**PROPOSTA DE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OJ Nº 152, DA SDI-1 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**

RESUMO:

A presente minuta de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) busca a declaração de inconstitucionalidade da OJ º 152, da SDI-1 do TST, a qual, de modo singular, determina aplicação da confissão ficta para os casos de não comparecimento de representantes da Fazenda Pública às audiências inaugurais ou de instrução. Os fundamentos invocados para tanto são os seguintes preceitos fundamentais: (1) Legalidade e Reserva Legal (art. 5º, II e 37, *caput*); (2) Indisponibilidade dos Direitos Defendidos pela Fazenda Pública no Processo Trabalhista. (Art. 5º, II, c/c Art 37, caput e inciso XXI); (3) da Independência e Harmonia entre os Poderes (art. 2º e 60, § 4º, IIII); e (4) da Isonomia Entre os Jurisdicionados (art. 5º, *caput*). A realidade das Procuradorias estaduais já e a de ausência a uma série de audiências, expediente este que ora se objetiva proteger da incidência da confissão ficta.

PROPOSIÇÃO:

Defende-se a proposição da presente ação e se espera que seja deferida tutela cautelar, a ser confirmada em definitivo, cujo escopo será impedir a confissão ficta por meio da declaração de inconstitucionalidade da OJ nº 152 da SDI-1 do TST. Com esta proposição, pretende-se viabilizar a reorganização da atuação das Procuradorias de Estados no processo trabalhista, abandonando uma lógica responsiva à necessidade de não sofre revelia, de modo a reservar a presença de procuradores em audiências para os casos em que a equação necessidade/possibilidade de comparecimento seja efetivamente favorável.

RELAÇÃO COM A SUSTENTABILIDADE

A sustentabilidade, tomada aqui especialmente sob o enfoque da rotina das Procuradorias, perpassa a necessidade de otimização interna de seus recursos. Referida reorganização se compagina no todo com a superação do contexto jurisprudencial atual por meio desta proposta de ADPF, em que a OJ nº 152 da SDI-1 do TST impõe comparecimento massivo a audiências de diversas naturezas, ainda que não haja interesse retórico do Ente Federado no deslocamento de Procuradores para tais atos processuais para além de evitar a confissão ficta.

**EXMA. SRA. PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O **GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA**, com fundamento no art. 2º, I, da lei 9.882, de 03/12/199, c/c art. 102, § 1º e 103, V, da Constituição Federal, vem à presença desta Corte Máxima apresentar

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COM PEDIDO DE LIMINAR,**

em face das violações causadas aos preceitos fundamentais da **(1)** Legalidade e Reserva Legal (art. 5º, II e 37, *caput*), **(2)** da Indisponibilidade dos Direitos Defendidos pela Fazenda Pública no Processo Trabalhista. (Art. 5º, II, c/c Art 37, caput e inciso XXI), **(3)** da Independência e Harmonia entre os Poderes (art. 2º e 60, § 4º, IIII) e **(4)** da Isonomia Entre os Jurisdicionados (art. 5º, *caput*), por força da aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 152, da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho.

**1. DO OBJETO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL**

A presente ação tem por objeto evitar e desconstituir a lesão a preceitos fundamentais gravados na Constituição Federal causada pela aplicação da aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 152, da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho, que assim versa:

152. REVELIA. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. APLICÁVEL. (ART. 844 DA CLT) (inserido dispositivo) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Pessoa jurídica de direito público sujeita-se à revelia prevista no artigo 844 da CLT. (grifo acrescido)

Referido enunciado, cuja gênese se deu em 2005, é de aplicação remansosa no âmbito da Justiça do Trabalho, tendo causado prejuízos ao Estado da Bahia em razão da confissão ficta que lhe é imposta indevidamente.

Eis um breve escorço da trilha de julgados que culminou com a edição da Orientação Jurisprudencial nº 152 SDI-1:

No caso dos autos, o que se pretende é incluir no rol dos privilégios de uma pessoa jurídica de direito público a inaplicabilidade dos efeitos de revelia e confissão.

Tais cominações de cunho eminentemente processual são inerentes ao não-comparecimento, em juízo, de uma entidade demanda, quando devidamente intimada para tal. Tem-se que q desatenção ao chamado judicial demonstra a ausência de ânimo para defender-se diante das acusações feitas por quem reclama perante a Justiça.

Dizer que a aplicação da revelia e da confissão não é compatível, que deixam de comparecer em juízo para contestar determinada ação, seria ignorar os princípios da igualdade processual, do contraditório e da ampla defesa, além de elastecer seus privilégios.

Nem mesmo a invocação dos arts. 320, II, e 351 do CPC [de 1973], sob a alegação de que deve sempre prevalecer o interesse público que resguarda o patrimônio dos entes estatais, enquadrando-o como bens indisponíveis, supera tal entendimento, uma vez que, quando o Estado contrata servidores pelo regime celetista, se equipara ao empregador comum, ficando sujeito a todas as regras inerentes às empresas privadas, inclusive a de contestar as demandas contra ele propostas. Caso contrário, a desigualdade de tratamento dispensada a essas pessoas nas reclamações trabalhistas atentariam contra a própria dialética processual, visto que tais entidades ficariam desobrigadas de responder quando demandadas em juízo.

Assim, as pessoas jurídicas de direito público, agindo como empregador comum, estão portanto, sujeitos às penas de revelia e confissão.

(Processo ERR-RR - 78223-97.1993.5.04.5555, Acórdão do TST lavrado em 20 de maio de 1996) (grifos acrescidos)

O Decreto-Lei nº 779/69 dispõe sobre a aplicação de normas processuais trabalhistas à União Federal, aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Autarquias ou Fundações de direito público que não explorem atividades econômicas. Estabelece a referida norma diversos privilégios aos entes por ela abrangidos relativamente aos processos em curso perante a Justiça do Trabalho, dentre os quais o prazo dobrado para e recurso e a dispensa de depósito recursal. Não há alusão, no mencionado diploma legal, acerca da impossibilidade de aplicação da revelia às pessoas jurídicas de Direito Público. Ampliar o elenco das prerrogativas equivale a desconsiderar o princípio constitucional da igualdade entre as partes, criando-se privilégio processual não previsto em lei.

Se, mesmo diante de todas prerrogativas legais de que dispõe o ente público, ainda assim deixa de comparecer à audiência para apresentar defesa, não há como afastar a aplicação do disposto no art. 844, da CLT.

A argumentação veiculada nos embargos de que ao agente público é vedado o direito de ‘reconhecer, confessar e transigir em relação a direitos que não lhes pertencem, mas sim à coletividade’ não conduz ao acolhimento da pretensão visto que, embora se reconheça esta circunstância, também é certo que não podem ser desconsiderados os imperativos de ordem processual específicos, que não eximem o ente público dos efeitos da revelia, no âmbito desta Justiça Especializada.

(Processo E-RR - 227835-68.1995.5.03.5555, Acórdão lavrado pelo TST em 23/11/1998) (grifos acrescidos)

Assim, a gênese de sobredita Orientação Jurisprudencial residiu nas seguintes colunas argumentativas: **(1)** as prerrogativas da fazenda pública estariam esmiuçadas no Decreto-lei nº 779/69, *locus* em que não houve menção à impossibilidade de confissão ficta nos feitos em que é demandado; **(2)** ainda que se reconheça serem os entes públicos defensores do interesse público, estes, no âmbito de questões de pano de fundo celetista, equiparam-se totalmente ao empregador privado, sob pena de ofensa à isonomia; e **(3)** mesmo em se concebendo a indisponibilidade, pelo respectivo advogado público, dos direitos controvertidos no processo laboral, haveria imperativos processuais específicos a tal seara, que não preveem expressamente a vedação à confissão ficta do poder público.

Na forma dos argumentos ao diante expostos, revela-se incompatível a assertiva contida na OJ nº 152/SDI-1/TST com os planos constitucional e legal, mormente aquele definido pela Lei 13.467/2017, que inovou na redação do art.844 da Consolidação das Leis do trabalho (CLT), para incluir limitações à antes irrestrita incidência dos efeitos da revelia no processo trabalhista.

A imputação prévia, abstrata e geral da revelia e de seus efeitos ao Poder Público - ao diante será detalhado - implica a completa chancela de condenações fictas, posto que divorciadas de qualquer prova dos autos e assentadas em juízos meramente presuntivos, contrariando o regime jurídico de responsabilização constitucionalmente estabelecido.

E neste cenário delineado pela Justiça do Trabalho na Bahia, mas que se repete nas demais cortes laborais em todo o País, haveriam de ser entendidos como indisponíveis os direitos defendidos pela Fazenda Pública.

As decisões proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho, que impõem confissão ficta às entidades públicas como alegado efeito da revelia incorporam, como premissa fundante, a OJ nº 152/SDI-1, violam a interpretação já conferida pelo Supremo Tribunal Federal aos sobreditos preceitos fundamentais.

**2. DA LEGITIMIDADE ATIVA**

De início, cumpre frisar que é patente a legitimidade ativa do Governador do Estado da Bahia para a propositura da presente ação de controle concentrado de constitucionalidade, na forma do art. 2º, da Lei nº 9.882/99, c/c art. 103, da CF/88.

A pertinência temática aqui resta evidente, porquanto a lesão aos preceitos fundamentais alhures listados tem impactado drasticamente nas finanças do Estado da Bahia, dado o número de condenações com base em premissas fáticas declaradamente presumidas em desfavor da Administração Estadual.

Em uma unidade federativa de grande dimensão territorial, como o é o Estado da Bahia, a distribuição das 88 (oitenta e oito) varas trabalhistas da 5ª Região[[1]](#footnote-1) torna impossível o comparecimento pessoal de Procuradores do Estado a todas as audiências iniciais e de instrução dos processos de seu interesse. Ainda que o corpo de Procuradores da Bahia fosse exclusivamente destinado a tal fim, seria humanamente inviável o comparecimento pessoal rotineiro a todos os referidos expedientes.

E como bem se sabe, nem mesmo no âmbito juslaboral a atuação do Estado da Bahia se resume ao acompanhamento dos feitos nas varas do trabalho (audiências inicial e de instrução), sendo necessária, também, sua atuação em Segunda Instância, Tribunal Superior do Trabalho e Supremo Tribunal Federal em processos trabalhistas. E isto – insista-se – para não mencionar as incontáveis demais áreas em que os Procuradores estaduais são chamados a defender o interesse do povo baiano.

A consequência direta de tal estado de coisas é que o Estado da Bahia, compreendida aqui a integralidade de sua Administração Direta e Indireta, sofre cotidianos prejuízos pela aplicação da confissão ficta, nos termos do art. 844, da CLT[[2]](#footnote-2).

É definitiva, pois, a repercussão da **Orientação Jurisprudencial nº 152 da Subseção de Dissídios Individuais 1 do Tribunal Superior do Trabalho** sobre a cadeia de decisões em que constam os entes da Administração Direta e Indireta estadual, constituindo verdadeira *ratio decidendi*, premissa *sine qua non* a chancelar a teia de decisões que vulneram abertamente os preceitos fundamentais supra.

Induvidosas, pois, a legitimidade ativa e a pertinência temática para a deflagração da presente arguição.

**3. DO CABIMENTO DA AÇÃO**

A arguição de descumprimento de preceito fundamental emerge no ordenamento brasileiro como remédio vocacionado a evitar a *frustração da força normativa da Constituição[[3]](#footnote-3)* resultante de atos do Poder Público e sob o signo da subsidiariedade, tal qual enuncia o art. 1º, da Lei nº 9.882/08. Consectariamente, o feixe de atos do Poder Público federal em foco, que vulnera preceitos fundamentais em prejuízo da Administração Direta e Indireta do Estado da Bahia, é sindicável na via da ADPF.

Desde longa data, doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminham no sentido de admitir o manejo da ADPF em face de atos judiciais como os presentes. Em situação análoga à dos presentes autos, aliás, já teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de conhecer do pleito em sua integridade, deferindo-o. *In verbis:*

Examino a admissibilidade da argüição (art. 4º, §1º, da Lei 9.882/1999). A autoridade argüente invoca norma constitucional que entende ser preceito fundamental relacionado aos princípios que regem a administração pública brasileira, em especial no que diz respeito à observância de normas orçamentárias. Sustenta que a esse preceito se contrapõem diversas decisões da justiça trabalhista no estado-membro. Como se vê, trata-se de alegação de ofensa a preceito fundamental decorrente de um conjunto de atos jurisdicionais do poder público federal. Está demonstrado que houve bloqueio de valores oriundos de repasses pela administração federal para a execução de convênios celebrados entre o estado-membro e entidades federais. Está também demonstrado que, pelo menos desde 2005 a justiça trabalhista sustenta o entendimento ora atacado e que, no início deste ano, no mês de fevereiro, com base nessa orientação jurisprudencial, houve 18 ordens de bloqueio (fls. 81) que incidiram sobre esses recursos destinados à construção de barragem no Estado do Piauí (conforme noticiado nas correspondências do Banco do Brasil).

(...)

Nesse caso, as ordens de bloqueio, fundadas em direitos subjetivos individuais, significam o mero retardo, por via imprópria, da execução dessas políticas públicas. Essa consideração reforça, por outro lado, a utilidade da via da ADPF para examinar em controle objetivo a contraposição institucional entre direitos individualizados à atuação do poder público, especialmente no que tange à destinação de recursos públicos. Impressiona, por último, em relação ao periculum in mora, que os valores bloqueados já passam, em sua soma, a quantia de R$ 2.000.000,00 (fls. 81), ao passo que o valor do repasse federal para a execução do convênio para a construção da barragem 'Estreito' é de R$ 5.900.000,00 (fls. 21)." (ADPF 114-MC, rel. min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgamento em 21-6-2007, DJ de 27-6-2007.) (destaques acrescidos)

O princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99[[4]](#footnote-4)), corolário da ADPF e identificado como a ausência de outro meio capaz de sanar a lesividade que se vem de combater, tem sido interpretado sob o signo da eficácia pelo Supremo Tribunal Federal, com a prudência de se perceber que o cotejo que permitirá sua utilização é de se dar com outros instrumentos processuais aptos à produção de efeitos *erga omnes* e vinculantes.

A OJ nº 152 SDI-1 ostenta grave lesão à órbita jurídica do Estado da Bahia, ao ser erigida à condição de premissa fundante de decisões da Justiça do Trabalho que têm causado condenações de modo presuntivo, bem ainda aos cânones constitucionais supra, posteriormente detalhados. Referidas decisões são proferidas incidentalmente em processos vários, promovendo instrução probatória de forma inadequada e, de conseguinte, concluindo de forma indevida pela culpa do Estado da Bahia em casos tais.

Mencione-se ainda a necessária evolução jurisprudencial, acertadamente observada no âmbito desta Corte no sentido de reputar cabível a ADPF em face de enunciado de súmula de tribunal que violem frontalmente os preceitos fundamentais, dada a própria perniciosidade tanto mais elevada de tais hipóteses. Tomada como verdadeiro nascedouro das sentenças e acórdãos que equivocadamente têm imputado condenações ao Estado da Bahia, a OJ nº 152-SDI-1 pode, nesta perspectiva, ser enfeixada como ato lesivo a preceito fundamental. É como se colhe da lição de Luís Roberto Barroso a respeito da possibilidade de cabimento da ADPF em face de atos jurisdicionais:

Relativamente aos atos jurisdicionais, deverão eles serem impugnados mediante os recursos cabíveis. Como regra, será necessário esgotá-los sem sucesso para se superar o óbice do art. 4º, § 1º, quanto à inexistência de outro meio para sanar a lesividade. Todavia, em casos gravíssimos de erros *in procedendo* e *in judicando*, com ameaça ou lesão a preceito fundamental e havendo relevância da controvérsia constitucional, não sendo possível produzir o resultado constitucionalmente adequado pelos mecanismos do processo subjetivo, será possível cogitar do cabimento de ADPF. Gilmar Mendes faz referência a duas possibilidades, coligidas na experiência alemã: lesão a preceito decorrente de mera interpretação judicial e contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial sem base legal (ou fundada em falsa base legal). De fato, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido da possibilidade de impugnação de decisões judiciais por meio de ADPF, desde que não tenham transitado em julgado.[[5]](#footnote-5)

Assim se deu, *exempli gratia*, no caso da ADPF nº 323/DF, cuja tramitação fora ilustradamente admitida, bem ainda fora deferida medida liminar por força da qual se suspendeu a tramitação de todos os processos judiciais a envolverem a aplicação da Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho.

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal admitiu a tramitação das ADPFs de nº 276 (relatora Min. Carmén Lúcia) e 304 (relator Min. Luiz Fux), todas deflagradas em face de súmulas da Corte Superior do Trabalho.

E mais recentemente, a Corte Constitucional teve ocasião de admitir, também, o processamento da ADPF nº 501/SC (relator Min. Alexandre de Moraes), deflagrada contra a Súmula nº 450 do TST e o conjunto das decisões que a incorporaram como razão de decidir. No âmbito do referido julgado, aliás, a admissão de processamento da ADPF se deu após incidente processual em que prevaleceram os votos a tanto favoráveis dos Min. Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffolli:

AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. SÚMULA 450 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. ENUNCIADO DE CARÁTER NORMATIVO. CABIMENTO. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ATENDIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

I - Viabilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada em face de enunciado de Súmula de Jurisprudência predominante editada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

II – Atendimento ao princípio da subsidiariedade, uma vez que não há instrumento processual capaz de impugnar ações e recursos que serão obstados com base em preceito impositivo no âmbito da Justiça trabalhista.

III - Agravo regimental a que se dá provimento

(Ag.Reg. na Arguição De Descumprimento de Preceito Fundamental 501 Santa Catarina Relator : Min. Alexandre de Moraes Redator do Acórdão : Min. Ricardo Lewandowski) (*grifos acrescidos*)

Assim é que se afigura evidente o cabimento da presente Ação Constitucional eminentemente contra o conjunto de decisões emanadas da Primeira e Segunda Instâncias do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região e, por consectário lógico, contra a própria OJ nº 152 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho.

A demonstrar o desacerto das decisões que emergem do silogismo invariavelmente operado a partir de sobredito Enunciado, têm-se ilustrativamente os processos em anexo. Mencione-se aqui a sentença emitida no **processo nº 0000590-13.2021.5.05.0022,** que bem evidencia o estado de coisas que ora se busca corrigir, dada a incorporação incontroversa e definitiva de premissas fáticas indicadas na peça inicial em função da declaração de revelia e consequente aplicação da confissão ficta. *In verbis:*

A Reclamante afirmou que durante todo o vínculo prestou serviços de recepcionista no SAC, órgão do Segundo Reclamado, vinculado à Secretaria de Administração do Estado da Bahia – SAEB. Postulou a responsabilização da tomadora, na forma da Súmula 331/TST.

Considerando a pena de confissão aplicada, incontroversa a prestação de serviços em favor da Segunda Reclamada.

A princípio, a situação dos autos não permite a responsabilização subsidiária, em razão do art.71, §1º da Lei 8.666/93. Neste sentido já decidiu o STF no julgamento da ADC nº 16, em que reconheceu a constitucionalidade do dispositivo em comento. Ocorre que no mesmo julgamento, o c. STF entendeu que a Administração Pública poderá ser responsabilizada se ficar demonstrada a sua culpa in vigilando , como se verifica do seguinte trecho de notícia publicada no site daquele órgão, no dia 24/11/2010:

[...] *In Omissis*

Assim, no caso dos autos, considerando a pena de confesso, presume-se que a tomadora não fiscalizou o contrato firmado, sendo aplicável a sua responsabilização subsidiária pelos créditos porventura deferidos. (grifos acrescidos)

O que se depreende é que, dado a grande quantidade de varas trabalhistas ao longo do território baiano e a consequente impossibilidade de o Ente Federativo estadual se fazer presentar em todas as audiências, a ausência a inúmeras assentadas torna-se ocorrência potencialmente cotidiana. E disto exsurgirá, para o reclamante, um direito à caracterização da responsabilização da Fazenda Pública *ex ante* e automático, eis que negligenciada a própria discussão fática que haveria de se instaurar.

A própria dinâmica do processo trabalhista, tão afeta à oralidade, o singulariza em relação ao processo cível, eis que ordinariamente não basta o oferecimento de contestação para sustar quaisquer efeitos da revelia: a presença das partes é necessária. Aqui, o mandamento do art. 844 da CLT é peremptório ao interconectar a ausência do reclamado à audiência de instrução à confissão ficta, conforme explanam Rodolfo Pamplona e Tércio Peixoto:

A revelia, no processo do trabalho, decorre do não comparecimento do reclamado à audiência, nos estritos termos do art. 844 da CLT. Assim, é fácil depreender que o consolidador exigiu a presença das partes para a audiência, cominando-lhes sérias consequências à desobediência ao in *jus vocatio*, tendo em vista, inclusive, que inexiste, no processo trabalhista, “o oferecimento da defesa antes da audiência e a fixação de prazo a partir da notificação inicial, quando seria possível ocorrer a revelia pelo decurso do prazo com silêncio do réu”, conforme aponta Ronald Amorim de Souza.

[...]

Ou seja, ausente o réu na audiência designada, impõe-se a revelia e a cominação da pena de confissão ficta, no particular. Veja-se, portanto, que o efeito fundamental da declaração de revelia, porque desencadeia todos os demais, é a confissão atribuída ao réu, por presunção dos fatos da postulação do autor.

Esta simbiose entre a revelia e a confissão veda a possibilidade de admitir-se que o réu possa escapar da consequência principal da revelia, mesmo que, em tese, o habilitasse a submeter-se a interrogatório.[[6]](#footnote-6)

Não bastasse este contexto, as decisões decorrentes da tal exegese são atacáveis por recursos dotados ordinariamente apenas de efeito devolutivo (art. 899, da CLT[[7]](#footnote-7)), o que as torna, na prática, insuscetíveis de desconstituição no âmbito da própria Justiça do Trabalho. Disto ainda advém outro prejuízo: a moldura fática que é delineada exclui, de pronto, todos os fundamentos de resistência elencados em defesa neste nível oferecidas em contestação, paralisando-lhe todos os argumentos.

Constatado que não há no plano individual-subjetivo instrumento processual apto ao desfazimento das múltiplas lesões ora enfocadas, igualmente certo é que, no plano objetivo-concentrado, a ADPF instrumenta a tutela jurisdicional apta a conferir *força normativa[[8]](#footnote-8)* aos relevantíssimos preceitos constitucionais cotidianamente violentados pela tão só existência das aludidas decisões judiciais. Em doutrina, colhe-se lição que, por pedagógica e essencialmente aplicável à espécie, ora se transcreve:

A existência de recursos e meios aptos a tutelar a parte no caso concreto não elimina a eventual necessidade de se eliminar, de forma rápida e com eficácia vinculante, violação de preceito fundamental por parte de decisão destituída de base legal ou discrepante do texto constitucional. A possibilidade de reiteração de decisões destituídas de base legal ou com conteúdo que viola literalmente preceito fundamental, a provocar a negação da Constituição e grave comprometimento da ordem e da segurança jurídicas, faz ver a necessidade de ação constitucional capaz de eliminar, de forma pronta e com eficácia obrigatória, o ato judicial violador.

Pense-se, por exemplo, em decisões proferidas em determinado Estado da Federação que, na fase de cumprimento de sentença condenatória – ser executada, de acordo com a Constituição, mediante precatório -, determinam a Municípios o imediato pagamento de quantia em dinheiro, sujeitando-os à penhora dos seus bens. É indiscutível que, nessas condições, seria possível chegar mediante recurso extraordinário no STF[[9]](#footnote-9).

Deste modo, a persistir o presente estado de coisas, em que a Justiça do Trabalho, valendo-se da OJ nº 152 da SDI-1 do TST, livremente lança condenações à Administração Direta e Indireta do Estado da Bahia, transtornos de ordem constitucional continuarão a ser causados. Flagrante, pois, a *relevância* da questão, a envolver tensionamento entre a Administração Direta e Indireta e o Poder Judiciário Federal, cuja repercussão desdobra-se, a rigor, em prejuízo de todos os entes públicos envolvidos em alguma forma de processo trabalhista no território nacional.

**4. DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VULNERADOS**

Assentado *in genere* o cabimento da ADPF para tutelar a situação em foco, passa-se aos preceitos fundamentais, que, concretamente violados, reclamam a procedência desta ação constitucional.

É certo que os preceitos fundamentais são uma moldura conceitual ainda fluida no âmbito da própria Corte Suprema, não havendo, pela própria novidade representada pela introdução da ADPF no ordenamento brasileiro, larga, sólida e decantada definição do que sejam eles. Igualmente verdadeiro, todavia, é que já se podem divisar algumas *clareiras* na acepção de tal temática.

Precedentes há, com sólido apoio em doutrina, que situam como preceitos fundamentais aqueles *elementos estruturais e axiológicos[[10]](#footnote-10),* cuja violação, por isto mesmo, representa forma ainda mais traumática e sistêmica de ofensa constitucional. Assim resultou bem fixado no primeiro julgamento de mérito de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ocasião em que o Ministro Gilmar Mendes explicitou ostentarem tal qualidade os direitos e garantias individuais e as cláusulas pétreas, todos diretamente aplicáveis à espécie[[11]](#footnote-11).

Em sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, emerge aqui como induvidosa a violação a preceitos fundantes de ordem constitucional, quais sejam: **(1)** Legalidade e Reserva Legal (art. 5º, II e 37, *caput*), **(2)** da Indisponibilidade dos Direitos Defendidos pela Fazenda Pública no Processo Trabalhista. (Art. 5º, II, c/c Art 37, caput e inciso XXI), **(3)** da Independência e Harmonia entre os Poderes (art. 2º e 60, § 4º, IIII) e **(4)** da Isonomia Entre os Jurisdicionados (art. 5º, *caput*).

**3.1. Legalidade e Reserva Legal (Art. 5º, II)**

Publicada em 25/04/2005 por meio da Resolução nº 129/2005, a Orientação Jurisprudencial nº 152 SDI-1 emerge de um contexto em que alegadamente inexistia previsão normativa quanto ao trato de direitos indisponíveis no âmbito do processo trabalhista. As decisões então lavradas, valendo-se desta suposta lacuna normativa, apontavam a possibilidade de declaração dos efeitos da revelia, notadamente a confissão ficta, em desfavor da Fazenda Pública, conforme se depreende dos julgados aludidos por ocasião do processo formativo da Orientação Jurisprudencial em comento.

A gênese de sobredita Orientação Jurisprudencial reside – repita-se - em que as prerrogativas da Fazenda Pública estariam esmiuçadas no Decreto-lei nº 779/69, no que não se incluiriam a impossibilidade de incidência de efeitos da revelia. Pressupunha-se, pois, um estado de vácuo normativo, o qual, se era discutível no longínquo ano de 2005, por certo não subsiste hodiernamente, quase duas décadas depois e à luz de tantas mudanças nos quadros normativo e jurisprudencial.

Tal cenário, sabidamente, experimentou decisivo impacto com a introdução do parágrafo 4º ao art. 844, da CLT, passando a estabelecer que, quando em discussão questões relativas a *direitos indisponíveis*, não se darão os efeitos da revelia. Eis a redação do referido preceptivo:

Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

[...]

§ 4o A revelia não produz o efeito mencionado no caput deste artigo se:

I - havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação;

II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis

III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV - as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos. (grifos acrescidos)

Inequívoca a inserção, *ex lege*, de conteúdos como fronteira aos efeitos da confissão ficta no processo do trabalho, verdadeiro exercício do que Robert Alexy chamará *de espaço epistêmico normativo[[12]](#footnote-12),* operado mediante racionalidade argumentativa e coerência. *Id est,* visando refundar as fronteiras dos efeitos da revelia, o Legislador Ordinário utilizou sua atribuição constitucional para tutelar interesses legítimos e de forma não contraditória.

Não é demais asseverar que se trata isto de verdadeira resposta legislativa ao *diálogo institucional* travado com a Justiça do Trabalho, que sucessivamente apontara a impossibilidade de aplicação do art. 320, II, do CPC de 1973, que igualmente excepcionava da incidência da revelia as hipóteses de lides relativas a direitos indisponíveis. Eis o precedente *infra*, também elencado como premissa formativa da OJ em foco:

Denota-se que a exceção do art. 320, II, do CPC é incompatível com o processos do trabalho, sem embargo de dar azo à incúria que constantemente vem ocorrendo perante esta Especializada, onde os Entes Públicos nem sempre atendem ao chamado judicial.

(E-RR - 179868-54.1995.5.02.5555, Acórdão do TST lavrado em 13 de outubro de 1997)

Inserida tal exceção no interior do próprio processo juslaboral, a persistência em um desfecho desamparado de norma jurídica, qual seja a recalcitrância na imposição de confissão ficta em face de direitos indisponíveis revela-se verdadeira prática inconstitucional.

Sobre isto, já teve esta Corte oportunidade de se posicionar, neste mesmo sentido, contra as chamadas “guerrilhas institucionais”, entendidas como desarmonia na vida institucional, minando a coesão governamental (ADPF nº 501), à evidência de que, não mais subsistindo o vácuo normativo alhures indicado, cessam as razões presuntivas que aplicavam a confissão ficta irrestritamente. Eis excerto do quanto pontuado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 501, aplicáveis à espécie *in totum*:

Tendo por parâmetros hermenêuticos esses núcleos axiológicos extraídos da Constituição Federal – separação de poderes e sistema de freios e contrapesos –, conclui-se que, nada obstante seja imprescindível a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal, o propósito de proteger o trabalhador não pode exponenciar-se a ponto de originar sanções jurídicas não previstas na legislação vigente, ante a impossibilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo.

[...]

Sob o enfoque da legalidade, portanto, importa ressaltar que a ausência de um adequado patamar de juridicidade para assentar uma obrigação (entre as quais figura a sanção) evidencia uma situação violadora do princípio da reserva legal, como bem observado pelo Procurador-Geral da República em seu parecer: [...]

Ainda no âmbito da ADPF nº 501, o Exmo. Ministro relator, Alexandre de Moraes, elenca outras situações em que, semelhantemente ao caso dos autos, a impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo conduziu a posições análogas à que ora se espera: **1)** impossibilidade de o STF tipificar condutas como ilícitos criminais, cominando-lhes penalidades (ADO 26, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJe de 6/10/2020); **2)** impossibilidade de suspensão de transferências voluntárias antes do vigência da Lei Complementar nº 141/2012 (ACO 2.075-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, DJe de 28/5/2018); **3)** impossibilidade de aplicação de sanção penal prevista no Código Eleitoral a conduta vedada meramente em resolução de TER (ADI 2.278, Redator para o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA, Pleno, DJ de 10/11/2006); e **4)** impossibilidade de veiculação de sanção, pelo IBAM, em portaria de caráter infralegal (ADI 1.823-MC Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Pleno, DJ de 16/10/1998).

Mais que isso, a persistência da atividade integrativa plasmada na OJ nº 152, da SDI-1, em clara afronta à nova redação dada art. 844 da CLT pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, ainda esbarra na vedação instituída a título de coerência e integridade buscada pela mesma lei ao art. 8º, § 2º, da Consolidação Laboral, assim posta: “*Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei*”.

Tratou-se de induvidosa e necessária aproximação entre os processos trabalhista e cível, sendo de amplo conhecimento que, no âmbito deste, a revelia não opera seus efeitos materiais em desfavor da fazenda pública[[13]](#footnote-13).

Induvidoso, pois, que a revelia terá, desde a vigência da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, restrição nas hipóteses nesta elencadas, notadamente no caso da controvérsia a respeito de *direitos indisponíveis*, conceito ao qual pertencem as discussões patrimoniais direito tutelado pela fazenda pública, o que ao diante se demonstra.

**3.1.1. Da Indisponibilidade dos Direitos Defendidos pela Fazenda Pública no Processo Trabalhista. (Art. 5º, II, c/c Art 37, *caput* e inciso XXI)**

Feitas estas considerações relativas à imposição, via preceito constitucional da legalidade (art. 5º, II), da consideração dos direitos indisponíveis como fronteira à incidência da confissão ficta, algumas ponderações são necessárias, a fim de rechaçar, em definitivo, sua irradiação em face das entidades fazendárias, à luz do regime jurídico de direito público que lhes é imposto.

Com efeito, pode-se antever alguma interpretação no sentido de que os direitos discutidos no âmbito do processo laboral seriam disponíveis pela fazenda pública, interpretação esta que se assentaria simplesmente no caráter patrimonial dos créditos trabalhistas. Tal exegese, verdadeira *paralaxe interpretativa* por vezes tida em julgados no âmbito laboral, enxerga o direito perseguido pelo reclamante trabalhista exclusivamente em seu aspecto final de sucedâneo patrimonial, olvidando todo o ciclo formativo de onde ele emerge.

Pois bem. No que toca às pessoas jurídicas de direito público, revela-se tanto mais clara a identificação do interesse por estas como sendo de caráter público, signo referencial de sua indisponibilidade por este ou aquele gestor:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade da *intentio legis.*

[...]

Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.*[[14]](#footnote-14)*

As linhas estruturais supra, das quais essencialmente não discrepa a doutrina pátria, restam presentes na atuação processual do Estado da Bahia – como sói correr nos demais entes federativos –, em que seus procuradores não possuem o poder decisório para disporem sobre direitos relativos a demandas judiciais, na forma do art. 2º, VII, da Lei Complementar Estadual nº 34/2009[[15]](#footnote-15): tal poder, o Poder Legislativo para si, gravando-lhe, pois, com a *cláusula da indisponibilidade*. É dizer, o direito defendido nas fases de conhecimento e executiva trabalhista é claramente indisponível.

Outrossim, o mecanismo de cumprimento de obrigações de pagar quantia pela fazenda pública, onde deságuam todas as discussões que tenham culminância patrimonial, é inteiramente vinculada à disciplina constitucional de precatórios e requisições de pequeno valor (art. 100, CF/88). É inimaginável, pois, que o poder público pudesse dispor, à revelia dos referidos cânones, de valores controvertidos, além das fases processuais de conhecimento e de execução, também quando do cumprimento da obrigação de pagar.

Acresça-se ainda, por sua predominância prática, que as discussões relativas à *responsabilidade subsidiária dos entes públicos em terceirização de serviços* envolvem, subjacentemente, o revolvimento da celebração de contratos administrativos, sua fiscalização e procedimentos administrativos diversos de pagamento, todos eles orientados pela *supremacia do interesse público sobre o privado,* com consequências como a *presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade*  dos atos administrativos, que em tudo singularizam tal relação, por seu iniludível regime jurídico de direito público[[16]](#footnote-16). Todas estas etapas, frise-se, de iniludível submissão ao regime jurídico de direito público, que vai desde a fase licitatória, passando à celebração do respectivo contrato administrativo de terceirização de mão-de-obra, à fiscalização de sua execução e mesmo ao padrão legal de extinção contratual.

Na referida seara da *responsabilidade subsidiária trabalhista*, a presuntividade que emerge das condenações estritamente lastreadas em *confissão ficta* (ausência de comparecimento a audiências) viola, ainda, os parâmetros fixados por esta Corte no âmbito dos precedentes da ADC nº 16/CF e no Recurso Extraordinário nº 760.931, que fixou a seguinte tese de repercussão geral (tema 246):

“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.”

Com efeito, o Poder Público, por expressa determinação constitucional, presta serviços atrelado integralmente a pressupostos constitucionais, notadamente os princípios descritos no caput do art. 37[[17]](#footnote-17), bem ainda inciso XXI[[18]](#footnote-18), todos eles servindo de parâmetros à luz dos quais particulares podem, inclusive, sindicar a gestão da *res publica.*

Exemplo bastante deste poder-dever, a chamada glosa de pagamentos, expressão do poder-dever de rejeição, por parte da Administração, da parcela do serviço que, com base em critérios editalícios e contratuais, etapa de clara demonstração de sobreposição do interesse público em face do privado.

Outrossim, é deveras simbólico o poder-dever de zelar pelo interesse público, que ganhou contornos concretos na Lei de Licitações, ante a evidência de que, além da execução das garantias firmadas, será devida a retenção dos pagamentos decorrentes do contrato até a satisfação dos prejuízos experimentados pela Administração (art. 80, III e IV, da lei nº 8.666/93 e art. 139, IV, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021)[[19]](#footnote-19).

Neste sentido, a ideia de *administração gerencial*, subjacente à constitucionalização do princípio da eficiência, com a priorização de metas que repercutam em favor da coletividade resulta plenamente desvirtuada ao se considerarem disponíveis os interesses derivados desta relação jurídica em razão de suas repercussões trabalhistas.

No que toca às empresas públicas e sociedades de economista, sua autorização, restrita constitucionalmente a hipóteses de atendimento a imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173, CF/88) é mera decorrência lógica da aferição feita pelo Legislador quando da edição de seu arcabouço legal. Por coerência e integridade do Direito, a estas também se reconhece a prestação de interesses capazes de afastarem a confissão ficta, notadamente no caso das entidades prestadoras de serviço público, fora do ambiente privado concorrencial.

Sobremais, do ponto de vista ontológico, cumpre acrescer, o crédito laboral não é diverso de tantos outros créditos alimentares discutidos nos demais ramos do Poder Judiciário, como aqueles perseguidos por servidores públicos ou indivíduos contratados para alguma forma de prestação administrativa. Em todos esses casos, tem-se sedimentado o descabimento da declaração de efeitos da revelia em desproveito dos entes de direito público.

Não há como comparar tais modelos de contratação/execução contratual àquelas livremente feitas pelos particulares. A própria feição da legalidade é diversa nos dois âmbitos, a significar condição de ação para o agente público (liberdade como ação apenas onde a Lei o permita) e como condição de restrição para o agente privado (liberdade como ação em todos os casos em que não haja vedação legal), o que bem evidencia o desacerto da equiparação do poder público aos demais empregadores privados.

Nesta linha, a respeito da necessária caracterização dos interesses defendidos pelo Poder Público como indisponíveis, em regime de precedência sobre interesses privados que lhe sejam opostos, tem-se ainda a sempre válida lição de Aristóteles em sua obra *Política*, para quem a dissolução das instituições é principiada pela inversão da referida ordem:

Pois o todo necessita preceder a parte. Pois, quando o todo for suspenso, não haverá mãos nem pés, a não ser pelo nome, tal como se alguém dissesse que uma parte é de pedra (tal parte seria destruída). E todas as coisas são definidas por sua função e capacidade, de sorte que, se não forem mais da mesma espécie, não e deve dizer que são as mesmas coisas, mas apenas os nomes.

Então, é evidente que a cidade existe por natureza e que precede o indivíduo; pois se cada um em separado não for autossuficiente, estará igualmente às outra partes em relação ao todo. Mas o ser que não for capaz de participar de uma comunidade, ou não necessitar de nada dela, em razão de sua autossuficiência, e que não faz parte da cidade, desse modo ou é um animal selvagem ou um deus.[[20]](#footnote-20) (grifos acrescidos)

Tal assertiva pousa no Direito por meio da própria *indisponibilidade do interesse público*, cujo significado para a espécie está em que, uma vez inseridos os direitos indisponíveis como fronteira para a confissão ficta no processo trabalhista, não há como reconhecer tal adjetivação a quaisquer outras hipóteses sem que, antes de tudo, seja ela dada aos casos em que o próprio Direito o fez: notadamente no caso daqueles defendidos pela Fazenda Pública.

Daí acertar Leonardo Carneiro da Cunha ao contextualizar tal juízo lógico com as agruras da condução da *res publica*:

A Fazenda Pública revela-se como fautriz do interesse público, devendo atender à finalidade da lei de consecução do bem comum. Não que a Fazenda Pública seja titular do interesse público, mas se apresenta como o ente destinado a preservá-lo. Diferentemente das pessoas jurídicas de direito privado, a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública. Daí ter se tornado jargão a afirmativa de que o Estado são todos, e não um ente destacado com vida própria.[[21]](#footnote-21)

Evidenciada a impossibilidade de declaração de confissão ficta quando a controvérsia envolver direitos indisponíveis, urge ter em vista que os direitos tutelados pelo Estado da Bahia, são indisponíveis, não se sujeitando, em qualquer hipótese, à imposição de confissão ficta, sendo inconstitucional, também por isto, a OJ nº 152, da SBDI-1 do TST.

**3.2. Da Independência e Harmonia entre os Poderes (art. 2º e 60, § 4º, IIII)**

Como bem explicitado em obra do Ministro Luís Roberto Barroso, a *divisão de funções entre os Poderes*, erigida ao posto de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III), busca evitar a um só tempo a existência de *instâncias hegemônicas,* bem como o *esvaziamento da independência orgânica dos Poderes e de suas competências típicas*[[22]](#footnote-22). É este quadro que se busca repelir na espécie.

As decisões da Justiça do Trabalho, ao irradiarem efeitos contrários à novel redação celetista, por certo subordinam de forma inadmissível o múnus constitucional do Poder Legislativo, perenizando um estado de absoluta e irrestrita aplicação prática da confissão ficta em desfavor do Poder Público.

Os atos decisórios em testilha resultam em prejuízos patrimoniais incontáveis para a Fazenda Pública estadual, que são derivados da forma ficta com que são admitidos os argumentos da reclamação trabalhista contra si ajuizada. Ao pontuarem que resultam incontroversos os fatos narrados na inicial pela simples ausência da Administração Direta e Indireta às audiências inicias ou de instrução, há indevida intervenção da Justiça do Trabalho no patrimônio dos entes públicos demandados.

Lado outro, o imprescindível dever de autorrestrição do Poder Judiciário emerge tanto mais aplicável em situações como a presente, em que o *solipsismo epistemológico* com que condenações fictas em processos trabalhistas se fazem direcionar à Administração Estadual olvidam os limites a elas impostos na nova redação do art. 844, da CLT. Atento às consequências decorrentes de tais processos interpretativos, colhe-se a seguinte lição em Lênio Luiz Streck:

Construiu-se, assim, um imaginário (gnosiológico) no seio da comunidade jurídica brasileira, com forte sustentação na doutrina, no interior do qual o ‘decidir’ de forma solipsista encontra ‘fundamentação’ – embora tal circunstância não seja assumida explicitamente – no paradigma da filosofia da consciência. Essa questão assume relevância e deve preocupar a comunidade jurídica, uma vez que, levada ao seu extremo, a lei – aprovada democraticamente – perde(rá) (mais e mais) espaço diante daquilo que ‘o juiz pensa acerca da lei’[[23]](#footnote-23).

A compreensão dos processos orgânicos do Direito demanda necessariamente a abertura cognitiva, que representa verdadeira possibilidade de ação do Poder Legislativo, instância constitucional que detém a primazia da produção normativa. Disto ainda deriva a necessidade de certo recuo metodológico, verdadeiro exercício parcimonioso de cuidado com o Estado Democrático de Direito, a fim de indagar se o panorama normativo que autorizava conclusões pela irrestrita eficácia da confissão ficta ainda se mantém, o que já se viu ter sofrido decisivo impacto legislativo. Tal cenário desafia o intérprete superar juízos formados sob a égide de modelos normativos insubsistentes, como o que ora se enxerga. A *clareira* lançada no art. 844, da CLT demanda tal esforço dos intérpretes, tarefa esta assim distinguida por Lênio Luiz Streck:

A abertura dessa clareira no Direito tem como condição de possibilidade a suspensão dos pré-juízos (pré-compreensão dos juristas), isto porque, no campo jurídico, esses pré-juízos estabelecem o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o Direito, impedindo, consequentemente, a manifestação do ser (do Direito). Nesse sentido, é preciso denunciar que a dogmática jurídica, entendida a partir do senso comum teórico, é metafísica, porque provoca o esquecimento do ser do Direito.[[24]](#footnote-24)

A introdução, pelo Poder legislativo, de novos significantes na teia de signos envolvida na presente espécie conclama, neste mesmo sentido, a que o Poder Judiciário as acolhe dê significado, providência esta decorrente dos pesos e contrapesos a que constitucionalmente submetidos. Com efeito, o próprio transcurso do tempo, no curso da qual novos signos são lançados no Direito, conclama à necessária *fusão de horizontes* entre os agentes envolvidos, o que emerge como causa e efeito da finitude e segmentação funcional dos Poderes da República, conclamando tanto mais à compreensão recíproca. A este respeito e ressaltando a importância da *fusão de horizontes* como *conversação* no contexto da hermenêutica, que pousa no diálogo construtivo do Direito, assim pontua Hans-Georg Gadamer:

[...] o significado de um texto não se pode comparar com um ponto de vista fixo, inflexível e obstinado, que coloca sempre a mesma pergunta àquele que procura compreender: como o outro pode chegar a uma opinião tão absurda? Nesse sentido, na compreensão não se trata seguramente de um “entendimento histórico” que reconstruiria exatamente o que retrata o texto. Ao contrário, pensamos compreender o próprio texto. Mas isso significa que, no re-despertar o sentido do texto já se encontram implicados os pensamentos do próprio intérprete. Nesse sentido o próprio horizonte do intérprete é determinante, mas também ele não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se verdadeiramente do que se diz no texto. Acima descrevemos isso como fusão de horizontes. Agora podemos reconhecer nisso a forma de realização da conversação, graças à qual chega a expressão uma “coisa” que não é somente minha ou de meu autor, mas uma coisa comum a ambos.[[25]](#footnote-25) (grifos acrescidos)

Uma última ponderação é ainda válida à luz da independência e harmonia entre os Poderes da República. As ordens judicias em foco trazem consigo um convite à reflexão sobre a forma com que são encaradas ordinariamente as ações da Administração Direta e Indireta aqui presentadas, com clara frustração da *força normativa* da Carta Magna. Determinar, de forma genérica, aplicação da confissão ficta a todas as lides juslaborais em que o Estado da Bahia não compareça a audiências iniciais ou de instrução implica, subjacentemente, a ideia de que a Orientação Jurisprudencial em questão seria uma potestade que não fenece, tendo supostamente adquirido vida própria, ainda quando declaradamente elidida pelo novo contexto normativo.

Mais que isso: mesmo os Poderes Legislativos Estadual e Nacional tendo decretado, nas respectivas alçadas, a indisponibilidade dos direitos vindicados em juízo pela Fazenda Pública, não podem os juízos trabalhistas negar tal condição, mormente quando o fizeram com base em argumentos inconsistentes quando de sua gênese, os quais, hodiernamente, restam expressamente repelidos da Ordem Jurídica.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, fiador máximo dos preceitos fundamentais plasmados na Constituição Federal (art. 102, § 1º), há precedentes que em situações fundamentalmente similares à ora posta fizeram prevalecer a *Divisão dos Poderes*, tal que se percebe do excerto *infra*:

AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. SÚMULA 450 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. ENUNCIADO DE CARÁTER NORMATIVO. CABIMENTO. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ATENDIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

I - Viabilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada em face de enunciado de Súmula de Jurisprudência predominante editada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

II – Atendimento ao princípio da subsidiariedade, uma vez que não há instrumento processual capaz de impugnar ações e recursos que serão obstados com base em preceito impositivo no âmbito da Justiça trabalhista.

III - Agravo regimental a que se dá provimento

(AG.REG. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 501 SANTA CATARINA, RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES) (grifos acrescidos)

A reverência ao procedimento constitucional, com a necessária preservação da independência dos órgãos e entes da Administração Direta e Indireta do Estado da Bahia, deve emergir como fronteira da constitucionalidade de quaisquer providências judiciais, reclamando, só por isto, a procedência dos pleitos ora entabulados.

**3.3. Isonomia Entre os Jurisdicionados (art. 5º, *caput*)**

Como bem se sabe, em todos os demais ramos do Poder Judiciário, reconhece-se a indisponibilidade dos direitos defendidos pelo poder público, sendo verdadeira ofensa à ideia de *Direito como integridade* a manutenção de diretriz diversa exclusivamente na seara processual trabalhista.

Invoca-se ainda aqui, no todo, o quanto pontuado no **item “3.1.1”** supra, relativamente à indisponibilidade dos direitos defendidos pela fazenda pública no processo trabalhista. (art. 5º, II, c/c art 37, caput e inciso XXI). O regime jurídico aplicável à integralidade da ação do poder público o singulariza ontologicamente em relação ao poder negocial privado, amplo por definição e submetido a balizas dever distintas. Desta feito, como decorrência da isonomia em sua faceta distintiva, que exige a impossibilidade de tratamento igual a fatispécies diversas.

Concretamente, acaso mantido o presente estado de coisas, créditos ontologicamente similares àqueles perseguidos pelos reclamantes trabalhistas não contam com esta “benesse”, reservada que fica aos juízos submetidos à sobreposição jurisdicional do Tribunal Superior do Trabalho.

Destinatários e simultaneamente titulares*[[26]](#footnote-26)* do direito fundamental ao *devido processo justo*, os entes da Administração Direta e Indireta do Estado da Bahia se defrontam com tratamento diverso no âmbito juslaboral. Isto é, pode-se concluir que todos aqueles que acionem o Poder Público no âmbito da Justiça do Trabalho, perseguindo créditos alimentares que não discrepam de enorme parte dos pleitos havidos nos demais ramos do Poder Judiciário contarão com proteção assistêmica, anti-isonômica e - insista-se - não amparada em lei.

Havendo desigualdade criada por determinado ato jurisdicional, sua legitimidade constitucional haveria de emergir justamente da fundamentação apta a demonstrar, com peso adequado, que se faz necessária tal subversão, o que não se enxerga nas hipóteses ora combatidas, em que as fundamentações alegam a mera existência da OJ nº 152, da SDI-1. Induvidoso que a tão só inexistência de fundamentação coerente com tão grave desarmonia imposta ao Poder Público estadual já espelha, de *per si*, nulidade constitucional capaz de fulminar a integral validade das providências nela contidas (art. 93, IX).

No ponto, é de se dizer que sequer há materialmente fundamentação nos referidos atos judiciais, por força da qual restassem argumentativamente secundados os preceitos fundamentais ora em comento, exigência esta indissociável à ponderação do princípio da igualdade na teoria de Robert Alexy, particularmente emblemática no ponto. *In verbis*:

De todo isto se infere a necessidade de haver uma razão suficiente que justifique uma diferenciação, e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um *problema de valoração*. Neste ponto, interessa apenas a primeira questão. A necessidade de se fornecer uma razão suficiente que justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se uma tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual. Essa ideia pode ser expressa por meio do seguinte enunciado, que é um refinamento da concepção fraca do enunciado geral de igualdade, a que se deu preferência:

(7) Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório[[27]](#footnote-27). (grifos no original)

Assim, acaso mantidos os provimentos judiciais que se vem de combater, ficaria irremediavelmente vulnerada a isonomia na espécie, porquanto condenações serão lançadas ao Erário, apenas por força da incorporação da multimencionada Orientação Jurisprudencial como premissa decisória e das condenações fictas daí derivadas. Burlada, destarte, como efeito secundário de tais decisões, fica a isonomia no que toca às lides relativas à Administração Direta e Indireta do Estado da Bahia em outros ramos do Poder Judiciário.

**4. DA NECESSÁRIA PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL. DA DESPROPORCIONALIDADE DA SOLUÇÃO ADOTADA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO.**

Lado outro, tem-se já em foco possível argumento em contrário, opondo à procedência do vertente pleito razões por certo relevantes, tais como *o acesso à justiça* (art. 5º, XXV), *a proteção ao trabalho* (art. 6º) e *aos direitos do trabalhador* (art. 7º). Uma premissa, todavia, emerge fundamentalmente indisputável: os preceitos fundamentais orientadores da atuação do Estado (*lato sensu*) não podem ser mantidos como absolutamente olvidados na presente colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, sob pena de perenizar a corrosão *da força normativa da Constituição*. Assim o é também para Robert Alexy, segundo o qual:

A todas as tentativas de suavizar o problema da colisão pela eliminação da justiciabilidade deve opor-se com ênfase. Elas são nada mais que a solução de problemas jurídico-constitucionais pela abolição de direito constitucional. Se algumas normas da constituição não são levadas a sério, é difícil fundamentar por que outras normas também não serão levadas a sério se isso uma vez causa dificuldades. Ameaça a dissolução da constituição[[28]](#footnote-28).

Não pode persistir na referida colisão de direitos fundamentais preferência *a priori* nos moldes que se tem pratica nos juízos trabalhistas, sobremodo ante a elevada densidade argumentativa que daí exsugre como necessária e a qual, repita-se, não se visualiza nos comandos jurisdicionais em litígio.

A respeito da ponderação aplicável a casos como o presente, em que há conflito entre direitos fundamentais distintos de titulares distintos, sobressai ainda mais complexa a respectiva procedimentalização. É certo, todavia, que a esta *filtragem constitucional* não resistem as decisões e Orientação Jurisprudencial em comento. Em linhas gerais, Robert Alexy demonstra que o princípio da proporcionalidade tem desdobramentos que servem para decantar as colisões entre direitos fundamentais, aqui tratados como princípios para este fim. Enuncia, pois, Robert Alexy o seguinte:

Nos princípios da idoneidade e da necessidade trata-se da otimização relativamente às possibilidades fáticas. O princípio da idoneidade exclui o emprego de outros meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir. (...)

O mesmo vale para o princípio da necessidade. Esse princípio pede, de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem P1, escolher aquele que menos intensivamente intervém em P2.[[29]](#footnote-29)

E delimitando o terceiro princípio parcelar derivado da proporcionalidade, qual seja a proporcionalidade em sentido restrito, enuncia Robert Alexy que este é o campo de atuação ponderação, assim concluindo:

Uma relação forma o núcleo da ponderação, a qual pode ser designada como “lei da ponderação” e deixa formular-se como segue:

Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

A lei da ponderação deixa reconhecer que a ponderação deixa decompor-se em três passos parciais. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A esse deve, em um segundo passo, a seguir, seguir a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo do não cumprimento do outro[[30]](#footnote-30).

Expostos já foram os preceitos fundamentais em sentido contrário, que, deixados à margem da construção da referida OJ nº 152/SDI-1 e da sua aplicação judicial em concreto, posto que não considerados por ocasião das respectivas decisões, resultam flagrantemente descumpridos no todo. O adequado cumprimento dos preceitos fundamentais ora erigidos, ademais, verte em consequências concretas, todas elas suficientemente desenvolvidas em seus desdobramentos cotidianos. Em terceiro e derradeiro arremate a título de ponderação, a impossibilidade de persistirem as sucessivas declarações de confissão ficta em desfavor da Administração Direta e Indireta, em desproveito dos preceitos fundamentais cuja lesão se fez demonstrar, deriva da inexistente prevalência ontológica dos bens jurídicos protegidos em tais decisões tão só pelo fato de que nela estão albergados.

**5. DO PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR**

Demonstrada que fora a vulneração aos preceitos fundamentais da **(1)** Legalidade e Reserva Legal (art. 5º, II e 37, *caput*), **(2)** da Indisponibilidade dos Direitos Defendidos pela Fazenda Pública no Processo Trabalhista. (Art. 5º, II, c/c Art 37, caput e inciso XXI), **(3)** da Independência e Harmonia entre os Poderes (art. 2º e 60, § 4º, IIII) e **(4)** da Isonomia Entre os Jurisdicionados (art. 5º, *caput*), por força da aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 152, da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho.

De outro lado, o *periculum in mora* resulta da contínua lesão a que estão submetidos referidos preceitos fundamentais, bem ainda aos transtornos práticos e constitucionais causados pelas decisões da Justiça do Trabalho ao longo de todo o território baiano para o Estado da Bahia. Dado o viés também preventivo da ADPF, é a presente também para fazer prevalecer a ordem constitucional, impedindo que decisões porventura ainda mais graves venham a ser proferidas nestes mesmos moldes.

Há no âmbito desta Suprema Corte deferimento, como não poderia deixar de ser, medida liminar salvaguardando os preceitos fundamentais, conforme se depreende da situação infra, similar à que se vem de tratar:

15. Ante o exposto, forte no art. 5º, §§ 1º e 3º, da Lei nº 9.882/1999, com o caráter precário próprio aos juízos perfunctórios e sem prejuízo de exame mais aprofundado quando do julgamento do mérito, defiro em parte o pedido de liminar, ad referendum do Tribunal Pleno, para:

(i) suspender, até o julgamento do mérito desta ação, os efeitos de quaisquer medidas de execução judicial de débitos trabalhistas contra a EMATRECE em que desconsiderada a sua sujeição ao regime previsto no art. 100 da Constituição da República, bem como a sua inscrição no cadastro de devedores trabalhistas (art. 1º, §§ 1º, 1º-B e 1º-C, da Resolução Administrativa nº 1.471/2011 do Tribunal Superior do Trabalho) em decorrência de tais execuções;

(ii) suspender, até o julgamento do mérito desta ação, os efeitos de todas as decisões judiciais de 1º e 2º graus no âmbito da 7ª Região da Justiça do Trabalho que tenham determinado o arresto, o sequestro, o bloqueio, a penhora ou a liberação de valores das contas administradas pelo Estado do Ceará para atender débitos trabalhistas da Empresa de Assistência Técnica e Extensão do Ceará (EMATERCE), nos casos em que, desconsiderada a sua sujeição ao regime de execução por precatórios, tenha a constrição recaído sobre numerário, em contas do Estado, alegadamente destinado à estatal; e

(iii) determinar que se proceda à imediata devolução dos recursos que não tenham sido, até a data de hoje, repassados ao beneficiários das referidas decisões judiciais.[[31]](#footnote-31)

A cada dia em que mantido o atual conteúdo de tais decisões, restam os entes do Estado da Bahia subtraídos do legítimo exercício do poder-dever que lhe impõem os já explicitados preceitos fundamentais. As consequências deste contexto vão desde as sucessivas declarações de confissão ficta, seguidas de condenações meramente presuntivas, ao insustentável estágio de exigência de comparecimento a audiências que tem sido exigido na atuação processual trabalhista do Poder Público.

**6. DOS PEDIDOS**

Por todo o exposto, o Governador do Estado da Bahia requer

a) Seja promovida a oitiva das autoridades responsáveis pelos atos, e, caso o/a i. Relator(a) considere indispensável, a manifestação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria Geral da República a respeito do pleito cautelar, na forma do art. 10 e seguintes da lei Federal nº 9.869/1999;

b) Seja concedida a liminar pelo(a) Ministro(a) Relator(a) da ação, *ad referendum* da Suprema Corte, no sentido de impor ao Tribunal Superior do Trabalho que, quanto à Administração Direta e Indireta do Estado da Bahia:

b.1.) Reconheça a indisponibilidade dos direitos defendidos pela Administração Direta e Indireta e deixe de aplicar a Orientação Jurisprudencial nº 152 (SDI-1/TST) em casos de não comparecimento a audiências iniciais e/ou de instrução, cessando qualquer declaração de confissão ficta em seu desfavor;

b.2) Subsidiariamente, que sejam suspensos todos os processo em trâmite na Justiça Trabalhista em que forem partes a Administração Direta e Indireta do Estado da Bahia com a aplicação da confissão ficta fundada na Orientação Jurisprudencial nº 152 (SDI-1/TST) até pronunciamento final a ser proferido no presente feito;

c) Seja ao final julgada procedente a presente Arguição, em decisão definitiva com efeitos *erga omnes* e vinculantes, a fim de que se determine a observância dos comandos descritos no item “b.1” e que seja reconhecida a lesão a preceitos fundamentais causada pela Orientação Jurisprudencial nº 152 (SDI-1/TST), com efeitos *erga omnes* e vinculante

d) sejam solicitadas informações à eminente Ministra Presidente do e. Tribunal Superior do Trabalho.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Salvador, 18 de março de 2023.

1. <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/vt/varas-existentes>. [Acessado em 17/02/2023] [↑](#footnote-ref-1)
2. Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. [↑](#footnote-ref-2)
3. HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. P. 9. [↑](#footnote-ref-3)
4. § 1o Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. [↑](#footnote-ref-4)
5. BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2019, págs. 388-389. [↑](#footnote-ref-5)
6. Pamplona Filho, Rodolfo e Peixoto Souza, Tercio Roberto . Curso de Direito Processual do Trabalho De acordo com as Leis n. 13.874, 2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica) e n. 13.876, de 2019 Saraiva - 2020 - 2ª edição. Págs. 518-519 [↑](#footnote-ref-6)
7. Art. 899. Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora. [↑](#footnote-ref-7)
8. HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, pág 12. [↑](#footnote-ref-8)
9. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ª. Ed. 2019, p. 1382. [↑](#footnote-ref-9)
10. BARROSO, Luís Roberto. O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 360. [↑](#footnote-ref-10)
11. ADPF 33, Voto do Min. Gilmar Mendes, DJ 06.08.2004. [↑](#footnote-ref-11)
12. ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. 4.ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 91-92. [↑](#footnote-ref-12)
13. Vide posições do Superior Tribunal de Justiça em: AgRg nos Edcl no REsp 1.288.560/MT, AgRg no REsp 1.137.177/SP e EDcl no REsp 724.111/RJ. [↑](#footnote-ref-13)
14. Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33ª ed, rev e atual – São Paulo ; Malheiros, 2016, págs. 76-77 [↑](#footnote-ref-14)
15. Art. 2º - A Procuradoria Geral do Estado, órgão diretamente subordinado ao Governador, tem por finalidade a representação judicial e extrajudicial, a consultoria e o assessoramento jurídico do Estado, competindo-lhe:

    [...]

    VII - representar o Estado nas causas em que este figurar como autor, réu, assistente ou interveniente, podendo, quando legalmente autorizada, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, conciliar, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso, adjudicar bens, condicionada, nesta última hipótese, a prévia declaração de interesse da Administração Pública, bem como requerer, quando não realizada a adjudicação dos bens penhorados, sejam eles alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária, na forma da legislação processual civil; [↑](#footnote-ref-15)
16. Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33ª ed, rev e atual – São Paulo ; Malheiros, 2016, pág. 431. [↑](#footnote-ref-16)
17. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [↑](#footnote-ref-17)
18. XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.  [↑](#footnote-ref-18)
19. “Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes conseqüências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

    (...)

    III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

    IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.” [↑](#footnote-ref-19)
20. ARISTÓTLES. Política ; tradução, introdução e notas Maria Aparecida de Oliveira da Silva. – São Paulo : Edipro, 2019, p. 34. [↑](#footnote-ref-20)
21. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A fazenda pública em juízo . – 15 ed. Ver, atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 28. [↑](#footnote-ref-21)
22. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 209-210 [↑](#footnote-ref-22)
23. STRECK, Lênio Luiz. O Que é Isto Decido Conforme Minha Consciência? . Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle. Pos. 474 [↑](#footnote-ref-23)
24. STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11 ed, rev., atual., ampl. – Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 378 [↑](#footnote-ref-24)
25. GADAMER, H.-G. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, vol. I. 15 ed. –Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, págs. 502-503 [↑](#footnote-ref-25)
26. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ª. Ed. 2019, p. 384. [↑](#footnote-ref-26)
27. ALEXY, Robert.Teoria dos Direitos Fundamentais.São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria & direito público). Tradução de Virgílio Afonso da Silva. P. 408 [↑](#footnote-ref-27)
28. ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo; org./trad. Luís Afonso Heck. -4ª ed. Ver. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 63. [↑](#footnote-ref-28)
29. ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo; org./trad. Luís Afonso Heck. -4ª ed. Ver. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 110. [↑](#footnote-ref-29)
30. ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo; org./trad. Luís Afonso Heck. -4ª ed. Ver. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 133, [↑](#footnote-ref-30)
31. [ADPF 437, rel. min. Rosa Weber , j. 28-06-2017, DJE nº 168, divulgado em 31/07/2017]. [↑](#footnote-ref-31)