

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin: Preliminarmente, acompanho o e. Relator no tocante à legitimidade da requerente.

Há vários precedentes na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal acerca da ilegitimidade das entidades sindicais de segundo grau como é o caso (eDOC 10) (ADI 5853 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2020; ADI 4656 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2014; ADI 4440 AgR, Relator (a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015). Segundo essas decisões, a referência na Constituição à legitimidade da “confederação sindical” e da “entidade de classe de âmbito nacional” (art. 103, IX) não é aleatória, de modo que as federações sindicais por estarem contidas naquelas não podem atuar como estas.

Porém, como argumenta o requerente na sua sustentação oral, não há confederação que a abranja. Nesses casos, deve mesmo haver a distinção sugerida pelo e. Ministro Marco Aurélio na ADI n. 5.853 e ora adotada pelo e. relator de que a Federação atua como entidade de classe de âmbito nacional.

Trata-se de interpretação que vai ao encontro da desejada ampliação do debate democrático no âmbito da jurisdição constitucional de modo que reconheço a legitimidade da entidade autora.

No mérito, no entanto, pedindo vênias ao e. Relator para divergir, assento que não assiste razão jurídica à parte autora.

Ao meu ver, a Constituição da República, ao consignar, em seu art. 7º, o direito “ *à ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho* (inciso XXIX) e “*a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso*” (inciso XXXIV), não elidiu a possibilidade de que, dentro do preceituado pelas normas constitucionais, em atenção aos princípios da valorização social do trabalho (art. 1º, IV) e de justiça social (arts. 3º, I a III; 7º a 9º, 170 e 193), fossem reguladas de modo diverso para atender às particularidades e às condições de trabalhos próprias da relação laboral avulsa.

O ilustre professor José Afonso da Silva explica que a natureza do trabalho avulso não é eventual.

Embora o tomador de serviços varie, o trabalhador está vinculado a um posto fixo de trabalho, à espera de ser destacado para sua realização, segundo rodízio controlado.

Quer dizer, caracteriza-se a constância ou até a permanência da relação laboral avulsa, no sentido de não ser temporária ou esporádica, em virtude de sua fixação a uma fonte de trabalho constante. Veja-se:

A natureza de seu trabalho não é eventual, mas constante, ainda que o tomador de serviço varie. Tem, pois, o avulso uma relação de trabalho constante, e até, permanente, no sentido de que não é um trabalho temporário, esporádico, de que o trabalhador o presta e deve deslocar-se para outros lugares, na busca de nova e aleatória oportunidade. O trabalhador que busca trabalho aqui e ali é eventual, não o avulso, que é fixo no seu posto de trabalho, esperando apenas ser destacado pelo seu sindicato para realizar o trabalho, segundo, segundo rodízio controlado. O trabalho eventual caracteriza-se por ser de curta duração, passageiro, um acontecimento isolado (um evento), que se extingue por sua temporariedade, por sua natureza contingente. Por isso é que a relação jurídica que o vincula a terceiros se caracteriza pela descontinuidade, pela impossibilidade de fixação jurídica a uma fonte de trabalho e pela curta duração. Não é ao prestador de trabalho dessa natureza que a norma constitucional se dirige, mas àquele outro que tem constância no tempo, ocupa sua posição por tempo indefinido, com sua presença permanente no posto de trabalho, ou seja, no lugar onde existe o trabalho que requer sua força, sua fixação a uma fonte de trabalho constante, sendo por isso registrado como força de trabalho permanente junto a essa fonte de trabalho. (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 196-1967).

O trabalhador avulso, diferentemente do empregado comum, que mantém relação de trabalho de forma direta e contínua com a empresa beneficiária de sua mão de obra, oferece a prestação de seus serviços, por um curto período de tempo, a diversos tomadores, sem se fixar a nenhum deles.

Com efeito, diferencia-se por atuar intermediado por um órgão gestor, ente responsável por realizar a interposição da força de trabalho avulsa em face dos distintos tomadores de serviço e por arrecadar os valores

correspondentes à prestação de serviços e satisfazer o respectivo pagamento do trabalhador avulso.

Nesse sentido, prescreve a Lei 12.815/2013, nos arts. 32 e 33, serem atribuições do Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO), entre outras funções, selecionar e registrar o trabalhador portuário avulso, treinar e habilitar profissionalmente, aplicar normas disciplinares, administrar o fornecimento de mão de obra, arrecadar e repassar os valores devidos pelos tomadores relativos à remuneração e aos correspondentes encargos fiscais, sociais e previdenciários, contribuir para o incentivo à aposentadoria voluntária, zelar pelas normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, etc.

Portanto, fica evidente que constitui o OGMO ente a que se vincula de forma estável, isto é, de forma fixa e constante, o trabalhador portuário avulso, para fins de gozo de seus direitos trabalhistas.

Em conformidade com o que elucida o ilustre Professor José Afonso da Silva, a constância na prestação de trabalho pelo trabalhador avulso se dá por meio do órgão gestor, diferenciando-o do trabalhador eventual, ao mesmo tempo em que o aproxima do trabalhador empregado.

Nesse sentido, por tudo o que já exposto, na medida em que a relação laboral avulsa caracteriza-se pelo liame estabelecido com o órgão gestor, devem as normas que lhe são aplicáveis orientar-se de acordo com a distinção do modelo relacional, a exemplo das atribuições inerentes à entidade intermediadora para fins de gozo de direitos trabalhistas.

Verifico que foi fundamentado nessa distinção que sedimentou o Tribunal Superior do Trabalho – superando, como anotou o e. relator, entendimento anterior – compreensão no sentido de que se aplica a prescrição bienal na hipótese de cancelamento de cadastro ou registro no OGMO, em interpretação análoga à expressão “extinção do contrato de trabalho” a que se refere o inciso XXIX do art. 7º da Constituição.

Veja-se:

“AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 13.015/2014. TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO. PRESCRIÇÃO BIENAL. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DO DESCREDENCIAMENTO DO TRABALHADOR AVULSO DO ÓRGÃO GESTOR DE MÃO DE OBRA (OGMO). CANCELAMENTO DA ORIENTAÇÃO

JURISPRUDENCIAL Nº 384 DA SBDI-1. O Tribunal Pleno desta Corte, em decorrência dos debates realizados na denominada "Semana do TST", no período de 10 a 14/9/2012, decidiu, em sessão realizada em 14/9/2012, por meio da Resolução 186/2012 (DJE de 25, 26 e 27/9/2012), cancelar a Orientação Jurisprudencial nº 384 da SbDI-1. Assim, não mais prevalece, nesta Corte superior, o entendimento consagrado no verbete jurisprudencial cancelado, de que, nos processos envolvendo os trabalhadores avulsos, a prescrição bienal prevista no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988 conta-se da data do término de cada prestação de serviços aos seus tomadores, uma vez que o trabalhador avulso não mantém contrato de trabalho típico com os tomadores. Prevalece agora o entendimento de que, no caso de trabalhador avulso portuário, a prescrição bienal será contada a partir da data do seu descredenciamento do Órgão Gestor de Mão de Obra - OGMO. Isso se explica pela circunstância de que o Órgão Gestor de Mão de Obra - OGMO (ao qual permanecem ligados, de forma direta, sucessiva e contínua, os trabalhadores) faz a intermediação entre os trabalhadores e os vários e sucessivos tomadores dos seus serviços e repassa àqueles os valores pagos por esses últimos. Por outro lado, com a adoção desse novo entendimento, não se está violando o artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, sem dúvida também aplicável aos trabalhadores avulsos, por força do inciso XXXIV do mesmo dispositivo constitucional. (...)” (AgR-E-ED-RR - 22-30.2014.5.09.0022 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 05/04/2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 13/04/2018, grifei)

Entendo que, em consonância com o entendimento pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho, a prescrição do art. 37, § 4º, da Lei 12.815, de 05 de junho de 2013, é a que mais bem se harmoniza aos ditames da Constituição da República de valorização social do trabalho (art. 1º, IV), de justiça social (arts. 3º, I a III, 170 e 193) e de isonomia, que reivindica tratamento jurídico nos limites das (des)igualdades fáticas.

Como alhures já assentado, a disposição quanto ao termo inicial do prazo prescricional a que submetido o trabalhador avulso deve se dar em atenção às peculiaridades e às condições de trabalho próprias da relação de trabalho avulsa.

Antes da Constituição da República de 1988, o prazo prescricional era de dois anos, consoante disposição da redação original do art. 11 da CLT, sem referência ao curso durante a vigência do vínculo de emprego.

Além disso, foi reconhecido, no art. 75 da Lei 4.214 de 1963 e, após, no art. 10 da Lei 5.889/1973, o direito do trabalhador rural de não ter contada a prescrição no curso da relação de emprego, não estendida aos trabalhadores urbanos, conforme compreensão jurisprudencial à época.

O prazo prescricional previsto no art. 7º, XXIX, da Constituição da República de 1988 resultou do embate de interesses conflitantes levados à Assembleia Nacional Constituinte.

Foram muitos os projetos discutidos, alguns pretendendo estender aos trabalhadores urbanos as regras quanto ao prazo prescricional então aplicado aos trabalhadores rurais e outros em sentido contrário pretendendo a aplicação do prazo bienal a todos os trabalhadores.

Entendeu por bem o Constituinte, considerando-se a exiguidade do prazo prescricional de dois anos, assim como a necessidade de segurança social, ampliá-lo para cinco anos para os trabalhadores urbanos durante a vigência do contrato, estendida posteriormente aos trabalhadores rurais pela Emenda Constitucional 28/2000.

Haja vista que a subordinação que decorre da relação empregatícia envolve restrições ao livre exercício do trabalhador para demandar seus direitos em juízo, a ampliação do prazo prescricional no curso da vigência da relação laboral constitui-se, por certo, em ampliação da proteção social a ele conferida.

Foi justamente esta a intenção do Senhor Constituinte Paulo Paim ao apresentar emenda popular à redação original do texto constitucional, que não compreendia menção à prescrição de créditos trabalhistas:

“O nosso destaque, na verdade, visa a resgatar uma dívida com o conjunto da classe trabalhadora. Explico: No longo da história os trabalhadores, embora assegurem os seus direitos, até mesmo na Constituição, quando eles entram na justiça, de imediato, começam a ser penalizados por uma série de formas, desde pressão interna, à demissão. E por isso, Srs. Constituintes, a nossa posição, neste momento, é assegurar, como nessa tribuna na primeira votação que houve nesta Casa foi aprovado por 92 votos contra 1, que os trabalhadores rurais tenham os mesmos direitos que os urbanos. Neste momento, estou pleiteando que os trabalhadores urbanos tenham os mesmos direitos que os 'trabalhadores rurais. A atual legislação já diz que o direito dos trabalhadores rurais não prescreverão durante o contrato de trabalho, mesmo dois anos após a

cessação. Entendo, Srs. Constituintes, que essa emenda popular, que chegou a esta Casa com mais de 1 milhão de assinaturas, que é apoiada por todas as Centrais Sindicais, apoiada pela Contag, e por mais de 100 sindicalistas que assinaram essa emenda, deverá, no meu entendimento, até por uma questão de coerência desta Comissão, também ser aprovada praticamente por unanimidade.” (p. 469)

No caso dos trabalhadores portuários avulsos, entender no sentido de que deve ser contado o prazo bienal da cessação do trabalho prestado ao tomador de serviços termina por, na prática, negar que aplicado o prazo quinquenal, porquanto, a cada prestação de trabalho, em regra, permanece o trabalhador a serviço do tomador por um curto período de tempo.

Além de que, como outrora já consignado, a solução desconsidera o vínculo jurídico do trabalhador avulso com a entidade intermediária, que, administrando a mão de obra e os encargos trabalhistas e previdenciários equivalentes a cada prestação de trabalho, atua como espécie de preposta dos beneficiários diretos dos serviços.

Repisa-se, assim, que é o liame estabelecido com o órgão gestor, e não com o tomador de serviços, que caracteriza a relação laboral avulsa, diferenciando-a dos demais vínculos de trabalho e que, nessa lógica, as normas que lhe são aplicáveis devem estar norteadas na forma relacional que lhe é própria.

Parece adequado, portanto, que o prazo quinquenal ou bienal seja aplicado considerando o vínculo com o órgão gestor. A solução, por sua vez, possibilita a aplicação, na prática, do prazo quinquenal, privilegiando o espírito que animou o legislador constituinte ao promover a ampliação do prazo prescricional e da proteção social conferida ao trabalhador.

Desse modo, interpretação diversa que resulta na inaplicabilidade do prazo quinquenal constante do art. 7º, XXIX, da Constituição importa negar o espírito da norma, a pretexto de aplicá-la em sua literalidade. As peculiaridades da relação de trabalho e da prescrição trabalhista no curso de sua vigência, com fim de conferir maior proteção social frente aos atos discriminatórios e inibidores do efetivo acesso à Justiça, não podem, pois, ser descuradas da aplicação da norma constitucional.

Ainda, em face de dúvida e incerteza quanto ao sentido da norma constitucional predita, deve ser prestigiada a interpretação comprometida com a maior efetividade dos direitos sociais trabalhistas.

A noção que sobrevém da convergência de inúmeros preceitos constitucionais, a exemplo, entre outros, dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da valorização social do trabalho (art. 1º, IV) e da justiça social (arts. 3º, I a III; 7º a 9º, 170 e 193), conduz à necessidade de máxima proteção da relação de emprego, com vistas à concretização do direito fundamental ao trabalho (art. 5º, XII) e à promoção dos direitos fundamentais sociais trabalhistas (arts. 7º a 11).

Aliás, está a interpretação constitucional com propósito de conferir a maior efetividade possível aos direitos sociais fundamentais amparada na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil no ano de 1992.

Assume o País, segundo o art. 26 do Diploma, o compromisso de potencializar progressivamente os direitos sociais, econômicos e culturais, de forma a garantir sua plena efetividade, por via legislativa ou por outro meio considerado apropriado.

O instituto jurídico da prescrição, ainda que reconhecendo a parte como titular do direito pleiteado, o torna inexigível. Restringe, portanto, as possibilidades de concretização das normas sociais instituídas, o que só se justifica como exceção à regra geral de que devida sua observância.

À vista disso, na medida em que o prazo prescricional constante no art. 7º, XXIX, da Constituição consolida situação de supressão de direitos sociais decorrentes da relação laboral, não pode ser a norma interpretada no sentido de viabilizar que facilitada sua consumação.

De outro modo, deve ser presumida a interpretação com objetivo de resguardar a possibilidade do exercício do direito à tutela jurisdicional e o gozo dos direitos incidentes da relação empregatícia, de modo a limitar-se ao máximo o âmbito de incidência do prazo de prescrição, sob pena de esvaziar o conteúdo inscrito nas normas da Constituição de que dimana a proteção deferida à relação de emprego.

Confira-se lição doutrinária nesse sentido:

“A prescrição no campo das relações de trabalho constitui uma restrição ao direito fundamental de exercer pretensão. Como restrição, precisa ser compreendida e aplicada de modo restritivo. Isso porque retira do trabalhador a possibilidade (que se revela única em um sistema de monopólio da jurisdição) de fazer valer a ordem constitucional vigente. Isso significa que sua aplicação se submete, de

uma parte, à aplicação (integral) de todos os direitos ali garantidos e, de outra, à uma análise que busque sempre reduzir ao máximo seu âmbito de incidência” (Severo, Valdete Souto. Crítica à prescrição trabalhista: entre a realização do Estado Social e a proteção ao capital. Revista Acadêmica dos Estudantes de Direito do Recife, v. 89, nº 1, jan-junho. 2017. p. 114)

Por todo o exposto, a solução do art. 37, § 4º, da Lei 12.815/2013 em nada ofende a Constituição, senão o contrário, valorizando os ditames da Constituição da República de valorização social do trabalho (art. 1º, IV) e de justiça social (arts. 3º, I a III, 170 e 193).

Voto, com as vênias do e. Relator, pela improcedência da ação direta.

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/03/2017 00:00