivos.

A seguir decisão do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, que manteve a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (PB), a qual condena a Construtora Lima Araújo e outros ao pagamento de 5 milhões de reais pela prática de trabalho escravo contemporâneo, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA – DANO MORAL COLETIVO – REDUÇÃO DE TRABALHADOR A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO – REINCIDÊNCIA DAS EMPRESAS - VALOR DA REPARAÇÃO. O Tribunal local, com base nos fatos e nas provas da causa, concluiu que as empresas reclamadas mantinham em suas dependências trabalhadores em condições análogas à de escravo e já haviam sido condenadas pelo mesmo motivo em ação coletiva anterior. Com efeito, a reprovável conduta perpetrada pelos recorrentes culmina por atingir e afrontar diretamente a dignidade da pessoa humana e a honra objetiva e subjetiva dos empregados sujeitos a tais condições degradantes de trabalho, bem como, reflexamente, afeta todo o sistema protetivo trabalhista e os valores sociais e morais do trabalho, protegidos pelo art. 1º da Constituição Federal. O valor da reparação moral coletiva deve ser fixado em compatibilidade com a violência moral sofrida pelos empregados, as condições pessoais e econômicas dos envolvidos e a gravidade da lesão aos direitos fundamentais da pessoa humana, da honra e da integridade psicológica e íntima, sempre observando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Na hipótese, ante as peculiaridades do caso, a capacidade econômica e a reincidência dos recorrentes, deve ser mantido o *quantum* indenizatório fixado pela instância ordinária. Intactas as normas legais apontadas.

(TST - RR - 178000-13.2003.5.08.0117, Relator: Ministro Luiz Phillippe Vieira de Mello, DJE:27/08/2010).

Cumpra colacionar também, *decisum* do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (RO/AC), o qual majorou a condenação por danos morais coletivos arbitrados pelo Juízo a quo, em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério

Público do Trabalho, em razão da prática de Escravismo Contemporâneo no estado Acre:

RECURSO ORDINÁRIO DESCUMPRIMENTO OSTENSIVO DAS NORMAS TRABALHISTAS. DANO MORAL COLETIVO. As ações ilegais e antissociais do empregador que ostensivamente submete seus empregados às condições laborais degradantes, em direta afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da justiça social, certamente caracterizam o dano moral coletivo indenizável, merecedor da reprimenda judicial pertinente.

(...) No presente caso, observo que as fiscalizações ocorreram no final do ano de 2014 e que os trabalhadores moravam em péssimas condições, não recebiam os EPIs necessários e adequados, dentre tantas outras ilegalidades cometidas pelo reclamado, não considero irrazoável o valor arbitrado na sentença (R\$150.000,00), pois o magistrado de primeiro grau inclusive considerou o número de trabalhadores submetidos àquelas condições laborais degradantes.

(...) Em consequência das reformas impostas à decisão recorrida, na forma prevista no art. 789, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, majoro o valor provisório da condenação para R\$180.000,00 (cento e oitenta mil reais) e fixo as custas processuais da sucumbência em R\$3.600,00 (três mil e seiscentos reais), sob a responsabilidade do reclamado.

(TRT 14 - RO - 0000825-56.2015.5.14.0404, Relator: Desembargadora Socorro Guimarães, DJE:13/12/2016)

Mediante o exposto, mostra-se necessário manter-se essa articulação, ampliando-a com novas parcerias, com o objetivo de vencer a truculência e perversidade dos proprietários de terra que exploram mão de obra irregularmente, além de conscientizá-los e sensibilizá-los, por meios dos planos nacionais existentes para o combate do trabalho em condições análogas à escravidão.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar a atuação do Ministério Público do Trabalho por meio da Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (Conaete) e suas diversas parcerias com outros órgãos públicos nacionais e internacionais no combate ao escravismo contemporâneo. Para isso, foram examinadas as maneiras de como esse trabalho é executado dia a dia pelo órgão ministerial trabalhista.

Foi possível observar que embora há quase 150 anos o trabalho escravo tenha sido abolido no Brasil por meio da Lei Aurea, nos deparamos constantemente com notícias de resgates de centenas de trabalhadores encontrados em condições análogas ao de trabalho escravo.

Todavia, a fim de combater essa problemática que ainda assola o nosso país, órgãos públicos como: a Justiça do Trabalho, a Secretaria Especial do Trabalho e Previdência do Ministério da Economia e o Ministério Público do Trabalho empreendem esforços diários na busca do trabalho decente a todos.

Fora apresentada na presente pesquisa a importante parceria existente entre a Conaete e o Grupo Móvel de Trabalho, a qual desde 2003, já realizou centenas de operações, em fazendas e outros estabelecimentos, os quais haviam exploração de trabalho humano, resgatando milhares de trabalhadores que se encontravam em condições degradantes, regularizando as suas situações trabalhistas e garantindo voltuosas indenizações em danos morais no Poder Judiciário, as quais foram revertidas em inúmeros projetos sociais Brasil a fora.

Conclui-se dessa maneira, que este artigo buscou elucidar de que maneira os órgãos públicos brasileiros, em especial o Órgão Ministerial Trabalhista funciona, em busca da erradicação do escravismo contemporâneo no Brasil.

#### REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli, COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, organizadoras. **Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT comentadas**. ed. única. São Paulo, LTr, 2014.

BELISARIO, Guilherme. **A Redução de Trabalhadores Rurais à Condição Análoga à de Escravos**. São Paulo: LTr, 2005.

FILHO, José Claudio Monteiro de Brito. **Trabalho Decente: Análise Jurídica da Exploração do Trabalho – Trabalho Escravo e Outras Formas de Trabalho Indigno**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES, Dalliana Villar. **Ministério Público do Trabalho e Escravismo na Amazônia: Modelo de Atuação e Combate em Rondônia**. Dissertação em Direitos Humanos – UNIR. Rondônia, 2019.

MISSA, Élisson. **Processo do Trabalho**. 7ª ed. Salvador: Juspodivm., 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

PAIXÃO, Cristiano, CAVALCANTI, Tiago Muniz, organizadores. **Combate ao Trabalho Escravo: Conquistas, Estratégias e Desafios**. ed. única. São Paulo, LTr, 2017.

PEREIRA, José Macedo de Brito Pereira, organizador. **Ministério Público do Trabalho: Coordenadorias Temáticas**. ed. única. Brasília: Esmpu, 2006.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr. 2018.

TESSÁLIA MARIANA FERNANDES PIROLA

Analista Jurídica do Ministério Público do Trabalho. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP e pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus

## O ÔNUS DA PROVA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – TEMA 1.118 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE BURDEN OF PROOF IN OUTSOURCING CONTRACTS SIGNED BY THE PUBLIC ADMINISTRATION - THEME 1.118 OF THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é analisar a polêmica recorrente no âmbito da Justiça do Trabalho acerca da definição de a quem incumbe o ônus de provar a existência de culpa da Administração Pública, tomadora de serviços terceirizados, quando postulada a responsabilização subsidiária do Ente Público pelos créditos devidos ao trabalhador, em virtude da inadimplência da empresa prestadora dos serviços, discussão essa cerne do Tema 1.118, afetado para repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento. Para tanto, desenvolve-se o tema em três partes. Na primeira, traça-se um breve histórico da terceirização no Brasil, mencionando, também, um panorama sintético sobre a sua respectiva regulação e normatização até os dias atuais, além de dispor sobre a consequente responsabilidade do Ente Público como tomador dos serviços terceirizados. Na segunda, abordamos, especificamente, o conceito de ônus da prova bem como a teoria da distribuição dinâmica do ônus. Em seguida, escrutinamos as três correntes que analisam a polêmica da distribuição do gravame, juntamente com os seus respectivos fundamentos no sentido de atribuir o encargo ao empregado-terceirizado ou à Administração Pública. Concluímos, destarte, que os critérios que embasam a teoria de que o ônus da prova cabe à Administração, são mais contundentes, e almejamos que o Supremo Tribunal Federal acolha esta linha de raciocínio no julgamento do Tema 1.118.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terceirização na Administração Pública. Responsabilidade subsidiária. Ônus da prova.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the recurring controversy within the Labor Courts regarding the definition of who is responsible for proving the existence of guilt of the Public Administration, borrower of outsourced services, when the subsidiary liability of the Public Entity for the due credits is postulated to the worker, due to the default of the company providing the services, discussion of this core of Theme 1.118, affected for general repercussion by the Brazilian Federal Supreme Court, which is still pending judgment. Therefore, the theme is developed in three parts. The first presents a brief history of outsourcing in Brazil, also mentioning a synthetic

overview of its respective regulation and standardization up to the present day, in addition to providing for the consequent responsibility of the Public Entity as a taker of outsourced services. In the second, we specifically address the concept of burden of proof as well as the theory of dynamic distribution of burden. Then, we scrutinize the three currents that analyze the controversy over the distribution of the encumbrance, together with their respective foundations in the sense of assigning the responsibility to the outsourced employee or to the Public Administration. We conclude, therefore, that the criteria that support the theory that the burden of proof is on the Administration are more categorical, and we hope that the Brazilian Federal Supreme Court accepts this line of reasoning in the judgment of Theme 1.118.

**KEYWORDS:** Outsourcing in Public Administration. Subsidiary liability. Burden of proof.

### INTRODUÇÃO

A Administração Pública, em muitos casos, promove a terceirização dos seus serviços, contratando uma empresa particular para a realização de certa atividade, que não se configura a principal da Administração, ou seja, para o exercício das “atividades-meio”.

Nesse contexto, há vínculo empregatício entre a empresa prestadora de serviços e o empregado, mas o trabalho é prestado perante a tomadora (Administração), devendo, pois, ser estendida a responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos débitos trabalhistas a esta última, isto é, à contratante que se beneficia dos serviços prestados.

Tal responsabilidade se fundamenta, por exemplo, nos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (artigo 1º, III e IV da CF); no direito social ao trabalho (artigo 6º, caput, da CF); nos direitos dos trabalhadores (artigo 7º da CF); na justiça social e na busca do pleno emprego como fundamentos da ordem econômica (artigo 170, caput, e VIII da CF).

No entanto, para que seja configurada a responsabilidade do Ente Público, é necessária a comprovação da culpa, consistente na demonstração de falta ou de falha na fiscalização

do contrato de terceirização. Esse é, inclusive, o entendimento atual, presente no teor da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST); firmado na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF (ADC16); reforçado pela tese constante do julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931/DF (RE 760.931), com repercussão geral reconhecida (Tema 246); e ratificado na redação do artigo 121, §2º da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações).

Contudo, a celeuma que agora se põe em destaque diz respeito à definição sobre a quem caberia o ônus da prova de comprovar a culpa geradora da responsabilidade subsidiária: da Administração ou do empregado terceirizado?

De fato, no âmbito das demandas contenciosas, é necessária a comprovação dos fatos alegados para definir a convicção do julgador, não bastando a sua simples menção por uma das partes. Desta forma, a distribuição do ônus da prova é um dos elementos de maior relevância na fase cognitiva de um processo judicial, e a definição do encargo probatório é imprescindível à dinâmica da demanda litigiosa<sup>1</sup>.

Nesse sentido, a partir de uma ótica sistemática do instituto do ônus da prova, da terceirização e da consequente responsabilidade subsidiária do Ente Público, combinados com os pilares normativo-axiológicos que alicerçam a Constituição de 1988, buscamos, nesse artigo, trazer os diversos enfoques sobre o assunto, examinando tal polêmica sob um olhar crítico, como, também, tentaremos prever qual será a solução dada no julgamento do Tema 1.118, afetado para repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim, a linha de raciocínio a ser desenvolvida terá como base a análise crítica dos fundamentos acerca da repartição do ônus da prova, diante das lides que envolvam terceirização, no cenário contemporâneo e naquele a ser impactado pelo julgamento do Tema 1.118 do STF.

Por sua vez, a metodologia empregada, no que tange à tipologia, foi a pesquisa bibliográfica, e, em relação ao método, foi utilizada a lógica hipotético-dedutiva e analógica.

### 1. A EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO TOMADORA DOS SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

Conforme adiantado, no presente artigo abordaremos os entendimentos conhecidos acerca do instituto do ônus da prova na terceirização realizada no âmbito da Administração Pública, esclarecendo nossa concepção, e buscaremos antes qual será o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em questão. Para tanto, de início, é necessário fazer uma breve exposição do panorama da terceirização e da responsabilidade subsidiária da Administração.

Segundo estudiosos, o termo “terceirização” surgiu no di-

reito privado, mais precisamente no Direito do Trabalho<sup>2</sup>, e, nos dizeres de Sérgio Pinto Martins<sup>3</sup> “*consiste na possibilidade de contratação de terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal de uma empresa*”.

Trata-se, pois, de uma espécie de ruptura no binômio empregado-empregador, em virtude da existência da figura do tomador de serviços, o qual se beneficia da força de trabalho, formando-se uma relação dita triangular ou trilateral<sup>4</sup>.

De acordo com a doutrina, tal fenômeno teria surgido nos Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial, como uma necessidade de atender à grande demanda por material bélico. Ademais, é considerado por muitos doutrinadores como uma estratégia das empresas para reduzir custos, partilhar riscos e aumentar a flexibilidade organizacional<sup>5</sup>.

Por sua vez, no Brasil, a terceirização teria se originado por volta das décadas de 50 e 60, no ramo automobilístico, e, posteriormente, teria ganhado impulso nos setores de serviços de conservação e de limpeza e, em seguida, no setor de vigilância, expandindo-se cada vez mais o seu campo de atuação até chegar aos órgãos públicos.

Tendo em vista a adoção da terceirização por muitas empresas brasileiras e pela Administração Pública, mostrava-se, portanto, necessária a regulamentação e a normatização deste instituto.

Podemos mencionar como marco legal da terceirização a Lei nº 6.019/74, que versa sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, embora haja divergência na doutrina a respeito da semelhança entre os dois institutos<sup>6</sup>, pois uma parcela dos doutrinadores entende que o trabalho temporário não se confunde com o fenômeno da terceirização, na medida em que o primeiro abrange a hipótese de intermediação de mão de obra e não de serviços<sup>7</sup>, e, em contraposição, a outra parte considera o trabalho temporário como espécie de terceirização<sup>8</sup>.

2. SCHIRATO, Vitor Rhein. Terceirização na Administração Pública. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 139, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=96208>>. Acesso em: 12 maio de 2021.

3. Martins, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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

5. KREIN, José Dari. *As tendências recentes na relação de emprego no Brasil: 1990- 2005. 2007*. Tese (Doutorado de Economia Social e do Trabalho) - UNICAMP, Campinas.

6. MIZIARA, Raphael; MARTINEZ, Luciano. *A terceirização produzida pela Lei nº 6.019/74*. In: Revista da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Ano XX, nº 20, 2015. São Paulo: LTR, 2015.p. 94-108.

7. CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização como intermediação de mão de obra*. São Paulo: Papyrus, 2014. p. 86-87. Também afirmando ser o trabalho temporário hipótese de intermediação de mão de obra: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Lei da terceirização não é clara quanto à permissão para atividade-fim*. In: Revista Consultor Jurídico, 2 de abril de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>>. Acesso em 27.07.2021.

8. CATHARINO, José Martins. *Trabalho Temporário*. Rio de Janeiro:

Posteriormente, foi sancionada a Lei nº 7.102/83 que autorizava a terceirização do trabalho de vigilância bancária em caráter permanente, contrariando a terceirização autorizada pela Lei nº 6.019/74, que era temporária.

No âmbito trabalhista, especificamente, o reconhecimento de tal modalidade veio em 1986, com a edição do enunciado nº 256 do TST, o qual passou a permitir a terceirização apenas em relação aos contratos temporários e de serviços de vigilância, assumindo a feição de verdadeira exceção à regra, sob pena de ser caracterizada a relação de emprego entre empresa tomadora de serviços e trabalhadores.

Em seguida, a Súmula nº 256 foi cancelada e a situação foi flexibilizada em 1993, com a edição da Súmula nº 331, do C. TST, permitindo que toda atividade-meio, e não só nos casos de trabalho temporário e vigilância, seria passível de terceirização. Ademais, outra significativa mudança se deu no tocante à distinção entre “atividades-meio” e “atividades-fim” do tomar de serviços, sendo este o critério empregado para auferir a licitude da licitação.

Destarte, várias atividades, tais como as de recepção, telemarketing, limpeza, dentre outras, passaram a ser plenamente terceirizáveis, desde que não houvesse pessoalidade ou subordinação direta entre tomadora dos serviços e os trabalhadores contratados pela empresa contratada que fornece a mão-de-obra.

Nessa toada, em 2017, com a entrada em vigor das Leis nº 13.429/17 e nº 13.467/17, que alteraram a já citada Lei nº 6.019/74, foi permitida, de maneira expressa, a terceirização de forma ampla, ou seja, de qualquer atividade da contratante, incluída, neste aspecto, a terceirização da “atividade-fim”, entendimento este que foi ratificado, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da tese de repercussão geral aprovada no RE 958.252<sup>9</sup> e da ADPF 324<sup>10</sup>.

No tocante à Súmula nº 331 do C. TST, a posteriori, em relação ao aprofundamento da terceirização no Poder Público, foi incluído o inciso IV no enunciado da mencionada Súmula, o qual passou a regular a responsabilidade subsidiária da administração direta, das autarquias, das fundações, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, pelo adimplemento das verbas trabalhistas, no caso de descumprimento de tais valores pelo contratado.

Não obstante, originalmente, tal inciso não diferenciava a

Edições Trabalhistas, 1984; DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da Destrução e os Caminhos da Reconstrução. São Paulo: LTr, 2007; CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 479-480; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização - Aspectos Gerais: A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos Enfoques. Rev. TST, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011.

9. STF - RE 958252/MG. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 30/08/2018. Publicação: 13/09/2019. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410691/false>>. Acesso em 27/07/2021.

10. STF - ADPF 324 / DF. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 30/08/2018. Publicação: 06/09/2019. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410185/false>>. Acesso em 27/07/2021.

responsabilidade do administrador público e do particular, mencionando, apenas, que bastava o tomador de serviços, público ou privado, participar da relação processual e constar do título executivo judicial, para ser responsabilizado.

Na mesma época, porém, o §1º, do art. 71, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), criava um óbice à responsabilização, uma vez que previa que a inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferiria à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento e nem poderia onerar o objeto do contrato.

Tendo em vista que os dispositivos acima mencionados se encontravam em contraposição, foi ajuizada a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 (ADC 16), pelo Distrito Federal, com o intuito de verificar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da validade e da vigência do §1º, do art. 71, da Lei de Licitações.

Após longa tramitação, em julgamento histórico realizado no dia 24/11/2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADC 16/DF<sup>11</sup>, considerando como constitucional o dispositivo em comento. Contudo, no decorrer da votação, os Ministros “*obiter dictum*” mencionaram sobre a possibilidade de responsabilização da Administração Pública, com base na Súmula nº 331 do TST, desde que demonstrada a existência de culpa do ente público na fiscalização da regularidade da empresa prestadora de serviço público.

Desta forma, não obstante ter sido declarada a constitucionalidade do §1º, do art. 71 da Lei nº 8.666/93, ficou consignado que o ente público poderia ser responsabilizado quando demonstrada a culpa *in vigilando* e *in eligendo*, ou seja, consistente na falta de cautela na escolha do contratado ou em razão da falta ou falha da fiscalização do contrato pelo ente público, respectivamente.

Sob essa perspectiva, adequando-se ao entendimento da Corte Maior, a redação da Súmula nº 331, por meio da Resolução do TST nº 174/2011, ganhou uma nova roupagem ao alterar o teor do inciso IV e introduzir os incisos V e VI, com os seguintes conteúdos:

“IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimple-

11. STF - ADC 16/DF. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 24/11/2010. Publicação: 09/09/2011. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em 27/07/2021.

**mento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.**

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”. (Grifo nosso).

Da leitura acima, podemos notar a consagração da tese da responsabilidade subsidiária e subjetiva do Ente Público, com a presença do novo elemento da conduta culposa, subdividida em “*in eligendo*” e “*in vigilando*”, sendo que a primeira, restaria afastada em virtude da contratação feita através de licitação válida e regular, configurando, pois, a impessoalidade do contrato.

Por conseguinte, a fim de isentar-se da condenação por atuação culposa, na modalidade “*in vigilando*”, a Administração Pública se viu obrigada a intensificar a exigência de documentos que evidenciassem a fiscalização, tais como a instauração de procedimento administrativo em face do contratado, a aplicação de penalidades, a rescisão unilateral do contrato, entre outros.

Sem embargo, não satisfeitos com a decisão da ADC 16/DF, alguns entes públicos continuaram insistindo na aplicação e na constitucionalidade do §1º do art. 71, da lei de licitações, defendendo a inexistência da responsabilidade da Administração Pública.

A polêmica ainda existente na interpretação e na aplicação do §1º do art. 71, da Lei de Licitações e da Súmula nº 331 do TST, acabou chegando, em 2017, ao Supremo Tribunal Federal, no bojo do Recurso Extraordinário nº 760.931<sup>12</sup> (Tema 246 da Repercussão Geral), julgamento no qual foi fixada a tese no sentido de que o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transferiria automaticamente à Administração Pública contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, em caráter solidário ou mesmo subsidiário.

Contudo, mesmo com o julgamento da ADC 16/DF e, posteriormente, do RE 760.931/DF, a questão referente ao ônus da prova de comprovar a culpa geradora da responsabilidade subsidiária ainda se mostrava pendente de esclarecimento. Outrossim, o E. STF, especialmente nos embargos de declaração no RE nº 760.931, chegou a consignar que a matéria em questão não seria analisada, mormente porque se trataria de matéria infraconstitucional.

Entretanto, cabe ressaltar que, quando do julgamento dos embargos, acima mencionado, o Ministro Luiz Fux, em seu voto, chegou a aludir que o entendimento majoritário, por ocasião da análise dos votos proferidos no julgamento do mérito do RE nº 760.931, seria no sentido de ser indevida a inversão do ônus da prova ou a presunção de culpa do ente público, inclinando-se, portanto, à convicção de que o ônus da prova caberia ao empregado-terceirizado.

Diante dessa controvérsia, no ano de 2019, a Corte Traba-

12. STF - RE 760931/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgamento: 26/04/2017. Publicação: 12/09/2017. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373217/false>>. Acesso em 27/07/2021.

lhistas, por meio da SBDI-1/TST, ao entender que a Suprema Corte não havia emitido tese jurídica de efeito vinculante em relação ao referido tema, definiu que caberia ao órgão público tomador demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato, para que não fosse responsabilizado<sup>13</sup>.

Tal decisão se fundamentou no princípio da aptidão da prova, nos termos do art. 818, § 1º, da CLT, o qual vincula o ônus da prova a quem possui mais e melhores condições de produzi-la, como também levou em consideração que a Lei de Licitações atribui ao tomador de serviços a prerrogativa da fiscalização do contrato (inciso III, do art. 58), o dever de fiscalização, a ser executada por pessoa especialmente designada (art. 67), além de prever, como causa de extinção do contrato, o desatendimento das determinações da autoridade designada para fiscalizá-lo (inciso VII, art. 78) e autorizar a retenção de parcelas decorrentes do contrato, se não forem observadas as recomendações da fiscalização (inciso IV, art. 80).

Sob essa perspectiva, o C. TST salientou que a fiscalização do contrato abrange a obrigação principal como também as obrigações secundárias, incluindo-se, nesta última, as trabalhistas, e destacou ainda que a conduta que se espera do ente público é o cumprimento das obrigações trabalhistas rotineiras, entre as quais podemos destacar os recolhimentos previdenciários e de FGTS, o pagamento dos salários e a quitação de verbas rescisórias descritas no termo de rescisão contratual.

Outrossim, também mencionou que a fiscalização do contrato não poderia ser atribuída ao trabalhador, tendo em vista a dificuldade e, até mesmo, a impossibilidade que ele teria na obtenção dos documentos, razão pela qual também não caberia a ele o ônus da prova, justificando-se, desse modo, a inversão do *onus probandi*.

No entanto, contrariamente ao decidido outrora, em dezembro do ano de 2020, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a questão do ônus da prova como constitucional, e afetou, com repercussão geral, o seguinte Tema 1.118: “*Ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246)*”.

Além disso, em abril do presente ano, foi sancionada a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), a qual entrou em vigor imediatamente.

Nesse contexto, embora a revogação da norma anterior sobre licitação e contratos (Lei nº 8.666/1993) ocorrerá apenas daqui há 2 anos, e, portanto, durante este período tanto as normas antigas quanto as novas conviverão, é certo que a nova lei nos trouxe algumas modificações que merecem destaque.

Em um primeiro momento, a Lei nº 14.133/2021, em seu art. 121, *caput*, exime a responsabilidade da Administração Pública, prescrevendo que cabe apenas ao contratado ser responsabilizado pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução de contratos administrativos gerais.

13. TST - E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandão, DEJT 22/05/2020.

Todavia, prosseguindo, os §§ 2º e 3º do mesmo art. 121, regulamentam a responsabilidade da Administração Pública nos contratos de terceirização de serviços que envolvam, especificamente, a prestação de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra. Nesse caso, há previsão da responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários e subsidiária pelos encargos trabalhistas, caso comprovada a falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

Verifica-se, portanto, que houve a incorporação do teor da Súmula nº 331 do TST, bem como do entendimento jurisprudencial acerca do tema da responsabilidade subsidiária do Poder Público nas terceirizações, pacificando, pois, neste aspecto, a divergência.

Entretanto, conforme aludido acima, frisa-se que tal responsabilização se restringe aos serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva, os quais são conceituados como sendo aqueles que possuem, entre outras condições, que: a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante; b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos e, c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos, nos termos dos itens referidos no inciso XVI, do art. 6º, da Lei nº 14.133/2021.

Ademais, cabe ressaltar que o art. 50, da nova Lei de Licitações, prevê um rol de documentos que podem ser requeridos pela Administração na fiscalização do contrato, como forma de comprovar o cumprimento das obrigações trabalhistas e o recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), os quais deverão ser apresentados, sob pena de multa.

Complementarmente, o § 3º do art.121, elenca várias medidas que poderão ser requeridas pelo Poder Público - desde que haja autorização expressa no edital ou no contrato -, com o intuito de assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, decorrentes de contratos de regime de dedicação exclusiva de mão de obra, como, por exemplo, a exigência de caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para as verbas rescisórias inadimplidas.

A título de curiosidade, a nova disposição legal, acima mencionada, contempla rotinas e exigências que já vinham sendo implementadas por grande parte da Administração Pública, no âmbito federal, por força do entendimento do Tribunal de Contas da União e de normas infralegais, como a Instrução Normativa nº 05/17, emitida pelo então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG)<sup>14</sup>.

Contudo, embora tais inovações influenciem, orientem e reforcem a fiscalização e o cumprimento das obrigações, nota-se que, mais uma vez, o tema do ônus da prova não foi especificamente contemplado, restando sua análise e interpretação, por ora, ao alvedrio da doutrina e da jurisprudência.

Sob esse prisma, após a devida contextualização acerca do

14. SANTOS, Murillo Giordan Santos. *Administração pública consensual e a responsabilidade subsidiária da Súmula nº 331 do TST*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 163-184.

assunto, passa-se a discorrer sobre os enfoques do ônus probatório, elucidando o nosso ponto de vista, e tentando prever qual será o entendimento prevalecente no julgamento do Tema 1.118, afetado para repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

## 2. O ÔNUS DA PROVA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A palavra ônus, segundo o dicionário, significa encargo. Desta forma, ônus da prova é o encargo de trazer elementos capazes de certificar uma determinada situação, ou seja, de comprová-la.

A princípio, aquele que afirma algo tem o dever de sustentar suas alegações, reforçando sua tese com as provas necessárias. Nesse contexto, o art. 319, do novo Código de Processo Civil (NCPC), menciona, em seu inciso VI, que a petição inicial deverá indicar as provas que demonstrem a verdade dos fatos alegados pelo autor.

Em consonância com tal convicção, entende-se, em regra, que o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e, por outro lado, ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do que dispõem os artigos 373, I e II, do NCPC, e 818, I e II, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Trata-se, pois, do sistema da distribuição estática do ônus da prova, com os encargos sendo definidos previamente de modo genérico e abstrato<sup>15</sup>.

Apesar disso, há exceções à regra, uma vez que, em alguns casos, a veracidade das alegações é presumida, e, portanto, cabe ao demandado apresentar prova em contrário, no que se conhece por inversão do ônus da prova.

Tal situação pode estar expressamente prevista em lei, como, por exemplo, aquelas hipóteses estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), como o disposto no artigo 6º, inciso VIII, que inclui dentre os direitos básicos do consumidor “a *facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*”; ou, pode ocorrer mediante a intervenção do juiz, encarregado de conduzir a fase instrutória do processo judicial, o qual, diante das peculiaridades do caso e da aptidão de cada parte para produzir a prova, promove a distribuição do encargo de forma distinta daquela prevista originalmente em lei, no exercício dinâmico do seu poder diretivo<sup>16</sup>, desde que a decisão seja fundamentada e sejam resguardadas as regras constitucionais atinentes ao contraditório e à ampla defesa.

15. MACEDO, Lucas Buri de; e PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPodivm, 2014. p.151.

16. BREITENBACH, Fábio Gabriel; TEIXEIRA, Sergio Torres. *Redistribuição do Onus Probandi no Processo do Trabalho diante do Novo CPC: Impactos da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova na Responsabilização do Administrador Público em Demandas Envolvendo Terceirização*. Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho | e-ISSN: 2525-9857|Minas Gerais | v. 1| n. 2 | p. 206 - 226| Jul/Dez. 2015.

Esta última hipótese, consagra a fórmula peculiar de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual pode ocorrer diante de um cenário de impossibilidade ou de excessiva dificuldade de cumprir o encargo pela parte autora ou, até mesmo, por ser mais fácil a obtenção da prova do fato pela parte contrária (réu), conforme alude o §1º, do art. 818, da CLT.

É nessa conjuntura que se insere a problemática acerca de a quem cabe a incumbência de demonstrar eventual conduta culposa na fiscalização dos contratos de terceirização firmados pela Administração Pública.

Ora, diante do inadimplemento das verbas trabalhistas pelo contratado, não havendo, conforme entendimento pacificado e acima exteriorizado, responsabilização automática do Poder Público pelo seu pagamento, sendo, portanto, necessária a comprovação da culpa *in vigilando* ou até mesmo *in eligendo*, questiona-se: a quem deve ser atribuído o ônus da prova? Em outras palavras, a quem incumbe provar a existência de fiscalização efetiva ou a ausência sistemática de fiscalização do contrato após a licitação?

Nesse contexto, a primeira corrente; influenciada especialmente pelo julgamento dos Embargos de Declaração no RE nº 760.931, no qual, em algumas passagens das discussões dos Ministros da Suprema Corte sobre aspectos processuais atinentes ao ônus da prova, foi invocada a proibição de inversão do ônus probatório e a vedação à presunção de culpa do Poder Público; afirma que compete à parte autora o ônus da prova quanto à demonstração da falta ou falha da fiscalização, como corolário lógico do princípio da legalidade e legitimidade dos atos administrativos, além da prova da falha ser fato constitutivo do direito da parte reclamante.

Sob essa perspectiva, mostra-se interessante trazer à baila alguns trechos do voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento dos Embargos de Declaração opostos no bojo do RE nº 760.931, elucidando os argumentos utilizados no sentido de atribuir ao empregado-terceirizado o ônus da prova. Vejamos:

*“A análise dos votos proferidos neste Plenário por ocasião do julgamento do mérito do Recurso Extraordinário revela que os seguintes parâmetros foram adotados pela maioria: (i) o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado não atrai a responsabilidade do poder público contratante; (ii) para que se configure a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, é necessária a comprovação inequívoca de sua conduta culposa e causadora de dano aos empregados do contratado; e (iii) é indevida a inversão do ônus da prova ou a presunção de culpa.*

*Na ocasião, prevaleceu a corrente formada por mim e pelos Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes, vencidos os Ministros Rosa Weber, Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. (...)*

*A leitura dos votos deixa claro, em primeiro lugar, que não é possível a responsabilização solidária da Administração Pública por débitos trabalhistas dos seus contratados em nenhuma hipótese (...)*

*Em segundo lugar, a corrente majoritária repudiou expressamente qualquer regime que transfira ao poder*

*público o ônus de comprovar que não adotou conduta culposa, comissiva ou omissiva, causadora do resultado danoso aos empregados (...)*

*Relativamente ao comportamento estratégico dos agentes, a inversão do ônus da prova também gera incentivos perversos. Primeiramente, o próprio empregado poderá deixar de acusar o inadimplemento de seus direitos trabalhistas no primeiro momento em que se evidenciar a atitude culposa da empresa terceirizada ou da Administração Pública (...)*

*Noutras palavras, o regime de culpa presumida incentiva fraudes por parte de contratados e, inclusive, de empregados, considerada a facilidade na transferência da responsabilidade por obrigações trabalhistas ao poder público”. (Grifo nosso).*

Esse é, inclusive, o posicionamento e os argumentos adotados pelo Estado de São Paulo no Recurso Extraordinário (RE nº 1.298.647)<sup>17</sup>, representativo da controvérsia, interposto em face de acórdão proferido pela 8ª Turma do TST, o qual foi afetado com repercussão geral (Tema 1.118) e será analisado pelo STF.

Uma segunda corrente<sup>18</sup>, embora admita ser inegável que a Administração Pública possua maior facilidade na obtenção de provas que comprovem a fiscalização, acredita ser possível o acesso do empregado à documentação por meio de requerimento dirigido ao ente público contratante, com fundamento na Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/2011.

Por fim, a terceira corrente, e posição majoritária, entende que cabe à Administração Pública o ônus da prova, por diversas razões, entre as quais podemos destacar a dificuldade e, até mesmo, a impossibilidade de a parte reclamante obter os documentos necessários, configurando, pois, uma “prova diabólica”<sup>19</sup> à ela; a aplicação do princípio da aptidão da prova a quem possui mais e melhores condições de produzi-la, positivado nos artigos 373, §1º, do NCPC e no artigo 818, 1º, da CLT, e a posição de hipossuficiência do obreiro em relação ao empregador (tomador de serviços).

Por outro ângulo, corrobora o entendimento supracitado, a previsão, na antiga Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), ainda vigente, da atribuição ao tomador de serviços do encargo de fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo (inciso III, do art. 58) e de, inclusive, designar uma pessoa especialmente para tal (art. 67) – sendo que o empregado terceirizado não

17. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.298.647/SP. Relator: Ministro Presidente. Julgamento: 10/12/2020. Publicação: 17/12/2020. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345297979&ext=.pdf>> Acesso em: 16 de maio de 2021.

18. CALCINI, Ricardo; CARVALHO, Thales. *A terceirização e o ônus da prova: aplicação da Lei de Acesso à Informação*. Site Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-15/pratica-trabalhista-terceirizacao-onus-prova-aplicacao-lei-acesso-informacao>> Acesso em: 16 de maio de 2021.

19. KUHN, Adriana Menezes de Simão. *Advocacia Pública, Terceirização de Serviços, Justiça do Trabalho: Possibilidades de Solução dos Conflitos*. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 2 n. 3, set./dez. 2019. p. 12.

está contemplado entre tais sujeitos –, além de estatuir, como causa de extinção do contrato, o desatendimento das determinações da autoridade designada para fiscalizá-lo (inciso VII, art. 78) e autorizar a retenção de parcelas decorrentes do contrato, se não forem observadas as recomendações da fiscalização (inciso IV, art. 80).

Impende salientar que tais determinações também se encontram presentes na nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) no inciso III do art. 104; art. 117; inciso II do art. 137, e inciso IV do art. 139, respectivamente.

Essa última corrente, foi a adotada, recentemente, pela Corte Trabalhista, por meio da SBDI-1/TST<sup>20</sup>, conforme já mencionamos.

Ainda, para fortalecer a convicção acerca do cabimento do ônus da prova ao Poder Público, podemos utilizar, por analogia, a súmula 338, I, do TST, a qual preceitua que é ônus do empregador a apresentação dos controles de frequência, na forma do art. 74, § 2º, da CLT, sob pena de presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, em caso de não-apresentação injustificada.

Nessa toada, na medida em que o Poder Público exige dos empregadores privados, por meio das suas regras coercitivas, o cumprimento das obrigações trabalhistas, ele também deve se empenhar para que essas sejam honradas em relação àqueles que lhe prestam serviços, resguardando, de forma cogente, a observância dos princípios protetivos e dos direitos fundamentais do trabalhador, de forma a minimizar as desigualdades naturais inerentes a essa relação jurídica.

Desse modo, nos dizeres de Fábio Gabriel Breitenbach e Sergio Torres Teixeira<sup>21</sup>:

*“A atribuição ao administrador público do ônus de provar o correto cumprimento dos seus deveres de seguir o devido processo legal na contratação administrativa da empresa interposta e de fiscalizar o adimplemento das obrigações laborais desta é, essencialmente, uma técnica processual perfeitamente admissível e em plena sintonia com os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, bem como harmonioso com as garantias constitucionais do processo, correspondendo a uma importante ferramenta na busca por um modelo processual efetivo e apto a gerar uma tutela jurisdicional adequada, justa e útil”.* (Grifo nosso).

Ademais, a título de aprofundamento, cabe esclarecer que a decisão que distribui o ônus da prova tem natureza de deci-

são interlocutória, e, nos termos do art. 818, §1º, CLT, c/c art. 93, IX, da Constituição Federal, esta decisão deve ser fundamentada. Entretanto, como há entendimento consolidado no âmbito do TST, por se tratar de decisão da SDI-I e, portanto, de precedente obrigatório, no entendimento do doutrinador e Procurador do Trabalho Elisson Miessa, por exemplo, configura-se desnecessária decisão judicial prévia e fundamentada em cada processo<sup>22</sup>.

Por fim, resta-nos aguardar qual será o desfecho dado pelo Supremo Tribunal Federal a esse respeito.

Contudo, perfilhamos o entendimento – e aspiramos – que a Corte Maior adote um posicionamento semelhante à conclusão firmada pela composição plena da Subseção de Dissídios Individuais I (SDI-I) do TST, no sentido de atribuir à Administração Pública o ônus de provar que houve fiscalização, pelas razões acima expostas, não obstante alguns votos, especialmente o voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento dos Embargos de Declaração opostos no bojo do RE nº 760.931, nos oriente à desfecho contrário.

#### CONCLUSÃO

A terceirização é um fenômeno recente no Direito do Trabalho brasileiro, o qual merece destaque, em virtude de sua importância e expansão nos últimos anos, especialmente no âmbito da Administração Pública.

De acordo com a breve evolução histórica da terceirização no Brasil e do panorama de sua normatização, explanadas no presente artigo, é possível perceber um desenvolvimento da regulamentação sobre o tema, que ocorre de forma cada vez mais permissiva, passando de patamares de excepcionalidade (Súmula nº 256 do TST, de 1986) para uma maior ampliação na Súmula nº 331, do C. TST, e, finalmente, na situação atual (a partir das Leis nº 13.429/17 e nº 13.467/17), que admite, inclusive, a terceirização de “atividades-fim”.

Em relação aos desdobramentos desse instituto pudemos verificar que, no tocante à responsabilidade do Ente Público pelo adimplemento das verbas trabalhistas, para que esta se configure é necessária a comprovação da culpa, consistente na demonstração de falta ou de falha na fiscalização do contrato de terceirização, sendo este o entendimento atualmente pacificado e presente no teor da Súmula nº 331 do TST, na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF (ADC16); no Recurso Extraordinário nº 760.931/DF (RE 760.931), com repercussão geral reconhecida (Tema 246); e na redação do artigo 121, §2º da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações).

Por sua vez, em relação à definição sobre a quem caberia o ônus da prova de comprovar a culpa geradora da responsabilidade subsidiária, notamos que a polêmica existe tanto na doutrina como na jurisprudência. Sendo assim, buscamos expor os fundamentos das três vertentes, analisando-os sob a ótica sistemática do instituto do ônus da prova, da terceirização e da consequente responsabilidade subsidiária do Ente Público,

22. MIESSA, Elisson. *Ônus da Prova na Terceirização pela Administração Pública*. Site do Elisson Miessa. Disponível em: <https://elissonmiessa.com.br/onus-da-prova-na-terceirizacao-pela-administracao-publica/>. Acesso em: 15 de maio de 2021.

combinados com os pilares normativo-axiológicos que alicerçam a Constituição de 1988 e os regramentos legais.

Por fim, pudemos concluir que, a despeito de existir divergência acerca da atribuição do ônus da prova, os critérios que embasam a teoria de que este encargo cabe à Administração, são mais contundentes, na medida em que se harmonizam, mais acertadamente, com os dispositivos legais, com o entendimento da Corte Trabalhista e, mormente, com os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, as garantias constitucionais do processo e com os princípios protetivos e os direitos fundamentais do trabalhador.

Assim, esperamos que, no julgamento do Tema 1.118, afetado para repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal adote um posicionamento semelhante à conclusão firmada pela composição plena da Subseção de Dissídios Individuais I (SDI-I) do TST, no sentido de atribuir à Administração Pública o ônus de provar que houve fiscalização, pelos fundamentos expostos no presente artigo, sanando, dessa forma, a polêmica existente a esse respeito.

#### REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo, Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BREITENBACH, Fábio Gabriel; TEIXEIRA, Sergio Torres. *Redistribuição do Onus Probandi no Processo do Trabalho diante do Novo CPC: Impactos da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova na Responsabilização do Administrador Público em Demandas Envolvendo Terceirização*. Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho | e-ISSN: 2525-9857 | Minas Gerais | v. 1 | n. 2 | p. 206 - 226 | Jul/Dez. 2015.

CALCINI, Ricardo; CARVALHO, Thales. *A terceirização e o ônus de prova: aplicação da Lei de Acesso à Informação*. Site Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-15/pratica-trabalhista-terceirizacao-onus-prova-aplicacao-lei-acesso-informacao> Acesso em: 16 de maio de 2021.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização como intermediação de mão de obra*. São Paulo: Papyrus, 2014. p. 86-87.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 479-480.

CATHARINO, José Martins. *Trabalho Temporário*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1984.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização - Aspectos Gerais: A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST*. Novos Enfoques. Rev. TST, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da Destruição e os Caminhos da Reconstrução*. São Paulo: LTr, 2007.

\_\_\_\_\_, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª edição. São Paulo: LTR, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Lei da terceirização não é clara quanto à permissão para atividade-fim*. In: Revista Consultor Jurídico, 2 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>. Acesso em 27.07.2021.

KREIN, José Dari. *As tendências recentes na relação de emprego no Brasil: 1990- 2005*. 2007. Tese (Doutorado de Economia Social e do Trabalho) - UNICAMP, Campinas.

MACEDO, Lucas Buril de; e PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPodivm, 2014. p.151.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MIESSA, Elisson. *Ônus da Prova na Terceirização pela Administração Pública*. Site do Elisson Miessa. Disponível em: <https://elissonmiessa.com.br/onus-da-prova-na-terceirizacao-pela-administracao-publica/>. Acesso em: 15 de maio de 2021.

MIZIARA, Raphael; MARTINEZ, Luciano. *A terceirização produzida pela Lei nº 6.019/74*. In: Revista da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Ano XX, nº 20, 2015. São Paulo: LTr, 2015.p. 94-108.

SANTOS, Murillo Giordan Santos. *Administração pública consensual e a responsabilidade subsidiária da Súmula nº 331 do TST*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 163-184.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Terceirização na Administração Pública*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 139, jul. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=96208>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

20. TST - E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 22/05/2020.

21. BREITENBACH, Fábio Gabriel; TEIXEIRA, Sergio Torres. *Redistribuição do Onus Probandi no Processo do Trabalho diante do Novo CPC: Impactos da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova na Responsabilização do Administrador Público em Demandas Envolvendo Terceirização*. Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho | e-ISSN: 2525-9857 | Minas Gerais | v. 1 | n. 2 | p. 206 - 226 | Jul/Dez. 2015.



AMATRA · 2