

REVISTA
TRABALHISTA
Direito e Processo



REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



© Copyright
Revista Trabalhista

Revista trabalhista : direito e processo. — Ano 1, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002 -).
— Brasília : Anamatra ; Rio de Janeiro ; Forense. v. : 28 cm.

Trimestral.
Descrição baseada em: Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002).
Numeração sequencial reformulada em 2008 para: Ano 7, n. 28, não havendo interrupção.
A partir do Ano 7, n. 25 a edição está sob a responsabilidade da LTr Editora e Anamatra.
Inclui doutrina, pareceres, jurisprudência, legislação, estudos e comentários.

ISSN 1677-2784

1. Direito do trabalho — Brasil. 2. Jurisprudência trabalhista — Brasil.
3. Legislação trabalhista — Brasil. I. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).

LTr/SP

CDU 34:331 (81) (05)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir desta Revista, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei n. 9.610, de 19.2.1998).

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: **PETER FRITZ STROTBK**

Capa: **FABIO GIGLIO**

Impressão: **HR GRÁFICA E EDITORA**

© Todos os direitos reservados

LTr

EDITORA LTDA.

Rua Jaguaribe, 571 – CEP 01224-001 – Fone (11) 2167-1101
São Paulo, SP – Brasil – www.ltr.com.br

LTr 4461.4

Maio, 2011

PRESIDENTE ANAMATRA
LUCIANO ATHAYDE CHAVES

CONSELHO EDITORIAL ANAMATRA

ALEXANDRE TEIXEIRA DE FREITAS BASTOS CUNHA

Doutor pela Universidad Complutense de Madrid. Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 1ª Região – RJ. Diretor Geral da Escola da Magistratura do Trabalho da 1ª Região.

FABRÍCIO NICOLAU DOS SANTOS NOGUEIRA

Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Araucária-PR.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

Livre-docente e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté – SP. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pelo CESIT/UNICAMP. Juiz auxiliar da 7ª Vara do Trabalho de Salvador – BA. Membro do Conselho da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (desde 2004).

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Juiz titular da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba-PR.

LUIZ ANTONIO COLUSSI

Mestre em Direito Público pelo Minster UNISINOS – UPF. Juiz titular da 2ª Vara do Trabalho de Canoas – RS e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF.

REGINALDO MELHADO

Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona, com revalidação pela USP (Universidade de São Paulo). Juiz titular da 6ª Vara do Trabalho de Londrina, Professor titular da UEL (Universidade Estadual de Londrina) e Coordenador da Escola Judicial do TRT do Paraná.



Sumário

<i>Abreviaturas e siglas usadas</i>	9
<i>Opinativo — Um novo tipo de juiz</i>	11
Doutrina	
A OIT e o direito do trabalho no Brasil <i>Luiz Eduardo Gunther</i>	17
O que é Justiça, no aspecto filosófico <i>Flavio Allegretti de Campos Cooper</i>	59
A competência da Justiça do Trabalho para ações relativas à previdência complementar fechada <i>Ilse Marcelina Bernardi Lora</i>	67
Competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações regressivas acidentárias do INSS <i>Fernando Maciel</i>	77
A aparente derrota da Súmula n. 331/TST e a responsabilidade do Poder Público na Terceirização <i>Ivani Contini Bramante</i>	93
A necessária revisão da Súmula n. 331 do TST diante do novo Código Civil <i>Raimundo Simão de Melo</i>	115
Psicologia do testemunho <i>Graziella Ambrosio</i>	125
Art. 70 da Lei n. 8.666/93 e Súmula n. 331 do C. TST: poderia ser diferente? <i>Tereza Aparecida Asta Gemignani</i>	133
Interditos proibitórios e direito fundamental de greve <i>Ronaldo Lima dos Santos</i>	143

Opção insalubre e perigosa <i>Geovane de Assis Batista</i>	161
A prescrição trabalhista e a sucessão de contratos <i>Ari Pedro Lorenzetti</i>	169
A execução iluminada: o indispensável resgate da efetividade processual <i>Alexei Almeida Chapper</i>	181
O trabalhador indígena e o direito à diferença: o caminho para um novo paradigma antropológico no direito laboral <i>Jorge Luiz Machado</i>	197
Como controlar quem não é visto? Breves reflexões sobre o exercício do poder de vigilância sobre o teletrabalhador e suas implicações jurídicas <i>Karoline Marthos da Silva</i>	211
A supremacia do direito natural e a pirâmide normativa kelseniana — considerações em torno de um caso trabalhista <i>Cláudio Pedrosa Nunes</i>	223

Jurisprudência

— Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

Acórdão da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho	233
---	-----

Sentenças

25ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP	241
2ª Vara do Trabalho de Bagé – RS	249
13ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR	255
1ª Vara do Trabalho de Piracicaba – SP	263
28ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS	267
Índice Geral	277

Abreviaturas e Siglas Usadas

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADCT/ano (ano com 4 dígitos)	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
CC	Código Civil
CCB	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNC	Consolidação das Normas da Corregedoria
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
DOE	Diário Oficial do Estado
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MP	Medida Provisória
NBR	Norma Brasileira Regulamentada
OIT	Organização Internacional do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

Um novo tipo de juiz

Carlos Ayres Britto^(*)

“Não quero saber das suas leis.
Quero saber dos seus intérpretes.”

Martin Luther King

A vida é feita de pares de opostos. Como na proposição hegeliana da tese e da antítese. Por isso que a física quântica e a neurociência chegaram a uma conclusão já esperada: o cérebro humano é também dual. Binário. Ele se compõe de um hemisfério esquerdo e de um hemisfério direito, este último a aninhar o sentimento ou inteligência emocional, e, aquele, a hospedar o pensamento ou inteligência intelectual.

2. Pois bem, no hemisfério cerebral direito é que ficam os dotes do indivíduo para uma instantânea visão de conjunto da realidade. Dotes que são um misto de intuição e imaginação ou outro nome que se dê à capacidade humana de saltar para as grandes sínteses sem necessidade de análise. O que pressupõe firme disposição para o questionamento de dogmas ou mantras de qualquer procedência; olhos sempre acesos e ouvidos permanentemente abertos para o mundo circundante, como quem se disponibiliza para o recado das coisas, do cosmos, da vida; coragem para “aprender a desaprender” (Fernando Pessoa) e, assim recomeçar de um marco teórico zero, que não é outro senão a experiência do nada como ponto de partida de apreensão do real; sereno desassombro no enfrentamento das tensões existenciais da mais elevada temperatura. Tudo desaguando no estuário do mais original dos conhecimentos, que é o conhecimento *in natura* ou *de primeira mão*, na medida em que obtido num súbito de percepção. Em suma, hemisfério cerebral mais sanguineamente irrigado, porque nele é que estala o feminino raio da arte e espocam as autênticas vocações místicas.

3. Já o lado esquerdo do cérebro humano, é nele que se manifestam as nossas maiores aptidões para o focado isolamento dos fenômenos a investigar, e, nesse compartimentado âmbito de investigação, um atuar com o mais objetivo rigor de Ciência: método, pesquisa, estudo comparativo, análise, testes, reflexão, cálculo, planejamento, demonstração. Por consequência, trata-se de um laborar por forma pasteurizada ou friamente processualizada, com todas as cautelas de quem lida com peças de cristal ou artefatos de grande poder explosivo, metaforicamente falando. O que nos aquinhoa com um tipo de conhecimento indireto, também chamado de discursivo ou especulativo. Conhecimento progressivo ou por aproximações sucessivas, enfim, tão mais voltado para o valor da segurança jurídica quanto o conhecimento intuitivo-emocional se faz *vizinho de porta* de tudo que tenha gosto e cheiro de justiça material.

(*) Ministro do STF. Doutor em direito constitucional pela PUC de São Paulo. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

4. Está-se a lidar com potencialidades neurais (o sentimento faz parte do nosso estoque de neurônios, tanto quanto o pensamento) que são decisivas para a formação equilibrada de cada ser humano, e, com mais razão, daqueles profissionais que habitualmente julgam os concretos interesses de cada um desses seres humanos: os juízes. Juízes de todas as instâncias, inclusive dos mais altos tribunais. E o fato é que tais potencialidades neurais devem ser harmoniosamente integradas numa espécie de *casamento por amor* que tenha o dom de partejar o rebento da consciência. Valor agregado que resgata a inteireza do ser humano, por dotá-lo de uma visão esférica de si mesmo e de tudo o mais (sabido que na figura geométrica da circunferência estão contidos todos os ângulos). Ainda mais, consciência que se traduz naquele tão desejado “caminho do meio” a que se reportava a clássica filosofia grega; ou seja, o ponto de unidade possível entre polaridades, constituindo-se, ela, consciência, naquele tipo de inteligência que os mais aclamados físicos quânticos da atualidade chamam de “inteligência espiritual”. Danah Zohar à frente.

5. Ora, é essa inteligência espiritual, verdadeiro estado de osmose da nossa originária compostura racional com a de natureza emocional, que vai operar como uma espécie de *terceiro olho*. Mas um terceiro olho tão agudamente penetrante que vara a carne do real para radiografá-la por todos os aspectos. A traduzir um crescimento interior que já corresponde a uma transformação qualitativa do sujeito que se põe como atento observador de tudo que lhe seja externo e também interno. O que lhe possibilita *pegar carona* no movimento essencial das coisas de que a vida se compõe (“o ser das coisas é o movimento”, ensinou Heráclito) para entabular com elas um tipo de diálogo que, embora surdo, é de mútua influência. O sujeito cognoscente a não mais se separar do objeto cognoscível para neste último desencadear reações e vice-versa. O investigador humano a se entregar por inteiro aos fenômenos investigados e estes a retribuir com a revelação da inteireza do seu próprio ser a cada momento da sua cambiante *performance* telúrica.

6. Assim também é que deve ser na interação do juiz com os dispositivos constitucionais e legais a aplicar, na perspectiva do desentranhamento da norma que o caso sob julgamento vier a exigir. O juiz a se entregar por completo a essa coisa viva que é o dispositivo jurídico a interpretar, para que este se entregue por completo a ele, juiz, presenteando-o com possibilidades normativas muitas vezes tão inéditas quanto insuspeitadas (“a vida só se dá pra quem se deu”, versejou Vinícius de Moraes). Com o que esse comunicativo juiz revela, mais que linear tecnicidade, mais que descontrolado derramamento de bÍlis, a sobredita evolução como pessoa. Mudança de mentalidade, então, mais que de simples comportamento pessoal. Logo, aprimoramento do magistrado não só enquanto profissional como também na condição de ser humano à cata de sua plenitude existencial. Na linha daquela proposição espiritual que Shakespeare eternizou no juízo de que “transformação é uma porta que se abre por dentro”.

7. Esse é um novo tipo de juiz. Um juiz militantemente voltado para a conciliação dos polos da mais importante das dicotomias humanas (pensamento e sentimento), a fim de também conciliar a principal das dualidades com que profissionalmente labora: segurança e justiça material. Esta última a se fazer presente naqueles valores que mais dignificam a vida em sociedade, de que servem de amostra a moralidade administrativa e a inclusão político-civil, social e fraternal dos seres humanos. Donde já se poder falar da Democracia

de três vértices “justamente a liberal, a social e a fraternal” como um holístico “Estado de Justiça”. Algo bem mais avançado que um simplista e não raro delirantemente formalista “Estado de Direito”.

8. Enfim, estamos a falar de um novo tipo de juiz que, além de interagir dialogicamente com as normas que lhe compete aplicar no mais elevado grau das respectivas possibilidades, procura auscultar os reais anseios da sociedade para ver até que ponto eles encontram resposta em nosso ordenamento jurídico, de sorte a viabilizar a formatação de fundamentadas decisões. Com o que promove a conciliação do Direito com a própria vida. Se se prefere, um juiz que opera dentro de si a referida conciliação entre pensamento e sentimento, para poder alcançar um estado de consciência que o conduza à mais perfeita combinação entre a ciência e a arte, a firmeza e a leveza, a atenção e a descontração, o breve e o intenso. Um juiz que somente terá por questão fechada sua abertura para o novo.

Doutrina

A OIT e o direito do trabalho no Brasil

Luiz Eduardo Gunther^(*)

Resumo:

- ▶ O texto relaciona alguns desafios jurídicos localizados no fenômeno na globalização — mundialização, ressaltando os antecedentes e as razões do surgimento, da implantação e da atualidade da OIT. Examina os organismos que fazem a OIT funcionar — Conferência Internacional do Trabalho, Conselho de Administração e Repartição Internacional do Trabalho. Analisa os principais documentos normativos da OIT (Convenções, Recomendações, Resoluções e Declarações), bem como se operam os mecanismos de controle e o papel do Tribunal Administrativo da OIT. Por fim, expõe como se dá a incorporação das normas da OIT ao direito interno, relacionando algumas situações concretas de aplicação no direito brasileiro (Convenções decorrentes da Declaração da OIT de 1998, Convenções n. 132, 158 e Recomendação n. 200, especialmente).

Palavras-Chave:

- ▶ Globalização — OIT — convenções — recomendações — direitos fundamentais.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Os desafios jurídicos da globalização — mundialização
- ▶ 2. Os antecedentes e as razões do surgimento e da implantação da OIT
- ▶ 3. A estrutura organizativa da OIT
- ▶ 4. A estrutura normativa da OIT
- ▶ 5. A estrutura de controle da OIT
- ▶ 6. O tribunal administrativo da OIT
- ▶ 7. A incorporação das normas da OIT ao direito internacional
- ▶ 8. Algumas situações concretas de aplicação das normas da OIT no direito brasileiro
- ▶ 9. Referências bibliográficas

(*) Desembargador Federal do Trabalho e Diretor da Escola Judicial do TRT da 9ª Região. Professor do Centro Universitário Curitiba — UNICURITIBA. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e filiado a Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho — ALJT.

1. Os desafios jurídicos da globalização — mundialização

Tanto se usou e tanto se usa a palavra globalização (na sua origem norte-americana), ou a sua equivalente mundialização (de sentido francês), que o(s) vocábulo(s) mais parece(m) um enorme guarda-chuva com a finalidade de esclarecer todas as situações e proteger de todos os aguaceiros. Para o bem ou para o mal, quando se invoca uma dessas palavras, as explicações parecem fáceis e definitivas.

Os sentidos precisam ser melhor compreendidos, especialmente quando atingem situações jurídicas.

Para Zygmunt Bauman, “no fenômeno da globalização há mais coisas do que pode o olho apreender.”⁽¹⁾

A mudança no tamanho do poder dos Estados nacionais, a movimentação das Organizações internacionais, mas, sobretudo, o avanço das empresas multinacionais (ou transnacionais, ou supranacionais), são três das facetas visíveis que possibilitam algum entendimento do problema e das suas consequências.

Nesse cenário, o Estado soberano vê questionado o seu papel, sofrendo o impacto da relativização de suas fronteiras “e de seus mecanismos de controle sobre os bens, pessoas e relações no seu território diante da realidade internacional.”⁽²⁾ Redefine-se, desse modo, seu papel de soberania, sendo esse espaço ocupado por outros entes, como as Organizações internacionais e as empresas multinacionais.

No início do século XX podia-se afirmar que o Direito Internacional era um Direito entre Estados técnica e exclusivamente, responsável por reger as relações entre os Estados independentes. Essas definições, contudo, tornaram-se inadequadas para refletir uma realidade social e legal plural e mais complexa. Após o término

da Segunda Guerra Mundial, multiplicaram-se o número de Estados (seja pelos processos de descolonização, seja pela desintegração do bloco socialista), acentuando-se o “polimorfismo da subjetividade internacional”.⁽³⁾

Na proporção em que a subjetividade internacional deixa de ser uma qualidade exclusiva da soberania, passando a ser concebida como “um procedimento de atribuição de direitos e obrigações dentro de um ordenamento jurídico determinado”⁽⁴⁾, a sociedade internacional se abre a outros sujeitos que não são, necessariamente, idênticos quanto à sua natureza e estatuto.

Dentre esses novos sujeitos, mencionam-se, em primeiro lugar, as Organizações internacionais ou interestatais, cujo florescimento e consolidação “são característicos da sociedade internacional contemporânea”.⁽⁵⁾

Detectam-se, igualmente, no âmbito econômico e social, além disso, as chamadas forças transnacionais, ou mesmo globais, cuja tendência é escapar do controle dos Direitos internos sem penetrar ainda no Direito Internacional, tais como: “partidos políticos, associações e fundações, grupos de pressão de todas as classes, sociedades internacionais, empresas multinacionais e a gama variadíssima de organizações não governamentais (ONG) que permitem o alistamento de homens e recursos por cima ou à margem dos Estados”.⁽⁶⁾

As Organizações internacionais constituem formas institucionalizadas de cooperação pacífica entre os Estados com a finalidade de alcançar certos objetivos comuns, que vão desde a manutenção da paz e segurança no caso da ONU até o atingimento “da cooperação em diversas esferas, econômica, técnica,

(1) BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 7.

(2) OLSSON, Giovanni. *Relações internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 185.

(3) REMIRO BROTÓNS, Antonio; RIQUELME CORTADO, Rosa M.; DíEZ-HOCHLEITNER, Javier; ORISTUELA CALATAYUD, Esperanza; PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis. *Derecho internacional*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 41.

(4) *Idem*.

(5) *Idem*.

(6) *Ibidem*, p. 43.

das comunicações, ou cultural e social (FMI, OMC, UNESCO, OIT, etc.).⁽⁷⁾

Buscando esses objetivos, os Estados criam, mediante um tratado multilateral, um ente internacional, “com personalidade jurídica própria e dotado de órgãos permanentes, ao qual atribuem certas competências ou poderes jurídicos”.⁽⁸⁾

Exercendo os poderes conforme o disposto no tratado constitutivo da Organização, os órgãos dessa entidade expressam, “através de determinados atos jurídicos, a vontade da instituição, distinta da vontade dos Estados-membros que a compõem”.⁽⁹⁾

A maioria das Organizações criadas por um tratado multilateral intergovernamental, enquanto revestidas de funções no plano internacional, possuem:

- a) algum grau de personalidade internacional para os Estados-membros na citada Organização;
- b) algum grau de personalidade no pleno do Direito interno dos Estados-membros na mesma, reconhecida nos Tratados concluídos a respeito entre os Estados e as Organizações;
- c) algum grau de personalidade internacional objetiva, em razão de sua efetividade, inclusive para os Estados não membros.⁽¹⁰⁾

O papel das Organizações interestatais ou intergovernamentais amplia-se, especialmente neste novo século XXI, pela progressiva importância “na formação de agendas internacionais próprias (vinculando questões e temas, e servindo como arenas para formação de coalizões e movimentos de integração)”.⁽¹¹⁾

(7) GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis J.; SÁENZ DE SANTA MARIA, Paz Andrés. *Curso de derecho internacional público*. 6. ed. Madrid: Civitar, 1999. p. 245.

(8) *Idem*.

(9) *Idem*.

(10) RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. *Lecciones de derecho internacional público*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 141.

(11) OLSSON, Giovanni. *Op. cit.*, p. 185.

Também as Organizações não governamentais sofrem alterações no papel que desenvolvem, em cenário globalizado, afirmando-se na extensão de canais de comunicação e redes de legitimidade ao longo do globo, centradas em temas preferenciais de seus interesses específicos, tais como “as questões de preservação do meio ambiente e de elevação dos padrões de indicadores sociais”.⁽¹²⁾ Essas entidades valem-se “não apenas da condição formal de agências consultivas, em alguns casos, mas também de sua importância para a formação da opinião pública mundial”.⁽¹³⁾

Há uma frase célebre que revela, de forma absolutamente clara, como raciocinam os executivos que dirigem as empresas multinacionais: “a companhia pertence às pessoas que nelas investem — não aos seus fornecedores ou à localidade em que se situa”.⁽¹⁴⁾ Dessa maneira, Albert J. Dunlap, o “racionalizador da empresa moderna, resumiu seu credo no autocongratulante relato de suas atividades que a Times Book publicou para esclarecimento e edificação de todos os que buscam o progresso econômico”.⁽¹⁵⁾ O que esse senhor tinha em mente era, sobretudo, que os verdadeiros tomadores de decisão, as “pessoas que investem”, “têm o direito de descartar, de declarar irrelevante e inválido qualquer postulado que os demais possam fazer valer sobre a maneira como eles dirigem a companhia”.⁽¹⁶⁾

Quando se recorre a uma análise das companhias multinacionais (o modo de atuação nos diversos países onde se concentram) frente ao Direito Internacional, podem-se tecer algumas críticas, que, embora possam parecer contraditórias, exigem respostas concertadas:

- a) a criação de enclaves estrangeiros num tecido econômico mal preparado para os acolher;

(12) *Idem*.

(13) *Idem*.

(14) BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 13.

(15) *Idem*.

(16) *Idem*.

b) a habilidade para congelar as legislações nacionais e explorar as dificuldades de políticas locais;

c) a falta de respeito pelos direitos sociais ou, pelo contrário, desvio dos quadros locais por condições muito mais vantajosas;

d) o provocar da concorrência entre Estados para obter o máximo de vantagens.⁽¹⁷⁾

A verdade é que nenhum Estado está preparado para dominar totalmente esse fenômeno e o único recurso, sem dúvida, está nas normas internacionais. Quando não são os interesses materiais imediatos que orientam as escolhas dessas sociedades (vantagens fiscais, aduaneiras, etc.), será o temor das pressões que países terceiros podem exercer sobre a sociedade — mãe da companhia multinacional. Subjacente, também, ao conflito de interesses entre um Estado anfitrião e uma empresa estrangeira, “pode frequentemente ser descoberto um conflito interestatal, cuja solução não pode ser encontrada senão nas normas internacionais”.⁽¹⁸⁾

Quando se aborda o tema das empresas transnacionais (ou multinacionais) necessário se torna distinguir entre dois tipos característicos: as empresas públicas internacionais e as empresas privadas de atividade transnacional. As empresas públicas internacionais são empresas criadas por um tratado concluído por vários Estados para a realização de objetivos econômicos comuns. Sua personalidade jurídica será a que lhe confira o tratado, podendo nele estabelecer-se os privilégios e imunidades de que gozarão os Estados-membros e também “os mecanismos jurisdicionais para a aplicação do tratado, inclusive as relações entre a empresa e os Estados-membros”.⁽¹⁹⁾

(17) DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 629.

(18) *Ibidem*, p. 628-629.

(19) RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. *Op. cit.*, p. 182.

Em sentido contrário, as empresas privadas de atividade transnacional são unidades econômicas de produção e comercialização cujo âmbito de atividade não se limita por fronteiras nacionais. Na verdade, “sua disciplina e controle centralizados, junto com a possibilidade de dispor de grande quantidade de recursos, as tornam autênticos atores da vida internacional”.⁽²⁰⁾ Seu estatuto jurídico, no entanto, é praticamente inexistente no âmbito internacional. A necessidade de controlar suas atividades, de capacidade política e econômica inigualável para muitos Estados criou a pretensão de regulá-las e controlá-las, “dando lugar a uma multiplicidade de projetos, sempre malogrados, especialmente em uma atualidade política e econômica em que a liberalização aponta mais para uma desregulação”.⁽²¹⁾ De qualquer modo, nenhum dos objetivos contemplou a possibilidade de outorgar subjetividade internacional às empresas transnacionais.

Para definir-se o significado de companhia multinacional deve acentuar-se a sua diferença com as organizações não governamentais, residindo a diferença na “finalidade lucrativa das primeiras”.⁽²²⁾ Segundo o Relatório do grupo de personalidades, criado pela ONU, “as sociedades multinacionais são empresas proprietárias de instalações de produção ou de serviços ou as controlam fora do país no qual estão baseadas”.⁽²³⁾ Segundo o Relatório, essas empresas não são sempre sociedades anônimas ou sociedades privadas, elas podem ser também cooperativas ou entidades pertencentes ao Estado.

Em 1977, o Instituto de Direito Internacional adotou uma definição pela qual as empresas multinacionais, que se constituem em direito, são aquelas “formadas por um centro de decisão localizado num país e por centros de atividade, dotados ou não de personalidade jurídica própria, situados num ou em vários países”.⁽²⁴⁾

(20) *Idem*.

(21) *Idem*.

(22) DINH, Nguyen Quoc *et al. Op. cit.*, p. 627.

(23) *Idem*.

(24) *Idem*.

Não há consenso sobre a melhor terminologia a ser adotada. Usam-se, como se fossem pseudônimas, as expressões “companhia”, “empresas”, ou “sociedades”, sendo qualificadas como “multinacionais”, “internacionais”, “transnacionais”, “mundiais” e até “cosmo-sociedades”. Torna-se necessário, no entanto, refletir, sobretudo, sobre os efeitos das atividades de tais companhias, “que, pela diversidade dos seus interesses internacionais, podem tirar o melhor proveito da divisão do mundo em Estados soberanos”.⁽²⁵⁾

Não há qualquer dúvida que essas empresas (transnacionais, multinacionais) ocuparam enorme espaço no cenário internacional globalizado, pela ampla rede interconectada ao longo do mundo “e pelo extraordinário poder econômico, com capacidade ímpar na alocação de recursos naturais, energéticos, humanos e financeiros e suas implicações para as sociedades nas quais atuam”.⁽²⁶⁾ Na verdade, constituem-se nos “protagonistas que melhor manejam os descompassos entre as dimensões econômicas e sociopolíticas, sempre na maximização de seus lucros”.⁽²⁷⁾ Trata-se de observar, detidamente, que no fundo da chamada “economia globalizada irresistível” existe “uma clara opção político-ideológica em favor dos interesses de alguns, e não de todos”.⁽²⁸⁾

Durante a década dos anos setenta finalizaram-se dois processos históricos. No primeiro, a política chocou-se com limites e contradições internas e perde impulso retórico, ao ampliar-se o Estado social. No segundo, “acumularam-se as possibilidades de mudança social na interação entre investigação, tecnologia e economia”.⁽²⁹⁾

Nas discussões atuais já não se espera dos debates parlamentares, novas leis que conduzam

à “nova sociedade” senão que a “mudança se situe na microeletrônica, na manipulação genética e nos meios de comunicação”.⁽³⁰⁾

Presentemente, no lugar das utopias, aparece o enigma as consequências secundárias. A configuração do futuro deslocou-se e “já não se resolve no parlamento, nem por partidos políticos, senão nos laboratórios de investigação, nos gabinetes dos executivos”.⁽³¹⁾

Embora a questão das empresas multinacionais tenha se tornado um aspecto prioritário para as organizações universais, as inúmeras controvérsias surgidas não permitiram avançar além de estudos preliminares e algumas iniciativas normativas pontuais. Exatamente na OIT é que as iniciativas a esse respeito avançaram mais. Em 1973 um grupo de peritos sugere um estudo dos problemas sociais colocados de maneira específica pelas companhias multinacionais, por oposição às firmas nacionais. Após numerosas consultas visando identificar as verdadeiras dificuldades, o Conselho de Administração adotou (em 16.11.1977) uma Declaração Tripartite sobre os Princípios Relativos às Empresas Multinacionais e a Política Social. São cinquenta e oito (58) pontos, nesse documento, dirigindo-se aos governantes, às organizações de empregadores e de assalariados e às próprias empresas, que são convidadas a colaborar na sua aplicação. A Declaração insiste sobre a necessidade de respeitar a soberania dos Estados de acolhimento dos investimentos e os direitos do homem, referindo-se os princípios que aí são formulados “às políticas sociais, ao emprego, à formação, às condições de trabalho e de vida, às relações profissionais (liberdade sindical em particular)”.⁽³²⁾

A influência desse texto, que, como recomendação, não tem força obrigatória, surpreendentemente, ultrapassou o quadro da OIT, pois certos órgãos da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico “puderam nele

(25) *Ibidem*, p. 628.

(26) OLSSON, Giovanni. *Op. cit.*, p. 185.

(27) *Ibidem*, p. 185-186.

(28) *Ibidem*, p. 186.

(29) BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006. p. 358.

(30) *Idem*.

(31) *Idem*.

(32) DINH, Nguyen Quoc *et al.* *Op. cit.*, p. 633.

inspirar-se para colmatar lacunas dos princípios orientadores dessa organização”.⁽³³⁾

Nessa introdução, assim, observa-se como os efeitos da globalização-mundialização podem apresentar desafios jurídicos no papel dos Estados, das Organizações Internacionais ou das empresas multinacionais. E, particularmente, assinala-se o significado fundamental da OIT, nesse momento histórico, para reunir elementos de convicção, analisá-los e apresentar estudos consistentes com o objetivo de equilibrar as relações entre o capital e o trabalho, já que vivemos em mundo unipolar, com predomínio do capitalismo.

2. Os antecedentes e as razões do surgimento e da implantação da OIT

Inicialmente aborda-se quais foram os motivos mais importantes para internacionalizar a proteção do trabalhador. Tomando-se por base a OIT, constitui sua razão essencial de se internacionalizar, de forma eficaz e permanente, a proteção do trabalhador, estabelecendo um nível mínimo de benefícios que todos os países respeitem. Os motivos que justificam esse propósito podem resumir-se a cinco pontos principais:

- a) a universalidade dos problemas;
- b) o perigo da concorrência desleal entre os Estados;
- c) a solidariedade entre os trabalhadores de diversos países;
- d) o desenvolvimento da migrações;
- e) a contribuição para a paz.⁽³⁴⁾

Essas cinco razões explicam porque a ideia de formar um Direito Internacional do Trabalho; surgiu e se desenvolveu.⁽³⁵⁾

(33) *Ibidem*, p. 633-634.

(34) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los convenios internacionales del trabajo*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, 1965. p. 17-19.

(35) *Ibidem*, p. 19.

Existem, contudo, obstáculos a vencer, que dificultam o surgimento do Direito Internacional do Trabalho e que explicam a demora produzida antes de poder concretizar-se essa ideia. Esses obstáculos a vencer podem ser assim sintetizados:

- a) a variedade das condições de trabalho dos diversos países;
- b) a dificuldade para controlar a efetiva aplicação desse direito;
- c) a suscetibilidade dos legisladores de cada país, que não se resignam a limitar sua soberania em benefício de uma autoridade internacional.

Como antecedentes históricos que levaram à elaboração do Direito Internacional do Trabalho e, mesmo, ao surgimento da Organização Internacional do Trabalho, podem ser lembrados:

- a) o trabalho empreendido, na Inglaterra, por Robert Owen, desde o início do século XIX, introduzindo reformas sociais na sua fábrica em New Lanark, e invocando essa experiência para postular medidas de proteção ao trabalhador, inclusive dirigindo-se (em 1818) ao Congresso das Potências, em Aix-la-Chapelle, no sentido de que, por via internacional, melhorassem as condições de vida industrial e do trabalho;
- b) a tese de Louis Blanqui, na França, de internacionalização das leis sociais, indagando: “celebram-se entre países tratados pela matança entre homens. Por que não realizá-los hoje para preservar a vida humana e torná-la mais feliz”;
- c) a pregação de Daniel Legrand (a partir de 1841), sugerindo a instituição de “um Direito Internacional do Trabalho para proteger as classes operárias contra o trabalho prematuro e excessivo”;
- d) a Primeira Internacional Socialista (em 1864), através de Karl Marx e Friedrich Engels sustentaram a necessidade de serem internacionalizadas as medidas de proteção ao trabalho humano;

e) o movimento sindical, nascido na Inglaterra no início do século XIX e que ganhou força na Europa e nos Estados Unidos;

f) o Congresso de Berlim (em 1890), reunindo vários países da Europa, conseguiu resultados no campo internacional com a assinatura de um protocolo fixando em 14 anos a idade mínima para o trabalho de menores nas minas, além de importantes recomendações sobre aspectos da proteção ao trabalho, especialmente das mulheres e dos menores;

g) a Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII (de 1891), sugerindo a adoção pelos povos dos princípios da justiça social, para elevar-se o nível moral, intelectual e físico dos trabalhadores, além de união fraterna entre patrões e operários;

h) a Conferência diplomática de Bruxelas (de 1897), que aprovou resolução para ser criada uma repartição internacional para a proteção do trabalho;

i) a Associação Internacional para a proteção aos Trabalhadores, fundada no final do século XIX. Em 1901 instituiu-se, na Suíça, sua Oficina Permanente e em 1914, quando eclode a Primeira Guerra Mundial, já tinha 15 (quinze) seções nacionais, tendo realizado 8 (oito) reuniões internacionais, com a assinatura de duas convenções;

j) a ação sindical durante a guerra de 1914-1918, no sentido de que o futuro Tratado de Paz contivesse um capítulo atinente às normas de proteção ao trabalhador. As reuniões de Leeds (Inglaterra, 1916), Estocolmo (Suécia, 1917), Búfalo (Estados Unidos, 1917), Havre (França, 1918) e Berna (Suíça, 1919) uniram os trabalhadores do mundo civilizado em torno da reivindicação que foi, afinal, consagrada pelo Tratado de Versalhes.⁽³⁶⁾

(36) Por todos, SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. In: *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. II. p. 1.499-1.500. E mais: SÜSSEKIND,

Mas, afinal de contas, existe uma disciplina jurídica autônoma denominada Direito Internacional do Trabalho?

Arnaldo Sússekind, o autor que mais estudou e escreveu sobre o Direito Internacional do Trabalho no Brasil, conceitua-o como sendo:

O capítulo do Direito Internacional Público que trata da proteção do trabalhador, seja como parte de um contrato de trabalho, seja como ser humano, com a finalidade de: a) universalizar os princípios da justiça social e, na medida do possível, uniformizar as correspondentes normas jurídicas; b) estudar as questões conexas, das quais depende a consecução desses ideais; c) incrementar a cooperação internacional visando a melhoria das condições de vida do trabalhador e a harmonia entre o desenvolvimento técnico-econômico e o progresso social.⁽³⁷⁾

Mario de la Cueva assevera que um lugar do termo Direito Internacional do Trabalho corresponderia melhor o de Direito Universal do Trabalho, “denominação tanto mais adequada se considerarmos que a ONU não lançou uma declaração internacional dos direitos do homem, senão uma declaração universal”.⁽³⁸⁾ Por isso, esse autor, sustenta que o chamado Direito Internacional do Trabalho é um direito novo: um direito dos homens, “qualquer que seja o lugar onde se encontrem, sua nacionalidade, sua raça, seu credo ou sua doutrina

Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 81-98. Também: ZANGRANDO, Carlos. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. Tomo I, p. 321-323; PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Curso de derecho laboral*. Montevideo: Acali Editora, 1980. t. I, volume 2, p. 13-16; PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los convenios internacionales del trabajo*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, 1965. p. 23-42; HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de derecho internacional público e privado do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 86-88.

(37) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 17.

(38) DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 6. ed. México: Editorial Porrúa, 1980. t. I, p. 30.

política, um direito idêntico aos velhos direitos do homem”.⁽³⁹⁾

Nestor de Buen pondera que ao se falar de um Direito Internacional Público, que regula as relações entre os Estados soberanos ou entre estes e os Organismos internacionais e de um Direito Internacional Privado, cuja finalidade é resolver os conflitos jurisdicionais e de leis que afetam aos particulares, também deve falar-se de um Direito Internacional Social, que atenderá à criação de normas acordadas pelos Estados soberanos e pelos representantes nacionais dos setores em jogo e “cuja finalidade será de realizar os fins de justiça social no âmbito especial dos Estados-membros”.⁽⁴⁰⁾ Em lugar de usar-se essa terminologia, utiliza-se a expressão Direito Internacional do Trabalho, apesar de que suas normas vão mais além da nossa disciplina (Direito do Trabalho), ao tratar de problemas de seguridade social, que integram já outra com perfil de autonomia e que “poderá ficar compreendida na denominação genérica de “Direito Internacional Social”.⁽⁴¹⁾ Trata-se, na verdade, de um problema mais de semântica do que conceitual, segundo esse autor, asseverando que se a discrepância entre o nome e o conteúdo das disciplinas fosse uma questão de essência, há muito tempo que os civilistas teriam que buscar outro mais adequado e os penalistas um mais amplo. Por isso, e apesar das dúvidas existentes, inclina-se, também, esse doutrinador, pela expressão corrente.⁽⁴²⁾

O uso da terminologia Direito Internacional do Trabalho tradicionalmente não abarca as questões voltadas ao Direito Internacional Privado. Assim, quanto ao conflito de leis sociais-trabalhistas no espaço, a aplicação da lei nacional ou da lei estrangeira a determinado caso há de ser examinada “sempre à luz dos princípios e das regras de sobredireito que

compõe o Direito Internacional Privado, qualquer que seja o ramo do Direito a que pertençam as normas questionadas”.⁽⁴³⁾

Há, porém, quem se manifeste pela existência, já, de um Direito Internacional Privado do Trabalho, importando, no que diz respeito ao Direito do Trabalho, quanto aos conflitos privados internacionais, três principais aspectos:

- a) definir o direito material aplicável ao contrato de trabalho internacional, se o nacional ou o estrangeiro;
- b) definir qual o Estado será competente para conhecer e julgar a lide internacional;
- c) definir o direito processual que regerá eventual lide trabalhista internacional.⁽⁴⁴⁾

Nesse sentido, igualmente, Carlos Roberto Husek, quando diz que o Direito Internacional Privado aplica-se aos casos civis, comerciais e também trabalhistas, falando-se, nesse último caso, em Direito Internacional Privado do Trabalho. Esse Direito seria estritamente interno, como é o Direito Internacional Privado, aplicando, prioritariamente, a Lei de Introdução ao Código Civil para dirimir eventual conflito de leis trabalhistas no espaço: lei trabalhista no Brasil e lei trabalhista de um outro país, “ambas incidindo em um mesmo caso, tendo em vista conflito decorrente de um contrato de trabalho que um trabalhador, por exemplo, é contratado no Brasil e vai trabalhar no estrangeiro”.⁽⁴⁵⁾

Retornando, porém, ao Direito Internacional (Público) do Trabalho, por dizer respeito a OIT, torna-se imperioso verificar quais são os seus fundamentos, objetivos e instrumentos.

Os fundamentos do Direito Internacional do Trabalho, como uma das partes importantes do Direito Internacional Público, dizem respeito a razões de ordem econômica, de índole social

(39) *Idem*.

(40) DE BUEN L., Néstor. *Derecho del trabajo*. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1979. T. 1º, p. 381.

(41) *Idem*.

(42) *Ibidem*, p. 382.

(43) SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. II, p. 1.497.

(44) ZANGRANDO, Carlos. *Op. cit.*, p. 356-357.

(45) HUSEK, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 154.

e de caráter técnico. Quanto aos fundamentos de ordem econômica, dizem respeito ao nivelamento do custo das medidas sociais de proteção ao trabalho, evitando a concorrência desleal no comércio mundial. O fundamento de caráter social cinge-se à universalização dos princípios da justiça social (“o motor mais possante e permanente da regulamentação internacional do trabalho”) e da dignificação do trabalhador. Por fim, razões de ordem técnica, como as Convenções e Recomendações (elaboradas pela Conferência Internacional do Trabalho), e os estudos e investigações realizados pela OIT, constituem subsídios para a elaboração dos sistemas e normas legislativas nos diversos países.⁽⁴⁶⁾

O objeto do Direito Internacional (Público) do Trabalho consiste em tratar da proteção, universalização e normatização das atividades laborativas em nível internacional. Sua atividade normativa é exercida através dos instrumentos jurídicos seguintes:

- a) tratados bilaterais ou plurilaterais, restritos à ratificação dos Estados celebrantes;
- b) tratados multilaterais ou universais, adotados sob a denominação de “convenções”, ou “pactos”, abertos à ratificação de todos os Estados-membros da organização que os aprovou, constituindo, depois de ratificados, fontes formais de Direitos;
- c) declarações, recomendações e resoluções, que não são ratificáveis, mas constituem fontes materiais de direitos.⁽⁴⁷⁾

Através das Convenções (tratados multilaterais, universais, abertos), buscaram-se, entre outros objetivos, especialmente:

- a) universalizar as normas de proteção ao trabalho;
- b) estabelecer o bem-estar social geral;

(46) SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. II, p. 1.498.

(47) ZANGRANDO, Carlos. *Op. cit.*, p. 324.

c) evitar que razões de ordem econômica impeçam que as nações adotem e apliquem as normas tutelares dos diplomas internacionais.⁽⁴⁸⁾

Já no que diz respeito aos tratados bilaterais ou plurilaterais (de aplicação restrita aos Estados contratantes), objetiva-se o seguinte:

- a) estabelecer reciprocidade de tratamento, quanto aos problemas do trabalho, entre os nacionais dos países signatários;
- b) regular aspectos da proteção aos trabalhadores imigrantes.⁽⁴⁹⁾

Criou-se a Organização Internacional do Trabalho com a missão de buscar padrões internacionais para as condições de trabalho. Era algo que os reformadores da classe média, os partidos e os sindicatos de esquerda queriam havia muito tempo (“Dia de Oito Horas” era a grande palavra de ordem). O máximo conseguido antes da guerra, entretanto, “foram os limites para o trabalho feminino noturno e o banimento do fósforo na fabricação do palito de fósforo”.⁽⁵⁰⁾

Ao final da Primeira Guerra Mundial, em 1919, em Paris, a Conferência da Paz reuniu-se para concluir o Tratado de Versalhes, decidindo elaborar a Constituição de uma nova organização intergovernamental, “a Organização Internacional do Trabalho, que foi adotada no âmbito daquele Tratado, de que passou a constituir a Parte XIII”.⁽⁵¹⁾

O órgão plenário da entidade encontrou-se pela primeira vez em Washington, em fins de 1919, “mas a sede da OIT foi estabelecida em Genebra, onde ainda se mantém”.⁽⁵²⁾

(48) SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. II, p. 1.499.

(49) *Idem.*

(50) MACMILLAN, Margaret Olwen. *Paz em Paris, 1919: a conferência de Paris e seu mister de encerrar a grande guerra*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004. p. 111-112.

(51) CAMPOS, João Mota de (Coord.). *Organizações internacionais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 388.

(52) *Idem.*

Durante a Segunda Guerra Mundial, tendo em conta a dificuldade de reunir e funcionar eficazmente num país que se situava no coração de um continente devastado pelo conflito, “a OIT deslocou a sua sede para Montreal (Canadá), onde prosseguiu a sua atividade, ainda que limitadamente, até o fim da guerra”.⁽⁵³⁾

A Organização Internacional do Trabalho, então, nasce como consequência do acordado na Parte XIII do Tratado de Versalhes, especialmente no art. 23, pelo qual estatuiu-se que os Estados-membros da Sociedade das Nações, entidade de direito público internacional, esforçar-se-ão para assegurar condições de trabalho equitativas e humanitárias “para o homem, a mulher e a criança, em seus próprios territórios e nos países a que estendam suas relações de comércio e indústria e, com tal objetivo, estabelecerão e manterão os organizações internacionais necessárias”.⁽⁵⁴⁾

Desse modo, a OIT foi constituída dentro do seio da sociedade das Nações, no ano de 1919. Nessa época existiam dúvidas e controvérsias a propósito de sua relação, problema que desapareceu em 1946, depois da Segunda Guerra Mundial, ao desintegrar-se a Sociedade das Nações, que foi substituída pela ONU, com a qual a OIT se associou.⁽⁵⁵⁾

A Organização Internacional do Trabalho surgiu com um mínimo de agitação e fez sua primeira conferência antes do fim de 1919. Diferentemente da Liga das Nações, à qual estava vinculada, “a organização incluiu representantes alemães e também, diferentemente da Liga, sobrevive até os dias de hoje”.⁽⁵⁶⁾

O preâmbulo da Parte XIII do Tratado de Versalhes apresentou três razões fundamentais para o nascimento da OIT:

(53) *Idem.*

(54) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 104.

(55) DE BUEN L., Néstor. *Derecho del trabajo*. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1979. Tomo primeiro, p. 383.

(56) MACMILLAN, Margaret Olwen. *Op. cit.*, p. 112.

a) a Sociedade das Nações tem por objeto a paz universal, porém tal paz pode unicamente basear-se na justiça social;

b) existem no mundo condições de trabalho que implicam, para grande número de pessoas, a injustiça e a miséria, situação que põe em perigo a paz e a harmonia universais, pelo que é urgente melhorar as condições de trabalho;

c) a não observância por uma nação qualquer de um regime de trabalho realmente humano, é um obstáculo aos esforços dos povos desejosos de melhorar as condições de vida de seus trabalhadores.⁽⁵⁷⁾

A ordem do dia fixada para a Primeira Conferência Internacional do Trabalho, que se realizaria em Washington, foi a seguinte:

a) aplicação do princípio da jornada de 8 horas ou da semana de 48 horas;

b) questões relativas aos meios de prevenir a greve e de remediar suas consequências;

c) emprego das mulheres: c1) antes e depois da parte (compreendida a questão da indenização pela maternidade); c2) durante a noite; c3) nos trabalhos insalubres;

d) extensão e aplicação das convenções internacionais adotadas em Berna (1906), sobre a proibição do trabalho noturno das mulheres empregadas na indústria e a proibição do emprego do fósforo branco na indústria de pavios.⁽⁵⁸⁾

Serve para por em evidência, o detalhamento dessa ordem do dia, até que ponto se havia desejado avançar com o objetivo de acelerar as atividades da nova instituição.

Com efeito, na Primeira Reunião, realizada em Washington, em 1919, aprovaram-se as primeiras Convenções:

(57) DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 6. ed. México: Editorial Porrúa, 1980. t. I, p. 27.

(58) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los convenios internacionales del trabajo*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, 1965. p. 50.

- a) Convenção n. 1, pela qual se limitam as horas de trabalho nas empresas industriais a oito horas diárias e quarenta e oito semanais;
- b) Convenção n. 2, relativa ao desemprego;
- c) Convenção n. 3, sobre proteção à maternidade, relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto;
- d) Convenção n. 4, relativa ao trabalho noturno das mulheres;
- e) Convenção n. 5, pela qual se fixa a idade mínima de admissão das crianças aos trabalhos industriais;
- f) Convenção n. 6, relativa ao trabalho noturno dos menores na indústria.⁽⁵⁹⁾

Aprovaram-se, também, nesse período, as primeiras Recomendações da OIT, na seguinte ordem temática:

- a) Recomendação n. 1, sobre o desemprego;
- b) Recomendação n. 2, sobre a reciprocidade de tratamento aos trabalhadores estrangeiros;
- c) Recomendação n. 3, sobre a prevenção do carbúnculo;
- d) Recomendação n. 4, sobre a proteção das mulheres e das crianças contra o saturnismo;
- e) Recomendação n. 5, sobre a criação de serviço público de higiene;
- f) Recomendação n. 6, relativa à aplicação da Convenção Internacional adotada em Berna (1906) sobre a proibição do emprego do fósforo branco (amarelo) na indústria de pavios.⁽⁶⁰⁾

Com o término da Segunda Guerra Mundial, a OIT foi praticamente relançada ou, até melhor, refundada.

Em 1944, nos Estados Unidos (Filadélfia), delegações de 41 Estados-membros da OIT reuniram-se para fazer um balanço da entidade e das suas perspectivas no futuro e, mais

concretamente, “para repensar as bases em que ela deveria passar a funcionar, o que implicaria um revisão da respectiva Constituição”.⁽⁶¹⁾ Essa revisão levou-se a cabo rapidamente, com base num texto elaborado em 1942, dentro da própria entidade, e cujos termos, adotados, constituíram o texto da “Declaração de Filadélfia”, que passou a fazer parte, como anexo, do Ato Constitutivo da Organização. Em 1946, por força de um Acordo, “a OIT assumiu o estatuto de Instituição Especializada da ONU”.⁽⁶²⁾

Segundo Mario de la Cueva, esse relançamento, afinado com a nova euforia de uma segunda paz, significou, para o OIT, que sua função já não se limitaria à preparação do Direito Internacional do Trabalho, mas que seria, também, de desenvolvimento de um programa de ação social e de colaboração com todos os governos, com o objetivo de contribuir, no plano internacional, “pela melhoria das condições de vida dos homens e pela paz universal da justiça social”.⁽⁶³⁾

A Constituição da OIT, no seu Preâmbulo, considera que a paz, para ser universal e duradoura, deve assentar-se sobre a justiça social; considera 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, por fim, considera que é urgente melhorar essas condições no que se refere, exemplificativamente:

- a) à regulamentação das horas de trabalho;
- b) à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho;
- c) ao recrutamento da mão de obra;
- d) à luta contra o desemprego;
- e) à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes;

(59) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984 adoptados por la Conferencia Internacional del trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1985. p. 1-10, 13-18, 20-21, 23-29.

(60) *Ibidem*, p. 11-12, 19-22, 30-31.

(61) CAMPOS, João Mota de (Coord.). *Organizações internacionais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 389.

(62) *Idem*.

(63) DE LA CUEVA, Mario. *Op. cit.*, p. 28.

- f) à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes de trabalho;
- g) à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres;
- h) às pensões de velhice e de invalidez;
- i) à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro;
- j) à afirmação do princípio “para igual trabalho, mesmo salário”;
- k) à afirmação do princípio de liberdade sindical;
- l) à organização do ensino profissional e técnico;
- m) e outras medidas análogas.⁽⁶⁴⁾

Para Américo Plá Rodríguez essa é a enumeração das necessidades mais urgentes de atender, os temas que a OIT abordar primeiramente.⁽⁶⁵⁾ Cita Scelle, que se apóia em decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional para afirmar que esse Preâmbulo “contém a declaração internacional dos direitos do trabalhador”.⁽⁶⁶⁾

Ainda, o mesmo autor, recorda Mario de la Cueva, quando este observa que o Preâmbulo contém simplesmente um mínimo de garantias, sem que a ação internacional deva limitar-se a esse mínimo, pois a frase final indica que fez uma enunciação e não uma limitação, invocando em seu apoio a experiência, já que a OIT referiu-se a outros temas distintos dos enunciados no Preâmbulo.⁽⁶⁷⁾

Quando efetuada essa Declaração, em seu tempo, foi verdadeira e, aparentemente, completa, mas, em 1944, a OIT compreendeu que era necessário ir mais longe, porque assim o

(64) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 14.

(65) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los convenios internacionales del trabajo*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, 1965. p. 81.

(66) *Ibidem*, p. 82.

(67) *Idem*.

exigia o consciência universal. O capítulo anexo à Constituição da OIT declara que seus fins e objetivos, de acordo com o que foi aprovado em Filadélfia, proclamando, no seu item III, solenemente, que tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem:

- a) proporcionar emprego integral para todos e elevar os níveis de vida;
- b) dar a cada trabalhador uma ocupação na qual ele tenha a satisfação de utilizar, plenamente, sua habilidade e seus conhecimentos e de contribuir para o bem geral;
- c) favorecer as possibilidades de formação profissional e facilitar as transferências e migrações de trabalhadores e de colonos, dando as devidas garantias a todos os interessados;
- d) adotar normas referentes aos salários e às remunerações, ao horário e às outras condições de trabalho, a fim de permitir que todos usufruam ao progresso e, também, que todos os assalariados, que ainda não o tenham, percebam, no mínimo, um salário vital;
- e) assegurar o direito de ajustes coletivos, incentivar a cooperação entre empregadores e trabalhadores para melhoria contínua da organização da produção e a colaboração de uns e outros na elaboração e na aplicação da política social e econômica;
- f) ampliar as medidas de segurança social, a fim de assegurar tanto uma renda mínima e essencial a todos a quem tal proteção é necessária, como assistência médica completa;
- g) assegurar uma proteção adequada da vida e da saúde aos trabalhadores em todas as ocupações;
- h) garantir a proteção da infância e da maternidade;
- i) obter um nível adequado de alimentação, de alojamento, de recreação e de cultura;

j) assegurar as necessárias oportunidades para todos em matéria educativa e profissional.⁽⁶⁸⁾

Sendo uma pessoa jurídica de direito público internacional, a OIT é constituída de Estados. Segundo sua Constituição (art. 1º e parágrafos), podem ser membros da entidade:

- a) todos os Estados que já pertenciam à Organização em 1º de novembro de 1945;
- b) qualquer Estado, membro da ONU, que comunique ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho sua aceitação formal das obrigações contidas na Constituição da OIT;
- c) qualquer Estado que, embora não pertencendo à ONU, comunique ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho sua formal aceitação do contido na Constituição e tenha sua admissão aprovada por dois terços dos delegados presentes à Conferência e, bem assim, dois terços dos votos dos respectivos delegados governamentais.⁽⁶⁹⁾

Conforme Arnaldo Süssekind, o Brasil, além de membro nato, “por pertencer à OIT na precitada data (1945), foi um dos membros fundadores da Organização em 1919”.⁽⁷⁰⁾

Em 2010 a Organização Internacional do Trabalho possuía 183 (cento e oitenta e três) Estados-membros compondo sua entidade.⁽⁷¹⁾

Estão aí, em traços bem gerais, os fundamentos que levaram a ser constituída a OIT e seus desdobramentos.

Importante assinalar agora como se estrutura organizativamente a OIT.

(68) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 29-30.

(69) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. II. p. 1.509-1.510.

(70) *Ibidem*, p. 1.509.

(71) Para informações e dados atualizados consultar: a) em língua portuguesa: <<http://www.oit.org.br>> e <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/empro/lisbon/index.htm>>; b) em inglês: <<http://www.ilo.org>>; c) em espanhol: <<http://www.ilo.org/public/spanish>>.

3. A estrutura organizativa da OIT

Como se disse no item anterior, doutrinariamente considera-se a OIT uma pessoa jurídica de direito público internacional. Deve ser, contudo, lembrada a posição de Américo Plá Rodríguez no sentido de que a OIT tem suficiente significação e importância pra que seja estudada em si mesma, sem necessidade de referi-la a outros conceitos destinados a outro gênero de institutos. Considera útil, assim, agregar algumas precisões sobre as quais existe acordo unânime e de cuja consideração não se pode omitir ao descrever sua natureza jurídica. Enuncia quatro argumentos a esse respeito, que podem ser assim resumidos:

a) a OIT é uma pessoa jurídica independente. Ela surge claramente do art. 39 da Constituição, ao estabelecer que gozará de completa personalidade jurídica e, particularmente, de capacidade legal para contratar; para adquirir bens móveis e imóveis e dispor deles; e para comparecer em juízo;

b) a OIT é um organismo especializado, de acordo com as prescrições contidas no art. 57 da Carta das Nações Unidas. É essa a denominação que se atribui às instituições de direito administrativo internacional;

c) constitui uma associação de Estados de caráter federativo, o que implica, naturalmente, certa restrição da soberania de cada Estado. Essas restrições referem-se a somente um aspecto da atividade do Estado e limitam-se àquelas que surgem do texto expresso da Constituição do organismo;

d) possui uma composição tripartite, o que impede incluí-la em qualquer categoria jurídica conhecida anteriormente à sua criação. Nem de direito constitucional (Estado federal, confederação de Estados, super-Estado), nem de direito internacional (Congresso de diplomatas, comissões mistas, reunião de plenipotenciários, união internacional, etc.).⁽⁷²⁾

(72) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los convenios internacionales del trabajo*. Montevideo: Facultad de Derecho

O tripartismo é a base institucional da OIT. Entende-se por tripartismo a participação em pé de igualdade dentro dos trabalhos da OIT, não somente dos representantes governamentais, senão, também, dos empregadores e dos trabalhadores dos respectivos Estados-membros da Organização. O tripartismo mostrou ser um sistema eficaz de ação dentro da OIT e uma garantia de viabilidade na aplicação prática dos seus acordos. O tripartismo conferiu, além disso, à OIT, um ambiente de uma ativa e permanente negociação. Diversos estudos, declarações e instrumentos “precisaram e reafirmaram, por outra parte, o sentido e matizes do tripartismo no seio da Organização”.⁽⁷³⁾

No discurso dirigido à Conferência Internacional do Trabalho, em 1969, dizia Sua Santidade o Papa Paulo VI:

Nossa Carta original e orgânica faz concorrer as três forças que se movem na dinâmica humana do trabalho moderno: os homens do governo, os empregadores e os trabalhadores. E nosso método consiste em harmonizar essas três forças; não fazê-las opor-se, senão que concorrer em uma colaboração valente e fecunda através de um constante diálogo ao estudo e solução de problemas sempre emergentes e sem cessar renovados.⁽⁷⁴⁾

Alguns anos depois, Sua Santidade o Papa João Paulo II, dirigindo-se à 68ª Reunião da Conferência, celebrada em junho de 1982, fez também suas essas mesmas palavras pronunciadas anteriormente pelo Papa Paulo VI.⁽⁷⁵⁾

O art. 388 do Tratado de Versalhes estabeleceu que a organização permanente compreendia: a) uma conferência geral dos representantes dos membros; b) uma repartição internacional

do trabalho, sob a direção de um conselho administrativo.⁽⁷⁶⁾

Essa redação parecia relegar ao Conselho da Administração o posto de mero corpo diretor da Repartição, sem categoria de órgão independente. O texto da Constituição da OIT, atualmente em vigor, põe em relevo, no entanto, a verdadeira hierarquia do Conselho de Administração. Segundo o art. 2º dessa Constituição existem três órgãos fundamentais: a) a Conferência Internacional do Trabalho; b) o Conselho de Administração; c) a Repartição (Bureau) Internacional do Trabalho (RIB/BIT).⁽⁷⁷⁾

Esses três grandes órgãos equivalem ao que em uma sociedade anônima corrente são a Assembleia Geral (órgão deliberante); o Diretório (órgão diretivo) e a Gerência (órgão executivo).⁽⁷⁸⁾

A Conferência geral dos delegados, denominada Conferência Internacional do Trabalho, segundo o art. 3º da Constituição, forma-se com quatro delegados dos Estados-membros, dois dos quais serão delegados do governo e os outros dois representarão, respectivamente, aos trabalhadores e aos empresários. O art. 4º reconhece em voto a favor de cada delegado; porém, se não foi designado o delegado do trabalho ou do capital de algum Estado, aquele presente terá vez, mas não voto.⁽⁷⁹⁾

Os delegados governamentais são agentes do Estado-membro e, portanto, gozam dos privilégios diplomáticos. Os delegados setoriais não possuem o caráter de órgãos do Estado e são designados pelas organizações classistas “mais representativas, ainda quanto o ato formal de acreditá-los os leve a cabo o governo de cada país”.⁽⁸⁰⁾ Os delegados não

y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, 1965. p. 208-209.

(73) MONTT BALMACEDA, Manuel. *Principios de derecho internacional del trabajo la OIT*. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998. p. 70.

(74) *Idem*.

(75) *Idem*.

(76) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1976. p. 72.

(77) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 15-16.

(78) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Op. cit.*, p. 105-106.

(79) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 16-17.

(80) DE BUEN L., Néstor. *Derecho del trabajo*. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1979. Tomo primeiro, p. 387.

representam, estritamente, aos Estados-membros em sua totalidade. Na realidade, “somente o fazem os governamentais. Os delegados dos trabalhadores e dos empregadores somente representam a sua classe”.⁽⁸¹⁾

Cada delegado tem poder de voto individual, “e todos os votos possuem idêntico peso, a despeito da população ou importância econômica do País que representam”.⁽⁸²⁾

Todos os anos, no mês de junho, a OIT promove a Conferência Internacional do Trabalho, “uma assembleia geral na qual participam todos os Estados-membros”.⁽⁸³⁾

Todos os delegados desfrutam dos mesmos direitos e podem expressar-se com inteira liberdade, “bem como votar de acordo com o seu conhecimento das matérias e consciência, mesmo de forma oposta aos demais delegados e representantes do próprio Estado”.⁽⁸⁴⁾ Os delegados, ainda, podem ser acompanhados por conselheiros técnicos, “sendo que o Ministro de Estado responsável pela pasta do trabalho de cada país também pode assistir à Conferência e, se for o caso, intervir no debate”.⁽⁸⁵⁾

Compete à Conferência Internacional do Trabalho essencialmente o seguinte:

- a) adotar convenções e recomendações, atos de caráter normativo que adiante serão analisados;
- b) controlar a aplicação pelos Estados-membros das normas internacionais do trabalho constantes das convenções e recomendações;
- c) deliberar sobre a admissibilidade de novos Estados-membros (por maioria de dois terços dos delegados);
- d) aprovar o orçamento da Organização;

(81) *Idem*.

(82) ZANGRANDO, Carlos. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. Tomo I, p. 326.

(83) *Idem*.

(84) HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 96.

(85) *Idem*.

e) nomear os juizes do Tribunal Administrativo da OIT;

f) apreciar o relatório do Diretor-Geral da Repartição (Bureau) Internacional do trabalho (RIT/BIT).⁽⁸⁶⁾

O Conselho de Administração compõe-se de 56 (cinquenta e seis) pessoas, sendo 28 (vinte e oito) representantes dos Governos, 14 (catorze) representantes dos empregadores e 14 (quatorze) representantes dos empregados. Dos vinte e oito representantes dos Governos, dez serão nomeados pelos Estados-membros de maior importância industrial e dezoito serão nomeados pelos Estados-membros designados para esse fim pelos delegados governamentais da Conferência, excluindo-se os delegados daqueles dez membros acima mencionados.⁽⁸⁷⁾ Atualmente os Estados considerados de maior importância industrial são (em ordem alfabética): Alemanha, Brasil, China, Estados Unidos, França, Índia, Itália, Japão, Reino Unido e Rússia.⁽⁸⁸⁾ Os representantes dos empregadores e dos empregados serão, respectivamente, eleitos pelos delegados dos trabalhadores à Conferência.⁽⁸⁹⁾ Os dez representantes dos governos designados pelos Estados de maior importância industrial são permanentes, os demais são renovados de três em três anos.⁽⁹⁰⁾

O Conselho de Administração é um órgão que administra, sob forma colegiada, a OIT, reunindo-se em Genebra três vezes ao ano (fevereiro-março, maio e novembro), resumindo-se suas atividades da seguinte forma:

(86) CAMPOS, João Mota de (Coord.). *Organizações internacionais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 395-396.

(87) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. (art. 7º da Constituição da OIT, itens 1 e 2), p. 17.

(88) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. II. p. 1.512.

(89) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. (art. 7º da Constituição da OIT, item 4), p. 17.

(90) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. *Op. cit.*, p. 1.512-1.513.

- a) promover o cumprimento das deliberações da Conferência;
- b) supervisionar as atividades da Repartição (Bureau) Internacional do Trabalho e designar o Diretor-Geral desse órgão;
- c) escolher a ordem do dia das sessões da Conferência;
- d) elaborar o projeto de orçamento da organização;
- e) criar comissões especiais para o estudo de determinados problemas incluídos na jurisdição da Organização.⁽⁹¹⁾

Assevera Arnaldo Süssekind que determinadas questões da competência do Conselho de Administração da OIT são examinadas, de modo preliminar, por Comissões que integram sua estrutura, sendo os respectivos relatórios submetidos, depois, ao Pleno do Órgão, a quem cabe adotar as resoluções propostas, ou, simplesmente, tomar nota dos relatórios. As Comissões são de/sobre:

- a) Programa, Orçamento e Administração;
- b) Programas de Atividades Práticas;
- c) Atividades Industriais;
- d) Organismos Internacionais;
- e) Regulamento e Aplicação de Convenções e Recomendações;
- f) Liberdade Sindical;
- g) Rateio de Contribuições;
- h) Discriminação.⁽⁹²⁾

A Repartição (Bureau) Internacional do Trabalho (RIT/BIT) é um órgão permanente, previsto nos arts. 8º a 10º da Constituição da OIT. Funciona como Secretariado da Organização. Surge como coração e motor da OIT,

(91) SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. II, p. 1.512-1.514; e, também SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 159-169.

(92) SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. II, p. 1.513.

pois assegura o funcionamento dos respectivos serviços técnicos e burocráticos, que dele dependem, e mantém delegações permanentes por todo o mundo — o que, permitindo uma certa descentralização de determinadas atividades, “lhe permite manifestar uma presença ativa nos domínios em que exerce suas funções”.⁽⁹³⁾

De um modo geral, a Repartição terá qualquer faculdade e obrigação que a Conferência ou o Conselho de Administração considera conveniente encomendar-lhe (art. 10 da Constituição da OIT).

Reservando-se as instruções que pode dar-lhe o Conselho de Administração, a Repartição tem as seguintes atividades principais:

- a) preparar os documentos sobre os diversos pontos da ordem do dia das reuniões da Conferência;
- b) prestar aos governos, quando estes lhes solicitarem, toda a ajuda possível para elaborar uma legislação baseada nas decisões da Conferência e para melhorar as práticas administrativas e os sistemas de inspeção;
- c) cumprir, de conformidade com as disposições da Constituição, os deveres que lhe incumbam relativamente a aplicação efetiva das Convenções;
- d) redigir e editar, nos idiomas que o Conselho de Administração estime conveniente, publicações sobre questões relativas à indústria e ao trabalho que tenham interesse internacional.⁽⁹⁴⁾

A Repartição é chefiada por um Diretor-Geral designado pelo Conselho de Administração e que perante este responde, seja pela utilização dos fundos da Organização (art. 15, § 5º), seja no que respeita ao conjunto das tarefas a seu cargo. Eleito por cinco anos, é assistido por dois Diretores-Gerais Adjuntos e

(93) CAMPOS, João Mota de (Coord.). *Organizações internacionais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 398.

(94) MONTT BALMACEDA, Manuel. *Principios de derecho internacional del trabajo la OIT*. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998. p. 107.

dois Sub-Diretores Gerais. São, uns e outros, personalidades que gozam do estatuto de funcionários internacionais, cuja competência específica é condição de sua nomeação e “cuja independência no exercício das suas funções os Estados-membros estão obrigados a respeitar, não procurando influenciá-los de modo algum no desempenho das respectivas atribuições”.⁽⁹⁵⁾

A repartição Internacional do Trabalho (que em espanhol se diz *La Oficina Internacional del Trabajo*) constitui-se em instrumento de trabalho técnico e científico que tem a seu cargo a relação entre a Organização e os governos dos Estados-membros, “as entidades profissionais de trabalhadores e empregadores e a opinião pública e é, fundamentalmente, o órgão de preparação das Conferências”.⁽⁹⁶⁾

Em síntese, a Repartição (Bureau) “é o motor da instituição, a força que impulsiona seus fins e realiza uma parte importante deles”.⁽⁹⁷⁾

Assim, a voo de pássaro, resumidamente, os órgãos vitais da OIT, como se compõe e como funcionam. Passa-se agora a verificar como funciona a estrutura normativa da OIT.

4. A estrutura normativa da OIT

O art. 19 da Constituição da OIT dispõe que, se a Conferência Internacional do Trabalho pronunciar-se pela aceitação de propostas relativas a um assunto na sua ordem do dia, deverá decidir se essas propostas tomarão a forma de uma Convenção, ou de uma Recomendação (nesta hipótese, quando o assunto tratado, ou um dos seus aspectos não permitir a adoção imediata de uma Convenção). Em ambas as situações, para que uma Convenção ou uma Recomendação seja aceita em votação final pela Conferência, são necessários dois terços dos votos presentes. O Diretor-Geral

da Repartição remete a cada um dos Estados-membros uma cópia autêntica da Convenção ou da Recomendação.⁽⁹⁸⁾

A todos os Estados-membros será dado conhecimento da Convenção para fins de ratificação. Cada um dos Estados-membros tem o compromisso de submeter, dentro do prazo de um ano (a contar do encerramento da sessão da Conferência), a Convenção à autoridade competente sobre a matéria, a fim de que esta a transforme em lei ou tome medidas de outra natureza. Também quanto à Recomendação, será dado conhecimento a todos os Estados-membros para que a considerem, atendendo à sua efetivação por meio de lei nacional ou por qualquer outra forma. Igualmente todos os Estados-membros terão o prazo de um ano, após o encerramento da sessão da Conferência, para submeter a Recomendação à autoridade competente para que esta a transforme em lei ou tome medidas de outra natureza.⁽⁹⁹⁾

As Convenções, na verdade, constituem tratados-leis de caráter multilateral. É um tratado-lei porque dele emanam normas jurídicas de caráter geral, aplicáveis indefinidamente em todos os Estados que aderirem à Convenção. Não se criam normas jurídicas particulares suscetíveis de esgotar-se por sua só aplicação em um caso concreto. É de caráter multilateral porque a ela se podem aderir muitos Estados.⁽¹⁰⁰⁾

Dessa dupla característica (tratado-lei/multilateral) surge o desdobramento da elaboração da Convenção em dois momentos ou atos:

- a) a criação da norma jurídica internacional, ou seja, o ato-regra realizado pela Conferência Internacional ao aprovar por dois terços de votos o texto de uma Convenção;
- b) o ato-condição realizado a partir de cada Estado-membro ao ratificar a Convenção, pelo qual se compromete a submeter-se a ele,

(95) CAMPOS, João Mota de (Coord.). *Op. cit.*, p. 398.

(96) DE BUEN L., Néstor. *Derecho del trabajo*. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1979. t. 1º, p. 389.

(97) DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 6. ed. México: Editorial Porrúa, 1980. t. I, p. 36.

(98) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 21.

(99) *Ibidem*, p. 21-22.

(100) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los convenios internacionales del trabajo*. *Op. cit.*, p. 296.

nascendo desde esse momento a obrigatoriedade da norma, contanto que se tenham cumprido as condições estipuladas no ato-regra (determinado número de ratificações, transcurso de certo prazo, etc.).⁽¹⁰¹⁾

Já a Recomendação tem um papel acessório, definido a partir do princípio geral segundo o qual adota-se essa forma quando o objeto tratado não se preste a adoção imediata de uma Convenção. Distinguem-se três funções principais da Recomendação:

a) é uma forma mais apropriada quando um tema ainda não está maduro para adotar-se uma Convenção, e a Recomendação, derivada da autoridade da Conferência, contribui para a criação de uma consciência social comum, abrindo espaço para que se adote posteriormente uma Convenção a respeito;

b) uma segunda função é a de servir de complemento a uma Convenção, podendo ser útil para inspirar os governos, porém sem o mesmo caráter obrigatório que os termos de uma Convenção;

c) a Recomendação tem um valor intrínseco em um certo número de casos: quando as normas que contém possuem um caráter técnico detalhado, isso pode ser útil às administrações nacionais, contribuindo para a elaboração de uma legislação uniforme sobre a matéria, deixando, no entanto, a possibilidade de implementarem-se adaptações conforme a necessidade dos países; a mesma coisa acontece quando a Recomendação trata de questões nas quais as situações e as práticas variam, de tal maneira, que um país a outro que dificilmente poder-se-ia pensar em compromissos internacionais estritos a respeito das medidas preconizadas.⁽¹⁰²⁾

Quando ratificadas pelo Brasil, as Convenções da OIT constituem autênticas fontes formais

(101) *Idem*.

(102) VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Trad. Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977. p. 234-236.

de direito. Entretanto, as Recomendações aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho atuam apenas como “fontes materiais de direito, porque servem de inspiração e modelo para a atividade legislativa”.⁽¹⁰³⁾

O Código Internacional do Trabalho, editado pela OIT, em seu anexo, ao tratar da natureza e fundamento constitucional das Convenções e Recomendações, distingue-as assim: a) as Convenções são instrumentos que criam obrigações jurídicas ao serem ratificadas; b) as Recomendações estão abertas à ratificação, apenas sinalizando pautas para orientar a ação nacional e para a legislação e prática nacionais.⁽¹⁰⁴⁾

Entre as Convenções e Recomendações podem ser encontradas analogias e diferenças. As principais analogias são as seguintes:

a) tanto as Convenções como as Recomendações constituem fonte de direito internacional do trabalho, enquanto ambos instrumentos representam normas adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho destinadas a ser incorporadas à institucionalidade dos Estados-membros (Convenções) ou simplesmente a orientar dita institucionalidade (Recomendações);

b) ambas geram certas obrigações similares para os Estados, tais como: b1) submeter o instrumento à autoridade ou autoridades a quem compete o assunto, para o efeito de que dê em forma de lei ou adotem outras medidas; b2) dever de informar ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho sobre as medidas adotadas para submeter o instrumento às autoridades competentes, comunicando-lhes, ao mesmo tempo, os dados relativos à autoridade ou autoridades competentes e as medidas por elas adotadas;

(103) SÚSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. v. 1, p. 336.

(104) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984 adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1985. p. 1.735.

b3) informar ao Diretor-Geral da Repartição sobre o estado da legislação interna e a prática no que diz respeito aos assuntos tratados no instrumento, precisando em que medida se põe ou se propõe a por em execução as disposições do mesmo.⁽¹⁰⁵⁾

Mas existem, também, diferenças substanciais entre essas normativas da OIT:

- a) a Convenção constitui uma forma de tratado internacional, não assim a Recomendação;
- b) a Convenção pode ser, por conseguinte, objeto de ratificação pelo correspondente Estado-membro, logicamente, não pode ocorrer com uma Recomendação;
- c) ratificada uma Convenção, o Estado-membro “adotará medidas necessárias para tornar efetivas suas disposições.” Sendo improcedente a ratificação de Recomendações, não regula pois, a seu respeito, dita obrigação por parte dos Estados-membros;
- d) enquanto que no caso das Convenções podem apresentar-se diversos problemas de interpretação, entrada em vigor, denúncia, revisão e efeitos no caso de retirada de um Estado da OIT, todos derivados da ratificação do instrumento, nenhuma dessas situações tem lugar no caso das Recomendações.⁽¹⁰⁶⁾

Nicolas Valticos entende residir a diferença entre esses dois instrumentos no aspecto relativo à eficácia, uma vez que, por definição, uma Recomendação não pode ser objeto de compromissos internacionais e que os Estados dispõem da margem que desejem para dar-lhes o efeito que julguem oportuno, embora estejam obrigados a submeter tanto as Recomendações, como as Convenções, às autoridades nacionais competentes, informando sobre a execução dessa obrigação e sobre o curso dado a tal ou qual Recomendação.⁽¹⁰⁷⁾

(105) MONTT BALMACEDA, Manuel. *Op. cit.*, p. 134-135.

(106) *Ibidem*, p. 135.

(107) VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Trad. Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977. p. 234-236.

Importante ressaltar o equívoco já cometido no Brasil de ratificar uma Recomendação. Como diz Francisco Rezek, não há inconveniente algum que o governo envie ao Congresso o texto dessas Recomendações, que pretendem operar como fonte de inspiração legislativa. O erro é “recebê-las como se fossem tratados, e em aprová-las por decreto legislativo, como que supondo possível a sua ratificação”.⁽¹⁰⁸⁾

Conforme orienta Sergio Pinto Martins, apesar de a Recomendação não precisar ser aprovada ou promulgada, o Decreto n. 3.597, de 12.1.2000, promulgou a Recomendação n. 190 da OIT. O Decreto Legislativo n. 51, de 30.6.1974, aprovou a Recomendação n. 139 da OIT.⁽¹⁰⁹⁾

As Convenções, insista-se, equivalem a um tratado celebrado entre Estados; as Recomendações, entretanto, são simples sugestões que se dirigem aos Estados-membros pra que, se aceitas, se formule um projeto de lei.⁽¹¹⁰⁾

O art. 19 da Constituição da OIT estabelece as diferenças entre as Convenções e as Recomendações: a primeira é o equivalente a um tratado celebrado pelos Poderes Executivos dos Estados-membros, e deve ser aceita ou recusada em seus termos, sem que possam introduzir-se nela modificações. Ao contrário, a Recomendação é uma sugestão que se dirige aos Estados-membros com o objetivo de que, se aceita, formule-se um projeto de lei, em harmonia com ela, para ser discutido pelo Poder Legislativo. Essas diferenças podem ser resumidas em uma fórmula, segundo Mario de la Cueva, que parece apropriada: “a Convenção, ratificada pelo órgão competente do Estado-membro, converte-se, automaticamente, em direito positivo, enquanto a Recomendação necessita de uma lei posterior que positive seus princípios”.⁽¹¹¹⁾

(108) RESEK, J. F. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 159.

(109) MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 107.

(110) DE BUEN L., Néstor. *Derecho del trabajo*. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1979. t. 1º, p. 390.

(111) DE LA CUEVA, Mario. *Op. cit.*, p. 36-37.

Além das Convenções e Recomendações existem outros atos que podem ser adotados pela Conferência Internacional do Trabalho. Esses atos, de diferente designação e natureza, são adotados para responder a questões surgidas em seu seio e que justifiquem a sua intervenção. Esses outros atos melhor se adaptam a problemas que se propõe a enfrentar e que podem não justificar, ou não justificam, ainda, seja aprovada uma Convenção ou, mesmo, uma Recomendação a respeito. Denominam-se esses atos de Declarações ou de Resoluções, de alcance atualmente pouco preciso, quando a OIT se pronuncia “sobre questões complexas que ainda não surgem suficientemente amadurecidas para poderem ser objeto de um ato normativo constringente”.⁽¹¹²⁾

As Resoluções adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho representam, em geral, valiosas pautas destinadas a orientar os Estados e a própria OIT, em matéria de sua competência. Algumas dão lugar a árduas discussões no seio da Conferência; outras constituem verdadeiros princípios para os órgãos de fiscalização da OIT, como sucedem, por exemplo, com as Resoluções adotadas nas Conferências de 1952 e 1970 e que versaram, respectivamente, “sobre a independência do movimento sindical e sobre os direitos sindicais e suas relações com as liberdades civis”.⁽¹¹³⁾

Tanto as Resoluções quanto as Declarações da OIT, embora regularmente aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho, não possuem regramento definindo o alcance que têm. A característica comum que revelam é serem atos unilaterais de uma Organização Internacional. Para além dessa constatação, a incerteza terminológica e a ambiguidade conceitual são a regra.

Não se pode deixar de reconhecer, por outro lado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em dezembro de 1948, como uma declaração

universal de suprema hierarquia que, apesar de não ratificável, consagra direitos humanos fundamentais, os quais são conceituados pela doutrina na categoria dos direitos naturais ou supraestatais.

As *Resoluções Internas* da OIT (*ad intra* — atos autonormativos), aprovados pela Conferência Internacional do Trabalho em *quorum* simples (metade mais um dos presentes), são juridicamente obrigatórias, *fontes de direito interno* (não dependendo do consentimento dos Estados-membros), na qualidade de seus destinatários, por se tratarem de atos autônomos), sendo indispensáveis para assegurar o funcionamento e a própria existência da entidade.

Quanto às *Resoluções Externas* da OIT (*ad extra* — atos heteronormativos), vale dizer, todos aqueles não compreendidos como internos, pelo critério de exclusão), constituem *fontes de direito internacional*, dependendo de reconhecimento formal, sendo instrumentos capazes de gerar certas obrigações para os Estados-membros, conforme estabelecido no tratado constitutivo da entidade.

As Declarações da OIT, por causa do valor exortatório e jurídico de que se revestem, podem contribuir, de forma efetiva, para a formação de regras costumeiras, ou, especialmente, para a criação de princípios gerais de direito. Tais são os casos da Declaração de Filadélfia (1944) sobre os fins e objetivos da OIT e a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998).

O ideal é que fosse alterado o art. 19 da Constituição da OIT (com base no art. 36 dessa Carta Magna), uma vez comprovados o valor jurídico e efeitos das Resoluções e Declarações da OIT, para que passem a fazer parte, formalmente, nas Normas Internacionais reconhecidas pelos Estados-membros, como já ocorre com as Convenções e as Recomendações.

5. A estrutura de controle da OIT

Além do seu papel de legisladora internacional no domínio do trabalho, as atividades

(112) CAMPOS, João Mota de. *Op. cit.*, p. 409-410.

(113) MONTT BALMACEDA, Manuel. *Op. cit.*, p. 135-136.

fundamentais da OIT voltam-se para: a) a aplicação das normas por ela adotadas (o controle do comportamento dos Estados-membros); especialmente; b) no que diz respeito às Convenções ratificadas (o sistema de recursos no caso da não aplicação das Convenções ratificadas); e, também, um domínio particular da ação fiscalizadora relativamente; c) ao controle do exercício da liberdade sindical.

O primeiro dos procedimentos de controle das Normas Internacionais do Trabalho refere-se ao controle do comportamento dos Estados-membros. Esse controle é feito por intermédio do exame dos relatórios fornecidos pelos Estados-membros. Para tal desiderato instituíram-se dois órgãos auxiliares, a Comissão de Peritos e a Comissão de Aplicação das Convenções e Recomendações.

A Comissão de Peritos é um organismo permanente (criado em 1926), composto por dezenove membros, nomeados pelo Conselho de Administração, com mandato de três anos, renovável. Essa Comissão apura se os atos normativos adotados pela OIT foram objeto de adequada atenção pelos Estados-membros, vale dizer, se observaram as obrigações de comportamento que lhes são devidas. Outro órgão subsidiário é a Comissão Tripartite, que decorre da Conferência Internacional, cujo papel fundamental é apreciar o relatório da Comissão de Peritos, assinalando eventual descumprimento das normas internacionais dos Estados-membros, dando publicidade a essa situação como forma de exercer pressão política sobre os transgressores.

O segundo dos procedimentos ocorre quando o Estado-membro não aplica a Convenção ratificada. A Constituição da OIT prevê, nessa hipótese, outra modalidade de controle, vale dizer, a possibilidade de acesso dos interessados institucionais habilitados a denunciar (organismos profissionais, qualquer Estado-membro, o Conselho de Administração) a certas vias recursais (reclamações e queixas). Pode apresentar uma reclamação contra o

Estado-membro, acusando-o de não ter assegurado a aplicação de uma Convenção ratificada, somente uma organização profissional de trabalhadores ou associação patronal. O Conselho de Administração, recebendo a reclamação, designa um Comitê com a finalidade de instruir o processo e apresentar um relatório. Se o Conselho de Administração considera fundada a reclamação, publica-a no Boletim Oficial da Repartição acompanhada da resposta do Estado-membro, mas pode, também, com base na reclamação, iniciar o processo de queixa (esse procedimento está previsto no art. 24 da Constituição da OIT). Relativamente à queixa (prevista nos arts. 26 e 24 da Constituição), só têm o direito de apresentá-la sujeitos de direito internacional (um Estado-membro ou o Conselho de Administração). O Conselho de Administração pode transmitir a queixa ao Estado-membro, aguardando uma declaração, ou, desde logo, constituir uma Comissão de Inquérito para elaborar relatório sobre a acusação e recomendar medidas adequadas. Publicado o relatório dessa Comissão de Inquérito, através do Diretor-Geral da Repartição, o Estado-membro em causa pode se conformar com as conclusões e recomendações ou afirmar a sua contrariedade, declarando se quer submeter o caso ao Tribunal Internacional de Justiça. De qualquer modo, não acatadas as conclusões, o Conselho de Administração pode recomendar que a Conferência Internacional do Trabalho adote as medidas convenientes para assegurar a execução das recomendações.

O terceiro procedimento se dá pelo processo de controle, em matéria sindical. No Preâmbulo da Constituição da OIT está referido, expressamente, entre os objetivos da entidade o de assegurar o direito à liberdade de associação sindical. Relativamente às queixas em matéria de liberdade sindical, podem ser dirigidas contra: a) Estados não membros da OIT (apresentadas à ONU, no Conselho Econômico e Social e transmitidas ao Conselho de Administração da OIT); b) qualquer Estado-membro.

Esse mecanismo possibilitou a instituição de dois órgãos, a Comissão de Investigação e de Conciliação e o Comitê de Liberdade Sindical. O Comitê de Liberdade Sindical (emanado do Conselho de Administração e composto por nove membros — três representando os governos nacionais, três os trabalhadores e três os patrões) procede à instrução do processo com base na queixa e na resposta apresentada, encerrando-o com uma decisão que: a) considera inadmissível a queixa, por insuficientemente fundamentada ou pelo seu caráter político; b) declara a queixa admissível e fundada, propondo sugestões que a OIT deve fazer ao governo acusado; c) recomenda ao Conselho de Administração que transmita o caso à Comissão de Investigação e de Conciliação. Esse órgão (Comissão de Investigação e de Conciliação) compõe-se de dez personalidades escolhidas pelo Conselho de Administração. Para que a queixa, nessa hipótese, tenha seguimento deve contar com o prévio acordo do governo interessado (na falta desse acordo a recomendação do Comitê não tem seguimento). Intervindo essa Comissão, encerra o processo com um relatório transmitido ao Conselho de Administração e às partes (queixoso e visado pela queixa) destinando-o a publicação. Aqui existe uma situação curiosa, pois o relatório não apresenta conclusões obrigatórias. Cumpre às partes interessadas tirar do relatório as consequências adequadas e encontrar uma forma de “resolver, por via de acordo, os problemas pendentes”.⁽¹¹⁴⁾

(114) Por todos CAMPOS, João Mota de (Coord.). *Organizações internacionais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 410-419. E também PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los convenios internacionales del trabajo*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, 1965. p. 353-363; MONTT BALMACEDA, Manuel. *Principios de derecho internacional del trabajo la OIT*. 2. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1998. p. 141-152; SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 246-284; SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. In: SÚSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. II. p. 1.545-1.553.

Um exemplo histórico de submissão ao Comitê de Liberdade Sindical é o caso brasileiro da greve dos petroleiros. A OIT, através do Comitê de Liberdade Sindical, apreciou queixa apresentada pela CUT — Central Única dos Trabalhadores (caso n. 1.839). O Brasil foi acusado de descumprir a Convenção n. 98, sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva, em razão da greve dos petroleiros. Alegou-se que houve descumprimento do acordo coletivo celebrado em 5.10.1994, decorrente de entendimentos entre a Federação Única dos Petroleiros, o Presidente da CUT, o Presidente da República (na época do acordo Itamar Franco) e os Ministros da Fazenda, do Trabalho e de Minas e Energia. Após deflagrada a greve pela categoria, instaurou-se dissídio coletivo. O Tribunal Superior do Trabalho julgou a greve abusiva e declarou a nulidade do acordo. A empresa despediu 59 (cinquenta e nove) empregados, dentre os quais dirigentes sindicais. A informação prestada pelo Governo brasileiro à OIT foi no sentido de que as dispensas foram necessárias para garantir o abastecimento de produtos essenciais à comunidade, tais como combustíveis e gás de cozinha, cuja falta estava afetando a vida da população e que foi fundada na Lei n. 7.783/89, sendo a greve declarada abusiva pelo Tribunal. Acrescentou que não houve violação de acordo coletivo porque o que havia era apenas um Protocolo de intenções firmado em 25 de novembro de 1994.⁽¹¹⁵⁾

O Comitê de Liberdade Sindical decidiu no sentido de pedir ao Conselho de Administração da OIT que fossem aprovadas as seguintes recomendações:

- a) o Comitê pede ao Governo que adote medidas para a modificação da legislação, a fim de que a submissão dos conflitos coletivos de interesses às autoridades judiciais somente seja possível de comum acordo

(115) DECISÃO DO COMITÊ DE LIBERDADE SINDICAL DA OIT SOBRE A GREVE DOS PETROLEIROS. In: *Revista LTr*, v. 60, n. 01, jan. 1996. São Paulo: LTr, p. 19.

entre as partes ou então no caso de serviços essenciais no sentido estrito dos termos (aqueles cuja interrupção poderia por em perigo a vida, a segurança ou a saúde da pessoa em toda ou parte da população); b) o Comitê insiste com o Governo que garanta que os contratos coletivos entre empresas e sindicatos sejam respeitados. Pede-lhe também que incentive os interlocutores sociais a resolverem os conflitos coletivos através da negociação coletiva; c) o Comitê pede ao Governo que tome medidas para facilitar a reintegração em seus postos de trabalho dos 59 dirigentes sindicais e sindicalistas despedidos pela empresa PETROBRÁS.⁽¹¹⁶⁾

Em 26 de março de 1996 o Congresso Nacional aprovou o projeto de lei de anistia aos petroleiros. Seu conteúdo cingia-se a livrar os sindicatos da categoria das multas (que chegavam a mais de dois milhões de reais por sindicato) e anular as demissões de lideranças sindicais. O Presidente da República vetou o projeto de lei por considerá-lo inconveniente e comprometedor da harmonia e independência dos poderes. Porém, sensível à possibilidade de inviabilização da atividade sindical no âmbito da indústria petrolífera, decorrente do excessivo valor das multas aplicadas, encaminhou ao Congresso novo projeto de anistia para adequar o valor das multas à capacidade de pagamento dos sindicatos. Sobreveio, assim, a Lei n. 9.869, de 14.7.1998, que concedeu anistia das multas cominadas pelo Tribunal Superior do Trabalho às entidades sindicais representativas da categoria dos trabalhadores na indústria de extração, exploração, estocagem, transferência, perfuração, destilação, produção e refinação de petróleo e seus derivados, gás natural e outros similares da indústria petroquímica, química e de plásticos e afins, entre 1º de setembro de 1994 e a data de publicação da lei, em decorrência de sentenças judiciais declaratórias de ilegalidade ou abusividade de

(116) *Idem*.

movimento grevista ou de improcedência de reivindicações de categorias profissionais.⁽¹¹⁷⁾

Sob o título “A OIT e a questão da liberdade sindical no Brasil: a análise do caso 2739”, a Federação dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários do Estado do Paraná noticia a apresentação de queixa, protocolada em 2.11.2009, na sede da OIT, em Genebra, Suíça, perante o Comitê de Liberdade Sindical, chancelada por todas as Centrais Sindicais do Brasil, denunciando violação do exercício de liberdade sindical por ingerência de órgãos estatais, expressas em decisões do Judiciário Trabalhista e de medidas tomadas por integrantes do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público do Estado de São Paulo. Atacam o posicionamento jurisprudencial representado pelas súmulas e decisões denunciadas, bem como o *modus operandi* de componentes do Ministério Público no tocante ao sistema de custeio das entidades sindicais e organização dos trabalhadores nas greves, valendo-se os queixosos de interpretação protetiva localizada por precedentes do Comitê de Liberdade Sindical.⁽¹¹⁸⁾

O sistema de interpretação, controle e sanções da OIT é muito peculiar, sofrendo muitas críticas por sua alegada inefetividade. Segundo o Ministro João Oreste Dalazen, a OIT somente ganhará maior expressão internacional quando “os padrões mínimos de proteção ao trabalho que aprovar estiverem atrelados em pactos de comércio global”.⁽¹¹⁹⁾

(117) BRASIL. *Lei n. 9.869, de 14 de julho de 1998*. Concede anistia de multas cominadas pelo Tribunal Superior do Trabalho às entidades sindicais representativas dos empregados da Empresa Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS, no período em que menciona. DOU 15.7.1998.

(118) LUNARD, Sandro. A OIT e a questão da liberdade sindical no Brasil: a análise do “caso 2739”. In: *Jornal da Federação dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários do Estado do Paraná*, 49 ed., mar./abr. 2010. p. 2. Disponível em: <<http://www.fetropar.org.br>>.

(119) DALAZEN, João Oreste. Relatório de participação na 88ª Reunião da Conferência Internacional — Genebra — 2000. In: *Revista do TST*, v. 66, n. 3, jul./set. 2000. Brasília/DF, p. 242-243.

Esse mesmo magistrado considera indispensável, idealmente, que a OIT e a OMC deem-se as mãos, de modo que “no comércio internacional haja exigência efetiva das normas mínimas universais de proteção ao trabalho”.⁽¹²⁰⁾

Como se pode constatar, os sistemas de controle pela OIT a respeito do cumprimento de seus princípios e normas, pelos Estados-membros, são graduais, múltiplos e complexos. A imposição de suas medidas reveste significativa repercussão, o que normalmente induz os Estados-membros a corrigir as situações denunciadas, muitas vezes com a mediação da própria OIT, “chegando-se, assim, com a maior frequência, a resultados positivos para ambas as partes, apesar das compreensíveis cautelas e suscetibilidades nacionais”.⁽¹²¹⁾

A Constituição da OIT não estabelece quais as sanções aplicáveis aos Estados-membros que descumprem as obrigações referentes aos instrumentos internacionais que emite. Limita-se, no art. 33, a dizer o seguinte:

Se um Estado-membro não se conformar, no prazo prescrito, com as recomendações eventualmente contidas no relatório da Comissão de Inquérito, ou na decisão da Corte Internacional de Justiça, o Conselho de Administração poderá recomendar à Conferência a adoção de qualquer medida que lhe pareça conveniente para assegurar a execução das mesmas recomendações.⁽¹²²⁾

A inobservância, na prática, das obrigações internacionais relativas à OIT tem ensejado a advertência da Conferência aos respectivos Estados-membros, “o que configura uma sanção de ordem moral”.⁽¹²³⁾ O empenho com que os delegados governamentais procuram defender seus países das acusações ou dúvidas arguidas sobre o descumprimento das referidas

obrigações e da “divulgação internacional da lista aprovada (pela Conferência, que indica a relação dos países que não cumpriram as obrigações estatuídas nos arts. 19 e 22 da Constituição) evidenciam a eficácia do procedimento”.⁽¹²⁴⁾

Trata-se, na verdade, de um sistema de controle absolutamente *sui generis* e que tem contado com a aprovação dos seus Estados-membros. Prova-o a longa duração da entidade, desde 1919, com possibilidade de chegar aos 100 anos de funcionamento em 2019 (faltando, portanto, apenas oito anos!).

Examina-se agora as peculiaridades do Tribunal Administrativo da OIT.

6. O tribunal administrativo da OIT

O primeiro Tribunal Administrativo Internacional que tem por competência decidir sobre os conflitos supervenientes entre as Organizações Internacionais e seus funcionários e agentes foi criado em 1927, no quadro da Sociedade das Nações. O Tribunal Administrativo da OIT é o seu sucessor.⁽¹²⁵⁾

A Assembleia Geral da Sociedade das Nações tinha criado um Tribunal Administrativo dessa organização (em 20.9.1927), ao qual poderiam, também, ter acesso, para defesa de seus direitos, os funcionários da Repartição (Bureau) Internacional do Trabalho. O Tribunal poderia, pura e simplesmente, ter acabado com a extinção da Sociedade das Nações, ou transitado para a esfera da ONU. Porém, na última Assembleia Geral da Sociedade das Nações (em 18.4.1946) resolveu-se manter o Tribunal, “ligando-o à estrutura da OIT como Tribunal Administrativo, para ficar na dependência da respectiva Conferência Internacional do Trabalho”.⁽¹²⁶⁾

(123) SÚSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. In: SÚSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. II. p. 1.552.

(124) *Idem*.

(125) DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 807.

(126) CAMPOS, João Mota de (Coord.). *Op. cit.*, p. 399.

(120) DALAZEN, João Oreste. *Op. cit.*, p. 242-243.

(121) MONTT BALMACEDA, Manuel. *Principios de derecho internacional del trabajo la OIT*. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998. p. 152.

(122) SÚSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 26.

A ONU, mais tarde, preferiu instruir um Tribunal Administrativo próprio, que viria a ser criado por Assembleia Geral em 1949. Esse Tribunal Administrativo da ONU exerce, também, a sua jurisdição no âmbito de certas Organizações Internacionais subsidiárias da ONU, como, por exemplo, a Organização da Aviação Civil Internacional e a Organização Marítima Consultiva Internacional.

A competência do Tribunal Administrativo da OIT ultrapassa o quadro dessa entidade. Na realidade, o Tribunal, embora inserido no sistema institucional da OIT, não é privativo dessa Organização, dado que por força do respectivo Estatuto está aberto a qualquer Organização Internacional de caráter interestatal que reconheça a sua competência. Numerosas instituições especializadas aceitaram a sua jurisdição, tais como a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), Organização Mundial de Saúde (OMS), Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), Organização Meteorológica Mundial (OMM), União Internacional de Telecomunicações (UIT), especialmente. Mas, igualmente, organizações que não pertenciam a essa categoria, como por exemplo o *General Agreement for Tariffs and Trade* (GATT) e a Agência Internacional de Energia (AIE) a algumas organizações europeias.⁽¹²⁷⁾

O Tribunal Administrativo da OIT compõe-se de três juízes efetivos e três suplentes, de diferentes nacionalidades, eleitos por três anos pela Conferência Internacional do Trabalho e reelegíveis. A sua sede é em Genebra.⁽¹²⁸⁾

Esse Tribunal tem uma sessão ordinária anual e eventualmente sessões extraordinárias. Tem por competência anular medidas adotadas relativamente aos recorrentes, funcionários das Organizações Internacionais sujeitas à sua jurisdição, e bem assim para lhes atribuir, se cabível, uma indenização pelos prejuízos

sofridos. Os recursos apreciados referem-se a medidas tomadas por essas Organizações Internacionais que violem contratos de trabalho tais como os relativos ao regime de pensões e indenizações em caso de invalidez ou de reforma. Só se considera admissível uma ação se a decisão contestada for definitiva, tendo o interessado esgotado todos os recursos administrativos preliminares. Decide o Tribunal por maioria de votos, podendo pronunciar a anulação da medida incriminada por abuso de poder ou conceder uma reparação pecuniária. É grande o contencioso voluntário submetido ao Tribunal, tendo examinado quase 3.000 processos em mais de cem sessões, desde 1947, até 2010.⁽¹²⁹⁾

A decisão proferida é definitiva para o funcionário recorrente. Entretanto, por força do art. XII do Estatuto do Tribunal, não o é para as Organizações Internacionais partes no litígio, que podem dirigir-se ao Tribunal Internacional de Justiça e solicitar um parecer sobre a validade da decisão proferida pelo Tribunal Administrativo.⁽¹³⁰⁾ Desse modo, para o funcionário requerente, o julgamento do Tribunal Administrativo da OIT é definitivo e sem recurso (art. VI, § 1º do Estatuto da OIT). Do ponto de vista das Organizações Internacionais, a situação é diferente. Por um mecanismo especial de revisão, estabelecido em 1954, somente as Organizações podem solicitar ao Tribunal Internacional de Justiça, “um parecer consultivo sobre a validade do julgamento proferido (art. XII, § 1º, do Estatuto)”.⁽¹³¹⁾ Conforme o § 2º dessa disposição, o parecer do Tribunal tem, nessa circunstância, força obrigatória. A UNESCO utilizou, em 1955, desse processo de parecer consultivo. Quatro funcionários da Organização (americanos) tinham recusado responder um questionário dos Estados Unidos (cuja finalidade era assegurar a fidelidade política — época do macarthismo). Em face dessa

(129) *Idem*.

(130) CAMPOS, João Mota de (Coord.). *Op. cit.*, p. 400.

(131) DINH, Nguyen Quoc *et al. Op. cit.*, p. 807.

(127) DINH, Nguyen Quoc *et al. Op. cit.*, p. 807.

(128) *Idem*.

recusa, o Diretor-Geral da UNESCO não renovou os contratos desses funcionários. O Tribunal Administrativo da OIT (julgamentos números 17, 18, 19 e 21) considerou abusivas essas não renovações e concedeu indenizações aos requerentes. O Conselho Executivo da Organização consultou o Tribunal Internacional de Justiça sobre a validade desse julgamento, obtendo, em resposta, um parecer (de 23.10.1954), “que recusava todas as objeções ao julgamento em questão”.⁽¹³²⁾

Há uma célebre decisão do Tribunal Administrativo da OIT sobre a legalidade da intervenção do mandato do Embaixador José Maurício Bustani na Organização para a Proibição das Armas Químicas (OPAQ). O Embaixador do Brasil em Londres, José Maurício Bustani foi Diretor-Geral da OPAQ de 1997 a 2001 (primeiro mandato) e 2001 a 2002 (segundo mandato, interrompido). Essa entidade foi criada em 1997 para implementar a Convenção para a Proibição das Armas Químicas (CPAQ). Em 2002, por iniciativa dos Estados Unidos, convocou-se uma Conferência Especial dos Estados-partes, resultando na demissão do Diretor-Geral, sem qualquer processo legal. A interrupção do mandato do Diretor-Geral da OPAQ constituiu fato sem precedente na história dos organismos internacionais. Após deixar a entidade, o Embaixador Bustani buscou o parecer do Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho sobre a legalidade de sua demissão sumária. Em julho de 2003, o Tribunal considerou ilegal a decisão da Conferência Especial de afastar o Diretor-Geral, anulando-a. O Tribunal reafirmou o princípio da independência dos chefes de organismos internacionais e ordenou que o Embaixador Bustani fosse indenizado por danos morais (50.000 euros) e materiais (correspondendo, basicamente, aos salários que teria recebido até o fim de seu mandato como Diretor-Geral em maio de 2005), além de 5.000 euros em custas. O objetivo que motivou o

(132) *Idem*.

Embaixador Bustani a processar a OPAQ foi o de estabelecer jurisprudência internacional sobre a legalidade dos atos que ferem os princípios básicos das Organizações Internacionais (independência e neutralidade do Diretor-Geral e igualdade jurídica dos Estados-membros). Essa decisão do Tribunal da OIT confirma, também, a obrigatoriedade do cumprimento de sentenças internacionais por parte dos Organismos Internacionais que reconhecem a jurisdição dos Tribunais correspondentes.⁽¹³³⁾

Por esse exemplo concreto, especificamente, pode-se constatar a importância do Tribunal Administrativo da OIT.

Necessário, agora, manifestar-se sobre a incorporação das normas da OIT no direito interno.

7. A incorporação das Normas da OIT ao direito interno

Como já se mencionou, as Convenções da OIT equivalem a Tratados Multilaterais, submetendo-se ao regime de incorporação como estes para valerem como normas internas. As Recomendações precisam de uma norma posterior que positive seus princípios, não podendo ser incorporadas da mesma forma que as Convenções.

Quando adotada uma Convenção em uma Conferência, surgem as seguintes obrigações para cada um dos Estados-membros da Organização:

- a) submeter a Convenção à autoridade competente para o efeito de que se lhe dê forma de lei ou se adotem outras medidas (obrigações substantiva — refere-se a uma

(133) A íntegra da decisão do Tribunal, Julgamento n. 2.232, de 16 de julho de 2003, pode ser encontrada na página da OIT, disponível em: <<http://www.ilo.org>>. textos sobre o tema disponíveis em: <http://www.mail-archive.com/goldenlistl@yahoogroups.com/msg_01955.html>. Acesso em: 31 dez. 2010 e <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2004/02/decisao-do-tribunal-administrativo-da-oit-sobre-a>> Acesso em: 31 dez. 2010.

atitude substancial do Estado dentro de sua vida interna)

b) informar à Repartição Internacional do Trabalho sobre: b1) as medidas adotadas para submeter a Convenção às autoridades competentes e as medidas tomadas por elas; b2) a ratificação formal da Convenção, como no caso que se produza; b3) o estado da legislação e a prática a respeito dos assuntos a que se refere a Convenção, no caso que não se produza tal ratificação; b4) as dificuldades que impedem ou atrasam a ratificação de dita Convenção. (trata-se esse item b da obrigação informativa — dever adjetivo de informação sobre qual é a situação real a respeito de vários pontos que se especificam).⁽¹³⁴⁾

A adoção dessas normas apóia-se em amplo consenso internacional, de natureza tripartite, o que favorece sua implantação nos direitos nacionais. A partir dessa aprovação, a OIT esforça-se para promover sua aplicação segundo métodos que vão além do clássico direito internacional. As principais obrigações dos Estados-membros, assim, advém com a ratificação, ato totalmente unilateral, pelo qual se comprometem a cumpri-las. Ficam, além disso, esses Estados, “obrigados a fazer relatórios regulares sobre a conformidade de seu direito e de sua prática com esses instrumentos”.⁽¹³⁵⁾

Como ensina Arnaldo Sússekind, a ratificação de uma Convenção adotada pela Conferência Internacional do Trabalho corresponde a um ato jurídico complexo, que se desdobra em várias fases:

- a) submissão da Convenção, pelo Governo Federal (Poder Executivo), à autoridade competente;
- b) deliberação da autoridade competente (no Brasil, o Congresso Nacional) sobre a

aprovação, ou não, da Convenção, para o que a Constituição da OIT não consigna qualquer prazo;

c) na hipótese de aprovação da Convenção pela autoridade competente nacional, cumpre ao Governo respectivo promover sua ratificação, mediante depósito do instrumento de ratificação na Repartição (Bureau) Internacional do Trabalho (RIT/BIT);

d) embora nada disponha a respeito da Constituição da OIT, constitui praxe recomendável tornar público, por meio de ato governamental, a ratificação da Convenção, com o esclarecimento sobre a data em que terá início sua vigência no território nacional. Nos países que adotam o mecanismo jurídico, a eficácia jurídica interna depende da divulgação exigida para as leis. É o que ocorre, no Brasil, através do decreto de promulgação, expedido pelo Poder Executivo.⁽¹³⁶⁾

Como explicita Sergio Pinto Martins, a publicação do texto da norma internacional no Diário do Congresso Nacional não tem o condão de torná-la obrigatória. A norma internacional, efetivamente, só passa a vigor “depois de oficialmente publicada” (art. 1º da Lei de Introdução do Código Civil), o que ocorre com o decreto de promulgação publicado no Diário Oficial da União.

A partir de então, “a norma internacional, traduzida para o português, é tornada pública, sendo indicada a data de sua vigência”.⁽¹³⁷⁾

Os direitos e garantias expressos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o nosso País seja parte” (art. 5º, § 2º).

Por esse enunciado, os Tratados Internacionais que versam direitos humanos, internalizados no Brasil, teriam que passar a valer

(134) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los convenios internacionales del trabajo*. Op. cit., p. 257.

(135) SERVAIS, Jean-Michel. *Elementos de direito internacional e comparado do trabalho*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 2001. p. 33-34.

(136) SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. In: SÚSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. II. p. 1.532.

(137) MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 105.

como norma constitucional. Essa, contudo, não foi a orientação do Supremo Tribunal Federal adotada na ADIn n. 1.480-3-DF, que, ante ao art. 7º, I, da CF/1988, considerou que a Convenção n. 158 da OIT, que ingressava no ordenamento jurídico como lei ordinária, não poderia substituir a lei complementar exigida para a regulamentação da dispensa arbitrária ou sem justa causa. Portanto, para o STF, os Tratados Internacionais ingressavam no ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária, independentemente do tema versado. Essa situação mudou com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que estabeleceu: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (art. 5º, § 3º da Constituição).

Ao julgar, em *habeas corpus*, o tema da prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, em mudança de rumo, entendeu que prevalece o Pacto de São José da Costa Rica, tratado de direitos humanos, sobre a lei ordinária, ante a hierarquia supralegal daquele. Na dicção do voto prevalecente, do Ministro Gilmar Mendes, proferiu-se decisão histórica, pois o Brasil passa, agora, a aderir “ao entendimento adotado em diversos países no sentido da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna”.⁽¹³⁸⁾

Desse modo, é possível inferir que as Convenções da OIT internalizadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 “ostentam, no Brasil, natureza supralegal, pelo que afastam a aplicação de toda a legislação ordinária ou complementar com elas conflitantes”.⁽¹³⁹⁾ Evidentemente, essas

(138) Ver, a respeito, os acórdãos paradigmas proferidos nos Recursos Extraordinários n. 466.343 e 349.703 e também nos *Habeas Corpus* ns. 87.585 e 92.566, acessíveis no sítio do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

(139) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 73.

Convenções, não podem contrariar a Constituição da República, “pela sua supremacia sobre todo o ordenamento jurídico nacional”.⁽¹⁴⁰⁾

A partir de primeiro de janeiro de 2005, por causa da EC n. 45/2004, e do § 3º do art. 5º, introduzido na Constituição, desde que internalizadas com o *quorum* estabelecido, as Convenções da OIT passam a ter *status* de emendas constitucionais.

Remanesce um debate a ser resolvido, ainda: todas as Convenções da OIT versam direitos humanos (fundamentais)? Chamando de direitos humanos social-trabalhistas, Arnaldo Süssekind ressalta que o Direito Internacional do Trabalho, na esteira do novo Direito Internacional Público, vem consagrando alguns direitos materiais do homem, os quais “independem de normas jurídicas para serem respeitadas, eis que concernem a todos os seres humanos”.⁽¹⁴¹⁾

Carlos Roberto Husek alinha-se a essa orientação, esclarecendo que os direitos sociais são fundamentais porque representam direito a uma vida digna, plena, de exercício de cidadania, de erradicação da pobreza, de valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, “de uma sociedade livre, solidária e justa, de prevalência dos direitos humanos, de repúdio ao racismo e outras formas de manifestação do poder”.⁽¹⁴²⁾

Carlos Zangrando recorda “que as questões relativas ao trabalho humano fazem parte dos assim chamados ‘direitos humanos’ (Declaração Universal dos Direitos do Homem, arts. 23 e 24)”.⁽¹⁴³⁾

A Constituição da OIT solucionou a dúvida sobre a prevalência da Convenção ou do direito interno, com as seguintes palavras:

(140) *Idem*.

(141) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 20.

(142) HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 119.

(143) ZANGRANDO, Carlos. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. t. I, p. 342.

Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma Convenção ou Recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, de uma Convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela Convenção ou Recomendação.⁽¹⁴⁴⁾

Assim, sendo mais favorável o direito nacional, resultante de lei, sentença, costume ou acordo, a norma da Convenção da OIT “não terá eficácia no Estado que ratificou a respectiva Convenção”.⁽¹⁴⁵⁾

De todo o exposto, infere-se que a significação do direito internacional é dupla: as Convenções, aprovadas pelo Congresso Nacional e dadas a conhecimento público pelo Poder Executivo, são direito positivo e, portanto, os trabalhadores e os sindicatos podem exigir sua aplicação e cumprimento em forma individual ou coletiva. Por outro lado, e em razão de sua pertinência à Constituição brasileira, são normas imperativas, cujos benefícios não poderão reduzir-se nas negociações coletivas nem em decisões da Justiça do Trabalho. Desse ponto de vista, portanto, o direito internacional do trabalho é “um segundo mínimo indestrutível, que se coloca numa escala apenas abaixo da Constituição da República”.⁽¹⁴⁶⁾

Em rápidas pinceladas, estão aí as noções gerais de como se ratificam as Convenções da OIT no Brasil, e qual valor hierárquico que possuem.

8. Algumas situações concretas de aplicação das Normas da OIT no direito interno

A Declaração de Filadélfia (1944), incorporada à Constituição da OIT, proclamou

(144) SÚSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. Art. 19, item 8, p. 23.

(145) SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 234.

(146) DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 6. ed. México: Editorial Porrúa, 1980. t. I, p. 37.

vários princípios fundamentais na esfera dos direitos trabalhistas e humanos. Assim, no seu Preâmbulo, a Conferência Internacional do Trabalho reafirmou os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes:

- a) o trabalho não é uma mercadoria;
- b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto;
- c) a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral;
- d) a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum.⁽¹⁴⁷⁾

Em 1998, quando se debatia os limites da globalização — mundialização, e a validade — universidade dos direitos trabalhistas — humanos fundamentais, a Conferência Internacional do Trabalho declarou que todos os Estados-membros, ainda que não tenham ratificado as Convenções que tratam dos princípios e direitos fundamentais do trabalho, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização, de respeitar, promover e tornar realidade, “de boa-fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais”.⁽¹⁴⁸⁾

Michel Hansenne, Diretor-Geral da Repartição (Bureau) Internacional do Trabalho, ao apresentar a Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento, na 86ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em 18.6.1998, responde aos desafios gerados pela globalização da economia. Afirma

(147) SÚSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. Op. cit., p. 29.

(148) *Ibidem*, p. 380.

que mesmo sendo a globalização da economia um fator de crescimento econômico, e mesmo sendo uma condição essencial para o progresso social, “tudo confirma que não se trata de uma condição suficiente para assegurar dito progresso.” Segundo ele, o crescimento deve ser acompanhado, pois, de um mínimo de regras de funcionamento social fundadas em valores comuns, em virtude das quais “os próprios interessados tenham a possibilidade de reivindicar uma participação justa nas riquezas as que tenham contribuído para criar.” A Declaração de 1998 da OIT pretendia, então, nas suas palavras, conciliar a preocupação de estimular os esforços de todos os países em conseguir que o progresso social acompanhe o progresso da economia, por um lado e, por outro, “respeitando a diversidade de situações e as possibilidades e as preferências de cada país”.⁽¹⁴⁹⁾

Os direitos sociais e sindicais passam, agora, a ser explicitados como direitos humanos fundamentais. Na Declaração da OIT de 1998 aparecem quatro princípios fundamentais, que estabelecem direitos apoiados em oito Convenções Internacionais do Trabalho, a saber:

- a) o princípio da liberdade sindical e do reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva (Convenção n. 87 sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical, de 1948; Convenção n. 98 sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, de 1949);
- b) o princípio da eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório (Convenção n. 29 sobre o trabalho forçado ou obrigatório de 1930; Convenção n. 105 relativa à abolição do trabalho forçado, de 1957);
- c) o princípio da abolição efetiva do trabalho infantil (Convenção n. 138 sobre a idade

mínima de admissão a emprego, de 1973; Convenção n. 182 sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para a sua eliminação, de 1999);

- d) o princípio da eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (Convenção n. 100 sobre a igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor, de 1951; Convenção n. 111 sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão, de 1958).⁽¹⁵⁰⁾

Essa reafirmação feita agora é realmente notável, tendo-se em vista que pacificamente todos os países pertencem à OIT, e que o número de Estados independentes é atualmente, muito maior que em 1919. A OIT em 2010 compreende 183 Estados-membros.

O compromisso assumido por todos esses países na Declaração eleva o preço de se infringirem direitos fundamentais. Não porque enuncie novos direitos, senão porque institui um segmento efetivo baseado em memórias periódicas dos países sobre as quatro categorias de direitos fundamentais, e na ampla obrigação da OIT de elaborar, anualmente, um informe global e de realocar os seus recursos para ajudar os Estados-membros a aplicar ditos princípios. A finalidade da Declaração é promover o respeito aos direitos humanos e não castigar omissões. Nesse sentido, a persuasão moral, respaldada por uma informação amplamente difundida podem ser alertas poderosos. Essa defesa da cláusula social, às vezes acusada de fazer o jogo dos países desenvolvidos, movimentou-se em duas direções principais. A primeira delas consiste em unificar o interesse dos trabalhadores organizados, no movimento sindical intencional, pois busca introduzir uma tendência oposta ao rebaixamento das condições sociais via diminuição de salários e precarização das relações trabalhistas. A segunda direção

(149) HANSENNE, Michel. *Apresentação a declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento*. Trad. Edilson Alckmin Cunha. Genebra: OIT, 1998. p. 3-4.

(150) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 380, 387-391, 112-113, 55-62, 134-135, 222-228, 372-376.

indica que setores do empresariado passaram a um movimento de defesa da ética nas relações comerciais, que apresenta alguns pontos de convergência com a luta dos trabalhadores.⁽¹⁵¹⁾

Conforme aduz José Olívio Miranda Oliveira, o desrespeito de determinados princípios estabelecidos nas Convenções pode levar o assunto ao exame do Conselho de Administração da OIT e da plenária anual da Conferência Internacional do Trabalho. Embora não exista poder para impor e coagir, existe a sanção moral e o constrangimento, que podem levar “à mudança de atitudes e ao encaminhamento de providências pelos governos”.⁽¹⁵²⁾

A Constituição brasileira de 1988 mostra-se coincidente, em várias passagens, com os direitos fundamentais reafirmados no art. 2º da Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT, de acordo com a seguinte demonstração:

- a) a liberdade de associação — art. 5º, XVII;
- b) o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho — art. 7º, XXVI;
- c) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório — art. 5º, XLVIII, c, quando proíbe a pena de trabalhos forçados;
- d) a efetiva abolição do trabalho infantil — art. 6º, ao proteger a infância;
- e) eliminação de qualquer forma de discriminação em matéria de emprego e ocupação — art. 7º, XXXII.⁽¹⁵³⁾

Para promover essa Declaração, a OIT executará um programa INFOCUS que tem em mira três objetivos principais. O primeiro objetivo é dar maior divulgação à Declaração nos diferentes países e regiões, assim como no

plano internacional. O segundo objetivo consiste em mostrar a real significação desses direitos e princípios fundamentais para o desenvolvimento, a democracia e a justiça. O terceiro e último objetivo direciona-se a promover medidas políticas que conduzam a prática desses princípios segundo as condições características de cada país.

Tendo a Declaração, e seu seguimento, caráter promocional, o programa, além de prestar apoio e assessoria normativa, dentre outros meios, de campanhas educativas através dos meios de comunicação, de realização de estudos sobre o modo como cada um dos princípios e direitos expressos na Declaração “relaciona com o crescimento econômico, com a criação de empregos, a diminuição da pobreza e com a igualdade de gênero”.⁽¹⁵⁴⁾

Também afirma Cassio de Mesquita Barros Junior que a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, e seus seguimentos servem como “ponto de referência a toda a comunidade internacional: legisladores, sindicatos de empregados e de empregadores, empresas multinacionais, organizações internacionais, organizações não governamentais”.⁽¹⁵⁵⁾

A Convenção n. 87, que trata da Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização foi aprovada da 31ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (São Francisco — 1948), entrando em vigor no plano internacional em 4.7.1950. É considerada a mais importante das Convenções da OIT, tendo sido ratificada por 150 dos 183 Estados-membros da Organização. O Brasil não se insere entre os países que aderiram a esse Tratado Multilateral. O Presidente Eurico Gaspar Dutra, em obediência à Constituição da OIT, encaminhou o texto ao Congresso Nacional (Mensagem n.

(151) OIT. *Princípios e direitos fundamentais no trabalho: declaração e normas da OIT*. Brasília: OIT, ACTRAV, 2000. p. 2.

(152) *Ibidem*, p. 2.

(153) BARROS JUNIOR, Cassio de Mesquita. Direito internacional. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coord.). *A transição do direito do trabalho no Brasil: estudos em homenagem a Eduardo Gabriel Saad*. São Paulo: LTr, 1999. p. 47-49.

(154) BARROS JUNIOR, Cassio de Mesquita. As reformas necessárias na legislação trabalhista na perspectiva das novas diretrizes da OIT. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 67, n. 4, p. 91, out./dez. 2001.

(155) *Ibidem*, p. 91.

256, de 31.5.49). Até hoje, porém, em 2010, não foi possível sua aprovação porque a Constituição de 1946 legitimou o exercício pelos sindicatos de funções delegadas pelo Poder Público, previstas na CLT. A Constituição de 1967 manteve essa norma e explicitou que nessas funções se incluía, desde logo, a de arrecadar contribuições instituídas por lei para custeio de suas atividades. A vigente Constituição, de 1988, “impôs a unicidade de representação sindical em todos os níveis e manteve contribuição compulsória dos integrantes das respectivas categorias para o custeio do sistema”.⁽¹⁵⁶⁾

A outra Convenção da OIT, que também faz parte do primeiro dos princípios da Declaração da OIT de 1988, é a de n. 98, que foi aprovada na 32ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1949), entrou em vigor no plano internacional em 18.7.51. o Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo n. 49, de 27.8.52, aprovou essa Convenção, que foi ratificada em 18.11.1952, promulgada pelo Decreto n. 33.196, de 29.6.53 e passou a ter vigência no Brasil em 18.11.1953. Por essa Convenção, já ratificada por 100 países, os trabalhadores brasileiros devem ser protegidos contra qualquer discriminação antissindical, principalmente atos que tenham como condição para admissão ou permanência no emprego a não filiação a um sindicato ou deixar de dele participar; despedidas ou qualquer medida prejudicial, quando motivadas por filiação sindical ou participação em atividades sindicais fora do horário de trabalho ou, com o consentimento do trabalhador, durante as horas de trabalho. Esse instrumento determina, também, a adoção de medidas adequadas às condições nacionais para estimular e fomentar o pleno desenvolvimento e utilização de procedimentos de “negociação voluntária de convenções coletivas entre, de um lado, os empregadores e, de outro, as

(156) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 387.

organizações de trabalhadores com o objetivo de regulamentar condições de trabalho”.⁽¹⁵⁷⁾

As Convenções fundamentais da OIT em matéria de liberdade sindical completaram 60 anos em 2008 (Convenção n. 87) e 2009 (Convenção n. 98), respectivamente. Após 60 anos de sua adoção, essas Convenções já não constituem tratados internacionais relevantes unicamente para os países que as tenham ratificado, mas se converteram em uma referência universal em matéria de liberdade sindical e negociação coletiva. Essa importância especial encontra sua primeira ilustração no fato de que o Pacto das Nações Unidas de 1966 sobre Direitos Humanos se refere expressamente à Convenção n. 87 da OIT em suas disposições relativas à liberdade sindical. Em 1998, a relevância e aplicabilidade universal das duas Convenções foi consagrada pela Declaração da OIT sobre os Direitos Fundamentais no Trabalho, a qual proclama que todos os Estados-membros da OIT, que tenham ou não ratificado essas Convenções, se comprometem a respeitar, promover a realizar seus princípios. Da mesma maneira, a Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa, adotada pela OIT em 2008, afirma que o respeito às Convenções sobre liberdade e negociação é essencial para que todos os Estados-membros da OIT possam alcançar os objetivos de respeito aos direitos trabalhistas, de promoção do emprego, de melhoria da proteção social. Finalmente, o trabalho de desenvolvimento do significado e alcance das disposições das duas convenções levado a cabo de maneira tripartite pelo Comitê de Liberdade Sindical da OIT, “contribuiu de forma decisiva para a especial transcendência e impacto das Convenções ns. 87 e 98”.⁽¹⁵⁸⁾

(157) ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 234-235.

(158) BEAUDONNET, Xavier. Liberdade sindical e negociação coletiva — entrevista. In: *Revista da Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho*, ano 4, n. 6, set. 2010, p. 16-18.

A segunda série de direitos fundamentais, reconhecidos pela Declaração da OIT de 1998, inicia-se pela Convenção n. 29, que trata da abolição do trabalho forçado, e tem vigência no Brasil desde 25.4.1958, tendo sido ratificada por 174 países (o maior número de ratificações no início de 2010, 2.1, só faltando nove países para completar a totalidade dos Estados-membros). A Convenção n. 105, que trata do mesmo tema, já possuía 171 ratificações e vigora no Brasil desde 18.6.1966. trabalho forçado ou obrigatório é todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa, sob a ameaça de sanção e para a qual não tenha se oferecido espontaneamente. No Brasil, os dados sobre trabalho forçado são alarmantes, sendo, em 2003, estimado em cerca de quarenta mil o número de trabalhadores escravizados. Eles trabalham, sobretudo, na cultura do café e do algodão, na pecuária, na extração de madeira e na fabricação do carvão “encontrando-se, em sua maioria, presentes nos Estados de Mato Grosso, Maranhão, Pará e Minas Gerais”.⁽¹⁵⁹⁾

Relativamente ao terceiro tema dos direitos fundamentais, a abolição efetiva do trabalho infantil, a Convenção n. 138, que trata da admissão do emprego, já teve 156 ratificações, e vigora no Brasil desde 28.6.2002. A Convenção n. 182 trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para a sua eliminação, já possuindo 173 ratificações (só faltando 10 para atingir todos os Estados-membros), com vigência no Brasil desde 2.2.2001. Pela Convenção n. 138, compromete-se o Estado a adotar uma política nacional que assegure a efetiva abolição do trabalho infantil e leve, progressivamente, a idade mínima de admissão em emprego ou trabalho a um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental do jovem. A idade mínima não será inferior à idade de conclusão da escolaridade obrigatória e, em qualquer hipótese, não será

inferior a quinze anos. O Estado-membro deve, segundo a Convenção n. 182, adotar medidas imediatas e eficazes para lograr a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil, aplicando-se a qualquer pessoa menor de dezoito anos. A expressão “piores formas de trabalho infantil” abrange: a) qualquer forma de escravidão ou condição análoga à de escravo, como venda e tráfico de crianças, servidão por dívidas ou condição de servo, trabalho forçado ou obrigatório, recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para utilização em conflito armado; b) utilização, recrutamento ou oferecimento de crianças para prostituição, produção de pornografia ou ações pornográficas; c) utilização, recrutamento ou oferecimento de crianças para realização de atividades ilícitas, especialmente produção e tráfico de entorpecentes; d) trabalho que, por sua natureza e condição em que é executado, cause provável dano à saúde ou à moral das crianças. Conforme registra Tércio José Vidotti, esse instigante tema merece especial unidade, notadamente porque cerca de 250 milhões de crianças e adolescentes trabalham indevidamente no mundo. Em nosso país esse número alcança a cifra de mais de 3 milhões de pequenos cidadãos “que sofrerão as consequências sociais, físicas e psíquicas dessa chaga social que lhes irá amargar o presente e estorvar o futuro”.⁽¹⁶⁰⁾ O constituinte derivado brasileiro, ciente dessas importantes diretrizes no que diz respeito ao trabalho infantil, através da Emenda Constitucional n. 20/98 modificou o texto original da Constituição de 1988. O menor de 14 anos estava proibido de executar qualquer trabalho, salvo na condição de aprendiz (redação anterior do inciso XXXIII do art. 7º da Constituição de 1988), entendendo-se como aprendiz o menor entre 12 e 18 anos que esteja sujeito à formação metódica de um mister em que exerça seu trabalho

(159) SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. Breves anotações sobre as convenções fundamentais da OIT. In: LAGE, Émerson José Alves; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). *O direito do trabalho e o direito internacional, questões relevantes: homenagem ao professor Osiris Rocha*. São Paulo: LTR, 2005. (p. 94-112). p. 99.

(160) VIDOTTI, Tércio José. Anomalias brasileiras: a chaga do trabalho infantil. In: PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto de Figueiredo (Coords.). *Os novos horizontes do direito do trabalho: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira*. São Paulo: LTR, 2005. p. 143.

(parágrafo único do art. 80 da CLT). A Emenda Constitucional n. 20/98 alterou a redação do inciso XXXIII do art. 7º da Carta Magna quanto a idade mínima para o trabalho. A partir de então é vedado o trabalho de menores de 16 anos (e não mais de 14), salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos.⁽¹⁶¹⁾

No que diz respeito à quarta série de direitos fundamentais do trabalhadores traduzida na Declaração da OIT de 1998, a Convenção n. 100, já ratificada por 168 países, e no Brasil em vigor desde 25 de abril de 1958, trata do salário igual para trabalho de igual valor entre o homem e a mulher. Ao ratificar a Convenção, o Estado-membro deve garantir a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre a mão de obra masculina e a mão de obra feminina por trabalho de igual valor, na medida em que o permitam os métodos vigentes de fixação dos níveis de remuneração. Deve ser utilizado o método de avaliação objetiva do emprego. Quanto à Convenção n. 111, trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, com vigência nacional a partir de 26.11.1966, já foi ratificada por 169 países (faltam 14, apenas, para completar o número de Estados-membros da entidade). Essa Convenção obriga o Estado-membro a formular e aplicar uma política nacional que promova a igualdade de oportunidades e de tratamento, com o fim de eliminar qualquer discriminação nos seguintes planos: acesso à formação profissional; admissão no emprego e nas diversas ocupações; condições de trabalho. Segundo Carlos Alberto Reis de Paula, ainda que a força de trabalho feminina no Brasil apresente uma das maiores taxas de crescimento da América Latina, “elas concentram-se em atividades do setor de serviços e obtêm salários menores que os dos homens”.⁽¹⁶²⁾

(161) MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 613.

(162) PAULA, Carlos Alberto Reis de. Discriminação nas relações de trabalho. In: PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto de Figueiredo (Coords.). *Os novos horizontes do direito do trabalho*:

As principais Convenções da OIT sobre a saúde do trabalhador estão relacionadas por Sebastião Geraldo de Oliveira, que são as de ns. 103, 115, 121, 127, 134, 136, 139, 148, 152, 155, 159, 161, 162, 163, 167, 170, 171, 174, 176, 182, 184 e 187.

A Convenção n. 148, que passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro em 14.1.1983, trata da contaminação do ar, ruído e vibrações. O propósito é prevenir e limitar os riscos profissionais no local de trabalho provenientes dessas contaminações. Para a OIT, a contaminação do meio ambiente do trabalho por gases, vapores, fumos e poeiras é o problema mais grave da indústria, não se limitando à área da empresa, sendo uma ameaça para toda a população que reside nas proximidades. Inovação importante desse instrumento é permitir aos representantes dos empregados e dos empregadores acompanhar essa inspeção. Os representantes dos trabalhadores não seriam os membros da CIPA, mas os dirigentes sindicais, que podem, “com maior liberdade e independência, apontar os eventuais descumprimentos das normas de segurança e saúde do trabalhador nos locais de trabalho”.⁽¹⁶³⁾ Além disso, o empregado tem o direito a receber informações “sobre os riscos a que está exposto, com as instruções adequadas para se proteger ou para a prevenção e limitação dos riscos”.⁽¹⁶⁴⁾ A Convenção n. 155, que entrou em vigor no Brasil em 18.5.1993, refere-se à segurança e saúde dos trabalhadores. Estabelece esse instrumento que é obrigação dos empregadores garantir que os locais de trabalho, o maquinário, os equipamentos, as operações e processos, que estiverem sob seu controle, “são seguros e não envolvem risco algum para a segurança e a saúde dos trabalhadores”.⁽¹⁶⁵⁾ Por fim, a Convenção n. 161,

homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira. São Paulo: LTr, 2005. p. 184.

(163) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 75-78.

(164) *Ibidem*, p. 79.

(165) *Ibidem*, p. 79-83.

que trata dos serviços de saúde no trabalho, com vigência no Brasil desde 18 de maio de 1991. Estabeleceu esse instrumento normativo que a responsabilidade primeira com relação à segurança e à saúde dos trabalhadores é do empregador. Realmente, “os serviços de saúde não conseguem agir ou se desincumbir a contento de suas funções sem ter o apoio e o respaldo do empregador”.⁽¹⁶⁶⁾

Uma das Convenções mais polêmicas internalizadas no Brasil é a n. 132. A Convenção n. 132 trata das férias anuais remuneradas e entrou em vigor a partir do Decreto de Promulgação n. 3.197, de 5.10.99. Somente através do Decreto Presidencial de Promulgação, que ordena essa execução e “publicação no Diário Oficial da União, dá-se a eficácia jurídica do tratado em todo o território brasileiro”.⁽¹⁶⁷⁾ Como a publicação do decreto presidencial ocorreu no DOU de 6.10.99, é a partir dessa data que ocorreu a vigência em todo o território nacional. Existem alguns pontos que merecem ser analisados, a respeito dessa Convenção, e que podem ser considerados modificadores da legislação nacional:

- a) aplicação a todos os trabalhadores, com exceção dos marítimos — ao ratificar a Convenção n. 132, o Brasil comunicou à OIT que haverá em nosso País, sempre 30 (trinta) dias de férias, não ressaltando as domésticas. Desse modo, a partir da promulgação desse instrumento internacional, as férias das domésticas passaram a ser de 30 dias, à semelhança do que já ocorria com os empregados celetistas. Por força do art. 4º do instrumento, “os empregados domésticos passaram também a ter direito às férias proporcionais”;⁽¹⁶⁸⁾
- b) férias proporcionais — período mínimo de serviço. Os arts. 5.1 e 11 da Convenção

n. 132 derrogaram o art. 147 do texto consolidado. Ao estabelecerem um período mínimo de serviço para a aquisição do direito a férias a todo empregado, sem qualquer restrição, consagram o direito a férias proporcionais (com fruição desse período, indenização compensatória ou crédito de férias equivalentes) “a todo empregado com menos de 1 (um) ano de casa que deixa voluntariamente o serviço”;⁽¹⁶⁹⁾

c) determinação da época de férias. Os arts. 10.1 e 10.2 da Convenção n. 132 estabelecem três requisitos para a concessão de férias pelo empregador: 1. necessidade do trabalho; 2. consulta prévia do empregado, exceto se fixada por regulamento, acordo coletivo, sentença arbitral ou qualquer outra forma, conforme a prática nacional; 3. possibilidade de repouso e lazer segundo as conveniências do empregado. Desse modo, está revogado o *caput* do art. 136 da CLT, que previa “somente o atendimento do interesse do empregador para a fixação do período de gozo de férias”;⁽¹⁷⁰⁾

d) feriados oficiais ou decorrentes do costume não são computados no período de gozo das férias. Dispõe o art. 6.1 da Convenção que os dias feriados oficiais ou costumeiros, quer se situem ou não dentro do período de férias anuais, não serão computados como parte do período mínimo de férias anuais remuneradas. Em razão desse dispositivo, existindo um feriado dentro ou fora do seu período de férias, “o empregado terá direito a férias integrais mais o(s) feriado(s). Por isso, “derrogada a expressão ‘dias corridos’ da escala de férias prevista no art. 130 da CLT”;⁽¹⁷¹⁾

e) fracionamento das férias. Cabe à autoridade competente de cada país signatário da

(166) *Ibidem*, p. 83-85.

(167) BARROS JUNIOR, Cassio Mesquita. A Convenção n. 132 da OIT e seu impacto sobre o regime de férias. In: *Revista de Direito do Trabalho*, ano 28, out./dez. 2002. São Paulo: RT, 2002. (p. 38-48) p. 43.

(168) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 743-744.

(169) BARROS JUNIOR, Cassio de Mesquita. A Convenção n. 132 da OIT e seu impacto sobre o regime de férias. *Op. cit.*, p. 45.

(170) *Ibidem*, p. 46.

(171) *Ibidem*, p. 46.

Convenção autorizar ou não o fracionamento do período de férias remuneradas. É o que dispõe o art. 8.1 da Convenção. Autorizado o fracionamento, um dos períodos não poderá ser inferior ao correspondente a duas semanas de trabalho ininterrupto, salvo convenção ou acordo coletivo em contrário. O § 1º do art. 134 da CLT consigna que somente os casos excepcionais serão as férias concedidas em dois períodos, um dos quais não poderá ser inferior a 10 (dez) dias corridos. Em consequência, considera-se que “esse dispositivo foi derogado pelo art. 8.2 do tratado ratificado”;⁽¹⁷²⁾

f) cessação do contrato de trabalho. O art. 4, § 1º da Convenção n. 132 da OIT estabelece que toda pessoa que tenha completado, no curso de um ano determinado, um período de serviço de duração inferior ao período necessário à obtenção de direito à totalidade das férias proporcionais prescritas no art. 3º, terá direito, nesse ano, a férias de duração proporcionalmente reduzidas. Sendo assim, mesmo se houver dispensa por justa causa, o obreiro fará jus a férias proporcionais, o mesmo ocorrendo com o empregado que pedir demissão antes de completar o período aquisitivo, ficando derogado o parágrafo único do art. 146 e o art. 147 do Texto Consolidado, cabendo ao TST a revisão do Enunciado n. 261”.⁽¹⁷³⁾ Ocorre que o TST, mesmo após a revisão das Súmulas ns. 14 e 261 deixou claro que o empregado não as perderá na saída voluntária (demissão), recebendo-as por metade na culpa recíproca. Desse modo, segundo essa orientação, na hipótese de justa causa o empregado não faria jus às férias proporcionais. É bom lembrar, entretanto, “que a Convenção n. 132 da OIT assegura as férias proporcionais,

independentemente da causa de extinção de cessação do contrato, dado o fundamento biofisiológico do instituto”.⁽¹⁷⁴⁾ Segundo Cláudia Salles Vilela Vianna, quando da rescisão contratual, ainda que por justa causa ou pedido de demissão, “terá o empregado direito ao recebimento de férias proporcionais, independentemente de meses trabalhados no período aquisitivo”.⁽¹⁷⁵⁾

Registre-se, a respeito da polêmica sobre a aplicabilidade da Convenção n. 132 da OIT quatro correntes de pensamento distintas:

a) a análise procede a partir das diretrizes estabelecidas na Lei de Introdução do Código Civil para sucessão de normas no tempo, segundo a qual “a lei posterior revoga a anterior quando (...) seja com ela incompatível”, “adotando o critério de aplicação imediata da lei, e identidade de matéria, pela compatibilidade, contradição ou especialização”;⁽¹⁷⁶⁾

b) aplica-se excepcionalmente a teoria da acumulação, estabelecendo-se o confronto entre a norma nacional e internacional para aferir qual a mais vantajosa, não havendo risco a se fracionar o ordenamento jurídico nacional. Além disso, “se a lei brasileira fosse mais favorável, seria desnecessária a sua ratificação como sugere a própria OIT”;⁽¹⁷⁷⁾

c) Considera-se a teoria do conglobamento como critério para a aplicação da norma mais favorável, não fracionando os preceitos ou institutos jurídicos, porque o conjunto normativo é apreendido globalmente, no seu todo, tendo em vista o mesmo universo temático. Por essa teoria alguns concluem que, “sendo a legislação brasileira mais

(172) *Ibidem*, p. 47.

(173) MOURA, Luiz Arthur de. A Convenção n. 132 da OIT e a revogação dos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho referentes às férias. In: *Revista de Direito do Trabalho*, ano 29, out./dez. 2003. São Paulo: RT, 2003 (p. 141-156) p. 155-156.

(174) BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 744.

(175) VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Manual prático das relações trabalhistas*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 453.

(176) COUTINHO, Aldacy Rachid. As férias depois da Convenção n. 132 da OIT. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, ano 27, n. 48, jul./dez. 2002. (p. 13-44) p. 14-15.

(177) BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 743.

favorável ao empregado, não se deve aplicar a Convenção n. 132¹⁷⁸;

d) analisando-se os conflitos entre a Convenção n. 132 da OIT e o Texto Consolidado, deve-se observar que sempre que a legislação brasileira for mais benéfica do que a norma internacional, “prevalecerá a legislação brasileira”, “pois assim determina o art. 19, § 8º, da Constituição da OIT”.¹⁷⁹

A Convenção n. 158 trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, e foi aprovada na 68ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Coimbra — 1982), entrando em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985. Essa Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional em 17 de setembro de 1992 (Decreto Legislativo n. 68, sendo ratificada pelo Governo Brasileiro em 4 de janeiro de 1995, para vigorar doze meses depois. Entretanto, sua eficácia jurídica no território nacional só se verificou “a partir do Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996, com o qual o Governo Federal publicou o texto oficial no idioma português, promulgando a sua ratificação”.¹⁸⁰

Logo foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 1.480-3-DF, a qual teve a liminar deferida em 18 de dezembro de 1996, no sentido de “suspender a eficácia de todas as possibilidades de sentido do texto legal questionado capazes de atribuir-lhe caráter de autoaplicabilidade”.¹⁸¹ O Governo brasileiro denunciou, um pouco antes da concessão dessa medida, a ratificação da Convenção mediante nota enviada ao Diretor-Geral da Repartição

Internacional do Trabalho, assinada pelo Embaixador Chefe da Delegação permanente do Brasil em Genebra (Ofício n. 397, de 20.11.96). Com o Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro do mesmo ano, o Presidente da República “promulgou a denúncia, anunciando que a mencionada convenção deixaria de vigorar no Brasil a partir de 20 de novembro de 1997”.¹⁸²

A polêmica prosseguiu, então, porque a proposta de denúncia não teria sido submetida ao Congresso Nacional. Desse modo, outra ADIn foi proposta, agora contra o Decreto n. 2.100/96 (ADIn n. 1.625/DF). Segundo essa medida judicial, haveria impossibilidade de denúncia de tratados internacionais sem o consentimento prévio do Congresso Nacional. O argumento central é no sentido que a Constituição de 1988 obrigou o governo brasileiro a que toda e qualquer denúncia por ele intencionada, “seja devidamente aprovada pelo Congresso Nacional, sem o que estar-se-á violando o referido dispositivo constitucional (CF, art. 49, inc. I)”.¹⁸³ Além do mais, na conformidade da Convenção n. 144 da OIT, ratificada pelo Brasil, a denúncia não poderia se operar “sem que fosse efetivamente discutida, de forma tripartite, entre representantes do governo, trabalhadores e empregadores. Isso não aconteceu”.

Essa ADIn ainda não foi julgada totalmente. Dos 4 votos já proferidos, três são favoráveis ao condicionamento do referendo do Congresso Nacional, somente a partir do qual a denúncia produz a sua eficácia (votos dos Ministros Maurício Corrêa, relator, Min. Carlos Britto e Min. Joaquim Barbosa) e um contrário (Min. Nelson Jobim), que julgava improcedente a ação. O julgamento ainda não foi concluído no final do ano de 2010.

Ao se analisar os destinos da Convenção n. 158 da OIT e sua repercussão no Brasil, deve ser lembrado que em 2008 o mundo econômico atravessou turbulências a que se deu o nome

(178) HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 23-24 e 139.

(179) MOURA, Luiz Arthur de. A Convenção n. 132 da OIT e a revogação dos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho referentes às férias. In: *Revista de Direito do Trabalho*, ano 29, out./dez. 2003. São Paulo: RT, 2003 (p. 141-156) p. 148.

(180) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 451.

(181) ZANGRANDO, Carlos. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. t. 1, p. 332.

(182) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 451.

(183) ZANGRANDO, Carlos. *Op. cit.*, p. 333.

de “crise”. Tal situação acarretou, inclusive no Brasil, dispensas coletivas em algumas empresas.

Em dois casos importantes, os Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª e da 15ª Região defrontaram-se com a necessidade de apreciar as dispensas em massa.

O caso julgado pelo Tribunal de Campinas chegou ao Tribunal Superior do Trabalho, que julgou o recurso ordinário em dissídio coletivo⁽¹⁸⁴⁾. O longo e bem fundamentado acórdão consignou entendimento majoritário no seguinte sentido:

A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT ns. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente) não permite o manejo meramente unilateral e potestativa das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente do Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do respectivo sindicato profissional obreiro.⁽¹⁸⁵⁾

A fundamentação constitucional abarca o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VII), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e IV).

Reconheceu o julgado paradigma, assim, distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas pois estas últimas são “social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes.”

Concluiu a decisão (embora não aplicando, de imediato ao caso concreto, o que foi

(184) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST RODC 309/2009-000-15-00.4 – Ac. SEDC, 10.8.09. Rel. Min. Maurício Godinho Delgado. In: *Revista LTr*, v. 73, n. 09, set. 2009. São Paulo, p. 1.105-1.125.

(185) *Ibidem*, p. 1105.

surpreendente...) ser “inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato dos trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo.” Dessa forma, firmou o C. TST orientação que, “para casos futuros”, passa a negociação coletiva a ser “imprescindível para a dispensa em massa dos trabalhadores”.

O julgamento é histórico, sem dúvida, pois valoriza, num Estado Democrático de Direito, a negociação coletiva como forma necessária para solucionar o conflito coletivo ocorrente na dispensa de empregados em massa, bem como o recurso às Convenções da OIT como instrumentos fundamentais para solucionar os casos trabalhistas.

Outra Convenção importante é a de n. 171, cuja promulgação no Brasil deu-se pelo Decreto n. 5.005 de 8.3.2004, quando passou a vigor em território nacional. Essa Convenção trata do trabalho noturno. Esse instrumento internacional estende-se ao trabalhador noturno, assalariado, e cuja atividade exija a realização de horas noturnas em número substancial, superior a determinado limite, a ser fixado pela autoridade competente, após prévia consulta às entidades representativas de empregadores e trabalhadores, ou por meio de convenção coletiva (art. 1º, b). Excluem-se dessa Convenção os trabalhadores da agricultura, da pecuária, da pesca, dos transportes marítimos e da navegação interior (art. 2º, item 1). Existem medidas de proteção a serem tomadas relativamente ao trabalhador noturno, progressivas, destinadas à proteção da saúde daquele que trabalha à noite, bem como outras destinadas a ajudá-lo a cumprir suas responsabilidades familiares e sociais. Outras medidas devem, também, ser adotadas, capazes de proporcionar a esse empregado melhoria na carreira e de compensá-lo de forma adequada. A empregada, “no ciclo gravídico-puerperal deve ter tratamento especial no âmbito da segurança e da proteção à maternidade”.⁽¹⁸⁶⁾ Os preceitos

(186) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 690.

contidos nessa Convenção poderão ser aplicados mediante lei, “normas coletivas, laudos arbitrais, sentenças judiciais, como também por intermédio de uma combinação desses meios ou outra forma de acordo com as práticas nacionais”.⁽¹⁸⁷⁾

O problema do vírus HIV e da AIDS recebeu, recentemente, a atuação da OIT. Na 99ª Reunião de Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 2 de junho de 2010, foi aprovada a Recomendação n. 200, que trata do vírus HIV e da AIDS. Enumera os princípios gerais, entre os quais o que estabelece que “a prevenção de todos os modos de transmissão do vírus HIV deveria ser uma prioridade fundamental” (art. 3, letra *d*). Os programas de prevenção devem garantir “programas de educação integrais para ajudar aos homens e às mulheres a compreender e reduzir os riscos de todos os modos de transmissão do vírus HIV, com inclusão da transmissão ao materno-infantil, e a entender a importância de mudar os comportamentos de risco relacionados com a infecção” (art. 16, *b*). Um aspecto importante, também, estabelece que “As provas de detecção devem ser verdadeiramente voluntárias e realizar-se sem coação alguma, e os programas relativos a essas provas devem respeitar as diretrizes internacionais sobre confidencialidade, orientação e consentimento” (art. 24). Como afirma Alice Monteiro de Barros, “a infecção pelo HIV não constitui justa causa, tampouco motivo justificado para a ruptura do contrato de trabalho”.⁽¹⁸⁸⁾ A Recomendação n. 169, de 1984, que vem complementar a Convenção n. 122/64 da OIT, sobre política de emprego, após sugerir seja eliminada toda forma de discriminação, recomenda, ainda, medidas que satisfaçam “às necessidades de pessoas que tenham, frequentemente, dificuldade para encontrar emprego duradouro, podendo ser incluídos aí os portadores de HIV/AIDS”.⁽¹⁸⁹⁾ Alerta Mariana

(187) *Ibidem*, p. 692.

(188) *Ibidem*, p. 1.202.

(189) *Idem*.

Ribeiro Santiago que o indivíduo soropositivo não deve ser discriminado nem na admissão nem no exercício da atividade laborativa, pois não perde os direitos de personalidade em virtude da doença. O que pode ocorrer é que o trabalho não seja recomendável, se, pelo estágio da doença, “o indivíduo não apresentar mais capacidade técnica de exercer a função, caso em que, se empregado, lhe competem os benefícios previdenciários”.⁽¹⁹⁰⁾

Considera-se recomendável a ratificação pelo Brasil da Convenção n. 151 da OIT, que versa sobre a negociação coletiva no serviço público e o conseqüente de direito de sindicalização dos servidores públicos, “tratando-se de instrumento relevante para a solvência de embates coletivos entre os servidores e o Estado”.⁽¹⁹¹⁾ Não haveria impedimento a essa espécie de negociação coletiva porque a Constituição Federal assegurou aos servidores públicos o direito à sindicalização (art. 37, inciso VII, da CF) e à greve (art. 37, inciso VII, da CF), além de ter o Brasil ratificado a Convenção n. 154 da OIT, que trata do fomento à negociação coletiva.⁽¹⁹²⁾ Eventual impedimento ao princípio da reserva legal ou da lei de responsabilidade fiscal, impossibilitariam a celebração de acordos e convenções coletivas entre os Sindicatos de servidores públicos e a Administração Pública, nada impedindo, porém que da mesa de negociação possa nascer um esboço de projeto de lei contendo o acordado, encaminhando-se ao Chefe do Poder Executivo do ente federado para encaminhamento, tendo em vista “a sua iniciativa legislativa privativa para propor alterações remuneratórias nos ganhos dos servidores públicos”.⁽¹⁹³⁾ Em 11 de fevereiro de

(190) SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A AIDS e o direito fundamental ao trabalho. In: *Revista de Direito do Trabalho*, ano 24, out./dez. 2003, São Paulo, RT, (p. 211-219). p. 218.

(191) OLIVEIRA, Christiana D’arc Damasceno. *(O) direito do trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 406.

(192) *Idem*.

(193) ARAÚJO, Eduardo Magnes Vieira. Negociação coletiva no setor público. In: VIANA, Márcio Túlio (Coord.).

2008 a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional Mensagem solicitando a ratificação dessa Convenção n. 151 da OIT, que trata da negociação coletiva no serviço público.

Por último, mas não menos importante, aborda-se o fenômeno da exigência do trabalho decente. Convocou-se para o início de maio de 2012 a Primeira Conferência Nacional de Emprego e Trabalho Decente, a ser realizada em Brasília.⁽¹⁹⁴⁾

Tem por objetivo, essa Conferência, promover a discussão do tema emprego e trabalho decente, visando à formação de proposta de política nacional de trabalho decente, bem como a atualização do respectivo plano e da agenda de trabalho.

Realizar-se-ão, antecipadamente, etapas estaduais, regionais ou municipais e distritais.

Os temas a serem desenvolvidos são, especialmente, os seguintes:

- a) geração de mais e melhores empregos com proteção social;
- b) erradicação do trabalho escravo e do trabalho infantil;
- c) fortalecimento do modelo tripartite e do diálogo social.

Luciane Cardoso Barzotto, sobre o trabalho decente, assevera a importância para a dignidade do trabalhador e a sustentabilidade empresarial.

Para essa autora, o trabalho decente pode ser visto a partir de duas perspectivas, então, “a dignidade da pessoa humana e o contexto ambiental no qual o trabalho deveria se desenvolver de forma sustentável”.⁽¹⁹⁵⁾

A reforma sindical no âmbito da competência trabalhista. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 127-128.

(194) BRASIL. *Decreto de 24 de novembro de 2010.* Convoca a 1ª Conferência Nacional de Emprego e Trabalho Decente — CNETD. DOU 25.11.2010.

(195) BARZOTTO, Luciane Cardoso. Trabalho decente: dignidade e sustentabilidade. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli

A locução *trabalho decente*, como termos estratégico da Organização Internacional do Trabalho, unifica aspectos qualitativos e quantitativos do progresso social, segundo a autora mencionada.⁽¹⁹⁶⁾

O trabalho decente, segundo a Organização do Trabalho, deve ser considerado como “aquele desenvolvido em ocupação produtiva, justamente remunerada e que se exerce em condições de liberdade, equidade, seguridade e respeito à dignidade humana”.⁽¹⁹⁷⁾

O paradigma do trabalho decente deve ser visto, desse modo, como uma política institucional para chamar a atenção nacional em torno de quatro aspectos essenciais: a) os direitos fundamentais; b) o emprego como fator de desenvolvimento para todos; c) proteção social; d) diálogo social.⁽¹⁹⁸⁾

Parece promissora a Conferência proposta pelo Brasil, para maio de 2010, visando promover a discussão do tema *trabalho decente*.

Neste ano de 2010, 7 de outubro, Dia Mundial do Trabalho Decente, ocorreram diversas manifestações conclamando a sociedade para “a luta por melhores condições de vida e de trabalho, ampliando os laços de solidariedade e integração entre os povos”.

Em época de crise econômica, a negociação coletiva pode ser uma importante ferramenta para solucionar os conflitos coletivos de trabalho, especialmente tendo em vista o princípio da solidariedade.

Trabalho decente e negociação coletiva do trabalho são assuntos que se entrelaçam em uma só direção, atendendo a dois princípios modernos essenciais: dignidade da pessoa

Gonçalves da Silva (Coords.). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial* — v. 3. Curitiba: Juruá, 2010. p. 167.

(196) *Ibidem*, p. 168.

(197) OIT. Documento GB.280/WP/SDF/1, de março de 2001. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/pr-1.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

(198) BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Op. cit.*, p. 168.

humana e desenvolvimento do trabalho de forma sustentável.

9. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Eduardo Magnes Vieira. Negociação coletiva no setor público. In: VIANA, Márcio Túlio (Coord.). *A reforma sindical no âmbito da competência trabalhista*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BARROS JUNIOR, Cassio de Mesquita. A Convenção n. 132 da OIT e seu impacto sobre o regime de férias. In: *Revista de Direito do Trabalho*, ano 28, out./dez. 2002, São Paulo: RT, 2002, p. 38-48.

_____. Direito internacional. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coord.). *A transição do direito do trabalho no Brasil: estudos em homenagem a Eduardo Gabriel Saad*. São Paulo: LTr, 1999.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Trabalho decente: dignidade e sustentabilidade. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva (Coords.). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial — v. 3*. Curitiba: Juruá, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BEAUDONNET, Xavier. Liberdade sindical e negociação coletiva — entrevista. In: *Revista da Associação Latino-Americana de Juízes do Trabalho*, ano 4, n. 6, set. 2010, p. 16-18.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006.

BRASIL. *Decreto de 24 de novembro de 2010*. Convoca a 1ª Conferência Nacional de Emprego e Trabalho Decente — CNETD. DOU 25.11.2010.

BRASIL. *Lei n. 9.869, de 14 de julho de 1998*. Concede anistia de multas cominadas pelo Tribunal Superior do Trabalho às entidades sindicais representativas dos empregados da Empresa Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS, no período em que menciona. DOU 15.7.1998.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. TST RODC 309/2009-000-15-00.4 – Ac. SEDC,

10.8.2009. Rel. Min. Maurício Godinho Delgado. In: *Revista LTr*, v. 73, n. 09, set. 2009. São Paulo: LTr, p. 1105-1125.

CAMPOS, João Mota de (Coord.). *Organizações internacionais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

COUTINHO, Aldacy Rachid. As férias depois da Convenção n. 132 da OIT. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, ano 27, n. 48, jul./dez. 2002. p. 13-44.

DALAZEN, João Oreste. Relatório de participação na 88ª Reunião da Conferência Internacional — Genebra — 2000. In: *Revista do TST*, v. 66, n. 3, jul./set. 2000. Brasília/DF, p. 242-243.

DE BUEN L., Néstor. *Derecho del trabajo*. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1979. Tomo primeiro.

DECISÃO DO COMITÊ DE LIBERDADE SINDICAL DA OIT SOBRE A GREVE DOS PETROLEIROS. In: *Revista LTr*, v. 60, n. 01, jan. 1996. São Paulo, p. 19.

DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 6. ed. México: Editorial Porrúa, 1980. Tomo I.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis J.; SÁENZ DE SANTA MARIA, Paz Andrés. *Curso de derecho internacional público*. 6. ed. Madrid: Civitar, 1999.

HANSENNE, Michel. *Apresentação a declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento*. Trad. Edílson Alckmin Cunha. Genebra: OIT, 1998.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

LUNARD, Sandro. A OIT e a questão da liberdade sindical no Brasil: a análise do “caso 2739”. In: *Jornal da Federação dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários do Estado do Paraná*, 49 ed., mar./abr. 2010. p. 2. Disponível em: <<http://www.fetropar.org.br>>.

MACMILLAN, Margaret Olwen. *Paz em Paris, 1919: a conferência de Paris e seu mister de encerrar a*

- grande guerra. Tradução Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MONTT BALMACEDA, Manuel. *Princípios de derecho internacional del trabajo la OIT*. 2. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1998.
- MOURA, Luiz Arthur de. A Convenção n. 132 da OIT e a revogação dos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho referentes às férias. In: *Revista de Direito do Trabalho*, ano 29, out./dez. 2003. São Paulo: RT, 2003, p. 141-156.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1976.
- OIT. Documento GB.280/WP/SDF/1, de março de 2001. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/pr-1.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2010.
- OIT. *Princípios e direitos fundamentais no trabalho: declaração e normas da OIT*. Brasília: OIT, ACTRAV, 2000.
- OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. *(O) direito do trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- OLSSON, Giovanni. *Relações internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2003.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984 adoptados por la Conferencia Internacional del trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1985.
- PAULA, Carlos Alberto Reis de. Discriminação nas relações de trabalho. In: PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto de Figueiredo (Coords.). *Os novos horizontes do direito do trabalho: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira*. São Paulo: LTr, 2005.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Curso de derecho laboral*. Montevideo: Acali Editora, 1980. t. I, v. 2.
- _____. *Los convenios internacionales del trabajo*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, 1965.
- REMIRO BROTONS, Antonio; RIQUELME CORTADO, Rosa M.; DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier; ORISTUELA CALATAYUD, Esperanza; PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis. *Derecho internacional*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- RESEK, J. F. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. *Lecciones de derecho internacional público*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A AIDS e o direito fundamental ao trabalho. In: *Revista de Direito do Trabalho*, ano 24, out./dez. 2003. São Paulo: RT, 2003. (p. 211-219). p. 218.
- SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. Breves anotações sobre as convenções fundamentais da OIT. In: LAGE, Êmerson José Alves; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). *O direito do trabalho e o direito internacional, questões relevantes: homenagem ao professor Osiris Rocha*. São Paulo: LTr, 2005.
- SERVAIS, Jean-Michel. *Elementos de direito internacional e comparado do trabalho*. Tradução Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 2001. p. 33-34.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. v. 1.
- _____. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- _____. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- _____. *Direito internacional do trabalho*. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. II.
- VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Trad. Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977.
- VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Manual prático das relações trabalhistas*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- VIDOTTI, Tarcio José. Anomalias brasileiras: a chaga do trabalho infantil. In: PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto de Figueiredo (Coords.). *Os novos horizontes do direito do trabalho: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira*. São Paulo: LTr, 2005.
- ZANGRANDO, Carlos. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. t. I.

O que é Justiça, no espectro filosófico

Flavio Allegretti de Campos Cooper^(*)

Resumo:

- ▶ Dos vários pensadores clássicos e modernos extrai-se uma summa de aspectos dimensionais e conceituais do significado de Justiça, tendo como pesquisa textos preponderantemente da área filosófica, perpassando por questionamentos formulados em várias épocas nos seus contextos históricos, sociais e econômicos, incluindo os de natureza semântica, teológica, mitológica, jurídica, política e principiológica.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Grécia
- ▶ 3. Sentido teológico
- ▶ 4. China e mitologia grega
- ▶ 5. Direito natural e dimensão política
- ▶ 6. Dimensão principiológica
- ▶ 7. Dimensão social
- ▶ 8. Natureza da punição e justiça
- ▶ 9. Ótica contemporânea
- ▶ 10. Considerações finais
- ▶ 11. Referências bibliográficas

1. Introdução

Ao me preparar para a designação de compor banca de exame oral, presidida pelo Min. Pedro Paulo Manus, última etapa eliminatória no concurso público para a magistratura, deparei com a Resolução n. 75 do Conselho Nacional de Justiça, que inclui dentre as disciplinas exigidas, no Anexo VI, “Filosofia do Direito: 1. O conceito de Justiça. Sentido lato de Justiça, como valor universal. Sentido estrito

de Justiça, como valor jurídico-político. Divergências sobre o conteúdo do conceito.”

Essa questão me afeta desde os albores da carreira. Enquanto aguardava a nomeação, dediquei-me a livros de conteúdo ético-filosófico, como os de Ihering e Calamandrei. Reli trechos de Gustav Radbruch e Gabriel de Moncada.

Nos escritos de Elieser Rosa, falecido professor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, há interessante referência ao magistrado em dúvida, perguntando a crianças.

(*) Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 15ª Região. Professor universitário e de pós-graduação.

Estas têm inata, dentro de si, a intuição de justiça.

Disse que as crianças quando injustiçadas têm a clara percepção, sofrem e se revoltam.

Passando os anos encontrei leituras clássicas e contemporâneas, organizadas pelos professores Robert C. Solomon, da Universidade Texas-Austin, e Mark C. Murphy, professor de Notre Dame.

Na semana corrente visitei o trabalho da Min. Maria Cristina I. Peduzzi, em cuja obra, relaciona a ideia de justiça com a de segurança jurídica ao apontar para Kelsen, que trata da desvantagem de falta de flexibilidade, na sua Teoria Pura do Direito, com a vantagem contrapartida da segurança jurídica, em que indivíduos se orientam em sua conduta por possíveis decisões dos tribunais.

Acredito que o tema reside no consciente ‘sentido’ dos que operam o direito, provocando o poder jurisdicional ou respondendo por ele, no exercício administrativo ou judicial, pelo cidadão envolvido nas querelas, no processo ou fora dele. E mais, que o tema perpassa a mente de escritores, novelistas, pessoas e grupos, ideias e ideais, sacro e profano.

Talvez seja uma questão, cerne de decisões, ações, no plano comportamental e no cognitivo, de dimensões da percepção, razão, juízo e discernimento.

2. Grécia

Na antiga Grécia, Sócrates perguntou a seus colegas no mercado ateniense, Cefalus, Trasimachus, Glaucon, Polemarcus e Cleitofon: “O que é justiça?”.

O problema é que havia pelo menos duas palavras gregas empregadas como ‘justiça’. De um lado, *‘to eson’* ou *‘isotes’* significando ‘igualdade’, e de outro, *‘dikaiosune’* que mais propriamente significa ‘retidão’.

Mas Platão e Aristóteles defendiam uma visão de justiça de desigualdade aos desiguais.

Na sua Ética a Nicômaco, a doutrina e classificação de Aristóteles continua atual. Trata

de vários aspectos da Justiça: 1. como um estado de caráter; 2. como legalidade e razoabilidade; 3. a justiça geral em contraste com a especial; 4. a justiça distributiva e o princípio da proporcionalidade ou da igualdade proporcional; 5. justiça retributiva ou retificadora e o papel do juiz; 6. a justiça política (ou o politicamente justo); 7. a justiça natural e a legal.

3. Sentido teológico

No sentido sagrado, a Justiça é uma característica e um atributo da perfeição de Deus (Salmos 11:7); o homem presta conta do que faz a Deus (Ecl. 11:10 e 12:14); a prática da justiça consiste na retidão de ações e sentimentos, e na submissão a Deus (Miq. 6:8).

(Certo e justo é aquilo que está de acordo com a vontade de Deus. Locke assim expressa: “se uma pessoa é criada por outra (no sentido teológico), então aquela pessoa tem um dever de cumprir com os preceitos estabelecidos a ela por seu Criador”. Este princípio geral sublinha Deus como a autoridade moral legítima).

Cristo falou em buscar o reino de Deus e a sua justiça, no sentido de retidão de caráter, imitar as virtudes divinas de fazer o bem a todos, perdoar aos outros, ter fé e servir aos propósitos de Deus (Mat. 6:33 e 5:48; vide cap. 5 e 6 *in totum*). Falou do autoaperfeiçoamento em cuidar de si e não reparar e condenar as fraquezas alheias, oração, jejum e serviço ao próximo no caminho apertado que leva à vida (Mat. 7).

O Alcorão islâmico contém este conselho: “não deixes que o ódio a outros os faça se bandear para o erro e se apartar da justiça” e “sê justo: o que está próximo à piedade, e teme a Deus. Pois Deus é bem conhecido daqueles que assim o fazem”.

Santo Tomás de Aquino, inspirado na classificação de Aristóteles, desenvolveu ensaio sobre a Justiça, discorrendo sobre doze pontos em forma de perguntas: 1. O que é Justiça?; 2. Está a Justiça sempre relacionada a outros?;

3. É uma virtude?; 4. Está sujeita à vontade?; 5. É uma virtude geral?; 6. Como virtude geral, é essencialmente a mesma que todas as outras virtudes?; 7. Há uma Justiça particular?; 8. Como justiça particular, tem conteúdo próprio?; 9. Trata-se de paixões ou somente operações?; 10. São os meios da justiça objetivos menores?; 11. O ato de justiça é dar a cada um o que lhe pertence?; 12. É a justiça a principal das virtudes morais?.

4. China e mitologia grega

A filosofia chinesa também se deteve sobre o assunto, como a teoria dos sentimentos morais de Mencio, discípulo de Confúcio.

Pensou na ideia de “li” (regras de conduta) e “ren” (amor benevolente, como fruto de profunda espiritualidade). Sofrer com a desgraça de outros leva a humanidade. O sentimento de vergonha leva a justiça. A deferência a outros, à propriedade e o senso de certo leva a sabedoria.

Cuidou do tema a mitologia grega, no seguinte texto de Platão: “Zeus temeu que a raça humana fosse exterminada, então enviou Hermes a eles, trazendo reverência e justiça para serem os princípios ordenadores das cidades, e os laços de fraternidade e conciliação.

Hermes perguntou a Zeus, como ele poderia espalhar justiça e reverência entre os homens: deveria distribuí-los como as artes são distribuídas, isto é, apenas a alguns poucos favorecidos? Deve ser esta a maneira que eu devo distribuir justiça e reverência entre os homens, ou devo concedê-las a todos? “— A todos”, disse Zeus: “eu gostaria que todos a tivessem, pois sem elas as cidades não poderiam existir”.

5. Direito natural e dimensão política

Na dimensão da política filosófica se poderia perguntar: “O que faz um governo legítimo?”. Uma resposta talvez é que ele deveria ser justo. E, mais uma vez, o que é Justiça? E como os Estados e governos podem devidamente clamar serem justos?

Os adeptos do direito natural, colocaram a justiça no seu conteúdo junto com a liberdade, a busca da paz e felicidade, livre-arbítrio e outros direitos inalienáveis.

Hobbes fala do contrato que é a mútua transferência de direitos, e sentencia: “o que eu legitimamente convenciono, não posso legitimamente quebrar”.

Adepto da teoria do contrato social, ele defende que a justiça e propriedade começam com a constituição de uma comunidade. A justiça comutativa é a justiça do contrato, a distributiva baseia-se no mérito e exige um árbitro, que define o que é justo. Se um homem é investido para julgar entre um e outro homem, é preceito do direito natural que ele deve lidar igualmente entre eles (princípio da imparcialidade).

Das injustiças sociais falam Locke e Rousseau. Este disse que “o homem nasce livre, mas em todo o lugar ele está acorrentado”. É de John Locke a assertiva: “onde não há propriedade, não há injúria”. Rousseau observa no seu Discurso sobre a Origem das Desigualdades, que é a instituição da propriedade privada que toda essa infelicidade advém, a artificialidade e competitividade da sociedade contemporânea, as diferenças grotescas entre o rico e o pobre, entre aqueles poderosos e os destituídos de posse.

Em seu livro “Teoria da Justiça”, John Rawls diz que “há um conflito de interesses desde que os homens não são indiferentes a como os maiores benefícios produzidos por sua colaboração são distribuídos, pois a fim de perseguirem seus fins, cada um prefere mais benefícios do que menos. Assim, princípios são necessários para escolher entre os vários arranjos sociais que determinam a distribuição das vantagens e sublinham um consenso sobre a distribuição apropriada de bens. Essas exigências definem o papel da justiça”.

Diz também que “uma concepção de direito deve impor um ordenamento sobre as demandas conflituosas para que se evite o

apelo à força e atos insidiosos a fim de que os princípios da retidão e justiça sejam aceitos”.

6. Dimensão principiológica

Sobre o direito, justiça, equidade e sociedade, todos agrupados ou integrados em uma só ideia, disse Ronald Dworkin que a sociedade é vista como uma comunidade de princípios, que exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade.

Michel Sandel defende que os princípios da justiça são produtos de escolha; só o indivíduo ou um grupo deles pode decidir, por reflexão racional, o que constitui o seu bem, que sistema de finalidades é racional para eles perseguirem, e por antecipação como tal sistema irá regular suas pretensões, uns contra os outros.

Para Hume a justiça decorre da falta de amor. Disse ele que nós precisamos da justiça porque não amamos uns aos outros suficientemente.

Várias questões surgem: qual o papel da justiça e sua justificação na sociedade moderna? É, como Hobbes insiste, uma tentativa de garantir segurança e satisfação? Ou como diz John Locke, salvaguardar nossa propriedade duramente adquirida? Ou melhor, é maximizar e assegurar o bem público? No que consiste esse bem e como pode ser distribuído? Em que extensão uma pessoa se distingue da outra? Em termos de suas necessidades, suas habilidades, suas contribuições, e seus direitos individuais? É a igualdade de oportunidades produzida pelo mercado, em seu conceito econômico? Ou como David Hume assinala, a justiça é um modo de utilidade social?

Grotio, o primeiro grande pacifista construtivista, sugeriu uma corte mundial de arbitragem. Immanuel Kant, o grande filósofo, em seu tratado “Paz Eterna”, insistiu que cortes deveriam suplantam guerras, federações de nações eliminar o individualismo egocêntrico,

tratados tomam o lugar de armas e democracias tornam obsoletas as dinastias opressoras. Henrique IV, da França, sonhou com uma Liga das Nações.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América adota a teoria do contrato social e dos direitos naturais, ao estabelecer “que governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consenso dos governados” e que quando um governo falha em realizar seus deveres “é o direito do povo alterar ou abolir”.

Afirma que “todos os homens são criados iguais” e que “eles são investidos por seu Criador com certos direitos inalienáveis”, “que entre estes estão a vida, liberdade e busca da felicidade”.

Locke sugere que a propriedade privada, no sentido de um pedaço de terra, seja contado como um direito natural, conquanto não absoluto, com limites no seu exercício útil. Inclui nesta relação o próprio corpo, e aquilo que se faz com ele, como o trabalho, que é propriedade inquestionável do trabalhador.

David Hume defende uma concepção de justiça que, antes de tudo, apóie o bem público, concebido em termos de paz e segurança. Argúi que a utilidade pública não é uma mas a única justificativa da justiça. Assim, para ele, é mais uma virtude ‘artificial’ do que ‘natural’.

Adam Smith idealizou a justiça como um sentimento moral, cunhando a expressão ‘senso de justiça’, baseado na compaixão que mais previne de prejudicar outros. Uma sociedade não poderia sobreviver na presença de sentimentos de prejudicar uns aos outros.

7. Dimensão social

Hegel analisa três aspectos da sociedade civil:

- a) o sistema de necessidades, em que o Estado faz a mediação entre a satisfação das necessidades de uma pessoa através do seu trabalho e a satisfação da necessidade de outros;

b) o sistema da Administração da Justiça, assegurando os princípios da liberdade e da proteção da propriedade privada;

c) o sistema da Polícia e das corporações que tomam provisões contra as contingências que podem haver nos dois sistemas anteriores e para cuidar de interesses legítimos comuns e particulares.

John Stuart Mill trata de dois sentidos da justiça, um como um sentimento ou instinto peculiar, a ser controlado e iluminado por uma razão elevada, exemplificando que é universalmente considerado justo que cada pessoa receba o bem ou o mal que mereça e injusto que obtenha o bem ou sofra o mal que não mereça.

De outro lado, faz referência à justiça como protetiva dos direitos legalmente reconhecidos a alguém, como sendo injusto privá-lo desses direitos e justo o respeito à sua liberdade pessoal, propriedade ou qualquer outra coisa que lhe pertença por lei.

Já Friedrich Engels observou ser injusto o presente modo de distribuição do produto do trabalho trazendo os contrastes da necessidade a uns e luxúria a outros, inanição a uns e excesso a outros, criados pelo moderno capitalismo, como a injusta distribuição de classes, uma dominante outra explorada, a primeira privilegiada, a segunda servil.

Portanto, defende a abolição da propriedade privada, a utilização comum de todos os instrumentos de produção e a distribuição de todos os produtos de acordo com o consenso de todos.

Foi combatido por Friedrich Von Hayek, que escreveu “A miragem da justiça social”, sendo um dos defensores ardorosos do ‘laissez faire’ e do sistema do mercado livre.

Observa ele, que hoje, não há movimento político ou políticos que não invoquem a justiça social em apoio a medidas particulares que advoguem.

Embora a frase tenha ajudado indubitavelmente e ocasionalmente a tornar a lei mais

igual para todos, duvida que a demanda por justiça na distribuição de bens poderia tornar a sociedade mais justa ou reduzir o descontentamento.

Diferencia que a sociedade liberal é governada por princípios de conduta individual justa enquanto que a justiça social coloca o dever da justiça a autoridades com poder de dirigir as ações do povo.

Afirma que a justiça é uma atitude da conduta humana no tratamento de uns para com os outros para assegurar e manter uma ordem benéfica de ações.

Defende o mercado livre como um jogo econômico em que apenas a conduta dos jogadores deverá ser justa e não seu resultado.

Sobre a igualdade, tema caro à justiça, Friedrich von Hayek opinou que oportunidades iguais são ilusórias e impossíveis. Bernard Williams escreveu que os homens *são* iguais nas declarações de princípios ou de metas e que ao mesmo tempo os homens deveriam ser iguais, pois no presente não o são.

Este último estudou a igualdade no aspecto de ser humano, com suas características genéricas e também nas capacidades morais com suas habilidades e conexões (relacionamentos entre uns e outros). Mas estudou também a igualdade nas circunstâncias desiguais e as pretensões sobre bens baseadas nas necessidades e no mérito.

David Miller que estudou o sistema de mercado no seu livro “Justiça Social”, assevera que as sociedades capitalistas não são sociedades puramente de mercado, porque combinado com outros elementos de estrutura social. Primeiro, porque contém uma classe aristocrática cuja posição social é mais herdada do que obtida por troca e produção. Segundo, porque contém uma classe trabalhadora, que conquanto troque seus serviços por um salário e compre do comércio seus bens, a relação com seus companheiros trabalhadores não é de mercado, mas de assistência mútua e apoio e proteção contra um oponente comum — o empregador.

Os sindicatos, a principal forma através da qual a solidariedade de classe tem sido expressa, foi reconhecido pelos teóricos do mercado como incompatível e estranho àquele sistema.

8. Natureza da punição e justiça

Outro aspecto da justiça diz respeito à retribuição que desperta várias questões de ordem filosófica, em relação às sanções e punições de violações à lei e aos direitos de outros. Qual a punição “adequada”? Uma que quite um débito social? A punição é pagamento? Que dizer da pena capital?

Temos, de um lado, a virtude presente pelo Novo Testamento de “dar a outra face” e a observação de Platão de que a retaliação e injúria nunca são certas, mesmo em retorno ao mal; de outro, há uma subcultura da violência, como o código de vingança da Sardenha, em que a vingança é obrigatória e ofensas devem ser vingadas.

No entanto, Kant afirmou que a natureza e justificação da punição é a retribuição, que se diferencia da vingança. Esta é uma paixão, aquela equivalente à natureza e gravidade do crime é ditada pela razão, pela lei e pela corte.

Enquanto Beccaria assevera que toda pena capital é errada em si mesma e injusta, a Suprema Corte americana nos casos *Furman v. Georgia* (1972) e *Gregg v. Georgia* (1976) reafirma a validade constitucional à pena de morte, argumentado que esta serve a propósitos sociais de inibição ao crime e retribuição. Consigna-se o voto minoritário e vencido do Juiz Marshall insistindo que “não há correlação entre a pena capital e taxa inferior do crime capital”.

Hugo Bedau escreve que a pena capital mais vulgariza e degrada a vida humana do que fomenta respeito por ela. Van Der Haag se opõe dizendo que o homem culpado do crime capital corre o risco de tal punição.

Grassam as reflexões de um lado e de outro, desde o humanista Alberto Camus, que combateu a inescusável violência da guilhotina,

Susan Jaboby (*Justiça selvagem*, 1983), Robert C. Solomon (em *Justiça e a paixão por vingança*, 1989), que diz ser falsa a dicotomia entre justiça impessoal e mera vingança pessoal, cita Nietzsche que a “urgência de punir vem primeiro, as razões e tentativas de justificação vêm depois”. Fala da metáfora da ‘dívida’ = a punição é para pagar pelo erro”, e da metáfora de que a punição deve ser adequada ou se ajustar ao crime. Aqui citando Camus:

“Para haver equivalência, a pena de morte deveria punir um criminoso que teria avisado sua vítima da data em que ele lhe haveria de infligir uma morte horrível e que desse momento em diante, o teria confinado à sua misericórdia por meses. Tal monstro não é encontrado na vida privada”.

9. Ótica contemporânea

Vários outros autores dissertaram sobre a justiça, John Rawls colocando-se no rol das virtudes e conceituando-a como equidade, com as três ideias básicas que expressam a justiça: liberdade, igualdade e recompensa pelos serviços, contribuindo para o bem comum.

Robert Nozick estuda a justiça distribuída de posseção, com a teoria do título (fazer jus a).

Alasdair MacIntyre coloca a seguinte equação entre os cidadãos-tipo, chamados A e B:

“A, que pode possuir uma loja, ser um policial ou trabalhador na construção civil, tem lutado para economizar o suficiente de seus ganhos para comprar uma pequena casa, mandar seus filhos à escola local, e pagar por algum tipo especial de plano de saúde para seus pais. Ele sente todos estes seus projetos ameaçados pela elevação dos impostos. Ele vê essa ameaça aos seus projetos como *injusta*: ele reclama ter direito sobre o que ele ganhou e que ninguém mais tem o direito de tirar o que ele ganhou e que ninguém mais tem o direito de tirar o que ele adquiriu legitimamente e ao qual ele possui um justo título. Ele pretende votar em candidatos políticos que defenderão sua

propriedade, seus projetos e sua concepção de justiça’.

“B, que pode ser um profissional liberal, assistente social e ter herdado bens, está impressionado com as desigualdades na distribuição de riqueza, rendimentos e oportunidades. Ele está, acima de tudo, mais impressionado com a inabilidade dos pobres e destituídos para fazer algo sobre suas próprias condições resultantes das desigualdades na distribuição do poder.

Ele vê esses tipos de desigualdades como injustos e como constantemente fomentando novas injustiças. Ele acredita que a única possibilidade de equalizar as desigualdades é melhorar a condição dos pobres e destituídos, por exemplo, fomentando crescimento econômico. Ele chega à conclusão que nas circunstâncias presentes a redistribuição dos impostos para financiar a previdência e os serviços sociais é o que a justiça demanda. Ele pretende votar nos candidatos políticos que irão definir a redistribuição e sua concepção de justiça”.

Thomas Nagel fala da justiça das instituições: “A justiça das instituições sociais é medida não por sua tendência em maximizar a gama ou média de certas vantagens, mas pela tendência de contrapartida às naturais desigualdades advindas do nascimento, talentos e circunstâncias, canalizando estes recursos no serviço do bem comum. O bem comum é medido em termos de estabelecer benefícios básicos e restritos a indivíduos, como liberdade pessoal e política, vantagens sociais e econômicas e autoestima”.

Charles Taylor trata do princípio da proporcionalidade na justiça distributiva na perspectiva do bem comum.

Michael Walzer concebeu a “Esfera da Justiça” incluindo a redistribuição dos bens contra dominação e monopólio para fomentar igualdade e, distribuição pelo Estado de todos os bens sociais. Ou seja, prega a intervenção estatal

para quebrar monopólios ainda incipientes e represar novas formas de dominação.

Elisabeth Wolgast ensina que só se pode apreender a justiça, a partir do conceito de *injustiça*, e que a justiça se caracteriza por força e urgência. “Nós precisamos de justiça! A justiça precisa ser feita!”, e outras expressões denotam imperativo de força e urgência.

O filósofo parisiense André Comte-Sponville, no seu Pequeno Tratado das Grandes Virtudes, ao escrever sobre a justiça, perguntou: “Mas quem pode gabar-se de conhecê-la ou de possuí-la totalmente?”, e tentou posicioná-la no equilíbrio, nesses termos: “Diante do desmedido da caridade, para a qual o outro é tudo, diante do desmedido egoísmo, para o qual o eu é tudo, a justiça se mantém na medida que sua balança simboliza, em outras palavras, no equilíbrio ou na proporção: a cada um sua parte”.

E quando trata da pergunta: “O que é meu?”, afirma que na natureza tudo pertence a todos. A justiça, segundo ele, é humana, fruto do consenso. “A justiça só existe na medida que os homens a querem, de comum acordo, e a fazem”.

10. Considerações finais

Recordo-me que antes desses estudos, ao me questionar ‘o que é justiça’ e ao refletir durante algumas semanas, intui, com simplicidade, que a justiça é um atributo divino, possuída inerentemente e integrativa do caráter humano, uma luz sujeita a ser desenvolvida com propósitos e ações retas; também é um sistema estatal estabelecido para solucionar controvérsias por atuação e interpretação da lei. Em outra dimensão, justiça são condições de vida que proporcionam o bem estar geral e particular de cada cidadão, que por estas condições asseguradas pela sociedade podem desenvolver todo o seu potencial individual, familiar, profissional e social, tendo assento esse último sentido no fundamento da igualdade, valor e dignidade pessoal do homem.

11. Referências bibliográficas

ROSA, Eliezer. *A voz da toga*. Rio de Janeiro: Barrister's Editora, 1983.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2009.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SOLOMON, Robert C.; MURPHY, Mark C. *What is justice? Classic and contemporary readings*. New York: Oxford University Press, 1990.

A competência da Justiça do Trabalho para ações relativas à previdência complementar fechada

Ilse Marcelina Bernardi Lora^(*)

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Previdência complementar fechada
- ▶ 3. A previdência complementar fechada e a competência da Justiça do Trabalho
 - ▶ 3.1. O tratamento constitucional da competência da Justiça do Trabalho
 - ▶ 3.2. A causa de pedir e o pedido como elementos definidores da competência material da Justiça do Trabalho
 - ▶ 3.3. Ações judiciais propostas por participantes ou assistidos em razão de plano previdenciário patrocinado por empresa privada
- ▶ 4. Conclusão
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

A Previdência Complementar Fechada é aquela operada por fundações privadas ou sociedade civil, sem fins lucrativos, instituída mediante contrato, de filiação facultativa e acessível apenas a grupo de empregados de uma empresa ou grupo de empresas integrantes de um grupo, servidores públicos ou associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

A competência para conhecer e julgar ações judiciais propostas por participantes ou assistidos em razão de plano previdenciário patrocinado por empresa privada é matéria que suscita

acesa polêmica, com soluções divergentes no âmbito dos Tribunais pátrios, o que determina indesejável insegurança jurídica.

Segmento da doutrina e da jurisprudência defende a competência da Justiça Estadual para apreciar tais ações, sob o argumento principal de que o art. 202, § 2º, da Constituição Federal estabelece que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes.

A outra corrente sustenta a competência da Justiça do Trabalho, por se tratar de controvérsia decorrente da relação de emprego,

(*) Juíza do Trabalho no Paraná.

na medida em que para a filiação ao plano de previdência fechada patrocinado por empresa privada é indispensável que o participante tenha vínculo de emprego com a patrocinadora.

Trata-se de matéria complexa, de irrefutável proeminência, na medida em que a indefinição acerca da competência, matéria que diz respeito aos pressupostos processuais, pode provocar severos prejuízos à desejada celeridade no andamento dos processos, máxime diante da possibilidade de reforma da decisão, nas instâncias superiores, após submetido o feito às vicissitudes próprias da fase de instrução e julgamento em primeiro grau.

A controvérsia que grassa a respeito do tema justifica a necessidade do presente estudo, que busca aprofundar a reflexão e lançar luzes, ainda que modestas, sobre assunto que, não obstante polêmico e espinhoso, necessita caminhar em busca da desejada pacificação.

2. Previdência complementar fechada

A Previdência Complementar Fechada é aquela operada por fundações privadas ou sociedade civil, sem fins lucrativos, instituída mediante contrato, de filiação facultativa. É denominada fechada porque acessível apenas a indivíduos integrantes de um grupo: a) de empregados de uma empresa ou grupo de empresas (LC n. 109/2001, art. 31, I); b) servidores públicos (LC n. 109/2001, art. 31, I); associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial (LC n. 109/2001, art. 31, II).

As relações jurídicas no âmbito da previdência complementar dependem de quatro contratos básicos, quais sejam, o estatuto da entidade fechada de previdência complementar; o convênio de adesão; a inscrição do participante e o regulamento do plano de benefícios.

As cláusulas principais que os estatutos devem conter estão previstas na Resolução CGPC n. 08/2004.

Os planos de benefícios das entidades fechadas poderão ser instituídos por patrocinadores e instituidores.

Os patrocinadores são pessoas jurídicas de direito privado, ou seja, empresa ou grupo de empresas (LC n. 109/2001, art. 31, I) ou de direito público que decidem oferecer um plano de previdência para seus empregados ou servidores.

Incumbe ao patrocinador o custeio do plano de benefícios, de forma exclusiva ou em concurso com os participantes ou, eventualmente, os assistidos. Na primeira hipótese tem-se o plano não contributivo e, na segunda, o plano contributivo.

Os instituidores são as “pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial” (LC n. 109/2001, art. 31, II).

Nos termos do disposto no art. 13 da LC n. 109/2001, a formalização da condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado. O convênio de adesão “é o instrumento contratual que vincula um patrocinador ou instituidor a um plano de benefícios administrado por entidade fechada de previdência complementar”⁽¹⁾

O ingresso e permanência dos participantes nos planos de previdência é voluntário, tal como se encontra expresso no § 2º, do art. 16, da LC n. 109/2001, sendo necessária a inscrição, mediante contrato de adesão, cujas cláusulas estão expressas no regulamento do plano de benefícios.

O participante, conforme previsto no art. 8º, da LC n. 109/2001, é “a pessoa física que aderir ao plano de benefícios” (inciso I), enquanto o assistido é “o participante ou seu

(1) PAIXÃO, Leonardo André. *A previdência complementar fechada: uma visão geral*. Disponível em: <<http://www1.previdencia.gov.br/docs/pdf/SPC-umavisao-geral.pdf>> Acesso em: 9 jun. 2010. Material da 2ª aula da Disciplina Sistemas de Previdência Complementar, ministrada no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* TeleVirtual em Direito Previdenciário – Uniderp-Rede LFG.

beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada” (inciso II)

Os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, ofertados a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores (LC n. 109/2001, art. 16), exigência que se coaduna com o princípio constitucional da universalidade de atendimento.

Segundo o parágrafo único, do art. 7º, da Lei Complementar acima mencionada, “O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar”.

No plano de benefício definido (plano BD, como é chamado) são conhecidos previamente os valores dos futuros benefícios de aposentadoria, sendo as contribuições adaptadas ao benefício contratado. Há, entretanto, o risco de as metas fixadas para capitalização dos recursos do participante não serem alcançadas, o que pode gerar déficit e possível comprometimento do pagamento dos benefícios, situação que determinou sensível redução da presença desta modalidade de plano no mercado de previdência privada

Quanto ao benefício na modalidade de contribuição definida (plano CD), sabe-se o valor da contribuição, mas o valor do benefício dependerá das contribuições acumuladas e dos rendimentos que venham a ser obtidos com as aplicações.

No plano de benefício na modalidade contribuição variável, mesclam-se as regras das modalidades contribuição definida e benefício definido.

Os planos de benefícios deverão prever necessariamente os institutos de benefício proporcional diferido, portabilidade, resgate e autopatrocínio (LC n. 109, art. 14).

O benefício proporcional diferido (também conhecido como *vesting*) tem sua origem no

sistema previdenciário dos Estados Unidos da América. Permite ao participante, ocorrendo a cessação do vínculo de emprego com o patrocinador ou associativo com o instituidor, antes da aquisição do direito ao benefício pleno, permanecer no plano de benefícios, sem o desembolso de contribuições, com direito a receber, quando satisfeitas as condições de elegibilidade previstas no regulamento do plano, benefício proporcional às reservas constituídas. A doutrina afirma, a propósito:

(...) Com a cessação desse vínculo, o participante continuará vinculado ao plano, sem efetuar novas contribuições, mantendo o caráter previdenciário das reservas constituídas. Convém esclarecer que o benefício não será concedido quando da cessação do vínculo empregatício ou associativo, mas no momento do cumprimento dos seus requisitos de elegibilidade, em valor proporcional às reservas constituídas até a data do desligamento do emprego ou do rompimento do vínculo associativo. “Por esse instituto, o participante desliga-se do patrocinador ou instituidor, mas não do plano de previdência. Em face da interrupção das contribuições, calcula-se um benefício proporcional que será concedido quando satisfeitas as condições de elegibilidade previstas no regulamento do plano. O participante fica *vestido* do direito a um benefício proporcional, que ficará *congelado* (sem receber novas contribuições) até o momento de sua percepção”.⁽²⁾

A portabilidade é definida no art. 9º da Resolução MPS/CGPC n. 06/2003 como “o instituto que faculta ao participante transferir os recursos financeiros correspondentes ao seu direito acumulado para outro plano de benefício de caráter previdenciário operado por entidade de previdência complementar ou sociedade seguradora autorizada a operar o

(2) DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: Método, 2008. p. 652.

referido plano”. Em razão de que a portabilidade implica retirada de valores do plano de benefícios, com potencial risco de comprometimento de seu equilíbrio econômico-financeiro e atuarial, está sujeita a condições, quais sejam: a) cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador; b) não haver preenchido os requisitos de elegibilidade ao benefício pleno; c) cumprimento da carência de até três anos de vinculação do participante ao plano de benefícios.

O resgate está definido no art. 19 da Resolução n. 06/2003 acima mencionada como a faculdade concedida ao participante de receber o valor decorrente do seu desligamento do plano de benefícios. Representa o direito do participante de sacar a totalidade das contribuições por ele vertidas ao plano, descontadas as parcelas do custeio administrativo. Somente poderá ser requerido pelo participante que se desligar da patrocinadora e da entidade. Tratando-se de plano de benefícios estipulado por patrocinador, o regulamento do plano deverá necessariamente estabelecer a cessação do vínculo de emprego como condição para o resgate.

O autopatrocínio está previsto no art. 27 da Resolução CGPC n. 06/2003 como “a faculdade do participante manter o valor de sua contribuição e do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, para assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes àquela remuneração ou em outros definidos em normas regulamentares”. Entende-se a cessação do vínculo de emprego com o patrocinador como uma das formas de perda total da remuneração. O autopatrocínio permite a permanência do participante no plano de benefício, não obstante a cessação do vínculo empregatício ou associativo, devendo, entretanto, assumir a própria contribuição e a do patrocinador. As regras do autopatrocínio devem ser fixadas no regulamento do plano.

No que concerne às alterações nos regulamentos, o art. 17 da LC n. 109/2001 estabelece

que “aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participante”.

3. A previdência complementar fechada e a competência da Justiça do Trabalho

No presente estudo busca-se examinar a que órgão judiciário deve ser atribuída a competência para conhecer e julgar litígios envolvendo a previdência complementar fechada, nas situações em que a adesão do participante ao plano se deu em razão de sua condição de empregado de uma empresa ou grupo de empresas, matéria a respeito da qual grassa acesa polêmica no meio jurídico.

Convém esclarecer que eventual litígio entre participante e entidade aberta é, sem dúvida, da competência da Justiça Comum, na medida em que, na previdência aberta, não se exige a condição de empregado para adesão ao plano de previdência, que é oferecido pelo mercado a todas as pessoas indistintamente. Não há, portanto, como enquadrar tais demandas em qualquer das hipóteses previstas no art. 114, da Constituição Federal, que disciplina a competência da Justiça do Trabalho.

Entretanto, no que respeita aos litígios entre participantes ou assistidos e a operadora de plano previdenciário patrocinado por empresa privada, a matéria mostra-se complexa, com soluções divergentes no âmbito da jurisprudência, o que determina indesejável insegurança jurídica.

3.1. O tratamento constitucional da competência da Justiça do Trabalho

Exame do texto relativo à competência da Justiça do Trabalho, nas várias Constituições que se sucederam desde a instituição desta justiça especializada, permite aferir que a EC n. 45/2004 rompeu o paradigma que ditava os limites da atuação da Justiça obreira, circunscrita aos litígios derivados da relação de trabalho

subordinado e, apenas excepcionalmente, alcançando controvérsias decorrentes da relação de trabalho, para o que era exigida lei específica, a exemplo do que acontecia com a pequena empreitada e com os trabalhadores avulsos.

Com efeito, desde a Constituição de 1934, todos os textos faziam alusão expressa a controvérsias entre empregados e empregadores. A competência material da Justiça do Trabalho era definida a partir da qualidade jurídica ostentada pelos sujeitos do conflito intersubjetivo de interesses, quais sejam, empregado e empregador agindo nesta condição.

Situação diversa, contudo, é verificada no novo texto em vigor desde 31.12.2004.

Com efeito, a partir da EC n. 45/2004, o art. 114, inciso I, passou a ter a seguinte redação:

Art. 114 – Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da *relação de trabalho*, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (grifou-se).

(...)

A EC n. 45/2004 não manteve as expressões empregado e empregador, reiteradamente utilizadas nos textos anteriores, e sim afirmou que à Justiça do Trabalho compete processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho. O critério definidor da competência, no que respeita ao inciso I, do art. 114, da Constituição Federal, é o fato de se tratar de ação decorrente de uma relação de trabalho em sentido lato. Colaciona-se a respeito o entendimento da doutrina:

Com a publicação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a significativa alteração na competência material específica da Justiça do Trabalho foi a extinção da restrição competencial em razão das pessoas que antes existia. Não se manteve a necessidade de que as partes litigantes fossem empregado e empregador, mas apenas que a controvérsia tenha nascido de uma relação de trabalho

lato sensu, pouco importando quem sejam os ocupantes dos polos da ação.

Logo, verificamos que a redação anterior, nada obstante também utilizasse o termo “relação de trabalho”, anteriormente o qualificava, impingindo a limitação de que a relação jurídica devia se dar entre trabalhadores e empregadores, forçando a conclusão de que somente as relações de emprego, nos moldes da CLT, eram da competência específica da Justiça do Trabalho. Dependia-se de legislação ordinária posterior para estender a competência trabalhista para outras diversas controvérsias decorrentes da relação de trabalho, desta feita de forma ampla, como de fato fez no art. 643 da CLT quanto aos avulsos, pequena empreitada etc.

O “calcanhar de Aquiles” da antiga redação era a exigência de que a ação tivesse o empregador em um dos polos, obstáculo, de lege lata, insuperável, uma vez que não havia possibilidade de se colher da regra constitucional competência natural para outras ações que não aquelas que tivessem o empregador na ação.

No entanto, a própria jurisprudência do TST já cuidou de expandir a competência da Justiça do Trabalho, de lege ferenda, antes mesmo da EC n. 45/2004, como, por exemplo, nas lides de “complementação de pensão requerida por viúva de ex-empregado”, a teor da OJ n. 26 da SDI-1, mesmo que essa não fosse uma lide genuinamente entre trabalhador e empregador, mas era decorrente de uma relação de trabalho (*rectius*: relação de emprego). Assim também era quanto às ações que discutiam complementação de aposentadoria de ex-empregado em face de seu ex-empregador, inclusive admitindo-se no polo passivo da ação a entidade fechada de previdência privada, a qual, como dito, não preenchia o requisito constitucional.⁽³⁾

(3) MOLINA, André Araújo. Competência material trabalhista: critério científico para interpretação do inciso I

O Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu a respeito decisão considerada paradigmática. Trata-se do Conflito de Jurisdição n. 6.959-6, em que foi suscitante o Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Brasília e suscitado o Tribunal Superior do Trabalho, em demanda onde empregados do Banco do Brasil S/A pretendiam que o empregador honrasse alegado compromisso de vender imóvel ocupado por força do contrato de trabalho. O STF conheceu do conflito e, por maioria, declarou competente a Justiça do Trabalho. A ementa foi lavrada nos seguintes termos:

Justiça do Trabalho: competência; Const., art. 114: ação de empregado contra o empregador, visando à observância das condições negociais da promessa de contratar formulada pela empresa em decorrência da relação de trabalho.

1. Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentindo em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto.

2. À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho.⁽⁴⁾

A decisão acima determinou novo enfoque no exame do tema relativo à competência da Justiça do Trabalho, passando a partir de então, tanto as Cortes Trabalhistas como o Superior Tribunal de Justiça, este no exame de conflitos de competência, a de forma gradativa emprestar

do art. 114 da CF/1988. In: *Juris Síntese*, São Paulo, n. 73, set./out. 2008. 1 CD Rom.

(4) Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2010.

interpretação, notadamente ao inciso I, do art. 114, da Constituição Federal, em consonância com a orientação preconizada pelo Supremo Tribunal Federal.

3.2. A causa de pedir e o pedido como elementos definidores da competência material da Justiça do Trabalho

A causa de pedir e o pedido definem a natureza da demanda e, em consequência, determinam de que órgão judicial é a competência material para julgá-la, sendo irrelevante para este efeito qual o direito material aplicável. Tanto se extrai do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, acima mencionado.

Sobre a causa de pedir, afirma José Joaquim Calmon de Passos⁽⁵⁾:

A causa de pedir, portanto, é não só aquele fato matriz da relação jurídica que vinculou os sujeitos da lide, como por igual o fato de que derivou o dever de prestar do sujeito obrigado ou daquele a quem a ordem jurídica imputa o dever de determinado comportamento.

Pode-se, conseqüentemente, dizer que a causa de pedir é a resultante da conjugação tanto do fato gerador da incidência originária, quanto daquele de que resultou a incidência derivada. Para alguns autores, a distinção se faz em termos de causa de pedir remota e causa de pedir próxima. Remota, a que se vincula ao fato matriz da relação jurídica. Próxima, a que se relaciona com o dever (*lato sensu*) do titular da situação de desvantagem, ou daquele de quem se deve ou pode exigir determinado ato ou comportamento.

O pedido, por sua vez, constitui o objeto da ação, ou seja, aquilo que o autor pretende obter com a tutela jurisdicional que invocou.

(5) PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 205.

Portanto, para a definição da competência material da Justiça do Trabalho cumpre averiguar se os fatos de que resulta o litígio estão vinculados a uma relação de trabalho. Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do Conflito de Jurisdição n. 6.959-6, acima mencionado, “O fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte do pedido esteja vinculada, como o efeito à sua causa, à relação empregatícia (...)”. Cumpre acrescentar que neste mesmo julgamento o Ministro Moreira Alves, ao proferir seu voto, acompanhando o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence, assinalou já haver precedentes no Supremo Tribunal Federal no tocante a direito previdenciário e funcionários do Banco do Brasil, bem como com relação a pensões de viúvas de bancários. “Entendeu-se, então, que, embora essas questões versassem direito previdenciário, estavam elas vinculadas ao contrato de trabalho”. Desta forma, assentando-se a causa de pedir remota na relação de trabalho, firma-se a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a demanda.

3.3. Ações judiciais propostas por participantes ou assistidos em razão de plano previdenciário patrocinado por empresa privada

São múltiplas as ações judiciais propostas por participantes ou assistidos (empregados ou ex-empregados), em razão dos planos de previdência complementar fechada patrocinados pela empregadora. Os pedidos são variados, compreendendo revisão do valor dos benefícios, critérios de atualização dos salários de contribuição para fins de cálculo do valor do benefício, resgate das contribuições, portabilidade dos valores acumulados, base de cálculo das contribuições, dentre outros. No polo passivo, em geral são incluídas tanto a patrocinadora como a operadora do plano previdenciário e, rotineiramente, instala-se no processo discussão sobre a competência para dirimir tais questões.

Em razão de que o art. 202, § 2º, da Constituição Federal, estabelece que “As contribuições

do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada *não integram o contrato de trabalho dos participantes*, (...) (destacou-se), segmento da doutrina e da jurisprudência entende que a competência para processar e julgar as lides entre participante ou assistido e entidade fechada de previdência complementar e, eventualmente, a patrocinadora (empresa privada) é da Justiça ordinária. Neste sentido decisão do Superior Tribunal de Justiça, que reflete o entendimento predominante no âmbito daquela Corte:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. Os benefícios concedidos por entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes (CF, art. 202, § 2º). Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (CC n. 58023, Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, DJ 26.4.2006)

Diverso, contudo, é o entendimento que prepondera no Tribunal Superior do Trabalho, segundo se vê das ementas a seguir transcritas:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N. 11.496/2007. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. Com a ampliação da competência operada pela EC n. 45/2004, a Justiça do Trabalho passou a julgar — (...) as ações oriundas da relação de trabalho — (art. 114, I, da CF). Tratando a demanda de complementação de aposentadoria, sendo esta, comprovadamente, devida pela PETROS e decorrente do contrato de trabalho havido entre o reclamante e a embargante (Petrobras), indiscutível é a competência da Justiça do Trabalho, nos termos do aludido dispositivo constitucional. Ademais, de acordo com a jurisprudência desta Corte, é competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar controvérsias relativas à complementação de aposentadoria decorrente do contrato de trabalho, independentemente da transferência da responsabilidade pela complementação dos proventos

a outra entidade, visto ser o contrato de adesão vinculado ao de trabalho. Recurso de embargos conhecido e não provido. (TST-E-ED-RR-116600-38.2005.5.05.0011, Min. Rel. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 28.6.2010)

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 11.496/2007. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. Nos termos do art. 114 da Constituição Federal, esta Justiça Especializada é competente para processar e julgar ações que versem sobre complementação de aposentadoria quando o direito postulado decorre da relação de emprego havida entre o reclamante e a empresa instituidora da entidade de previdência privada responsável pelo pagamento do benefício. Precedentes da SDI-I do TST e do STF. Recurso de embargos conhecido e não provido, no tema. (TST-E-ED-RR-1200-80.2005.5.20.0003, Min. Rel^a Rosa Maria Weber, DEJT 21.5.2010)

No Supremo Tribunal Federal a matéria pertinente à competência para apreciar as questões relativas à previdência privada teve a repercussão geral reconhecida em dois Recursos Extraordinários. O primeiro (RE n. 586453) foi interposto contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, que reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para julgar ações que têm origem em conflito envolvendo plano de previdência complementar privada, instituído pelo empregador. A relatora, Ministra Ellen Gracie, em seu voto, entendeu que a competência, no caso, é da Justiça Comum, tendo em vista a inexistência de relação trabalhista entre o beneficiário e a entidade fechada de previdência. No segundo (RE n. 583050) o recorrente questiona decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que entendeu que o fato de a empresa ser patrocinadora da entidade de previdência privada não determina que a relação seja trabalhista, mas demonstra que a relação decorre de contrato de previdência, tendo afastado, assim, a

aplicação do art. 114, da Constituição Federal, com o conseqüente reconhecimento da competência da Justiça Comum para processar e julgar a demanda. O relator, Ministro Cezar Peluso, em seu voto ressaltou que o Supremo Tribunal Federal tem assentado que compete à Justiça do Trabalho apreciar pedidos de complementação de aposentadoria no âmbito da Previdência Privada nas hipóteses em que a instância ordinária reconhecer, à luz da prova, que a relação jurídica decorre do contrato de trabalho. Colaciona-se ementa que reflete este posicionamento:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que compete à Justiça do Trabalho o julgamento das questões relativas à complementação de aposentadoria quando decorrentes de contrato de trabalho. 2. As questões sobre ocorrência de prescrição e do direito às diferenças pleiteadas demandariam o exame da legislação infraconstitucional e de cláusulas do regulamento pertinente. 3. Imposição de multa de 5% do valor corrigido a causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil. (AI n. 702.330-AgR. Rel^a Min^a Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ 6.2.2009)

Não obstante os respeitáveis argumentos esposados pelo segmento contrário, mostra-se mais razoável a corrente que sustenta a competência da Justiça do Trabalho para julgar ações da espécie, na medida em que manifestamente decorrem da relação de trabalho, sendo irrelevante para este feito o direito material a ser aplicado, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgado acima citado (CC n. 6.959-6). Com efeito, a experiência ensina que ações envolvendo participante ou assistido e a entidade fechada de previdência fechada e/ou a patrocinadora exigem, necessariamente, exame da relação trabalhista precedente, em

razão de que o benefício previdenciário está umbilicalmente ligado à relação de emprego, sendo esta pressuposto da vinculação com a entidade de previdência fechada. Não há como afastar, assim, sua natureza de lide decorrente da relação de emprego, inclusive quando se trata de contrato extinto, pois os direitos relacionados ao vínculo laboral, mesmo após a aposentadoria, não deixam de manter correlação com ele.

O argumento de que a necessidade de examinar a legislação que disciplina a previdência complementar, com destaque para a Lei Complementar n. 109/2001, determinaria afastamento da competência da Justiça do Trabalho mostra-se especioso. Rotineiramente, os Juízes do Trabalho, nos feitos submetidos a seu exame, valem-se de legislação forânea, cumprindo evidenciar que ao assim agir estão a cumprir mandamento legal, consubstanciado no parágrafo único, do art. 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que determina a aplicação subsidiária do direito comum. Exemplo de aplicação de legislação diversa da trabalhista típica é encontrado nas lides envolvendo acidentes de trabalho, propostas contra o empregador. Entretanto, durante mais de década, a contar da promulgação da Constituição Federal de 1988, recusou-se competência à Justiça do Trabalho para apreciar tais demandas, sob o argumento de que era necessária, ao julgamento, a aplicação do Direito Civil, entendimento equivocado que somente veio a ser afastado definitivamente com a edição da Súmula Vinculante n. 22, do Supremo Tribunal Federal, que consagrou a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho. No mesmo equívoco incidem os defensores da tese de que a necessidade de exame, a par das normas trabalhistas típicas, também daquelas próprias da previdência complementar, afasta a competência da Justiça do Trabalho para apreciar as demandas propostas contra operadora de plano

previdenciário patrocinado por empresa privada. Nada obsta — antes recomenda — que o Juiz do Trabalho, familiarizado que está com as peculiaridades próprias do Direito do Trabalho e suas implicações no contrato de trabalho, também venha a examinar eventuais litígios decorrentes de vinculação a entidade de previdência fechada, patrocinada pelo empregador, e a qual o empregado somente se filiou, ainda que de forma facultativa, em razão de precedente vínculo de emprego com a patrocinadora. Pueril também o argumento de que o magistrado trabalhista, influenciado pelo princípio da proteção que informa o Direito do Trabalho, encontraria dificuldade para aplicar as regras especiais previstas na LC n. 109/2001, a exemplo da possibilidade de alteração dos regulamentos, prevista no art. 17, pois tanto implica também afirmar que não poderia o Juiz de Direito, habituado às regras do Direito Civil, com destaque para a autonomia da vontade, apreciar demandas que envolvem relação de consumo, pois o Código de Defesa do Consumidor contém regras tão ou mais protetivas do consumidor do que aquelas da legislação trabalhista dirigidas ao trabalhador.

O dispositivo inserto no art. 202, § 2º, da Constituição Federal, não tem o condão de afastar a competência da Justiça do Trabalho para apreciar demandas entre participante ou assistido e operadora de plano previdenciário patrocinado por empresa privada, na medida em que o elemento definidor da competência é o fato de se tratar de litígio decorrente de relação de trabalho. É de se salientar, a título exemplificativo, que a Constituição Federal, no art. 7º, inciso XI, estabelece como direito dos trabalhadores urbanos e rurais “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração”. Não obstante esta previsão, litígios envolvendo esta vantagem são rotineiramente apreciados pela Justiça do Trabalho. Tanto se dá porque a participação nos lucros, ou resultados, embora não integre o contrato de trabalho, nele se origina. O mesmo raciocínio merece ser aplicado às lides envolvendo

participante e entidade fechada de previdência complementar, quando decorram da relação de emprego. O que pretendeu deixar claro o legislador, ao inserir na Constituição Federal o dispositivo supramencionado (art. 202, § 2º) foi retirar o caráter salarial das contribuições e benefícios pagos pelo empregador, em razão de sua condição de patrocinador do plano de previdência. A norma em questão, que é de natureza material e não processual, não retira, portanto, da Justiça do Trabalho a competência para o julgamento de demandas da espécie.

4. Conclusão

Existe acesa polêmica na doutrina e na jurisprudência acerca da competência para conhecer e julgar litígios envolvendo a previdência complementar fechada nas situações em que a adesão do participante ao plano se deu em razão de sua condição de empregado de uma empresa ou grupo de empresas.

Em razão de que o art. 202, § 2º, da Constituição Federal estabelece que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho, segmento da doutrina entende que a competência para processar e julgar as lides entre participante ou assistido e entidade fechada de previdência complementar e da Justiça ordinária.

A corrente oposta, entretanto, sustenta que demandas da espécie decorrem da relação de emprego, na medida em que para a filiação ao plano de previdência fechada patrocinado por empresa privada é indispensável que o participante tenha vínculo de emprego com a patrocinadora, havendo reiterados julgados do Tribunal Superior do Trabalho neste sentido.

Não obstante os respeitáveis argumentos esposados pelo segmento contrário, mostra-se mais razoável a corrente que sustenta a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações em comento. Com efeito, tais demandas exigem, necessariamente, exame da relação

trabalhista precedente, em razão de que o benefício previdenciário está umbilicalmente ligado à relação de emprego, sendo esta pressuposto da vinculação com a entidade de previdência fechada. Desta forma, não há como afastar-se sua natureza de lide decorrente da relação de emprego, inclusive quando se trata de contrato findo, pois os direitos relacionados ao vínculo laboral, mesmo após sua extinção, não deixam de com ele manter correlação.

5. Referências bibliográficas

BALERA, Wagner (Coord). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Sistema de seguridade social*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Curso elementar de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Manual de direito previdenciário*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: Método, 2008.

HORVATH JR., Miguel. *Direito previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOLINA, André Araújo. Competência material trabalhista: critério científico para interpretação do inciso I do art. 114 da CF/1988. In: *Juris Síntese*, São Paulo, n. 73, set./out. 2008. 1 CD Rom.

PAIXÃO, Leonardo André. *A previdência complementar fechada: uma visão geral*. Disponível em: <<http://www1.previdencia.gov.br/docs/pdf/SPC-umavisão-geral.pdf>> Acesso em: 9 jun. 2010. Material da 2ª aula da Disciplina Sistemas de Previdência Complementar, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Previdenciário — Uniderp-Rede LFG.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SANTOS, Maria Ferreira dos. *Direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações regressivas acidentárias do INSS^(**)

Fernando Maciel^(*)

Resumo:

- ▶ A competência para o julgamento das ações regressivas acidentárias do INSS ainda padece de uma definição no âmbito do cenário jurídico nacional. A controvérsia acerca do tema divide-se em posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários favoráveis à Justiça Estadual, à Justiça Federal Comum e à Justiça do Trabalho, tudo a depender da interpretação dada ao art. 109, I, da CF/88. Não obstante a corrente majoritária aponte para a competência da Justiça Federal comum, o presente artigo defende o entendimento de que, com o advento das inovações introduzidas com a Emenda Constitucional n. 45/2004, a adequada interpretação do Texto Constitucional aponta para a competência da Justiça do Trabalho, cuja reconhecida expertise no julgamento das ações indenizatórias por acidentes do trabalho, bem como sua tradicional vocação para a célere resolução dos conflitos, certamente contribuirão para potencializar os relevantes objetivos econômico-sociais que o INSS pretende alcançar por meio das ações regressivas acidentárias, quais sejam o ressarcimento dos cofres públicos nos casos de descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, bem como servir de medida punitivo-pedagógica que contribua para a concretização da política pública de prevenção de acidentes.

Palavras-Chave:

- ▶ Constituição Federal de 1988 — Emenda Constitucional n. 45/2004 — competência — Justiça do Trabalho — acidente do trabalho — Ação Regressiva Acidentária do INSS.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Ação regressiva acidentária do INSS
- ▶ 2. Controvérsia acerca da competência jurisdicional
 - ▶ 2.1. Entendimento minoritário: competência da Justiça Estadual
 - ▶ 2.2. Entendimento majoritário: Justiça Federal comum

(*) Procurador Federal em Brasília/DF, Chefe da Divisão de Gerenciamento das Ações Regressivas Acidentárias da Procuradoria-Geral Federal, especialista em Direito de Estado pela UFRGS, autor do livro *Ações Regressivas Acidentárias* pela LTr Editora.

(**) Este artigo foi produzido na data de 23 de fevereiro de 2011, representando uma adaptação da obra *Ações regressivas acidentárias*, de minha autoria, publicada pela LTr Editora em julho de 2010.

- ▶ 2.3. Crítica ao entendimento majoritário.
 - ▶ a) Critérios para a definição da competência
 - ▶ b) Natureza jurídica da lide regressiva acidentária
 - ▶ c) Competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações de indenização por danos decorrentes da relação de trabalho
 - ▶ d) Princípio da unidade de convicção
 - ▶ e) Jurisprudência do STF
- ▶ 3. Conclusão: competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações regressivas acidentárias do INSS
- ▶ 4. Referências bibliográficas

1. Ação regressiva acidentária do INSS

A ação regressiva acidentária é o instrumento processual que viabiliza ao Instituto Nacional do Seguro Social — INSS o ressarcimento das despesas com as prestações sociais acidentárias (pensões por morte, aposentadorias por invalidez, auxílios-doença, serviços de reabilitação, fornecimento de próteses, etc.), implementadas em face dos acidentes do trabalho que ocorrem pela negligência dos empregadores quanto ao cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho.

O seu fundamento legal se encontra no art. 120 da Lei n. 8.213/91, o qual preconiza que: “Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”.

Além do seu objetivo imediato (explícito) que consiste no ressarcimento da despesa previdenciária com as prestações sociais acidentárias implementadas por culpa dos empregadores, as ações regressivas acidentárias também apresentam outros dois objetivos mediatos (implícitos) que são: a) punir os empregadores negligentes para com as normas de saúde e segurança do trabalho e b) servir de medida pedagógica que incentive à observância dessas normas protetivas dos trabalhadores, contribuindo, assim, para a concretização da política pública de prevenção de acidentes.

A partir da realidade brasileira em matéria de acidentes do trabalho, tais objetivos apresentam grande relevância econômico-social. Isso porque, segundo dados estatísticos emitidos pela Organização Internacional do Trabalho — OIT, o Brasil é o 4º colocado mundial em número de acidentes fatais⁽¹⁾ e o 15º em números de acidentes gerais. De acordo com as informações obtidas no site da Previdência Social⁽²⁾, no ano de 2009 os riscos decorrentes dos fatores ambientais do trabalho geraram cerca de 83 acidentes a cada hora, bem como 01 morte a cada 3,5 horas de jornada diária.

Já no que se refere à despesa previdenciária, se considerarmos exclusivamente os gastos do INSS com benefícios acidentários, somado ao pagamento das aposentadorias especiais decorrentes das condições ambientais do trabalho, em 2009 encontraremos um valor superior a R\$ 14,20 bilhões/ano. Se adicionarmos despesas com o custo operacional do INSS mais as despesas na área da saúde e afins, verificar-se-á que o custo Brasil atinge valor superior a R\$ 56,80 bilhões/ano.

No intuito de contribuir para a redução das maléficas consequências que derivam dos acidentes do trabalho ocorridos no Brasil, o

(1) Perdendo apenas para a China, Índia e Indonésia, segundo dados divulgados no *XVII World Congress on Safety and Health at Work*.

(2) Disponível em: <<http://www.previdenciasocial.gov.br>> Acesso em: 23 fev. 2011.

INSS, representado processualmente pela Procuradoria-Geral Federal, vem desenvolvendo uma atuação proativa representada pelo incremento do número de ações regressivas ajuizadas em todo o país.

2. Controvérsia acerca da competência jurisdicional

A controvérsia acerca da justiça competente para o julgamento das ações regressivas acidentárias do INSS se divide em posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis à Justiça Estadual, à Justiça Federal Comum e à Justiça do Trabalho, tudo a depender da interpretação dada ao art. 109, I, da CF/88⁽³⁾. Acerca dessa peculiaridade Daniel Pulino⁽⁴⁾ leciona que:

Como nessas ações figurarão, invariavelmente, uma autarquia federal (o INSS, na condição de autor), a solução para o problema está em descobrir a correta interpretação do art. 109 da Constituição, para saber se essas causas regulam-se pela regra ou por uma das exceções previstas nesse dispositivo constitucional.

Passemos à análise de cada uma das correntes acerca da competência para o julgamento das ações regressivas acidentárias do INSS.

2.1. Entendimento minoritário: competência da Justiça Estadual

O entendimento minoritário é no sentido de que a competência para o julgamento das ações regressivas acidentárias do INSS seria da Justiça Estadual. Os defensores dessa corrente partem da premissa de que, na parte final do art. 109, I, da CF/88, o legislador constituinte expressamente excluiu algumas matérias da

competência da Justiça Federal, entre elas as causas de acidentes do trabalho, as quais deveriam ser julgadas pela Justiça Estadual, nos termos do art. 129, II, da Lei n. 8.213/91⁽⁵⁾, bem como com fulcro no entendimento jurisprudencial consolidado nas Súmulas de ns. 501 do STF⁽⁶⁾ e 15 do STJ⁽⁷⁾.

Esta foi a posição adotada nos dois precedentes a seguir transcritos, o primeiro proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ocasião em que defendeu a incompetência da Justiça Federal para julgar as ações regressivas acidentárias do INSS, ao passo que o segundo, exarado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, manteve a sentença condenatória proferida pela Justiça Estadual gaúcha em ação de idêntica natureza:

PREVIDENCIÁRIO — ACIDENTE DO TRABALHO — AÇÃO REGRESSIVA — INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. 1. A matéria objeto de discussão na presente ação é de natureza acidentária, o que determina a exclusiva competência da Justiça Estadual, face o disposto no inciso I, do art. 109 da Constituição Federal e Súmula n. 15 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. 2. A Justiça Federal é absolutamente incompetente para o julgamento do presente feito, sendo que somente os atos decisórios serão nulos, conforme o disposto no § 2º, do art. 113 do Código de Processo Civil. 3. Incompetência absoluta declarada de ofício, anulando-se a sentença proferida. (TRF-3, REOAC

- (3) Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;
- (4) Acidente do trabalho: ação regressiva contra as empresas negligentes quanto à segurança e à higiene do trabalho. In: *Revista de Previdência Social*, n. 182, ano XX, jan. 1996, p. 10-11.

- (5) Art. 129. Os litígios e medidas cautelares relativos a acidentes do trabalho serão apreciados: (...) II – na via judicial, pela Justiça dos Estados e do Distrito Federal, segundo o rito sumaríssimo, inclusive durante as férias forenses, mediante petição instruída pela prova de efetiva notificação do evento à Previdência Social, através de Comunicação de Acidente do Trabalho – CAT.
- (6) Súmula n. 501 do STF: Compete à justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.
- (7) Súmula n. 15 do STJ: Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho.

2001.03.99.052262-5, 5ª Turma, Relª Desª Fed. Suzana Camargo, DJU 12.11.2002)

ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS CONTRA O EMPREGADOR. CABIMENTO. O fato de as empresas contribuírem para o custeio do regime geral de previdência social, mediante o recolhimento de tributos e contribuições sociais, dentre estas aquela destinada ao Seguro de Acidente do Trabalho — SAT, não exclui a responsabilidade nos casos de acidente de trabalho decorrentes de culpa sua, por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho. Hipótese em que restou configurada a culpa da ré pelo evento danoso, tanto na forma negligente, quanto imprudente. Inteligência do art. 120 da Lei n. 8.213/91. Apelação improvida. (TJRS, AC 70019777549, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, julgado em 2.8.2007)

Com todo respeito aos que compartilham dessa corrente jurisprudencial, entendemos que a mesma parte de uma premissa equivocada que, por consequência, acarreta uma conclusão divorciada da realidade. Ocorre que a ação regressiva acidentária do INSS não se enquadra no conceito de “causas de acidente do trabalho” que a CF/88 expressamente excluiu da competência da Justiça Federal. Tais ações acidentárias restringem-se às hipóteses em que um segurado da Previdência Social demanda contra essa autarquia a fim de obter e/ou revisar algum benefício acidentário, restrição essa que possui amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, conforme precedentes a seguir transcritos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO ACIDENTÁRIA AJUIZADA CONTRA O INSS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INCISO I E § 3º DO ART. 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA N. 501 DO STF. A teor do § 3º c/c inciso I do art. 109 da Constituição Republicana, compete à Justiça comum dos Estados apreciar e julgar as ações acidentárias, que são aquelas propostas pelo segurado contra o Instituto

Nacional do Seguro Social — INSS, visando ao benefício e aos serviços previdenciários correspondentes ao acidente do trabalho. Incidência da Súmula n. 501 do STF. Agravo regimental desprovido. (REAGR 478472, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, DJ 1ª.6.2007)

INSS. AÇÃO REGRESSIVA. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. O disposto no art. 109, inc. I, da CF/88, aplica-se tão somente às chamadas ações acidentárias que a Lei n. 8.213/91, em seu art. 129- II, remete ao procedimento sumário, não às ações regressivas movidas pela autarquia previdenciária para haver reparação de perdas e danos sofridos com o pagamento de indenizações ou pensões aos obreiros sinistrados. (TRF-4, AG 2006.04.00.002012-8, 3ª Turma, Vânia Hack de Almeida, DJ 18.10.2006)

Em artigo publicado no ano de 1996, não obstante o seu entendimento pessoal de que “seria realmente desejável que o legislador tivesse atribuído a competência para o julgamento dessas ações regressivas à Justiça dos Estados, mais afeita ao deslinde das questões de acidente do trabalho e das circunstâncias que o envolvem”, Daniel Pulino⁽⁸⁾ já advertia acerca da incompetência da Justiça Estadual para as ações regressivas acidentárias do INSS, preconizando que:

Assim, se à Justiça Estadual cabe o julgamento dos litígios relativos a acidente do trabalho (art. 129 da Lei n. 8.213/91), e não é a mera ocorrência destes que autoriza o uso da ação regressiva (em que nem será discutido o acidente — que a essa altura já está mais do que caracterizado — e sim a negligência da empresa para que o Instituto se reembolse das despesas havidas), tem-se que esses litígios são, na verdade, relativos à responsabilidade civil, não propriamente aos acidentes do trabalho.

(...)

(8) Acidente do trabalho: ação regressiva contra as empresas negligentes quanto à segurança e à higiene do trabalho. In: *Revista de Previdência Social*, n. 182, ano XX, jan. 1996, p. 11-12.

Outra consideração importa ser feita: a competência da Justiça Estadual para julgar demandas em que autarquia federal figure como parte é uma exceção, e, como tal, há que ser interpretada restritivamente.

Não cabe, pois, alargar-se o conceito de “causas de acidente do trabalho”, para nele incluir a figura, que lhe é estranha, da ação regressiva, sob pena de ferir-se o postulado básico de hermenêutica Jurídica acima referido.

Com efeito, considerando que as ações regressivas do INSS não estão inseridas no conceito de “ações acidentárias” que o art. 109, I, da CF/88 excluiu da competência da Justiça Federal, entendemos que a Justiça Estadual não é competente para processar e julgar estas demandas.

2.2. Entendimento majoritário: Justiça Federal comum

Ao julgar o Conflito de Competência n. 59.970 o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, por se estar diante de uma ação de ressarcimento promovida por uma autarquia federal, deveria ser observada a regra geral prevista no art. 109, I, da CF/88, a qual atribui competência à Justiça Federal comum, entendimento que vem sendo seguido majoritariamente pela jurisprudência pátria.

Também renomados doutrinadores nacionais compartilham do entendimento favorável à competência da Justiça Federal comum para o julgamento das ações regressivas acidentárias do INSS. Evidenciando tal circunstância, Cláudio Mascarenhas Brandão⁽⁹⁾ refere que:

No que diz respeito ao julgamento dessa modalidade de ação, a doutrina posiciona-se no sentido de remeter à Justiça Federal, tomando como ponto de partida a regra prevista no art. 109, I, da CF/88, que define a

competência dos juízes federais vinculando-a às causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes.

Em obra conjunta Carlos Alberto Pereira Castro e João Batista Lazzari⁽¹⁰⁾ defendem que, nos termos do art. 109 da Constituição, “o foro competente é a Justiça Federal, já que não se trata da ação em que segurado ou beneficiário postula benefício acidentário”. Em reforço a esse entendimento, o Procurador Federal Daniel Pulino⁽¹¹⁾ elencou alguns argumentos favoráveis à competência da Justiça Federal para o julgamento das ações regressivas, *in verbis*:

- a) a aplicação do art. 129, II, da Lei n. 8.213/91 deve ser afastada, porque se funda na alimentariedade dos créditos envolvidos na ação acidentária e na hipossuficiência do trabalhador-acidentado, fundamentos que não se fazem presentes na ação regressiva;
- b) não se identificam, em tese, nenhum dos elementos (partes, causa de pedir e pedido) da ação acidentária com os da ação regressiva;
- c) como exceção que é, a competência para as “causas de acidente do trabalho”, deve ser interpretada restritivamente;
- d) o legislador constituinte não poderia ter pretendido englobar a ação regressiva como lide acidentária, já que aquela não era ainda da tradição de nosso direito.

Nessa mesma linha é a lição de Miguel Horvath Júnior⁽¹²⁾ ao preconizar que:

Já na ação regressiva o objeto da ação é exatamente o ressarcimento do INSS pelos valores desembolsados para o pagamento das

(9) *Acidente do trabalho: controvérsia. Competência para julgamento da ação regressiva, decorrente de culpa do empregador.* Palestra proferida no 15º Congresso Goiano de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, realizado de 19 a 21 de junho de 1998, no Auditório da Universidade Católica de Goiás.

(10) *Manual de direito previdenciário.* 5. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 500.

(11) *Acidente do trabalho: ação regressiva contra as empresas negligentes quanto à segurança e à higiene do trabalho.* In: *Revista de Previdência Social*, n. 182, ano XX, jan. 1996, p. 13.

(12) *Ações regressivas em ações acidentárias.* In: *Revista de Direito Social*, v. 02, n. 07, Porto Alegre, Notadez, 2002, p. 34-41.

prestações acidentárias, quando o acidente do trabalho tem como origem a culpa ou o dolo do empregador. O que vai se discutir na ação regressiva é a responsabilidade civil. O autor da ação é o INSS — Instituto Nacional do Seguro Social, uma autarquia federal criada pela Lei n. 8.029, de 12 de abril de 1990 regulamentado pelo Decreto n. 99.350, de 27 de junho de 1990 e reestruturado conforme determinação contida no art. 11, parágrafo único, da Lei n. 8.422, de 13 de maio de 1992, pelo Decreto/MPAS n. 3.081, de 10 de junho de 1999. Logo, cabe o ajuizamento destes tipos de ações perante a Justiça Federal.

2.3. Crítica ao entendimento majoritário

No intuito de suscitar uma maior reflexão acerca da matéria ousamos discordar desse entendimento jurisprudencial majoritário, porquanto defendemos a tese de que as ações regressivas acidentárias do INSS deveriam ser julgadas pela Justiça do Trabalho. Eis os argumentos favoráveis à competência dessa Justiça Federal Especializada.

a) Critérios para a definição da competência

A primeira premissa a ser estabelecida consiste no fato de que a competência jurisdicional deve ser fixada a partir da natureza jurídica da lide, o que pressupõe uma análise conjunta dos elementos da ação, com especial ênfase para a causa de pedir.

Ao discorrer sobre os critérios determinativos de distribuição da competência, o processualista Fredie Diddier Jr.⁽¹³⁾ corrobora essa assertiva ao lecionar que é pela natureza da relação jurídica substancial deduzida em juízo que se faz a distribuição da competência pelo critério objetivo, para isso sendo fundamental o conhecimento dos elementos da demanda que são: partes, causa de pedir e pedido. Prossegue esse autor referindo que a competência em

razão da matéria é determinada pela natureza da relação jurídica controvertida, definida pelo fato jurídico que lhe dá ensejo.

No mesmo sentido são os ensinamentos dos doutrinadores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁽¹⁴⁾, ao preconizarem que “a competência do juízo é determinada precipuamente: a) pela natureza da relação jurídica controvertida, ou seja, pelo fundamento jurídico-material da demanda”.

Acolhendo esse entendimento doutrinário, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que “a competência para o julgamento da causa define-se em função da natureza jurídica da questão controvertida, demarcada pelos pedidos e pela causa de pedir⁽¹⁵⁾”, sendo essa um elemento delimitador da atividade jurisdicional, visto que a decisão judicial não está limitada apenas pelo pedido formulado pela parte, mas também pela respectiva causa de pedir, conforme se extrai do seguinte precedente:

(...) CAUSA DE PEDIR. DELIMITAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL NA AÇÃO. DECISÃO *EXTRA PETITA*. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. ORDEM DENEGADA. (...) V – A decisão judicial não está limitada apenas pelo pedido formulado pela parte, mas também pela causa de pedir deduzida, sendo este elemento delimitador da atividade jurisdicional na ação. (...) (MS 9315, 3ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteve Lima, DJ 27.4.2005)

Enfatizada a importância da causa de pedir enquanto elemento delimitador da competência jurisdicional, oportuno se faz a análise da natureza jurídica da lide consubstanciada numa ação regressiva acidentária.

b) Natureza jurídica da lide regressiva acidentária

As ações regressivas acidentárias estão embasadas num dever de responsabilidade civil, porquanto a procedência da pretensão

(13) *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 106.

(14) *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 235 e 239.

(15) CC n. 83.804, 2ª Seção, Nancy Andrighi, DJE 5.3.2008.

ressarcitória pressupõe a ocorrência de uma conduta culposa, um dano e o nexo causal entre ambos. Em face dessa peculiaridade, alguns consideram que a respectiva lide apresentaria uma exclusiva natureza de Direito Civil. Exemplo desse entendimento pode ser constatado a partir das lições doutrinárias de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁽¹⁶⁾, ao preconizarem que “o caráter da ação é indenizatório, visando estabelecer a situação existente antes do dano — *restitutio in integrum* — ou impor condenação equivalente, diferentemente da concessão do benefício previdenciário, em que se visa à compensação mediante a prestação previdenciária”.

Em matéria jurisprudencial, a título de exemplo, pode-se citar a decisão proferida pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o AGRESP n. 931.438⁽¹⁷⁾, ocasião em que restou assentado que “a ação regressiva ajuizada pelo INSS contra a empresa buscando o ressarcimento de valores despendidos com o pagamento de benefício acidentário, como na hipótese, veicula lide de natureza civil”.

Com todo o respeito aos que compartilham dessa opinião, ousamos divergir desse entendimento, não por discordar que o instituto da responsabilidade civil deve embasar a pretensão material exercida pelo INSS numa ação regressiva acidentária, mas, sim, por considerar que o julgamento dessa relação processual também pressupõe a análise de questões afetas a outros ramos do Direito que não o Civil.

Não obstante o pedido veiculado numa ação regressiva acidentária seja o ressarcimento de um prejuízo suportado pelo INSS, pretensão que, considerada isoladamente, poderia ser apreciada apenas com base nas tradicionais regras do instituto jurídico da responsabilidade civil, a causa de pedir dessa ação é qualificada pela ocorrência de um acidente do trabalho derivado do descumprimento ou da ausência de

fiscalização, pelo empregador, das normas de saúde e segurança do trabalho.

Confirmando esse entendimento, ao discorrer sobre as ações regressivas acidentárias do INSS, Cláudio Mascarenhas Brandão⁽¹⁸⁾ refere que “a causa de pedir, portanto, é a consequência do fato de ter havido um acidente que vitimou um dos sujeitos da relação de trabalho e se reconheceu que o outro agiu com culpa ou dolo quanto aos danos causados”.

Com efeito, para proceder a um correto julgamento da ação regressiva acidentária, o magistrado terá de, necessariamente, incidir o seu juízo cognitivo sobre questões não disciplinadas pelo Direito Civil, mas, sim, afetas essencialmente ao Direito do Trabalho e Ambiental⁽¹⁹⁾, pois somente após verificar o efetivo (des)cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho é que o magistrado poderá concluir pela (in)ocorrência da culpa do réu, a qual condiciona o juízo de (im)procedência da pretensão ressarcitória exercida pelo INSS.

Registra-se que este é o entendimento adotado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, que, ao julgar o CC n. 70.491/RS⁽²⁰⁾, suscitado em sede de uma ação regressiva acidentária do INSS, expressamente consignou que, para se determinar a competência interna Tribunal, seria necessário averiguar a natureza da matéria de fundo do processo, razão pela qual concluiu que:

(18) *Acidente do trabalho: controvérsia*. Competência para julgamento da ação regressiva, decorrente de culpa do empregador. Palestra proferida no 15º Congresso Goiano de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, realizado de 19 a 21 de junho de 1998, no Auditório da Universidade Católica de Goiás.

(19) Nos termos do art. 200, VIII, da CF/88 as condições de trabalho estão abrangidas no conceito de meio ambiente. Outrossim, conforme Sebastião Geraldo de Oliveira (in *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 96): “não faz sentido a norma ambiental proteger todos os seres vivos e deixar apenas o trabalhador, o produtor direto dos bens de consumo, que, muitas vezes, consome-se no processo produtivo, sem a proteção legal adequada”.

(20) Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16.4.2007.

(16) *Manual de direito previdenciário*. 5. ed.. São Paulo: LTr, 2004. p. 435.

(17) Rel. Min. Paulo Galloti, DJE 4.5.2009.

(...) em que pese se tratar de ação regressiva por ressarcimento de danos, o que envolve, de forma genérica, a aplicação do art. 159 do Código Civil, a causa de pedir diz respeito a acidente de trabalho, sendo o fundamento jurídico previsto nos arts. 120 e 121 da Lei n. 8.213/91. A relação jurídica a ser discutida diz respeito à negligência da empresa em cumprir normas concernentes à relação de trabalho, questão a ser dirimida pela Eg. Terceira Seção do STJ. (Sem grifos no original)

Considerando que o julgamento de uma ação regressiva acidentária pressupõe uma análise multidisciplinar de diversas questões afetas ao Direito Civil, do Trabalho e Ambiental, pode-se concluir pela natureza jurídica complexa dessa lide, o que merece ser considerado quando da definição da justiça competente para julgar essas ações.

É nesse particular que entendemos que o posicionamento majoritário incorre em erro, pois define a competência da Justiça Federal comum apenas a partir do pedido veiculado na ação regressiva acidentária, o que, por consequência, faz com que essa lide seja considerada como uma simples ação de cobrança movida por uma autarquia federal. Dessa forma, entendem os defensores da corrente majoritária que, nos termos do preconizado na primeira parte do art. 109, I, CF/88, a competência para o julgamento da ação regressiva acidentária do INSS seria da Justiça Federal comum.

Todavia, conforme já estabelecido como premissa do tópico anterior, o que possui amparo na doutrina e jurisprudência brasileira, não apenas o pedido, mas, principalmente, a causa de pedir deve influenciar na fixação da competência jurisdicional, de modo que a natureza jurídica complexa da lide regressiva acidentária, qualificada por fatos jurídicos essencialmente ligados à Justiça do Trabalho, quais sejam a ocorrência de um “acidente do trabalho”⁽²¹⁾ e o descumprimento das “normas

(21) Segundo o Min. Carlos Britto em seu voto no CC n. 7204: “um acidente de trabalho é fato ínsito à interação trabalhador/empregador. A causa e seu efeito, Porque

de saúde e segurança do trabalho”, atraem a aplicação da parte final da redação do art. 109, I, da CF/88, a qual exclui da competência da Justiça Federal comum as causas sujeitas à Justiça do Trabalho.

c) Competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações de indenização por danos decorrentes da relação de trabalho

Conforme leciona o magistrado trabalhista Reginaldo Melhado⁽²²⁾, no curso da história do Direito Constitucional brasileiro a competência material da Justiça do Trabalho era fixada não pela natureza jurídica da lide, mas, sim, com base na qualificação de seus sujeitos (trabalhador x empregador).

Todavia, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/04, a qual promoveu a primeira parte da chamada “reforma do judiciário”, esse paradigma foi superado e substituído por um novo modelo conceitual, de modo que, doravante, a competência deve ser delimitada pelo “*thema juris*”, ou seja, se a demanda decorre ou não de uma relação de trabalho, pouco importando a qualificação jurídica dos sujeitos da relação de direito material e processual subjacente à lide.

Tal circunstância acarretou a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, notadamente a partir das alterações introduzidas no art. 114 da CF/88, cujo inciso VI passou a prever que “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar (...) as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”. Com efeito, a partir da referida Emenda Constitucional, essa competência se tornou incontroversa, o que pode ser constatado a partir da interpretação do art. 114, VI, da

sem o vínculo trabalhista o infortúnio não se configuraria; ou seja, o acidente só é acidente de trabalho se ocorre no próprio âmbito da relação laboral”.

(22) *Acidente do trabalho, guerra civil e unidade de convivência*. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/downloads/competencia_acidente_trabalho_parecer_reginaldo_melhado.pdf> Acesso em: 15 set. 2009.

CF/88, norma jurídica que permite a obtenção de, no mínimo, três conclusões de fundamental importância.

A primeira delas seria a sua natureza de regra delimitadora da competência jurisdicional em razão da matéria, e não a partir dos sujeitos da lide, de modo que o seu julgamento pela Justiça do Trabalho deverá ocorrer independentemente do fato de o polo ativo ser integrado por um trabalhador e o passivo por um tomador de serviços. Isso porque, segundo a doutrina de Cláudio Mascarenhas Brandão⁽²³⁾, a competência para o exame da pretensão do empregado em face do empregador, ainda que baseada no acidente do trabalho, está autorizada no inciso I, do art. 114, ao passo que a regra contida no inciso VI tem alcance maior, podendo incluir pedidos indenizatórios veiculados por terceiros estranhos à relação laboral (v. g., o INSS demandando o ressarcimento por meio de uma ação regressiva acidentária), ocasião em que ambas as pretensões (do trabalhador e do terceiro) terão origem na mesma causa de pedir, qual seja o acidente do trabalho ocorrido por culpa do empregador.

Acerca da possibilidade de a Justiça do Trabalho julgar pretensões indenizatórias veiculadas por terceiros estranhos à relação laboral, Rodnei Doreto Rodrigues e Gustavo Doreto Rodrigues⁽²⁴⁾ lecionam que:

A palavra “mágica” que enseja a possibilidade de apreciação do conflito que envolva terceiro, na qualidade de sujeito ativo ou mesmo passivo do pleito reparatório é “decorrente”, que carrega em si a ideia de “externalidade, a despeito de pertinência”, à relação de trabalho. A seu turno, o vocábulo

(23) *Acidente do trabalho*: controvérsia. Competência para julgamento da ação regressiva, decorrente de culpa do empregador. Palestra proferida no 15º Congresso Goiano de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, realizado de 19 a 21 de junho de 1998, no Auditório da Universidade Católica de Goiás.

(24) A nova competência da Justiça do Trabalho: uma abordagem inicial. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *Justiça do trabalho*: competência ampliada. São Paulo: LTr, 2005. p. 434.

“oriundos” traz em seu âmago a noção de “internalidade, além de pertinência”, à relação de trabalho, a determinar, necessariamente, a contraposição dos sujeitos da relação de trabalho (prestador e tomador) em conflito relativo à prestação de trabalho (objeto).

O magistrado trabalhista Francisco Rossal de Araújo⁽²⁵⁾ também corrobora esse entendimento, ao preconizar que:

O inciso VI, que se refere aos danos morais e patrimoniais decorrentes da relação de trabalho, abre a competência para matérias que não são parcelas trabalhistas típicas, como a responsabilidade civil. Está inserido na perspectiva antes narrada da jurisprudência do STF, que apontava o critério de que a competência material da Justiça do Trabalho não se limita a analisar lides envolvendo interpretação de normas trabalhistas típicas, mas também de lides trabalhistas que envolvem interpretação de outros ramos do Direito, como o Direito Civil, por exemplo. Para que ocorra uma lide trabalhista não é necessário que o direito subjetivo envolvido tenha origem em uma norma trabalhista em sentido estrito. Basta que o direito subjetivo surja no contexto de um vínculo contratual trabalhista.

Diverso não foi o entendimento alcançado acerca da matéria na I Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em Brasília no ano de 2007, mediante organização conjunta da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — ANAMATRA, Tribunal Superior do Trabalho — TST e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho — ENAMAT, culminando com a edição do Enunciado de n. 36, *in verbis*:

(25) A natureza jurídica da relação de trabalho (novas competências da Justiça do Trabalho — Emenda Constitucional n. 45/04). In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *A nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 119.

36. ACIDENTE DO TRABALHO. COMPE-TÊNCIA. AÇÃO AJUIZADA POR HER-DEIRO, DEPENDENTE OU SUCESSOR. Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar ação de indenização por acidente de trabalho, mesmo quando ajuizada pelo herdeiro, dependente ou sucessor, inclusive em relação aos danos em ricochete.

A segunda conclusão é no que tange à sua irrestrita abrangência. De acordo com Sebastião Geraldo de Oliveira⁽²⁶⁾, esse dispositivo constitucional atribuiu à Justiça do Trabalho a competência para julgar, genericamente, todas as ações de indenização por danos decorrentes das relações de trabalho, pois ao contrário dos Textos Constitucionais de 1946, 1967 e da Emenda de 1969, a Constituição de 1988 não apresentou a ressalva de que os litígios relativos a acidentes do trabalho seriam de competência da justiça ordinária dos Estados, conforme constava no art. 142, § 2º, da CF/67.

Além disso, prossegue o referido autor, acaso o legislador constituinte pretendesse estabelecer alguma ressalva à competência atribuída à Justiça do Trabalho de forma ampla, em observância à técnica de redação legislativa disciplinada pela Lei Complementar n. 95/98, assim deveria fazê-lo de forma expressa, por meio da inclusão de um parágrafo específico que contivesse a restrição, de sorte que a ausência de qualquer ressalva no art. 114 confirma a abrangência genérica da competência atribuída à Justiça do Trabalho.

Essa ponderação foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no CC n. 7.204, cujo voto do Min. Carlos Britto ratificou que: “Deveras, se a vontade objetiva do Magno Texto fosse excluir da competência da Justiça do Trabalho matéria ontologicamente afeita a ela, Justiça Obreira, certamente que o faria no próprio âmbito do art. 114”.

(26) *Competência da Justiça do Trabalho para julgar ações de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho e a Emenda n. 45/2004*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/downloads>> Acesso em: 14 set. 09.

Regras hermenêuticas também embasam o caráter amplo da competência atribuída à Justiça do Trabalho, pois, segundo Carlos Maximiliano⁽²⁷⁾, “quando o texto menciona o gênero, presumem-se incluídas as espécies respectivas”. Isso porque, “quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que possam se enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente”. Com efeito, a regra geral também deve ser aplicada aos casos especiais, de sorte que na previsão contida no art. 114, VI, da CF/88, a qual regula a competência para as “ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”, também se deve entender abrangidas as ações decorrentes dos acidentes do trabalho.

A terceira conclusão é no sentido de que, por se tratar de uma regra específica de competência, o inciso VI do art. 114 da CF/88 afasta a aplicação da regra geral contida na primeira parte do art. 109, I, também da CF/88, visto que em sua parte final esse dispositivo expressamente reconhece que as causas sujeitas à Justiça do Trabalho não podem ser julgadas pela Justiça Federal comum. Com efeito, essa regra específica deve ser interpretada com preponderância sobre a previsão genérica que preconiza um critério de distribuição da competência em razão da pessoa.

O equívoco da interpretação que prestigia a regra residual prevista no art. 109, I, em detrimento da previsão específica contida no art. 114, VI, ambas da CF/88, foi assim apontado por Reginaldo Melhado⁽²⁸⁾:

Interpretou-se o inciso I do art. 109 sem levar em conta os dispositivos do art. 114 e o novo paradigma conceitual que ele alberga.

(27) *Hermenêutica jurídica e aplicação do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 204 e 247.

(28) *Acidente do trabalho, guerra civil e unidade de convivência*. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/downloads/competencia_acidente_trabalho_parecer_reginaldo_melhado.pdf>. Acesso em: 15 set. 2009.

A parte foi separada do todo. A conclusão é equivocada também por não ter o Tribunal (STF) combinado as premissas da sua tese com a interpretação sistemática da nova redação do art. 114.

Em reforço a essas considerações, Emerson Odilon Sandim⁽²⁹⁾ leciona que (...) o art. 109, I, da Lei Maior apenas afasta a competência da Justiça Federal Comum, porque a Justiça do Trabalho, igualmente federal, tão somente especializada, pode — e deve — syndicar tudo o que dimana do elemento trabalho, inclusive os fatos danosos dele decorrentes, seja em nível de acidente típico ou mesmo no campo das doenças ocupacionais que equivalham àquele (arts. 19 e 20 da Lei n. 8.213/91).

Ao discorrer sobre a jurisdição típica da Justiça do Trabalho no campo da infortunística, Reginaldo Melhado⁽³⁰⁾ compartilha a sua experiência profissional de magistrado trabalhista, ao dispor que:

As normas de segurança e higiene no trabalho estão instituídas basicamente na CLT (arts. 154 a 201) e nos inúmeros decretos e portarias (as famosas NRs do Ministro do Trabalho) que regulamentam esses dispositivos.

Quando o juiz examina a ocorrência de culpa do empregador, no acidente, a cognição envolve basicamente a análise desses dispositivos da CLT sobre segurança e higiene no trabalho. Todas as regras de conduta impostas na lei ao empregador ou ao empregado são normas trabalhistas. É o descumprimento desse direito positivo trabalhista que pode, em tese, gerar a responsabilidade

indenizatória, se presente o nexo causal entre a conduta ilícita do empregador e o resultado danoso do acidente do trabalho. (...) integram o sistema jurídico-trabalhista obrigações legais impostas ao empregador e ao empregado pertinentes à segurança do trabalho. A interpretação dessas normas em seu conteúdo e extensão habita a rotina do juiz do trabalho, no que se refere a múltiplos aspectos do fenômeno jurídico. Essa práxis tem íntima relação com o acidente do trabalho: medidas preventivas, sistema de fiscalização pelo Estado, mecanismos internos de prevenção, regras de eliminação e neutralização do risco no ambiente de trabalho, fornecimento de equipamentos de proteção individual (...) etc.

Dessa forma, considerando que a ação regressiva acidentária representa uma ação indenizatória movida em face de fatos ocorridos no âmbito de uma relação de trabalho, representado por um acidente causado pelo descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, resta evidente que a competência para o julgamento dessas ações deve ser da Justiça do Trabalho. Entender de forma diversa configura expressa afronta ao art. 114, VI, da CF/88, com a redação dada pela EC n. 45/04.

d) Princípio da unidade de convicção

Outro argumento que corrobora a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações regressivas acidentárias do INSS é o princípio da unidade de convicção. Referida norma principiológica preconiza que, para se evitar decisões contraditórias, as causas que decorram de idênticos pressupostos fáticos, mesmo que possuam pedidos e qualificações jurídicas diversas, não devem ser julgadas por juízes diferentes. Segundo entendido por alguns, uma das provas de que o ordenamento jurídico brasileiro prestigia o princípio da unidade de convicção é o art. 108 do CPC, o qual dispõe que: “A ação acessória será proposta perante o juiz competente para a ação principal”.

(29) *Princípio da unidade de convicção e ação acidentária, carga eficaz da sentença trabalhista que reconhece o vínculo e reflexos previdenciários*. Duas angustiantes questões para o trabalhador brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10511>> Acesso em: 21 maio 2009.

(30) *Acidente do trabalho, guerra civil e unidade de convicção*. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/downloads/competencia_acidente_trabalho_parecer_reginaldo_melhado.pdf> Acesso em: 15 set. 2009.

O princípio da unidade de convicção, segundo Emerson Odilon Sandim⁽³¹⁾, visa a evitar que “dois órgãos distintos do Poder Judiciário, mesmo frente a um evento único (acidente do trabalho), pudessem concluir de modo díspar”. Continua o referido autor preconizando que:

A relação-base, a matriz de um acidente do trabalho, é o desempenho da atividade laboral, de sorte que o reflexo previdenciário é de natureza secundária e, dito isto, se torna impensável que a Justiça do Trabalho possa aquilatar a própria causa fundante (relação de trabalho) e por uma contradição inexplicável, não possua competência para verificar um espectro acessório dela decorrente, qual seja, as consequências jurídicas emergentes do cometimento acidentário.

O voto do Ministro Cezar Peluzo no CC n. 7.204-4, acolhendo contribuição doutrinária enviada por Sebastião Geraldo de Oliveira na condição de verdadeiro *amicus curiae*: “não convém que causas, com pedidos e qualificações jurídicos diversos, mas fundadas no mesmo fato histórico, sejam decididas por juízes diferentes”. Conclui o Ministro que se o mesmo fato houver de ser submetido à apreciação jurisdicional por mais de uma vez, o mais razoável é que o seja pelo mesmo ramo judiciário, “por conta dos graves riscos de decisões contraditórias, sempre ininteligíveis para os jurisdicionados e depreciativos para a justiça”.

Acerca das consequências malélicas da inobservância ao princípio da unidade de convicção, o próprio Ministro Cezar Peluzo conclui que: “Doutro modo, teremos uma consequência prática gravíssima, que é a possibilidade de decisões contraditórias baseadas na apreciação retórica e na valoração jurídica do mesmo fato histórico”.

(31) *Princípio da unidade de convicção e ação acidentária, carga eficaz da sentença trabalhista que reconhece o vínculo e reflexos previdenciários. Duas angustiantes questões para o trabalhador brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10511>> Acesso em: 21 maio 2009.

Conforme Sebastião Geraldo de Oliveira⁽³²⁾, a observância do princípio da unidade de convicção serve de embasamento favorável à tese da competência da Justiça do Trabalho para as ações de indenização por acidentes do trabalho, porquanto já é responsável pelo julgamento das seguintes relações processuais:

- ação para discutir o auto de infração lavrado por auditor fiscal referente ao descumprimento de normas de segurança no local de trabalho;
- ação para pleitear adicional de insalubridade e periculosidade;
- ação relativa ao descumprimento de normas sobre segurança, higiene e saúde dos trabalhadores, conforme a Súmula n. 736 do STF;
- ação para exigir a instalação ou regularização da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes — CIPA;
- ação para discutir a justa causa do empregado que se recusou a utilizar os equipamentos de proteção, conforme art. 158, parágrafo único, da CLT;
- ação para garantir o direito à estabilidade do acidentado, conforme art. 118 da Lei n. 8.213/91;
- ação para garantir a estabilidade dos membros da CIPA;
- ação para discutir o vínculo de emprego do trabalhador que estava prestando serviço sem anotação de carteira, quando sofreu o acidente.

Acrescente-se a esse rol a ação indenizatória movida pelo trabalhador vítima de acidente, ou então por seus herdeiros, no caso de óbito daquele, para reaver os danos materiais e morais advindos do acidente do trabalho, bem como a ação civil pública promovida pelo

(32) *Competência da Justiça do Trabalho para julgar ações de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho e a Emenda n. 45/2004*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/downloads>> Acesso em: 14 set. 2009.

Ministério Público do Trabalho — MPT, ou então por qualquer dos colegitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/85, a fim de condenar os empregadores a cumprirem as normas de saúde e segurança do trabalho, inclusive com pedido liminar de tutela inibitória de remoção do ilícito.

Merece destaque a grande semelhança existente entre a ação indenizatória movida pelos herdeiros do trabalhador vítima de fatal acidente e a pretensão regressiva promovida pelo INSS.

Nessas duas causas, o único elemento que não coincide diz respeito às partes que figuram no polo ativo das referidas ações, visto que em ambas as lides a causa de pedir será a culpa do empregador pelo acidente do trabalho, culpabilidade representada pelo descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, ao passo que o pedido também apresentará similitude quanto à sua essência, pois consistirá, em ambos os casos, na condenação do empregador para que indenize os danos advindos de sua conduta culposa.

No que se refere à competência para o julgamento das ações indenizatórias por acidentes do trabalho movidas pelos herdeiros do trabalhador falecido, oportuno salientar o novo entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, que ao julgar o CC n. 101.977, sessão do dia 16.9.2009 e relatoria do Min. Teori Zavascki, acabou revendo a posição jurisprudencial até então adotada (favorável à competência da Justiça Estadual), passando a entender que essas ações devem ser julgadas pela Justiça do Trabalho. Tal inovação jurisprudencial culminou com a revogação da Súmula n. 366 do Superior Tribunal de Justiça, a qual preconizava que: “Compete à Justiça estadual processar e julgar ação indenizatória proposta por viúva e filhos de empregado falecido em acidente de trabalho”.

A conclusão a que se chega é que, considerando que ambas as ações apresentam idêntico suporte fático, continuar permitindo que essas lides sejam julgadas por justiças distintas

configura uma evidente afronta ao princípio da unidade de convicção.

e) Jurisprudência do STF

Por se tratar de uma matéria de cunho constitucional, a definição das competências jurisdicionais previstas nos arts. 109 e 114 da CF/88 está sujeita à palavra final a ser exarada pelo Supremo Tribunal Federal. Em que pese ainda não tenha julgado a matéria atinente à competência das ações regressivas acidentárias do INSS, referida corte superior já exarou precedentes jurisprudenciais que devem nortear o posicionamento que será adotado.

Registra-se que já há jurisprudência sumulada acerca da competência para o julgamento das ações cuja causa de pedir seja o descumprimento de normas de saúde e segurança do trabalho. Trata-se da Súmula n. 736 do STF, o qual apresenta a seguinte redação: “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”.

Seguindo essa linha jurisprudencial, ao julgar o Conflito de Competência n. 7.204, Rel. Min. Carlos Britto, suscitado pelo Tribunal Superior do Trabalho em face do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Justiça do Trabalho é competente para julgar as ações de indenização por dano material ou moral decorrentes dos acidentes do trabalho provocados por dolo ou culpa dos empregadores.

Trata-se de um *leading case* que alterou o entendimento jurisprudencial que até então vinha sendo dado às ações indenizatórias por acidentes do trabalho. Com efeito, considerando a ampliação da competência da Justiça do Trabalho introduzida com a Emenda Constitucional n. 45/2004, a Corte Suprema, por decisão de seu Tribunal Pleno, entendeu que essa seria a justiça competente para o julgamento das ações cuja causa de pedir é representada por um acidente do trabalho ocorrido por culpa do empregador.

Do voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, pode se extrair a utilidade de atribuir a uma justiça especializada o julgamento de uma causa repleta de peculiaridades intrínsecas a um determinado ramo do Direito:

Como de fácil percepção, para se aferir os próprios elementos do ilícito, sobretudo a culpa e o nexo causal, é imprescindível que se esteja mais próximo do dia a dia da complexa realidade laboral. Aspecto em que avulta a especialização mesma de que se revestem os órgãos judicantes de índole trabalhista. É como dizer: órgãos que se debruçam cotidianamente sobre os fatos atinentes à relação de emprego (muitas vezes quanto à própria existência dela) e que por isso mesmo detêm condições para apreciar toda a trama dos delicados aspectos objetivos e subjetivos que permeiam a relação de emprego. Daí o conteúdo semântico da Súmula n. 736, deste Excelso Pretório, (...).

3. Conclusão: competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações regressivas acidentárias do INSS

A partir da conjugação das premissas estabelecidas nos tópicos anteriores, quais sejam: o fato de que a definição da competência não deve resultar apenas do pedido, mas também e, principalmente, da causa de pedir da ação; a circunstância de que a ação regressiva acidentária do INSS representa uma lide de natureza complexa, cuja causa de pedir pressupõe um juízo cognitivo sobre matérias afetas essencialmente à Justiça do Trabalho; a observância do princípio da unidade de convicção, que impõe que duas ações embasadas nos mesmos pressupostos fáticos sejam julgadas pela mesma Justiça; bem como o atual entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, inclusive sumulado (Súmula n. 736), acerca da competência para o julgamento das ações de indenização decorrentes do descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, compartilhamos do entendimento daqueles que defendem a competência da Justiça do

Trabalho para o julgamento das ações regressivas acidentárias do INSS.

A título de exemplo, merece referência a doutrina de Luciano Athayde Chaves⁽³³⁾, o qual preconiza que:

A Procuradoria-Geral Federal tem solicitado aos juízes do Trabalho, como sucedeu na 21ª Região (RN), colaboração para o esforço em atender àquele comando legal (art. 120 da Lei n. 8.213/91), de modo a ajuizar ações regressivas contra aquelas pessoas condenadas pela Justiça do Trabalho em lides envolvendo saúde, segurança e higiene do trabalho, especialmente diante da competência desse Juízo Especializado para conhecer dessas causas. A PGF, para esse fim, vem solicitando seja comunicada das sentenças condenatórias, viabilizando a propositura das respectivas ações regressivas contra os responsáveis pelo ressarcimento dos danos causados aos trabalhadores, como forma de buscar a reparação do erário público pelas despesas efetuadas com a concessão de benefícios aos segurados, decorrentes de culpa ou dolo do tomador dos serviços. Tenho convicção de que a competência para conhecer dessa causa regressiva é da própria Justiça do Trabalho, que já examinou a responsabilidade da empresa pelo sinistro e, portanto, já promoveu a formação da culpa. Nesta hipótese, o foro da União junto à Justiça Federal (art. 109, CF) cede lugar à competência material da Justiça do Trabalho (art. 114, CF), que exclui a regra geral (art. 109, inciso I, CF), em homenagem ao princípio da unidade de convicção, vetor metodológico que tem orientado o Supremo Tribunal Federal nas questões afetas à política judiciária de distribuição de competência, até porque não faria qualquer sentido permitir que houvesse decisões discrepantes entre dois ramos do Poder Judiciário da União. Demais disso, não há qualquer óbice para

(33) *Estudos de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 79.

que a União atue no âmbito da Justiça do Trabalho naquelas situações previstas na legislação em vigor. (g. n.)

Compartilhando de idêntico entendimento Reginaldo Melhado⁽³⁴⁾ leciona que:

Portanto, na ação regressiva do INSS em face do empregador, com fundamento no art. 120 da Lei n. 8.213/91, a competência será da Justiça do Trabalho. Afinal, o litígio é oriundo da relação de trabalho. O acidente do trabalho só pode ocorrer no interior dessa relação jurídica. A culpa do empregador (negligência, na dicção da lei) deverá ser analisada à luz do dever de conduta imposto nas normas de segurança e higiene do trabalho “indicadas para a proteção individual e coletiva”, que são, fundamentalmente, aquelas fixadas nos arts. 154 a 199 da CLT, assim como nas portarias que regulamentam essas disposições gerais. (g. n.)

Registra-se que a conjugação dessas premissas tem recebido acolhida pela jurisprudência pátria, o que se extrai de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁽³⁵⁾, o qual negou provimento ao agravo interposto pelo INSS contra decisão proferida por juiz federal que, ao apreciar uma ação regressiva acidentária, declinou de sua competência em prol da Justiça do Trabalho, por entender que o objeto da demanda, consubstanciado num acidente do trabalho, decorreria diretamente do vínculo trabalhista.

Ao negar seguimento a esse recurso, o acórdão ressaltou que a causa remota do pedido era representada por um acidente do trabalho, ocorrido em face da conduta culposa atribuída ao empregador que teria descumprido as normas de saúde e segurança do trabalho, matéria que, em face da Súmula n. 736 do Supremo Tribunal Federal, deve ser julgada pela Justiça

especializada do Trabalho. Outrossim, como razões de decidir, foram considerados o entendimento adotado pela Suprema Corte no CC n. 7.204, bem como o princípio da unidade de convicção.

Registra-se que contra essa decisão monocrática foi interposto agravo interno pelo INSS, o qual foi julgado na sessão realizada no dia 16.9.2009, ocasião em que a 7ª Turma Especializada, por unanimidade de votos, negou provimento a esse recurso.

Em face das considerações acima externadas, notadamente com base na ampliação da competência da Justiça Laboral promovida pela EC n. 45/04, no princípio da unidade de convicção e na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça acerca das ações indenizatórias por acidentes do trabalho, gênero do qual a ação regressiva do INSS representa uma espécie, ousamos divergir da maioria ao defender a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento dessas ações.

4. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Francisco Rossal de. A natureza jurídica da relação de trabalho (novas competências da Justiça do Trabalho — Emenda Constitucional n. 45/04). In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *A nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Acidente do trabalho: controvérsia. Competência para julgamento da ação regressiva, decorrente de culpa do empregador*. Palestra proferida no 15º Congresso Goiano de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, realizado de 19 a 21 de junho de 1998, no Auditório da Universidade Católica de Goiás.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2004.

CHAVES, Luciano Athayde. *Estudos de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

(34) *Acidente do trabalho, guerra civil e unidade de convicção*. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/downloads/competencia_acidente_trabalho_parecer_reginaldo_melhado.pdf> Acesso em: 15 set. 2009.

(35) AI n. 2009.02.01.002386-0, 7ª Turma Especializada, Relª Salete Maccalóz, DJ 12.3.2009.

DIDDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

HORVATH JR., Miguel. Ações regressivas em ações acidentárias. In: *Revista de Direito Social*, vol. 02, n. 07, Porto Alegre, Notadez, 2002.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Competência da Justiça do Trabalho para julgar ações de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho e a Emenda n. 45/2004*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/downloads>> Acesso em: 14 set. 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica jurídica e aplicação do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MELHADO, Reginaldo. *Acidente do trabalho, guerra civil e unidade de convicção*. Disponível em:

<http://www.anamatra.org.br/downloads/competencia_acidente_trabalho_parecer_reginaldo_melhado.pdf>. Acesso em: 15 set. 2009.

RODRIGUES, Rodnei Doreto; RODRIGUES, Gustavo Doreto. A nova competência da Justiça do Trabalho: uma abordagem inicial. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.

SANDIM, Emerson Odilon. *Princípio da unidade de convicção e ação acidentária, carga eficaz da sentença trabalhista que reconhece o vínculo e reflexos previdenciários. Duas angustiantes questões para o trabalhador brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10511>> Acesso em: 21 maio 2009.

A aparente derrota da Súmula n. 331/TST e a responsabilidade do Poder Público na Terceirização

Ivani Contini Bramante^(*)

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Intróito
- ▶ 2. (In)constitucionalidade em abstrato e em concreto
- ▶ 3. Eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes na ação direta de constitucionalidade
- ▶ 4. Limites subjetivos
- ▶ 5. Limites objetivos e os “fundamentos determinantes da decisão” declaratória de constitucionalidade
- ▶ 6. Efeitos vinculantes dos “fundamentos determinantes da decisão de constitucionalidade” e os vários sentidos da norma
- ▶ 7. Transcendência dos motivos determinantes
- ▶ 8. Texto e contexto: precedentes do STF e estudo de casos
- ▶ 9. ADC n. 16 (art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93)
- ▶ 10. A derrota aparente da Súmula n. 331/TST na ADC n. 16/DF
- ▶ 11. A cláusula de reserva de plenário e a Súmula n. 331/TST
- ▶ 12. (Re)posicionamento do Judiciário Trabalhista
- ▶ 13. Julgamentos do TST pós ADC n. 16
- ▶ 14. Conclusão
- ▶ 15. Referências bibliográficas

(*) Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Mestre e Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Relações Coletivas de Trabalho pela Organização Internacional do Trabalho. Professora de Direito Coletivo do Trabalho e Direito Previdenciário do Curso de Graduação do Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito das Relações do Trabalho da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Ex- Procuradora do Ministério Público do Trabalho.

1. Intróito

Estes apontamentos versam sobre a aparente derrota da Súmula n. 331/TST diante dos efeitos da declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 na ADC 16-DF. Ainda, diante dos efeitos dos julgamentos feitos nas várias Reclamações Constitucionais afastando a aplicação da Súmula n. 331/TST em relação à Administração Pública.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária ocorrida em 24.11.2010, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC n. 16/DF) ajuizada pelo Distrito Federal, em relação a qual ingressaram como *Amicus Curiae* a União e diversos outros entes da Federação, entendeu pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93.

O entendimento fixado na ADC n. 16-DF culminou no provimento das inúmeras Reclamações Constitucionais (dentre elas as Rcls ns. 7.517 e 8.150) contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho fundadas na Súmula n. 331/TST, objeto da controvérsia, ao espeque que o verbete nega vigência ao preceito da Lei de Licitações. Deste modo, foi afastada a aplicação do verbete, que trata da responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas na terceirização, em relação à Administração Pública Direta e Indireta.

Ainda, as Rcls ns. 7.901, 7.711, 7.712 e 7.868 foram providas, com cassação de quatro decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST), baseadas na Súmula n. 331 (inciso IV), por conta de outro fundamento: a Súmula, indiretamente, reconhece a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, sem a observância da cláusula da reserva de plenário, em ofensa ao art. 97, CF, e à autoridade da Súmula Vinculante n. 10 do STF.

Na problematização do tema, as questões a serem postas são as seguintes: houve uma derrota da Súmula n. 331/TST? Doravante, o Judiciário Trabalhista acha-se incondicionalmente inibido, nos casos concretos postos a seu julgamento, de fixar a responsabilidade

subsidiária da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista pelos serviços terceirizados contratados? Há um discreto retorno da teoria da irresponsabilidade estatal dos idos do Estado autoritário? Como deve ser redirecionada a questão no Judiciário Trabalhista à luz das regras e princípios constitucionais diante de um caso concreto?

Por isso, é importante analisar os referidos julgamentos, que se revestem de grande interesse prático, máxime porque a Constituição de 1988 está repleta de enunciados normativos que não podem prescindir dos *métodos da tópica e sistemático-teleológico* para que possam ser adequadamente interpretados e aplicados.

Convém, assim, analisar a posição atual do STF quanto às diferenças entre a declaração de constitucionalidade *in abstracto e in concreto e seus respectivos efeitos*, para fins de (re)posicionamento do Judiciário Trabalhista diante da aparente derrota da Súmula n. 331/TST.

2. (In)constitucionalidade em *abstracto* e em *concreto*

Todo controle de constitucionalidade é uma atividade comparativa. Compara-se a emenda constitucional ou a norma ou ato normativo infraconstitucional com a Constituição. Se houver alguma contradição formal ou material, a norma será inválida. No sistema nacional a atividade comparativa da conformidade da norma com a Constituição é feita de duas maneiras: *controle de constitucionalidade difuso e concentrado*.

No *controle difuso, via incidental, in concreto* a (in)constitucionalidade da norma aparece como questão prejudicial ao julgamento do mérito de uma causa, exercida por qualquer juiz ou tribunal, no bojo de qualquer processo ou tipo de ação judicial levada a seu conhecimento. Para chegar à decisão do caso, o juiz resolve primeiro a questão constitucional, que se coloca como um antecedente lógico ao julgamento do mérito.

A comparação entre o ato de hierarquia inferior e a Constituição se dá *em concreto*, ligada à resolução de uma *situação individualizada*. Assim, os efeitos da declaração são apenas *inter partes e fazem coisa julgada material* para o caso concreto.

Entretanto, a missão precípua do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, é comparar, *no plano abstrato*, a lei ordinária federal com a Constituição da República e na hipótese de contrariedade declarar a sua *inconstitucionalidade no controle concentrado*.

No *controle concentrado, direto*, realizado pelo STF, a comparação entre a lei ou ato normativo de hierarquia inferior e a Constituição é o próprio mérito da causa. O julgamento se dá no plano *puramente normativo, in abstrato*, com a função de banir do mundo jurídico as leis ou atos normativos que contrariem a Constituição. Naturalmente, se a decisão for pela *constitucionalidade* da lei a consequência será a manutenção de sua vigência. A declaração é em *tese, abstrata*, mediante um *processo objetivo, desvinculado de qualquer caso concreto*. Logo, os efeitos são *erga omnes, com força de coisa julgada normativa-abstrata*.

Destarte, é pertinente assinalar que não existe equivalência necessária entre os conceitos de controle de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade *difuso é sempre in concreto*. O controle de constitucionalidade *concentrado pode ser in abstrato e in concreto*.

Assim, cumpre ressaltar que *nem sempre o controle realizado concentradamente pelo STF se dá somente em abstrato*. Há alguns casos em que o STF exerce a jurisdição constitucional *concentrada, direta*, com efeitos de coisa julgada material no plano concreto, porque recai sobre *situações* ou *casos concretos*, como o que acontece, por exemplo, na ação direta interventiva (CF art. 36,) e no mandado de injunção (CF art. 5º, inc. LXXI, e art. 102, inc. I, alínea q).

No *controle concentrado, em tese, in abstrato*, a decisão do STF traz as seguintes consequências:

na ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) há retirada da norma declarada *inconstitucional* do mundo jurídico; na ação declaratória de constitucionalidade (ADC) ou arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) há manutenção da vigência e eficácia da norma, caso seja considerada *constitucional*.

3. Eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes na ação direta de constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade (ADC) em abstrato é desvinculada de casos concretos, não se destina a resolver lides entre partes determinadas, mas, apenas manter a integridade da ordem jurídica, em benefício de toda a sociedade. Justamente por causa das peculiaridades do *controle abstrato* de constitucionalidade é que a doutrina elaborou as noções de *jurisdição constitucional e de processo objetivo*.

Nesse diapasão, na ação direta de constitucionalidade julgada procedente, é comum a afirmativa de que se forma uma presunção *absoluta* de constitucionalidade da norma. A questão radica em perquirir acerca das diferenças entre *eficácia erga omnes* e *efeitos vinculantes*, o que imbrica *eficácia subjetiva e objetiva*, em cuja análise deve ser considerado, também, os planos *concreto e abstrato* da declaração de (in)constitucionalidade.

4. Limites subjetivos

A eficácia subjetiva da declaração direta de (in)constitucionalidade será, portanto, *erga omnes*, oponível a todos, e de *força vinculante*, oponível aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública, conforme dicção do art. 102, § 2º, CF:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal.

De modo que, *em princípio*, todas as pessoas e todos os órgãos do Estado mencionados ficarão vinculados, não sendo mais possível questionar a validade da norma. Tratando-se de uma decisão pela *constitucionalidade* da lei, esta se manterá em vigência com uma presunção *absoluta* em favor de sua validade. *Em tese*, não poderá mais deixar de ser aplicada por outros órgãos do Judiciário, uma vez que o STF emitiu pronunciamento sobre a questão, e a reabertura da discussão importaria violação do § 2º do art. 102, da Constituição.

Embora parte da doutrina afirme que o art. 102, § 2º, CF e a Lei n. 9.868/99, art. 28, conferem tratamento uniforme aos institutos da *eficácia erga omnes* e do *efeito vinculante*, o plano pragmático-jurídico revela que são institutos afins, mas distintos, pelo menos no que tange à ação direta de constitucionalidade.

Na declaração de constitucionalidade a *eficácia subjetiva erga omnes é contra todos*, não se confunde com *efeito vinculante*, adotado pela EC n. 3/93 e regulada pela Lei n. 9.868/99 que faz referência “aos demais órgãos do Poder Judiciário”.

Assim, o *efeito vinculante* não abrange o próprio STF e tampouco o Legislativo. O próprio STF entende que a declaração de inconstitucionalidade não impede o legislador de promulgar lei de teor idêntico ao texto censurado⁽¹⁾, sob pena de ofensa ao pacto da tripartição dos poderes (art. 2º, CF).

Isto porque, há que se ter em mente que na ação direta de declaração de (in)constitucionalidade a *eficácia erga omnes* (contra todos) e os efeitos vinculantes possuem *limites objetivos*, *porque in abstracto*.

5. Limites objetivos e os “fundamentos determinantes da decisão” declaratória de constitucionalidade

Registre-se, na teoria dos efeitos vinculantes da declaração de constitucionalidade deve ser

(1) MENDES; Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.325-1.343, *passim*.

levado em conta que a decisão decorre da análise da compatibilidade da *lei em tese*, *no seu sentido abstrato e geral*, *plano diferente da lei individualizada e aplicada no plano concreto*. De outro turno, analisando o tema sobre o enfoque *dos limites objetivos da eficácia erga omnes e dos efeitos vinculantes* verifica-se que estão estritamente conectados com “os fundamentos determinantes da decisão” declaratória de constitucionalidade.

Assim, é permitida a reapreciação da matéria pelo STF, a qualquer tempo, diante do fenômeno da chamada *inconstitucionalidade superveniente*⁽²⁾. Destarte, pode haver a *reedição* de uma demanda direta de (in)constitucionalidade, nas seguintes hipóteses: *a) mudança de conteúdo da Constituição, quando o enunciado que serve de parâmetro para a decisão anterior, houver sido emendado; b) mudança de conteúdo da norma objeto de controle; c) modificação da orientação jurídica sobre a matéria, quando houver mutação constitucional na via interpretativa*.

6. Efeitos vinculantes dos “fundamentos determinantes da decisão de constitucionalidade” e os vários sentidos da norma

O enunciado normativo, no seu modo final de aplicação, possui vários sentidos. Assim, a interpretação e aplicação da norma no plano abstrato não se confunde com o plano concreto.

José Carlos Vasconcellos dos Reis⁽³⁾, com apoio nas lições de Humberto Ávila e Lênio Streck, assevera que:

Ao intérprete, assim, não cabe meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade é mais profunda: consiste em, efetivamente, construir esses significados, uma vez que não é

(2) *Idem*.

(3) QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coords.). *Desafios do neoconstitucionalismo — aplicação das normas constitucionais e a tensão entre a justiça e a segurança*. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 544.

plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de sub-sunção de conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação'. Por isso é que Lênio Streck, inspirado em Gadamer e Heidegger, compreende o processo interpretativo como verdadeiramente produtivo e não reprodutivo.

Nessa trilha, José Joaquim Gomes Canotilho⁽⁴⁾, demonstra que sem interpretar o enunciado normativo não se chega à norma, pois o significado de uma norma não constitui um dado prévio, mas é resultado da tarefa interpretativa.

José Carlos Vasconcellos Reis⁽⁵⁾ anota que “sem a interpretação não se chega a nada que seja representado ou expresso por meio de um texto”. Assim, exemplifica com a distinção entre a *música e a partitura*, eis que “a notação musical, que apenas dá ao intérprete os elementos básicos para que possa realizar a obra de arte sonora que o compositor procurou representar por meio de sinais escritos.”

Considerando que a norma possui *vários sentidos*, máxime no seu *modo de aplicação*, agregue-se à discussão, no controle de (in)constitucionalidade abstrato, o tema relativo aos “limites objetivos do efeito vinculante” adstrito aos “fundamentos determinantes da decisão”, bem como, a polêmica questão da “transcendência dos fundamentos determinantes” ou “irradiação dos motivos determinantes”.

Em geral, no direito processual, impera a regra de que os *fundamentos da decisão não transitam em julgado*. Essa regra sofre *exceção* no controle concentrado de constitucionalidade. Primeiro, à vista o caráter *dúplice* da ADC e da ADI, pois se a ADC for julgada improcedente

significa que a norma é inconstitucional e vice-versa. Ademais, deve ser considerado o *princípio da ultrapetição*, pois é possível declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo por outros fundamentos, distintos dos deduzidos na peça inicial⁽⁶⁾.

Gilmar Ferreira Mendes⁽⁷⁾ ao abordar a coisa julgada no controle da constitucionalidade, entende que o efeito vinculante não está adstrito somente à parte dispositiva da decisão, mas se estende também aos chamados “fundamentos determinantes” ou *razões de decidir*, sob pena de tornar despicando o instituto do efeito vinculante e equipará-lo singularmente à coisa julgada⁽⁸⁾.

Ressalte-se, contudo, que na ação direta de constitucionalidade a *decisão do STF é comparativa-interpretativa, num dado sentido da norma*, baseada no critério da generalidade e no conteúdo literal do enunciado normativo. A coisa julgada é formada no processo objetivo, no plano meramente abstrato, desvinculado de casos concretos e, do *modo final de aplicação* do Direito.

Logo, se o julgado de constitucionalidade apreciou apenas *um dos sentidos da norma*, o STF emitiu a *palavra final, no plano abstrato*, que deve ser respeitada, mas vinculada aos “motivos determinantes”. Assim, *os demais sentidos da norma, que surgem em contextos diversos, não estão sob o manto do efeito vinculante*.

No plano do modo final de aplicação a norma possui *vários sentidos*, assim, os *efeitos*

(4) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 126-1. 128.

(5) QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coords.). *Desafios do neoconstitucionalismo — aplicação das normas constitucionais e a tensão entre a justiça e a segurança*. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 544.

(6) MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Grandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 425.

(7) Ob. cit., p. 1.336.

(8) O Ministro Gilmar Mendes, na Rcl n. 2.126, para preservar a autoridade da decisão proferida na ADI n. 1.662 em decisão monocrática, deferiu a liminar e suspendeu a ordem de sequestro no precatório, sob o fundamento de que o alcance dos efeitos vinculantes da decisão da ADI não pode estar limitado à sua parte dispositiva, eis que se devem considerar também os *fundamentos determinantes*, sem os quais a vinculatividade pouca contribuição prestaria à proteção mais abrangente à Constituição.

vinculantes da declaração de constitucionalidade abarca somente os fundamentos determinantes da decisão em dado sentido. Nessa senda, Lênio Streck, aponta a chamada “cláusula de reserva de plenário”, em reforço à defesa da tese da possibilidade de reapreciação da questão da constitucionalidade pelos demais Tribunais, no controle difuso:

No plano hermenêutico, há uma nítida diferença entre declarar a nulidade de uma lei, isto é, retirá-la do ordenamento, e declarar que essa mesma lei é válida. Os âmbitos são distintos. A expunção da lei impedirá a reconstrução, de qualquer modo, do texto nulificado. (...) Nada resta da lei no sistema. O mesmo não acontece na decisão que rejeita a inconstitucionalidade. (...) Quando o Tribunal rejeita a inconstitucionalidade, recusa um determinado sentido atribuído na ação pelo autor. É cediço que um texto normativo admite vários sentidos, que surgem em contextos diversos. Afastar esse sentido significa dizer, tão somente, que a lei não é inconstitucional por aquele fundamento. (...) Esse fundamento não pode abarcar, automaticamente, de forma vinculativa, (...) os demais sentidos que esse texto possui, até porque o texto normativo infraconstitucional pode ser confrontado com outros dispositivos da Constituição.

a) razões de excepcionalidade não previstas pela própria regra

Ainda, pensamos que é possível que a inconstitucionalidade se manifeste, *in concreto*, no momento do contato da lei com determinadas *situações concretas*, não cogitadas pela Corte Constitucional quando do controle da constitucionalidade *in abstracto*. Em determinadas *circunstâncias particulares não previstas pela norma*, a obrigação imposta pela regra, a princípio tida como absoluta, pode ser superada por “razões não previstas pela própria regra”.⁽⁹⁾

(9) Veja-se o famoso julgado do STF a respeito do revogado art. 224 do Código Penal (atual art. 217-A, criado pela Lei n. 12.015/2009, que instituiu o crime de “estupro

Baseado nos textos de Humberto Ávila e outros juristas de escol⁽¹⁰⁾, alinhada à ideia da desmistificação da aplicação do modo “tudo ou nada” da regra e; admitindo que não é possível separar a *interpretação da ponderação*, seja na aplicação da regra ou do princípio, é correta a concepção de que há, pelo menos, quatro situações de ponderação de regras:

a) ponderação entre duas regras em rota de conflito: a solução se dá pela atribuição de maior peso a uma delas, pala ponderação dos valores que cada uma delas, cujo resultado deve ser uma *solução constitucionalmente adequada*;

b) ponderação da regra e suas exceções: trata-se da chamada *ponderação das razões* ou *razões excepcionais*, ou *teoria de excepcionalidade*, ou “aptidão para cancelamento (*defeasibility*) das regras”. A regra comporta exceções, que *podem estar prevista ou não na ordem jurídica*. Assim:

(i) se a exceção está prevista no ordenamento jurídico, a solução se dá pela aplicação de “*outras razões calcadas em outras normas, para afastar a regra (overruling); as outras razões, consideradas superiores à própria razão para cumprir a regra, são fundamento para o seu não cumprimento.*”⁽¹¹⁾ A regra pode

de vulnerável”) que prevê o estupro e estabelece uma presunção absoluta e incondicional de violência se a vítima é menor de 14 anos. O STF afastou a incidência da norma, porque no caso em que a vítima possuía 12 anos de idade, sob o fundamento das *circunstâncias particulares não previstas pela norma*, quais sejam: conjunção carnal com o consentimento da vítima e aparência física e mental de pessoa mais velha. (STF-HC n. 73.662-9, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 20.9.96)

(10) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 44-69. Ainda, MARCALLOS, Anna Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *Desafios do neoconstitucionalismo — a aplicação das normas constitucionais e a tensão entre justiça e segurança jurídica*. Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 552-553.

(11) Humberto Ávila fundamenta que as regras “podem ter suas condições de aplicabilidade preenchidas, e,

ter, *prima facie*, um dado sentido que é superado por razões contrárias calcadas em outras normas.

(ii) se a exceção não está prevista no ordenamento jurídico solução se dá pelo conteúdo finalístico, pelo sopesamento e ponderação entre “as razões geradora da norma e as razões substancias para o seu não cumprimento”⁽¹²⁾. Assim, envolve a ponderação dos argumentos favoráveis e contrários ao estabelecimento de uma exceção, diante das circunstâncias do caso concreto (tópica), com base na finalidade da própria regra ou em *outros princípios*. Mas, aqui há maior rigor quanto ao dever de *argumentação-fundamentação*, ou seja, mister se faz “uma fundamentação que supere a importância das razões de autoridade que embasam o cumprimento incondicional da regra”.⁽¹³⁾

c) ponderação de regras abertas, hipóteses de conceitos jurídicos indeterminados: neste caso a hipótese normativa é semanticamente aberta, com alto grau de generalidade e formulação imprecisa, para aplicação a situações inicialmente não previstas. Assim, “será necessário ao intérprete ponderar de todas as circunstâncias do caso para decidir que o elemento de fato tem prioridade para definir a finalidade normativa”.⁽¹⁴⁾

d) ponderação de regras na analogia e *contrario sensu*: a utilização da forma argumentativa da analogia e *contrario sensu* e uma atividade de ponderação que leva em consideração as razões e contrarrazões, pois onde há a mesma razão idêntica deve ser a solução.

Do exposto é possível haurir três conclusões.

a) aplica-se, também, às regras a técnica da

ainda assim, não ser aplicável, pela consideração a razões excepcionais que superem a própria razão que sustenta a aplicação normal da regra”, denominada de “aptidão para cancelamento (*defeasibility*) das regras”, ob. cit., p. 69.

(12) ÁVILA, Humberto. Ob. cit., p. 69.

(13) REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Ob. cit., p. 553.

(14) *Idem*.

ponderação; b) na tarefa da aplicação da regra, a sua não incidência, fundada na imprecisão legislativa para o caso concreto, resulta em aparente negativa de vigência, mas que não pode ser equiparada com a declaração de inconstitucionalidade. Por outras palavras, a negativa de vigência de dada norma, no caso concreto, não conduz, necessariamente, a conclusão de que, direta ou indiretamente, foi reconhecida a sua inconstitucionalidade, pois a técnica da ponderação de regras não admite o resultado incondicional do “tudo ou nada”, *a gosto do neopositivismo*; c) o intérprete deve respeitar as possibilidades semânticas do enunciado normativo, qual seja, privilegiar a aplicação da regra, só poderá deixar de aplicar uma regra se restar demonstrada, de forma cabal, uma imprevisão legislativa da situação do caso concreto ou, se a incidência do enunciado normativo, na hipótese concreta, produz um resultado (uma norma) inconstitucional.⁽¹⁵⁾

7. Transcendência dos motivos determinantes

Convém expor, brevemente, a teoria da expansão do alcance dos efeitos vinculantes. Registre-se, por oportuno, a polêmica instaurada acerca do viés expansionista da jurisdição constitucional, o fenômeno do *ativismo jurisdicional*, e o tema relativo ao *alcance dos efeitos vinculantes* no controle de constitucionalidade, denominado de “transcendência dos motivos determinantes” ou “efeitos irradiativos dos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato das normas”.

Trata-se da hipótese de *extensão dos efeitos vinculantes, das razões de decidir a outros casos que não guardam a exata identidade com o tema central da decisão proferida na ADI ou ADC*. Essa tese conturbada foi aplicada nas Recl ns. 1.923/RS, 2.126/SP e 1.987/DF no sentido de que uma norma declarada inválida significa “uma exegese da norma aplicável

(15) BARCELLOS, Anna Paula. *Ponderação, racionalidade, e ativismo jurisdicional*. Ob. cit., p. 220 e ss.

segundo a dicção fixada pela Corte, e não o texto em sentido estrito”.

Essa postura foi amplamente resistida por alguns Ministros do próprio STF, na Rcl n. 4.219-GO, julgada em 21.9.2006, em que se retomou os debates quanto à aplicabilidade da *transcendência dos fundamentos determinantes*, oportunidade em que quatro Ministros externaram posição negativa à adoção da tese. Isto porque, a *transcendência dos fundamentos determinantes* agride a sensibilidade do julgador, como se este pudesse reconhecer a vinculatividade de uma *decisão editada sob distinta moldura constitucional no tema específico*.⁽¹⁶⁾

Registre-se a atual reconfiguração do conceito da *transcendência dos fundamentos determinantes*, haurida do voto do Ministro Gilmar Mendes, que sob outro enfoque descarta a

(16) Na ADI 1.662 foi arguida a inconstitucionalidade da equiparação entre “não inclusão de verba no orçamento para pagamento de precatório” com “preterição pela inobservância na ordem de pagamento” e o STF entendeu que o sequestro de verba pública só é possível diante da inobservância da ordem cronológica apontada. Várias reclamações constitucionais se seguiram, embora as legislações postas em confronto fossem de diferentes entes da federação, estaduais e municipais. Na Rcl n. 1.923/RS, embora não existisse ato normativo arrimando a decisão a reclamação foi provida, porque aplicado a transcendência dos efeitos vinculantes. Na Rcl n. 2.126/SP (Min. Gilmar Mendes) e na Rcl n. 1.987/DF a questão foi retomada no sentido de que uma norma declarada inválida significa “uma exegese da norma aplicável segundo a dicção fixada pela Corte, e não o texto em sentido estrito”, com o que discordou o Ministro Sepúlveda Pertence, secundado pelo Ministro Marco Aurélio, pois, a ADI n. 1.662 cuidava de um instrumento normativo editado por Tribunal Trabalhista anteriormente a Rcl n. 1.987-DF, e ainda, invocava outro fundamento constitucional reconfigurado pela EC n. 30. Desta feita, restou sinalizado que a transcendência dos motivos determinantes, a outros casos concretos que não guardam exata identidade com a tese central do controle concentrado de constitucionalidade, agride a sensibilidade do julgador, como se este pudesse reconhecer a vinculatividade a uma *decisão editada sob distinta moldura constitucional no tema específico*. Comentários dos julgados na obra de Vanice Regina Lirio do Vale (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 47-54.

aplicação dos efeitos vinculantes a outros casos (leis ou atos normativos semelhantes) que não guardam perfeita identidade com a tese central da ADC ou ADI. À contrapartida, exorta a ideia de que a reclamação constitucional se apresenta como uma oportunidade a mais, *um novo instrumento de controle da constitucionalidade*, feita diretamente pelo STF, no caso concreto, sem a necessidade da utilização das figuras da ADI, ADC, ADIO e ADPF. Novos e acesos debates são travados na doutrina acerca da natureza da Reclamação Constitucional.

Assim, levando em conta os vários sentidos da norma, *as possibilidades de exceções, as diferenças fáticas, as incertezas da Corte em relação aos limites dos efeitos vinculantes e, as várias possibilidades das Reclamações Constitucionais, vis a vis, à transcendência dos fundamentos determinantes*, o Ministro Gilmar Mendes na Rcl n. 4.987-PE, DJ 13.3.2007, explicitou:

Parece bastante lógica a possibilidade de que, em sede de reclamação o Tribunal analise a constitucionalidade de leis cujo teor já foram objeto de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Como explicitado, não se está a falar, nessa hipótese, de aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de constitucionalidade. Trata-se disso sim, de um poder ínsito à própria competência do Tribunal de fiscalizar incidentalmente a constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Esse poder é realçado quando a corte se depara com leis de teor idêntico aquelas já submetidas ao seu crivo no âmbito do controle abstrato (...), poder-se-á, por meio da reclamação, impugnar a sua aplicação ou rejeição por parte da Administração ou do Judiciário, requerendo a declaração incidental de sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade, conforme o caso.

A declaração de constitucionalidade em *abstrato*, no controle concentrado, não impede

que, pela via do controle difuso, se declare a inconstitucionalidade no caso concreto do mesmo ato normativo, tendo em conta os vários sentidos da norma e as várias possibilidades de exceções, ou *derrotabilidade*, até porque o texto normativo infraconstitucional pode ser confrontado com outros dispositivos da Constituição. O confronto *abstrato* entre o texto da lei e a Constituição não condiciona, necessariamente, *todos e quaisquer* casos que envolvam a sua aplicação.

Considerando a importante e singular figura da Reclamação Constitucional e, a tendência moderna do seu papel de *novo instrumento de controle da constitucionalidade incidental*, no caso concreto, mister se faz traçar uma distinta abordagem ao tema:

- a) uma norma declarada constitucional, no controle concentrado, poder vir a ser considerada inconstitucional em sede de controle difuso, inclusive na via da reclamação constitucional;
- b) uma reclamação constitucional pode vir a ser julgada improcedente porque diverso o fundamento invocado, eis que desvinculados dos fundamentos determinantes exarados no controle abstrato, porque a decisão reclamada vem fundada em determinadas *circunstâncias particulares não previstas pela norma* declarada constitucional, que a princípio tida como absoluta, foi superada uma excepcionalidade, por *razões não previstas pela própria regra*;
- c) uma reclamação constitucional pode não ser conhecida, porque a decisão reclamada vem fundada em situação concreta, no conjunto fático-probatório, cuja via não se presta ao reexame de fatos e provas.

Luiz Roberto Barroso⁽¹⁷⁾ enfatiza que as situações concretas, individualizadas, determinadas,

(17) Luís Roberto Barroso expõe, no *Post Scriptum* à 5.ª edição de *Interpretação e aplicação da Constituição*, algumas reflexões importantes sobre essa possibilidade cogitada no texto. Veja-se, ainda, especificamente sobre o tema, BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 229-234.

não podem prescindir da *tutela jurisdicional adequada*, sempre que necessário. O efetivo exercício do *controle difuso* de constitucionalidade deve ser compreendido como um *dever* de *todos* os juízes e tribunais, que não pode ser elidido pela existência de decisão do STF, ainda que em sede de *controle concentrado*, no sentido da *constitucionalidade* da lei ou ato estatal aplicável ao caso.

Na mesma esteira, e com mais profundidade, Lênio Streck⁽¹⁸⁾ adotando o triângulo dialético de Canotilho, exorta que o controle difuso de constitucionalidade, em qualquer grau de jurisdição, exercitado pelo juízes, deve ser considerado *cláusula pétrea*, como *direito-instrumento-garantia*, tendo em conta seu papel, por excelência, de servir de instrumento de *acesso à Justiça* por parte do cidadão, pois:

Importa referir, nesse contexto, pela inegável importância que assume o controle difuso de constitucionalidade no plano do acesso à justiça, que qualquer tentativa de esvaziá-lo e/ou expungir-lo do sistema jurídico brasileiro ferirá, de morte, o núcleo político da Constituição.

De fato, a declaração de constitucionalidade com expansão para *além dos fundamentos determinantes decisão*, pode levar à ideia absurda de que todos os sentidos da norma e as respectivas exceções, estão sob o manto dos efeitos vinculantes na ação direta de constitucionalidade. Assim, restaria subtraído o acesso ao judiciário, no caso concreto, a lesão ou ameaça de lesão à direito, e em flagrante coarctação da atividade jurisdicional dos demais órgãos do Poder Judiciário, conclusões que não encontram agasalho na própria Constituição Federal.

Procede, pois a afirmativa de Lênio Streck⁽¹⁹⁾ no sentido de que a decisão que acolhe a inconstitucionalidade faz *coisa julgada material*,

(18) STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 840.

(19) In: *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Ob. cit., p. 778.

não pode ser reapreciada em nenhum outro processo. Entretanto, a decisão que acolhe a constitucionalidade tem força de *coisa julgada formal*; logo não impede a reapreciação da questão. Nada impede, assim, que um juiz entenda, ao julgar *um certo caso*, que a lei “x” é inconstitucional e julgando *outro caso* (presentes *outras circunstâncias*) decida que a mesma lei “x” é constitucional.

Do exposto, pensamos que é preferível falar em “coisa julgada normativo-abstrato” e “coisa julgada *in concreto*”, bem como, em “princípio da adstrição dos efeitos vinculantes aos fundamentos determinantes”. Significa dizer, em conclusão, que *os efeitos vinculantes da ação declaratória de constitucionalidade estão adstritos aos fundamentos determinantes da decisão proferida em sede de controle abstrato, em um dado sentido da norma*. Ainda, deve ser levado em conta as *razões de excepcionalidade e as circunstâncias particulares não previstas pela própria norma*.

O art. 102, § 2º, da CF deve ser interpretado no sentido de que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações direta de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão, *no plano abstrato*, eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário é à administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal.

Essas conclusões podem ser hauridas dos precedentes do próprio STF, nas reclamações constitucionais, o que reforça a tese de que a vinculatividade das decisões no controle de constitucionalidade, num dado sentido da norma, não descarta outros sentidos, à luz do *modo final de aplicação* do direito, no caso concreto.

8. Texto e contexto: precedentes do STF e estudo de casos

Nesse diapasão, a pesquisa das decisões no campo da jurisdição constitucional, mostra que o próprio Supremo Tribunal Federal já

chancelou que, a constitucionalidade *in abstrato* não afasta, de modo categórico, a inconstitucionalidade *in concreto*, tendo em conta a diferenciação entre *texto e contexto e o modo final de aplicação do direito*.

A interpretação e a aplicação da Constituição, no caso concreto, não podem ser desconectadas das *circunstâncias de fato* que rodeiam a lide. Sinal-se alguns casos em que o STF considerou que os efeitos da declaração de constitucionalidade de lei, no plano abstrato, é relativo e, portanto, não impede a análise da sua inconstitucionalidade no caso concreto: ADC n. 4/DF; ADI n. 1.232/DF e respectivas Rcls ns. 2.303/RS, 4.422/RS, 4.133/RS, 4.366/PE, 4.164/RS, 4.374-6/PE, 3.805-SP⁽²⁰⁾ e, ainda, a Rcl n. 3.034/PB.

a) ADC n. 4-DF

O exemplo mencionado na doutrina diz respeito a ADC n. 4-DF, em que o STF concluiu pela *constitucionalidade* da proibição da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, estabelecida pela Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. (STF, ADC 4-MC/DF, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 11.2.1998, DJ de 21.5.1999)

O instituto da antecipação de tutela é vocacionado a conferir celeridade e *efetividade* à prestação jurisdicional, antecipando, *in limine*, antes da decisão final de mérito, a satisfação concreta do direito do autor. Nesse diapasão, a lei proibiu o instituto da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, e o STF declarou *constitucional*, referida proibição, no *controle concentrado e abstrato*.

Entrementes, em determinado *caso concreto*, envolvendo *direito à saúde, direito fundamental da pessoa humana conectado com o direito à vida*,

(20) Comentários sobre a ADI n. 1.232 e respectivas Reclamações Constitucionais, os julgados mencionados acham, alentadamente, na obra de Fernanda Penteado Balera. *O benefício da prestação continuada para pessoas com deficiência no SFT*. In *Jurisprudência Constitucional: Como decide o STF?*. COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Org.)s. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 500-513.

o próprio Supremo Tribunal Federal, diante do caso concreto reconheceu o direito de um cidadão que pleiteou, com fundamento em direitos subjetivos assegurados pela Constituição, o fornecimento, pelo Estado, de determinado medicamento, sem o qual corria o risco de morte. Assim, em *sede difusa*, qualquer Juiz ou Tribunal, mesmo diante da decisão do STF, não está impedido de conceder a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, para que o autor tenha, desde logo, o seu direito satisfeito.

Veja-se que no plano *abstrato*, não existe inconstitucionalidade na vedação da tutela antecipada contra o Estado. Mas, *no caso concreto* a situação é diversa, pois seria inconstitucional justamente, o comportamento de negativa da tutela antecipada em favor do cidadão. Decorre, assim, que o acatamento da letra fria da lei, sem a perquirição das *circunstâncias específicas do caso*, levaria ao perecimento do direito à vida com consequências e danos irreversíveis.

Nesse mesmo sentido, uma decisão tomada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que serviu de paradigma para outras decisões semelhantes, que teve como Relator o Desembargador Araken de Assis:

É vedado antecipar os efeitos do pedido perante a Fazenda Pública, consoante o art. 1º da Lei n. 9.494/97, proclamado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e, portanto, de aplicação obrigatória pelos órgãos judiciários. No entanto, a contraposição entre o direito à vida e o direito patrimonial da Fazenda Pública, tutelado naquela forma, se resolve em favor daquele, nos termos do art. 196 da CF/88, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, pois se trata de valor supremo, absoluto e universal. Irrelevância da irreversibilidade da medida. Existência de norma local assegurando semelhante prestação (art. 10 da Lei n. 9.908/93). Eventual sacrifício da vida, em nome de interesses pecuniários da Fazenda Pública, conduziria o órgão judiciário a contrariar o direito e praticar aqueles mesmos erros, recordados por Gustav Radbruch, pelos

quais os juristas alemães foram universalmente condenados. (TJ-RS, 4ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 598.398.600, de 25.11.1998, rel. Des. Araken de Assis)⁽²¹⁾

b) ADI n. 1.232-DF

Outro caso paradigma, trata-se da ação direta de constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/91 (LOAS — Lei Orgânica da Assistência Social). Para fins do direito ao benefício da assistência social, previsto no art. 203, da CF, o art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/91 considera incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

Considerando que o art. 7º, inciso IV, da CF estabelece que a pessoa necessita de um salário mínimo para atender as suas necessidades básicas, o Procurador Geral da República ajuizou a ADI n. 1.232-DF. Entretanto, o STF considerou constitucional o § 3º, do art. 20, da Lei n. 8.742/93 (LOAS). Os votos vencedores foram dos Ministros Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Mauricio Correa, Moreira Alves e Otávio Galotti.

No voto vencido do Ministro Ilmar Galvão, na ocasião, já restou assentado que o critério estabelecido em lei, em si, não é inconstitucional, mas poderia ser considerado inconstitucional se entendido como *único meio* da pessoa deficiente comprovar a sua incapacidade econômica, sob pena de exclusão de grande parte dos destinatários hipossuficientes do benefício de assistência social. Assim, não haveria problemas em se adotar o critério da renda per capita familiar de até 1/4 do salário mínimo, desde que propiciado outros meios para comprovação da necessidade econômica. Registre-se, aqui uma abertura no sentido de que a declaração de constitucionalidade de lei não exclui a análise do caso concreto e suas circunstâncias e provas.

(21) Comentários de julgados citados vem na obra de ÁVILA, Ana Paula. Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. In: *Ajuris*, n. 86, Porto Alegre, 2003, p. 361 e ss.

A ADI n. 1.232 foi julgada em 27.8.98 e várias Reclamações Constitucionais se seguiram (Rcl ns. 2.303/RS, 4.422/RS, 4.133/RS, 4.366/PE, 4.164/RS, 4.374-6/PE e 3.805/SP), nas quais resta demonstrada a evolução do pensamento dos membros do STF de que os efeitos da declaração de constitucionalidade, *in tese*, não suprime do Judiciário o poder jurisdicional de analisar o tema, na via difusa, à luz das circunstâncias do caso concreto.

b.1) Rcl n. 2.303/RS

Inicialmente, o STF deixou assentado, na Rcl n. 2.303-RS, voto da Ministra Ellen Gracie, que o critério de 1/4 do salário mínimo é objetivo e não pode ser conjugado com outros fatores indicativos da miserabilidade do jurisdicionado, não cabendo ao juiz criar outros requisitos para aferição do estado de pobreza. Com o que discordou o Ministro Carlos Brito, no sentido de que a decisão prolatada no caso concreto não fere a decisão da ADI n. 1.232, pois o objetivo da Constituição é a “promoção humana e integração na vida comunitária”. Assim, ainda que a renda ultrapasse o limite legal, no caso concreto é possível “num dado instante, o idoso ou o deficiente econômico demonstrar que não possui meios de prover a própria manutenção, nem de tê-la provido pela respectiva família.”

Verifica-se, ao longo dos anos, que a posição do STF veio, gradativamente, se afirmando no sentido de que, a declaração de constitucionalidade, *in abstracto*, quanto ao requisito da renda *per capita* familiar de até 1/4 do salário mínimo, para fins de alcance do direito ao benefício da assistência social, não inibe a concessão do benefício no *caso concreto*, se provado que, embora superior a renda *per capita*, os gastos mensais demonstram que há hipossuficiência econômica do autor. Referidas posições podem ser extraídas das decisões monocráticas ou colegiadas das seguintes Reclamações Constitucionais ns. 4.422/RS, 4.133/RS, 4.366/PE, 4.164/RS, MC n. 4.374-6/PE e 3.805/SP.

b.2) Rcls ns. 4.422/RS, 4.133/RS e 4.366/PE

Nas Rcls ns. 4.422/RS, 4.133-RS e 4.366-PE, os Ministros Celso de Mello, Carlos Ayres Brito e Ricardo Lewandowski, sistematicamente, têm negado seguimento às Reclamações ajuizadas pelo INSS sob o fundamento de que *a via é inadequada para reexaminar o conjunto fático-probatório em que se funda a decisão reclamada*.

b.3) Rcl n. 4.164/RS

Na Rcl n. 4.164-RS o Ministro Marco Aurélio toma posição clara no sentido de que o critério definido de renda *per capita* de 1/4 do salário mínimo é insuficiente para a efetividade do art. 203, V, da CF. Portanto, é possível haurir do julgado que uma norma declarada constitucional pode ser considerada inconstitucional no caso concreto.

b.4) Rcl n. 4.374-6/PE

Na Rcl n. 4.374-6/PE, o Ministro Gilmar Mendes, analisando a liminar requerida pelo INSS, para suspender a decisão de origem que não observou a renda familiar *per capita* de 1/4 do salário mínimo, lembrou que o art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 teve a sua constitucionalidade declarada, mas ponderou que a existência de legislação superveniente (Lei n. 10.689/2003 que instituiu o Bolsa Família e Lei n. 10.210/2001 que instituiu o Programa Nacional de Acesso a Alimentação) permite considerar que o próprio legislador reinterpreto o art. 203, da CF, no que tange ao conceito de necessitado.

O Ministro Gilmar Mendes reconheceu a insuficiência do critério da renda *per capita* baseada em 1/4 do salário mínimo, mas assentou que “o correto não seria declarar a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93, mas reconhecer a possibilidade de que esse parâmetro objetivo seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores capazes de indicar o estado de miserabilidade do cidadão”. E ainda, fundamento que, mais cedo ou mais tarde o Plenário, inevitavelmente, deverá enfrentar o tema diante da reinterpretação que

vem sendo dada ao art. 203, CF, tanto pelo legislador quanto pelo próprio STF. Sinal-se aqui a questão da inconstitucionalidade superveniente, de lei antes declarada constitucional, pela mutação constitucional interpretativa.

b.5) Rcl n. 3.805/SP

Na Rcl n. 3.805/SP a Ministra Cármen Lúcia cassou a liminar concedida, ao fundamento de que a concessão do benefício de assistência social, em situações comprovadas de absoluta incapacidade de meios de subsistência da pessoa. Fundamentou que, ainda que não observado o critério objetivo de 1/4 do salário mínimo não representa afronta ao entendimento fixado na ADI 1.232, pois “a constitucionalidade do art. 20 da Lei n. 8.742 não significa inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que, para atender ao princípio constitucional da dignidade humana, tenham de conceder o benefício assistencial diante da constatação da necessidade da pessoa com deficiência”.

Ainda, com todas as letras a Ministra concluiu que “no julgamento da ADI n. 1.232 o STF teve por constitucional, em tese, a norma do art. 20, da Lei n. 8.742, mas não afirmou inexistirem situações concretas que impusessem atendimento constitucional e não subsunção àquela norma”.

c) Recl n. 3.034/PB

A interpretação do Supremo, ao art. 100, § 2º, da CF, de modo uniforme, é no sentido de que só é possível o sequestro de verba pública, para pagamento de precatório, quando houver preterição do direito de precedência do credor. Entretanto, na Recl n. 3.034-PB, em decisão de 21.9.2006, na análise do agravo regimental, o STF considerou também a hipótese de não pagamento de precatório alimentício à pessoa idosa.

O Ministro Eros Grau, no Agravo Regimental na Reclamação citada, no voto-vista, afirmou que o fato de o credor, via precatório, estar acometido de doença grave tornava a

situação excepcional, pois a norma só vale para as situações normais, de sorte que as situações de anormalidades foge à regra, pois o caso não está contemplado pela norma. O Ministro Eros Grau deixou claro, no voto, que há distinção entre a norma abstrata e sua aplicação no caso concreto:

7. Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito (...) porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação (...) ao praticarmos essa única operação, isto é ao interpretarmos/aplicarmos o direito não exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui a prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém vivificamos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos (...) para o que nos bastaria a alfabetização (...) mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.

9. ADC n. 16 (art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93)

Com efeito, o art. 1º, da Lei de Licitações n. 8.666/1993, trata da contratação de obras e serviços, incluídos os contratos de prestação de serviços terceirizados, e expressamente disciplina sua aplicabilidade à Administração Pública Direta e Indireta federal, estadual, distrital e municipal, *verbis*:

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (...).

O art. 71, *caput* e § 1º, da mesma lei, a seu turno, trata da responsabilidade do Poder Público nas licitações, *verbis*:

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 (...).

A seu turno a Súmula n. 331/TST, que trata da Terceirização, traz a seguinte diretriz jurisprudencial:

IV – o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.6.1993)

Em março de 2007, o governador do Distrito Federal ajuizou ação direta de Declaração de constitucionalidade do art. 71, da Lei n. 8.666/93. Fundamentou que o comando legal apontado tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho na aplicação da Súmula n. 331. Apontou que a Súmula n. 331/TST nega vigência ao § 1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93, eis que responsabiliza, subsidiariamente, a Administração Pública, Direta e Indireta, pelos débitos trabalhistas na contratação de qualquer serviço de terceiro especializado. Ingressaram na ação de constitucionalidade, como *amicus curiae* (amigos da corte), a União, a maioria dos Estados e muitos Municípios.

O Relator Ministro Cezar Peluso, diante da complexidade da matéria, entendeu necessária

uma decisão colegiada e, assim, negou a liminar pretendida. Iniciado o julgamento em setembro de 2008, o Relator votou pelo não conhecimento da ação. O Ministro Menezes Direito (falecido) pediu vista dos autos. O Ministro Marco Aurélio votou pelo conhecimento e julgamento do mérito.

Em 24 de outubro de 2010, o julgamento foi retomado. O Presidente do STF e Relator Ministro Cezar Peluso, manteve a posição pelo arquivamento da ação, à míngua de controvérsia, na medida em que, no seu entendimento, ao editar o Enunciado n. 331, o TST não declarou a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93.

Entretanto, a Ministra Cármen Lúcia (sucessora do Ministro Menezes Direito) apresentou divergência; votou pelo conhecimento da ação e julgamento pelo mérito, tendo em conta a discussão acerca da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Apontou a existência de inúmeros questionamentos das decisões do Tribunal Superior do Trabalho e demais Tribunais Regionais do Trabalho, bem como, considerável número de ações pendentes de julgamento e de Reclamações Constitucionais (RcLs), junto ao Supremo, todas atacando a Súmula n. 331/TST.

O Ministro Marco Aurélio asseverou que a Súmula n. 331 foi editada com base no art. 2º, da CLT, que demarca a figura do empregador e no art. 37, § 6º, da CF, que responsabiliza as pessoas de direito público por danos causados por seus agentes a terceiros.

O Ministro Ayres Britto lembrou que só há três formas constitucionais de contratação pessoal no setor público: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária. Assim, embora amplamente praticada, a terceirização não tem previsão constitucional. Portanto, na hipótese de inadimplência das obrigações trabalhistas do contratado, atrai a responsabilidade civil do Poder Público.

O Ministro Dias Toffoli, que atuou na ação como Advogado Geral da União, deu-se por impedido.

Enfim, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações). O comando legal prevê que o inadimplemento das obrigações trabalhistas na terceirização não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

A questão, doravante, radica em perquirir sobre: os efeitos da declaração de constitucionalidade, bem como os efeitos do julgamento das Reclamações Constitucionais frente a Súmula n. 331/TST; como deve se posicionar o Judiciário Trabalhista na análise das ações que envolvem a terceirização no setor público.

10. A derrota aparente da Súmula n. 331/TST na ADC n. 16-DF

Face ao entendimento fixado na ADC n. 16, o Pleno do STF deu provimento a inúmeras Reclamações (RCLs) contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho fundamentadas na Súmula n. 331/TST, dentre elas as RCLs ns. 7.517 e 8.150.

O Presidente do STF, entretanto, ressaltou que isso “não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa”, pois o “STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”.

Ressaltou, ademais, que o fundamento utilizado pelo TST é a responsabilidade pela omissão culposa da Administração Pública, em relação à fiscalização da empresa contratada, quanto a idoneidade e cumprimento ou não dos encargos sociais nos contratos de licitação de prestação de serviços.

Houve um consenso no julgamento no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos. Portanto, o Judiciário Trabalhista deverá primar pela busca da verdade real, qual seja, investigar, com rigor, se a inadimplência

dos direitos trabalhistas pelos contratados, fornecedores de mão de obra, teve como causa principal, direta ou indireta, a inexecução culposa ou a omissão culposa na fiscalização do cumprimento do contrato de licitação, pelo órgão público contratante.

No neoconstitucionalismo, o sentido das normas constitucionais já não pode ser mais designada *a priori*, pela simples leitura do seu enunciado *abstrato*. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, asseveram que:

Em diversas situações, inclusive e notadamente nas hipóteses de colisão de normas e de direitos constitucionais, não será possível colher no sistema, em tese, a solução adequada: ela somente poderá ser formulada à vista dos elementos do caso concreto, que permitam afirmar qual desfecho corresponde à vontade constitucional. (...) É preciso saber se o produto da incidência da norma sobre o fato realiza finalisticamente o mandamento constitucional.⁽²²⁾

Deste modo, o conteúdo da norma é revelado por ocasião da interação entre o texto normativo e as circunstâncias do caso concreto. Dessarte, “a norma, na sua dicção *abstrata*, já não desfruta da onipotência de outros tempos. Para muitos, não se pode sequer falar da existência de norma antes que se dê a sua interação com os fatos, tal como pronunciada por um intérprete.”⁽²³⁾

A constatação de que uma norma pode ser constitucional *em tese*, *in abstrato*, mas não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame, é corolário do *raciocínio tópico*.

Conclui-se, pois, que a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93

(22) MENDES, Gilmar Ferreira. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luiz Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 333-334.

(23) *Idem*.

não impede a fixação da responsabilidade da Administração Pública na terceirização, no caso concreto, à luz das circunstâncias e provas, visando resguardar os princípios da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho (art. 1º, III, IV da CF), sendo plenamente compatível com a decisão do STF na ADC n. 16.

11. A cláusula de reserva de plenário e a Súmula n. 331/TST

Diante do comando do art. 97, da Constituição, temos que:

Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

A polêmica acerca da aplicação da Súmula n. 331/TST com relação à Administração Pública teve novo direcionamento, por conta de outro fundamento (notícia TST 13.12.2010). A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, do Supremo Tribunal Federal (STF), cassou quatro decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST) baseadas na Súmula n. 331 (inciso IV) que impõe a responsabilidade subsidiária da Administração Pública aos contratos de terceirização, com base na cláusula da reserva de plenário nos recursos (agravos regimentais) das Reclamações Constitucionais dos Estados de Amazonas (Rcl n. 7.901/AM), Rondônia (Rcls ns. 7.711 e 7.712) e Sergipe (Rcl n. 7.868).

Segundo a Súmula Vinculante n. 10 viola a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Anteriormente, a Ministra havia negado seguimento às reclamações, contra julgados do TST, ajuizadas sob alegação de descumprimento da Súmula Vinculante n. 10, do Supremo. A Ministra redirecionou a sua decisão, tendo em vista que, em sessão plenária realizada no dia 24 de novembro de 2010, o

Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16, declarou constitucional o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 (Lei das Licitações) que proíbe a transferência de responsabilidades por encargos trabalhistas para os entes públicos.

Entendeu, que ao afastar a aplicação do § 1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93, com base na Súmula n. 331, inc. IV, o Tribunal Superior do Trabalho descumpriu a Súmula Vinculante n. 10, do Supremo Tribunal Federal. A Ministra ressaltou que ao analisar a ADC n. 16, o Supremo decidiu que os Ministros poderiam julgar monocraticamente os processos relativos à matéria, “na esteira daqueles precedentes”.

Nota-se que a derrota da Súmula n. 331/TST no caso, é de *ordem formal*, e não material: inobservância da reserva de plenário. Não se discute aqui o fato de a Súmula n. 331/TST ter sido aprovada pelo Pleno do TST, mas sim o fato de que o item IV, na sua aprovação, não foi precedida de debates acerca da (in)constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93.

Nesse contexto, a melhor interpretação da Súmula Vinculante n. 10 é a de que a negativa de vigência de uma norma, no caso concreto, não conduz, necessariamente, a conclusão de que, direta ou indiretamente, foi reconhecida a sua inconstitucionalidade, no todo ou em parte. A inconstitucionalidade que se equipara à negativa de vigência é aquela em que o juiz deixa de aplicar a norma porque a incidência do enunciado normativo, na hipótese concreta, produz um resultado (uma norma) inconstitucional.

12. (Re)posicionamento do Judiciário Trabalhista

Dos debates em torno da aplicação da Súmula n. 331/TST, em relação a Administração Pública, exsurge que: *houve o deslocamento da questão para o contexto fático-probatório*.

Verifica-se, por conseguinte, que a derrota da Súmula n. 331/TST a mais aparente que real. Isto porque a Súmula citada comandava

a responsabilidade do Poder Público, na terceirização, fundada na presunção absoluta da culpa, ou seja, responsabilidade objetiva, bastando tão só o inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Nesse sentido, o Excelso Pretório salientou não haver possibilidade de invocar-se o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que trata da responsabilidade objetiva, porque o inadimplemento de verbas trabalhistas se perfaz pela empresa prestadora dos serviços terceirizados, contratada administrativamente, e não pela Administração Pública na condição de contratante.

Logo, a Corte Constitucional sinalizou que não é possível aplicar as regras da responsabilidade objetiva ou, fundada na mera presunção de culpa *in vigilando*. Desta feita, a questão foi *deslocada para o caso concreto, para o contexto fático-probatório*, com relevo para: o *raciocínio tópico, com foco no problema a ser resolvido; o ônus da prova*, na análise das provas coligidas dos fatos, do *nexo causal, da culpa, e do dano e sua extensão* (art. 333, CPC e 818, CLT); tudo *legitimado pelo ônus da argumentação-fundamentação adequada* (art. 93, IX, CF), que desempenha um papel destacado na atualidade, para viabilizar o controle da aplicação *racional e razoável* da Constituição.

Mister, pois, a prova da ilicitude, fraude, inexecução culposa, ou omissão ou imperfeição na fiscalização do contrato de licitação. Assim, as partes e o Juiz devem cuidar das provas, da efetiva atuação culposa, subjetiva, do agente público, no sentido de causar, direta ou indiretamente, o indébito trabalhista para os empregados que lhes tenham prestado serviços intermediados. O Juiz decidirá de acordo com o livre convencimento motivado, cujo ônus é expor o raciocínio e as razões de decidir fundamentadamente.

A declaração de constitucionalidade da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993), art. 71, § 1º, pelo Supremo Tribunal Federal (ADC n. 16) foi feita *in abstracto*, desvinculado de qualquer

caso concreto, na consideração de um processo de licitação em condições de legalidade e normalidade. Portanto, não constitui *salvo conduto* ou *incondicional ausência de responsabilidade pelos danos à que deu causa a Administração Pública*, por meio de contratação precedida de procedimento licitatório. Se restar provado que a Administração Pública, por seu agente público, de qualquer modo, concorreu com descumprimento da legislação trabalhista, atrai a responsabilidade pelos débitos trabalhistas.

Por outras palavras, há no caso *uma aparente derrota da Súmula n. 331, do TST*, pois o seu conteúdo não foi suplantado, mas sim o seu modo de aplicação final. As conclusões aqui externadas não são incompatíveis com a ideia de nova redação para a Súmula n. 331, agora firmada na esteira dos debates travados no STF.

O art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, não trata da hipótese em que o inadimplemento das obrigações trabalhistas decorre, direta ou indireta, da *conduta culposa* da Administração Pública. Havendo nexo causal, não obsta o reconhecimento da responsabilidade do Poder Público, ainda que subsidiária, por conta da *aplicação de outras normas* previstas no ordenamento jurídico. Nesse sentido, o art. 37, XXI, da CF/88 *determina a exigibilidade de o Poder Público, observar o procedimento licitatório para celebrar contratos com particulares e, nos termos da lei geral que regula as licitações. A seu turno o art. 27 da Lei n. 8.666/93 comanda...* e, ainda os arts. 58, III e 67, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.666/93, comandam a responsabilidade na fiscalização da execução do contrato de licitação. Se o administrador Público não cumpre as obrigações constitucionais e legais a seu cargo, *no dever de fiscalizar o contrato firmado, seja em sua celebração, bem como durante todo o período de execução, qualquer lesão daí oriundo, acarreta a sua responsabilização, por danos causados a terceiros.*

O dever do Administrador de fiscalizar, tanto na celebração do contrato, como em sua

execução, razão porque sua ação ou omissão gera, inexoravelmente, como consequência, o dever de reparar os danos decorrentes de sua incúria no cumprimento do dever constitucional e legal imposto.

13. Julgamentos do TST pós ADC n. 16

Das considerações acima articuladas conclui-se que, nada impede o Judiciário Trabalhista, independente da existência, validade, invalidade ou revogação, do item IV, da Súmula n. 331/TST, continuar julgando, cada caso concreto, e apurar e decidir acerca da responsabilidade do Poder Público na terceirização.

As questões que merecem cuidado cingem-se ao: *conjunto fático-probatório, ônus da prova, a busca da verdade real e, o dever da fundamentação tendo em conta a necessidade de controle da racionalidade sistêmica na aplicação do Direito.*

Em pesquisa recente verifica-se que no TST já se conclui alguns julgados, envolvendo terceirização no setor público, após o pronunciamento do STF na ADC n. 16, conforme ementas abaixo:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC 16. *CULPA IN VIGILANDO*. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. DESPROVIMENTO. Confirma-se a decisão que, por meio de despacho monocrático, negou provimento ao agravo de instrumento, por estar a decisão recorrida em consonância com a Súmula n. 331, IV, do c. TST. Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC-16, em 24.11.2010, é constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-meio. Necessário, assim, verificar se ocorreu a fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu o dever legal de vigilância, registrada a omissão culposa do ente público, ante a constatada inadimplência do contratado no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa

ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a sua responsabilidade subsidiária, em face da culpa *in vigilando*. Agravo de instrumento desprovido. (TST, Ag-AIRR – 153040-61.2007.5.15.0083, Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 15.12.2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 28.1.2011)

RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC N. 16. JULGAMENTO PELO STF. *CULPA IN VIGILANDO*. OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DOS AUTOS. ARTS. 58, III, E 67, *CAPUT* E § 1º, DA LEI N. 8.666/93. INCIDÊNCIA. O STF, ao julgar a ADC n. 16, considerou o art. 71 da Lei n. 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do vencedor de certame licitatório. Entretanto, ao examinar a referida ação, firmou o STF o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a *culpa in vigilando* do ente público, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, já que, nesta situação, a administração pública responderá pela sua própria incúria. Nessa senda, os arts. 58, III, e 67, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.666/93 impõem à administração pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (dentre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), razão pela qual à entidade estatal caberá, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento do magistrado (arts. 333, II, do CPC e 818 da CLT). Na hipótese dos autos, além de fraudulenta a contratação do autor, não houve a fiscalização, por parte do Estado-recorrente, acerca do cumprimento das ditas obrigações, conforme assinalado pelo Tribunal de origem, razão pela qual deve ser mantida a decisão que o responsabilizou subsidiariamente pelos encargos devidos ao autor. Recurso de revista não conhecido (TST, RR – 67400-67.2006.5.15.0102, Rel. Ministro

Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 7.12.2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 17.12.2010)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA DE SERVIÇO. ENTIDADE PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. *CULPA IN VIGILANDO*. ISONOMIA SALARIAL. OJ N. 383, SBDI-1/TST. Na hipótese, o Regional consignou que a Reclamante foi contratada por intermédio de empresa terceirizada e passou a laborar como caixa, percebendo, contudo, remuneração inferior aos empregados da CEF que exerciam as mesmas funções. É entendimento desta Corte que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Trata-se de aplicação analógica do art. 12, *a*, da Lei n. 6.019, de 3.1.1974 (OJ n. 383, SDI-1/TST). Noutro norte, as entidades estatais têm responsabilidade subsidiária pelas dívidas previdenciárias e trabalhistas das empresas terceirizadas que contratam, nos casos em que desponta sua *culpa in vigilando*, quanto ao cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária por parte da empresa terceirizante contratada. É, portanto, constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/93 (ADC 16, julgada pelo STF em 24.11.2010), não implicando, porém, naturalmente, óbice ao exame da culpa na fiscalização do contrato terceirizado. Evidenciada essa culpa nos autos, incide a responsabilidade subjetiva prevista nos arts. 186 e 927, *caput*, do CCB/2002, observados os respectivos períodos de vigência. Assim, em face dos estritos limites do recurso de revista (art. 896, CLT), não é viável reexaminar a prova dos autos a respeito da efetiva conduta fiscalizatória do ente estatal (Súmula n. 126/TST). Agravo de instrumento desprovido. (TST, AIRR - 71240-34.2009.5.13.0006, Rel. Ministro Mauricio

Godinho Delgado, Data de Julgamento: 1º.12.2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 1012.2010)

14. Conclusão

A conclusão que se extrai do presente estudo é a de que, os casos paradigmáticos acima, por si sós, explicam a ressalva feita pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, na ADC n.16, no julgamento da constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, no sentido de que tal “não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa”, pois o “STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”.

Em suma, é possível concluir, que segundo entendimento do STF, na ADC n. 16-DF:

1. Ao admitir a possibilidade de fixação da responsabilidade da Administração Pública, à vista do caso concreto e, ou fundado em outras normas, o STF assumiu o papel que lhe cabe, de guardião da Constituição, de fazer valer prevalência dos princípios constitucionais fundantes do Estado Democrático e assegurar caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais.
2. É totalmente inapropriado impedir o Judiciário Trabalhista de reapreciar a constitucionalidade ou não do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, anteriormente declarada válida, à vista de novos argumentos e das circunstâncias fáticas-probatórias, que só acontece no contato da norma com a realidade, qual seja, no caso concreto, qual seja, no modo final de aplicação do direito
3. É no momento da *interpretação, no caso concreto, e à luz das suas circunstâncias reais*, que o enunciado normativo adquire vida e significado e passa a determinar condutas, quer estatais, quer dos particulares.
4. A constitucionalidade do art. 71, da Lei n. 8.666/93, não significa inconstitucionalidade dos “comportamentos judiciais”

que, no caso concreto, à luz dos fatos e provas, venham a decidir pela responsabilidade da Administração Pública, para atender ao princípio constitucional da dignidade humana.

5. Assim, a proteção social do trabalhador, que presta serviços em favor da Administração Pública e acaba por não receber seus créditos trabalhistas, não pode conduzir à consideração de responsabilidade objetiva do Poder Público pelo indébito *causado* por terceiro. Nada obsta, contudo, a perquirir se o agente público agiu com culpa para a ocorrência do inadimplemento dos débitos trabalhistas. Se não for evidenciada, de qualquer modo, ação ou omissão, direta ou indireta, na modalidade culposa, do agente público em detrimento do contrato administrativo para a prestação de serviços terceirizados, não há como emergir responsabilidade da Administração Pública em relação às obrigações trabalhistas da empresa contratada, à luz do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Essa é a linha do entendimento pacificado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

6. Se a Administração Pública “deu causa” ao inadimplemento das verbas trabalhistas, na terceirização, seja por ato comissivo ou por omissão, conjunto de direitos ligados à manutenção da própria vida humana, é defensável a sindicabilidade judicial da conduta estatal em prol da tutela da dignidade da pessoa humana.

7. Isto porque, não é possível olvidar que há normas constitucionais, de larga envergadura, têm implicações sociais, políticas e econômicas, a exemplo dos princípios fundamentais positivados no art. 1º, tais como a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa; bem como os direitos fundamentais que se afirmam através de princípios ligados aos direitos sociais (art. 6º e 7º) à ordem econômica (art. 170), à seguridade social (art. 194),

à saúde (art. 196), à assistência social (art. 203) e à cultura (art. 215), entre tantos outros dispositivos constitucionais.

8. O mesmo raciocínio pode ser aplicado a outras situações envolvendo direitos fundamentais, dotados de um núcleo mínimo irreduzível, ligados à manutenção do *mínimo existencial*, consistente no *direito às condições mínimas de existência humana digna* e que exigem do Estado prestações positivas e ou que vinculam os particulares nas relações privadas.

9. As questões que merecem cuidado cingem-se ao: *conjunto fático-probatório, ônus da prova, a busca da verdade real e, o dever da fundamentação, tendo em conta a necessidade de controle da racionalidade sistêmica na aplicação do Direito*. Assim, é exigida maior investigação e, não apenas a presunção ou mera consideração de dever de eleição ou de vigilância em relação à execução do contrato administrativo. Resulta, pois a exortação do: *uso da tópic, foco na solução do caso concreto, cuidado com as provas e, da questão do convencimento motivado juiz, demonstrado cabalmente pela argumentação-fundamentação adequada (art. 93, IX, CF)*.

10. Enfim, houve uma derrota meramente aparente da Súmula n. 331/TST. Não houve um discreto retorno à teoria da irresponsabilidade estatal dos atos do Estado autoritário, interpretação que não se coaduna com o texto constitucional, sob pena de desconstrução do Estado Democrático de Direito, máxime na vertente da responsabilidade do Estado.

Doravante, o Judiciário Trabalhista deve redirecionar a questão para a análise do caso concreto, com base no conjunto fático-probatório posto a seu julgamento, centrado no nexo causal, culpa e dano, para fixar a corresponsabilidade da Administração Pública, pelos serviços terceirizados contratados, à luz das regras e princípios, diante de um caso concreto. Trata-se, pois da atividade de ponderação da

regra e suas exceções, ou ponderação das razões ou razões excepcionais, ou teoria de excepcionalidade, ou “aptidão para cancelamento (*defeasibility*) das regras”.

O art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, trata da regra geral que isenta de responsabilidade a Administração Pública, mas não cuida da hipótese em que a mesma *deu causa ao inadimplemento*. A leitura do texto é no sentido de que a inadimplência do contratado, *sem o concurso da Administração Pública*, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere a responsabilidade por seu pagamento.

Logo, a regra comporta exceções *previstas na ordem jurídica*, pois cumpre à Administração Pública fiscalizar o procedimento licitatório de terceirização, no ato da contratação e na fase de execução, máxime no que tange a regularidade trabalhista e fiscal. Se por sua omissão culposa resultar dano, todo aquele que ação ou omissão, causar dano, comete ato ilícito e deve reparar (art. 37, XXI, CF e arts. 27, IV, 58, III, e 67 *caput* e § 1º, da Lei n. 8.666/93 e art. 186, CC). Assim, há outras razões calcadas em outras normas, para afastar a regra geral (*overruling*) fundada em exceção prevista no próprio ordenamento jurídico. O requisito de apresentação de certidão de regularidade trabalhista e fiscal e outros documentos comprobatórios da quitação mensal das verbas trabalhistas, na terceirização, durante a execução do contrato, previne lesões e responsabilidades.

Na tarefa do modo final de aplicação da norma, o correto não será declarar a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/91. É inapropriado, também, falar em negativa de vigência do referido texto legal, tendo em conta a sua inespecificidade ao caso concreto. O correto é apenas, reconhecer, pela técnica da ponderação, que há possibilidade de que o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores e normas, que trazem as exceções, tais como as previstas no art. 37, XXI, CF, e arts. 27, IV, 58, III e 67

caput e § 1º, da Lei n. 8.666/93, e demais regras da responsabilidade civil encravadas no Código Civil.

15. Referências bibliográficas

ÁVILA, Ana Paula. Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. In: *Ajuris*, n. 86. Porto Alegre, 2003.

BALERA, Fernanda Penteado. O benefício da prestação continuada para pessoas com deficiência no SFT. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Orgs.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais — o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mutação constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luiz Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato da constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Desafios do neoconstitucionalismo — aplicação das normas constitucionais e a tensão entre a justiça e a segurança. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Orgs.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 177. Rio de Janeiro: FGV, 1989.

VALE, Vanice Regina Lirio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

A necessária revisão da Súmula n. 331 do TST diante do novo Código Civil

Raimundo Simão de Melo^(*)

Palavras-Chave:

- ▶ Súmula n. 331 — responsabilidade — terceirização — Código Civil.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A responsabilidade do tomador de serviços na Súmula n. 331 do TST
- ▶ 3. A responsabilidade por ato de terceiro no Código Civil de 1916
- ▶ 4. A responsabilidade por ato de terceiro no Código Civil de 2002
- ▶ 5. Responsabilidade solidária nas relações de consumo
- ▶ 6. Tendência da jurisprudência sobre a responsabilidade nas terceirizações
- ▶ 7. Posição adotada na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho
- ▶ 8. Conclusões
- ▶ 9. Referências bibliográficas

1. Introdução

O objetivo deste breve trabalho é rediscutir a responsabilidade do tomador de serviços nas terceirizações, com base na Súmula n. 331 do TST e nas inovadoras disposições legais do Código Civil de 2002 a respeito da responsabilidade por ato de terceiro, para concluir se ela continua sendo subsidiária ou se passou a ser solidária.

A discussão do tema no momento tem importância e cabimento porque muitos são os casos de ações trabalhistas em que os trabalhadores pleiteiam o pagamento de verbas

trabalhistas e reparações acidentárias, que são reconhecidas em juízo, mas as empresas terceirizadas, prestadoras de serviços, não têm idoneidade financeira para suportá-las, ficando os trabalhadores apenas com uma certidão judicial sem valor econômico⁽¹⁾. Em algumas situações os prestadores de serviços são tão deficientes economicamente quanto os trabalhadores prejudicados, pois na verdade são meros prepostos do capital, que cada vez mais busca seus intentos de lucro com repasse de suas responsabilidades para terceiros.

(*) Procurador Regional do Trabalho. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito e de Processo do Trabalho. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. E-mail: rsimaomelo@gmail.com.

(1) De acordo com Vantuil Abdala, "... no TST existem 9.259 processos em que o trabalhador cobra do tomador de serviços os direitos que não conseguiu receber da prestadora" (Terceirização: anomia inadmissível. Disponível em: <www.migalhas.com.br> Acesso em: 3 set. 2010).

É por isso que as formas de terceirização e de intermediação de mão de obra crescem a cada dia e, com elas, aumenta a precarização do trabalho humano, que se consubstancia, especialmente, pela redução dos salários e dos benefícios legais, pela rotatividade dos trabalhadores no local de trabalho, pelas jornadas de trabalho excessivas, pela não ascensão na carreira, pela desorganização sindical e pelos riscos de acidentes do trabalho em razão do descumprimento das normas de segurança, medicina e higiene do trabalho, entre outros problemas enfrentados pelos trabalhadores terceirizados.

De outro lado, em relação ao tomador de serviços, a terceirização, que consiste na transferência para outrem de atividades consideradas secundárias, teoricamente tem como objetivo diminuir custos e melhorar a qualidade do produto ou serviço⁽²⁾. Quer dizer, o maior beneficiado com a terceirização é o capital, senão o seu uso não seria tão grande e assustador, como é público e notório.

Os prejuízos decorrentes das mazelas de muitas das terceirizações, finalmente, são suportados pela sociedade. Assim, é preciso moralizá-las e responsabilizar todos aqueles que compõem a rede produtiva e de benefícios da atividade final, usando, para tanto, a evolução do sistema legal vigente, porquanto, a jurisprudência, que tem importante função na solução dos conflitos sociais e judiciais, por isso mesmo precisa acompanhar a evolução legal. Por estas e outras razões, ao final deste trabalho proponho a alteração da Súmula n. 331 do TT no tocante ao sistema de responsabilidade, de subsidiária com culpa, para solidária e objetiva.

2. A responsabilidade do tomador de serviços na Súmula n. 331 do TST

As terceirizações trabalhistas no Brasil constituem hoje um fenômeno irreversível,

(2) Cf. Alice Monteiro de Barros. *Curso de direito do trabalho*, p. 452.

parecendo mesmo não ser mais possível combatê-las. Mas os seus efeitos precisam ser observados, especialmente em relação às responsabilidades do tomador de serviços pelos direitos dos trabalhadores.

Não há no Brasil ainda uma lei regulamentando de forma geral e específica o instituto ou fenômeno da terceirização e as respectivas responsabilidades, embora muitos projetos de lei já tenham sido apresentados no Congresso Nacional. Temos, na verdade, algumas poucas regulamentações pontuais. Na Administração Pública existem o Decreto-lei n. 200/67 e a Lei n. 5.645/70. Na esfera privada a Lei n. 6.019/74 trata do trabalho temporário, a Lei n. 7.102/83 do trabalho de vigilância bancária e a Lei n. 8.863/94, também cuida da hipótese de terceirização para toda a área de vigilância patrimonial, pública ou privada, inclusive para pessoa física. Finalmente, a Lei n. 8.949/94 introduziu na CLT o parágrafo único do art. 442 sobre a terceirização por meio de cooperativas de trabalho.

O tema é complexo e divide opiniões não somente quanto ao que pode ser terceirizado (atividade-meio ou atividade-fim), como também sobre a forma de responsabilização do tomador de serviços, se subsidiária ou solidária. Na prática, o que mais se usa é a “normatização” por meio da Súmula n. 331 do TST.

Sempre houve preocupação no direito brasileiro sobre a proteção do trabalhador, diante da intermediação de mão de obra, do atravessador, do “gato” e da *merchandising*. Assim é que foi criada a Súmula n. 256, posteriormente substituída pela Súmula n. 331 do TST, estabelecendo alguns freios contra a exploração do trabalhador nas terceirizações. A última delas, a Súmula n. 331, item IV, em vigor, assegura a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços da seguinte forma:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações,

inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Quando se fala em responsabilidade do tomador de serviços nada mais se está a dizer senão sobre a responsabilidade por ato de terceiro, que é regulada pelo Código Civil, que deve ser aplicado analogicamente ao caso por autorização do art. 8º da CLT⁽³⁾, que diz textualmente:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Na forma da lei civil, há três tipos de responsabilidade: principal, solidária e subsidiária.

Principal é a responsabilidade única de alguém, que responde sozinho por uma obrigação.

Solidária é a responsabilidade compartilhada entre diversas pessoas no mesmo grau de abrangência, no polo passivo ou ativo. É a responsabilidade em que existe mais de um autor ou responsável, sendo que neste caso qualquer um deles pode ser chamado a responder pela obrigação inadimplida. É uma obrigação múltipla, configurando-se pela presença de mais de uma pessoa em um ou em ambos os polos da relação obrigacional. São exemplos de responsabilidade solidária os grupos de empresas, como consta do § 2º do art. 2º da CLT e os atos de terceiro, como preconizam os arts. 932, 933 e 942, parágrafo único do Código Civil.

(3) Neste sentido diz Alice Monteiro de Barros que “a reformulação da teoria da responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese da terceirização” (*Curso de direito do trabalho*, p. 455).

Subsidiária é a responsabilidade secundária, que se aplica quando o devedor principal não tem condições de arcar com as obrigações inadimplidas, sendo chamado a responder o devedor subsidiário, o qual se responsabilizará pelo pagamento da quantia devida ao credor. O responsável subsidiário somente será acionado depois de esgotadas as possibilidades de se cobrar a obrigação do devedor principal. É uma obrigação secundária, auxiliar ou supletiva em relação à obrigação principal. A responsabilidade subsidiária é uma espécie de responsabilidade solidária.

Na solidariedade as responsabilidades situam-se no mesmo plano, igualando-se horizontalmente os corresponsáveis, enquanto que na subsidiariedade há uma estratificação vertical, implicando no chamamento sucessivo dos responsáveis, sendo chamado primeiro o principal e depois o subsidiário, num benefício de ordem.

3. A responsabilidade por ato de terceiro no Código Civil de 1916

No Código Civil anterior, que influenciou a jurisprudência da época, a responsabilidade por ato de terceiro era regida pelos arts. 1.521 e 1.523, que diziam:

Art. 1.521 – São também responsáveis pela reparação civil: (...) III – o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522).

Art. 1.523 – Excetuadas as do art. 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, *provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte* (grifados).

4. A responsabilidade por ato de terceiro no Código Civil de 2002

No Código Civil atual o tema é tratado de forma totalmente diferente, estabelecendo a responsabilidade objetiva e solidária do comitente. Vejamos:

Art. 932 – São também responsáveis pela reparação civil: (...) III – o *empregador* ou *comitente*, por seus *empregados*, *serviçais* e *prepostos*, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (grifados).

Prescreve o art. 933 do mesmo Código:

As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Finalmente, consta do art. 942 que:

Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

Da leitura e interpretação sistemática dos referidos dispositivos legais decorre que alguém, mesmo não tendo praticado diretamente ato danoso para outrem, pode ter que responder pelas consequências desse ato, praticado por um terceiro com quem mantenha alguma relação jurídica estabelecida por lei ou contratualmente, sendo esta responsabilidade entre o comitente e o preposto objetiva (art. 933) e solidária (parágrafo único do art. 942).

É o caso das terceirizações trabalhistas, que se enquadram nas figuras do comitente (tomador de serviços) e do preposto (prestador de serviços), este, que está sob a vinculação de um contrato de preposição, exercendo uma atividade sob autoridade e no interesse de outrem, sob suas ordens e instruções, cabendo àquele fiscalizá-la e vigiá-la para que proceda com a devida segurança, de modo a não causar dano a terceiros⁽⁴⁾.

São requisitos para a preposição, a existência de um liame entre o comitente e o preposto e um vínculo de subordinação, que, evidentemente, não é aquela subordinação existente

(4) GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p. 144.

entre empregado e empregador, nos termos dos arts. 2º e 3º da CLT.

Na preposição, como afirma Sílvio de Salvo Venosa⁽⁵⁾, “o vínculo de subordinação é mais tênue”. Mesmo que o comitente não exerça o direito de dar ordem, ou o poder de direção, o poder não desaparece. Basta que o poder possa ser exercido potencialmente, ou seja, a possibilidade de o comitente exercer a sua autoridade já possibilita a sua responsabilização, sendo suficiente que os danos causados decorram da execução das cláusulas do contrato que une comitente e preposto, pois, ao contrário disso, muitas situações de danos causados por terceiros na execução de tarefas em benefício do comitente ficariam sem a proteção da lei, deixando-se a vítima sem reparação.

A complexidade moderna das relações sociais, humanas e comerciais é muito mais ampla do que se possa imaginar, pelo que o conceito de preposto não pode resultar taxativamente, especialmente porque a subordinação, que é um dos seus requisitos, varia em relação a cada tipo de contrato ou liame jurídico que une aquele ao comitente ou patrão⁽⁶⁾. Assim, ao invés do conceito taxativo de subordinação para caracterizar a preposição para os efeitos da responsabilidade por ato ou fato de terceiro, a jurisprudência do STJ reconhece a

(5) *Direito Civil: responsabilidade civil*, p. 69.

(6) Comentando o inciso III do art. 932 do Código Civil, dizem Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho que “o que é essencial, para caracterizar a preposição, é que o serviço seja executado sob a direção de outrem, que a atividade seja realizada no seu interesse, ainda que, em termos estritos, essa relação não resultasse perfeitamente caracterizada. De se ressaltar que o conceito de preposição vem sendo ampliado pelos tribunais, principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo a permitir a responsabilização do dono do veículo que permite o seu uso por terceiro, seja a título de locação (Súmula n. 492), seja a título de empréstimo, ainda que apenas para agrandar um filho, um amigo ou conhecido. Apresenta-se como justificativa para essa ampliação o enorme número de acidentes no trânsito e a solidificação da ideia de que o eixo da responsabilidade civil não gira mais em torno do ato ilícito, mas do dano injusto sofrido pela vítima” (*Comentários ao novo Código Civil*, p. 214-5).

responsabilidade solidária do proprietário do veículo por acidente em que o carro é guiado por terceiros sob o fundamento do consentimento (RESp. n. 343.649).

A Súmula n. 331 do TST acolheu a responsabilidade direta do tomador de serviços quando a terceirização for irregular⁽⁷⁾ e, subsidiária, quando, em legítimo contrato de prestação de serviços, a prestadora não tiver idoneidade econômico-financeira para satisfazer os direitos dos seus empregados.

Na sua origem, as Súmulas ns. 256 e 331 do TST foram importantes, pois interpretaram a lei civil vigente em relação às consequências decorrentes dos contratos de terceirização para os trabalhadores, estabelecendo a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços. Todavia, a base legal que lhes deu sustentação (arts. 1.521, 1.522 e 1.523 do Código Civil de 1916), no tocante à forma de responsabilização do comitente não mais vigora no nosso País, tendo sido substituída pelas normas atuais dos arts. 932, 933 e 942 e parágrafo único do Código Civil de 2002, as quais, por coerência, devem nortear a atualização da jurisprudência trabalhista.

Outro aspecto importante da responsabilidade por ato de terceiro no Código Civil de 1916, incorporado pela jurisprudência da época, refere-se à culpa do tomador de serviços (comitente), que, somente na sua presença, poderia ser responsabilizado.

(7) Fundamentando-se tão somente na ideia do benefício auferido pela terceirização, mesmo no sistema anterior do Código Civil, já havia pronunciamentos dos Tribunais laborais reconhecendo a responsabilidade objetiva, como se ilustra com o seguinte julgado: “Trata-se de responsabilidade objetiva, decorrente da própria eleição da modalidade de terceirização de determinado tipo de serviço, não procedendo qualquer questionamento acerca da ilicitude do contrato de prestação de serviços entabulado pela empresa prestadora e a tomadora de serviços. E tal entendimento se justifica, na medida em que o tomador dos serviços beneficia-se diretamente da força de trabalho do empregado da prestadora...” (TRT da 4ª Reg., RO n. 32.022/000-0, Juiz Carlos Alberto Robinson).

Mas mesmo na época, para amenizar a questão da prova da culpa do comitente, que sempre foi difícil para as vítimas dos danos, esta passou a ser presumida (*juris tantum*) em face da chamada culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, tendo o STF aprovado a Súmula n. 341, com o seguinte teor:

É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

Assim, se o patrão ou comitente provasse haver tomado todos os cuidados reclamados pela circunstância do caso concreto, ficava exonerado da responsabilidade pelo ato do seu empregado ou preposto.

Mas a orientação da referida súmula restou superada pelo art. 933 do Código Civil de 2002, que não mais exige culpa do comitente. Ao contrário, estabelece expressamente que a responsabilidade existe independentemente de culpa.

Como afirma Carlos Roberto Gonçalves⁽⁸⁾, “o novo Código Civil, consagrou a responsabilidade objetiva, independente da ideia de culpa, dos empregadores e comitentes pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos (art. 933), afastando qualquer dúvida que ainda pudesse existir sobre o assunto e tornando prejudicada a Súmula n. 341 do Supremo Tribunal Federal, que se referia ainda à ‘culpa presumida’ dos referidos responsáveis”.

Agora somente resta ao empregador ou comitente (tomador de serviços), a comprovação de que o causador do dano não é seu empregado ou preposto, ou que o dano não foi causado no exercício do trabalho que lhe competia, ou em razão dele⁽⁹⁾.

(8) *Responsabilidade civil*, p. 148.

(9) Analisando o projeto de Código Civil de 1975, que deu origem ao atual, já se manifestava Caio Mário da Silva Pereira, dizendo que: “Todo aquele (pessoa física ou jurídica) que empreende uma atividade que, por si mesma, cria um risco para outrem, responde pelas suas consequências danosas a terceiros. Não haverá cogitar se houve um procedimento do comitente na escolha ou na vigilância do preposto, isto é, faz-se abstração da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*” (*Responsabilidade civil*, p. 289).

A alteração legal trazida pelo novo Código Civil brasileiro, ainda não percebida por muitos operadores do direito, representou uma das mais importantes novidades em termos de evolução em matéria de responsabilidade por ato de terceiro, pela adoção da teoria do risco e pelo consequente abandono do requisito da inversão do ônus da prova, ou seja, substituiu-se a culpa presumida e o ônus probatório invertido pela objetivação efetiva da responsabilidade civil.

Essa responsabilidade, que consta explicitamente da lei e sobre a qual não cabe mais discussão, fundamenta-se na teoria do risco-proveito⁽¹⁰⁾ do empregador ou tomador de serviços pela atividade que desenvolve, isto porque tanto o empregador em relação ao seu empregado, como o tomador em face às empresas terceirizadas, vivem em função do lucro, pelo que, como adverte Antônio Elias Queiroga⁽¹¹⁾, deve a responsabilidade civil do patrão ou comitente ser examinada com maior rigor do que a responsabilidade civil dos pais, também objetiva, porque estes não tiram nenhum proveito da atividade dos filhos menores, ao contrário do patrão ou comitente, que utiliza os seus empregados ou prepostos com fins lucrativos.

A responsabilidade nas terceirizações entre nós (por ato de terceiro) surgiu em face de três modalidades de culpa: culpa *in eligendo*, porque o comitente-tomador escolheu mal a empresa terceirizada (preposto), por exemplo; culpa *in instruendo*, porque não foram ministradas ao preposto (empresa terceirizada) as instruções devidas e, culpa *in vigilando*, por falta de uma adequada e precisa vigilância sobre a conduta do agente (empresa terceirizada). Essas modalidades de culpa deveriam ser provadas em cada caso para que o juiz pudesse

(10) A insegurança material da vida moderna criou a teoria do risco-proveito, sem se afastar dos princípios de u'a moral elevada, sem postergar a dignidade humana e sem deter a marcha das conquistas dos homens (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 336).

(11) *Responsabilidade civil e o novo Código Civil*, p. 228.

aceitar a responsabilização do tomador de serviços, mas sempre de forma subsidiária, como nesse sentido se firmou a jurisprudência trabalhista.

Todavia, pelo sistema legal vigente no novo Código Civil, essas modalidades de culpa agora são presumidas *juris et de jure*, não incumbindo mais à vítima, como no sistema anterior, prová-las⁽¹²⁾, ou seja, a responsabilidade do tomador em face do prestador de serviços passou a ser objetiva.

Portanto, o tomador de serviços, no caso da terceirização, somente se exonerará da responsabilidade em relação aos trabalhadores terceirizados se provar caso fortuito ou força maior ou que o evento se deu sem nexo de causalidade com relação a ele, ou seja, que a conduta foi praticada fora dos limites da preposição⁽¹³⁾.

É certo que precisa ser feita uma lei para regulamentar a terceirização, especialmente sobre o que pode e o que não pode ser terceirizado, mas a responsabilidade já tem supedâneo no Código Civil, porque indubitavelmente se trata de preposição, portanto, de ato de terceiro,

(12) A responsabilidade por fato de outrem, no Direito do Trabalho, é muito mais facilmente justificada pela teoria do risco-proveito ou, mesmo, do risco da empresa, do que com o emprego de presunção de culpa, tendo essa responsabilidade por fundamento o dever de segurança do empregador ou preponente em relação àqueles que lhe prestam serviços (Cf. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*, p. 221-13).

(13) Cf. Sílvio de Salvo Venosa, que inclusive alerta para o fato de que "o fornecedor e fabricante respondem pelos danos de seus empregados e prepostos causados ao consumidor, independentemente de culpa. Fora do campo do consumidor, ainda se exige a culpa do preposto" (*Direito civil — responsabilidade civil*, p. 69). Significa dizer que no aspecto da responsabilização pelo Código de Defesa do Consumidor o direito já atingiu, talvez, o seu auge quanto à humanização na reparação dos danos, o que não ocorreu ainda com relação aos outros campos do direito, mas que, como pensamos, pode vir a ocorrer em breve na esteira da evolução do instituto da responsabilidade civil, especialmente na área do Direito do Trabalho, pela sempre presente característica da hipossuficiência, que foi o fundamento maior da responsabilidade sem culpa no CDC.

em que a responsabilidade do comitente é objetiva e solidária, como penso.

Também pode ser aplicado por analogia o art. 455 da CLT que estabelece a responsabilidade solidária do empregado e subempregado nos seguintes termos:

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

Igualmente, o art. 16 da Lei n. 6.019/74 assegura a responsabilidade solidária do tomador de serviços no trabalho temporário, *verbis*:

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.

No tocante às contribuições previdenciárias também existe responsabilidade da tomadora de serviços pelo seu recolhimento, na forma do art. 31 da Lei n. 8.212/91, que assim estabelece:

A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.

Dessa forma, a Súmula n. 331 do TST, que ainda fala de responsabilidade subsidiária nas terceirizações, deve ser modificada para se

adequar às novas regras legais sobre responsabilidade por ato de terceiro, explicitamente inscritas no novo Código Civil, como sendo objetiva⁽¹⁴⁾ e solidária.

Esta alteração se faz necessária e urgente para se por freio aos desmandos decorrentes das muitas terceirizações irresponsáveis e desastrosas não somente para os trabalhadores e sociedade, mas também para as empresas sérias que se enganam com os almejados benefícios do novo sistema de trabalho. Ademais, sabendo-se de antemão da responsabilidade solidária, o tomador vai pensar duas vezes antes de adotar a terceirização e, ainda, se adotá-la, vai escolher bem o parceiro e fiscalizar a execução do contrato. Com isso, o sistema poderá ser moralizado, como ocorre em muitos outros países, que não deixam de adotar a terceirização, porém, diante do sistema rígido de responsabilidade, ela é usada em menor escala e com propósitos realmente sérios.

Essa revisão cabe de ofício à Comissão de Jurisprudência do TST (art. 54 e inc. III do Regimento Interno), que estabelecem:

À Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos cabe: (...) propor edição,

(14) Aliás, a responsabilidade objetiva no Direito do Trabalho não constitui nenhuma novidade, já estando assentada de muito em inúmeros julgados dos Tribunais Regionais do Trabalho e do próprio Tribunal Superior do Trabalho não só no tocante à terceirização, mas em outras questões, como, por exemplo, no tocante às estabilidade provisórias da gestante e do trabalhador acidentado, com relação à ciência anterior do fato ao empregador. Os dois acórdãos seguintes são ilustrativos dessa assertiva: "Por isso, quando o empregador despede a empregada gestante sem justa causa, ainda que disso não saiba, assume o risco dos ônus respectivos. É, pois, uma questão de responsabilidade objetiva..." (TST, SDI, ERR, Ac. 3630/7. <<http://www.tst.gov.br>>). "Doença profissional. Garantia de emprego. Art. 118 da Lei n. 8.213/91. Constatado, ainda que no curso do aviso prévio, estar o trabalhador acometido de doença profissional, faz ele jus à garantia prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91. O fato de a empresa não ter ciência da doença, quando da dação do pré-aviso, não retira do empregado o direito previsto legalmente, porquanto este funda-se em responsabilidade objetiva. Recurso provido" (TST — 2ª T. RR, Ac. n. 10.501/97, Rel. Moacir Roberto Tesch, DJU de 11.11.97, p. 57.484).

revisão ou cancelamento de Súmulas, de Precedentes Normativos e de Orientações Jurisprudenciais.

Também pode ser pedida pelo Ministério Público do Trabalho, na forma da Lei Complementar n. 75/93, cujo art. 83 e inc. VI dizem:

Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: (...) VI – recorrer das decisões da Justiça do Trabalho, quando entender necessário, tanto nos processos em que for parte, como naqueles em que officiar como fiscal da lei, bem como *pedir revisão dos Enunciados da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho* (grifados).

5. Responsabilidade solidária nas relações de consumo

Nas relações de consumo a responsabilidade do fabricante, do produtor, do construtor, do importador e do fornecedor de serviços é objetiva e solidária, como estabelece o Código de Defesa do Consumidor nos arts. 12 e 14, *verbis*:

Art. 12 – O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14 – O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Se nas relações de consumo respondem solidariamente todos aqueles que fazem parte da rede de benefícios em face do consumidor, não há razão para assim também não ser nas relações de trabalho, diante do avassalador

fenômeno das terceirizações, com prejuízos para os trabalhadores e benefícios para os tomadores de serviço, que ficam com o lucro da atividade desenvolvida.

6. Tendência da jurisprudência sobre a responsabilidade nas terceirizações

A responsabilidade solidária do tomador de serviços nas terceirizações já está sendo reconhecida na jurisprudência dos nossos Tribunais, primeiro, na Justiça comum e, agora, na Justiça do Trabalho, como de forma ilustrativa se vê das decisões a seguir ementadas:

EMENTA: ACIDENTE DO TRABALHO — INDENIZAÇÃO — RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. O fato de ser a empresa-ré mera tomadora de serviço, mantendo o obreiro vínculo empregatício com outra empresa, não exime a primeira de responder por eventuais danos causados ao segundo ao prestar serviço em suas dependências, posto ser responsável pela segurança e fiscalização de todos e quaisquer trabalhadores que ali exerçam suas atividades. (2ª TACivSP – AI n. 502.794 - 4ª Câm. – Rel. Juiz Amaral Vieira – J. 9.12.97)

EMENTA: ACIDENTE DE TRABALHO — DANOS MORAIS E MATERIAIS — MOTORISTA DE CAMINHÃO-TANQUE — COMBUSTÍVEL AQUECIDO A 150 GRAUS CENTÍGRADOS — VAZAMENTO SOBRE O CORPO DO TRABALHADOR — RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS TRANSPORTADORAS E DA PRODUTORA E DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO — LEI DO PETRÓLEO — REGULAMENTO DO TRANSPORTE DE PRODUTOS PERIGOSOS — DECRETO N. 96.044/98 — FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. Empresa que explora petróleo nas bacias sedimentares brasileiras e distribui seus derivados responde solidariamente com as respectivas transportadoras e com os destinatários, seja pela rigorosa legislação que rege a espécie, seja pela função social do contrato. Pela concreção que lhe têm dado os douts, observa-se que a função social do contrato tem até maior aplicação

no direito do trabalho do que no próprio direito civil. Demonstra-se isso pela história de ambos os ramos do direito. Aquele se desprende deste, à medida que normas sociais específicas tornaram-se necessárias. O direito do trabalho é, assim, originariamente, a parte social do direito civil. Se assim é, somando-se a isso a gama contratual moderna tendente a prejudicar os direitos dos trabalhadores, com terceirizações, quarteirizações, cooperativismos meramente formais, fugas da tipologia do contrato de emprego, o direito do trabalho é o terreno mais fértil para a frutificação da função social do contrato. Na espécie dos autos, as sucessivas contratações e sub-contratações de transportadoras, com a participação da fornecedora, para a consecução do trabalho de apenas uma pessoa, o motorista, não sofrem qualquer cisão para fins de exclusão da responsabilidade de qualquer dos partícipes da cadeia contratual iniciada na distribuidora de derivados de petróleo. Ao trabalho uno, às responsabilidades unas do motorista corresponde a responsabilidade também una de todos os beneficiários de seu labor, mormente as transportadoras e a distribuidora, em relação às quais as normas legais não deixam qualquer dúvida acerca da responsabilidade solidária” (TRT 3ª Região – Processo n. 00365-2005-068-03-00-5 RO – Juiz Rel. Des. Julio Bernardo do Carmo – Quarta Turma – Publicado em 18.11.2006).

Nesta última decisão corretamente o TRT3 reconheceu a responsabilidade solidária da tomadora de serviços e de todas as demais empresas envolvidas, argumentando que, embora não sendo a empregadora direta do reclamante, a ré é responsável pela segurança das pessoas envolvidas na distribuição do combustível por ela produzido até a chegada ao revendedor. Essa responsabilidade é parte da função social da empresa. No caso, havia uma teia de pseudo-transportadores, que atuavam em benefício da ré, que foi negligente em relação à proteção da saúde do trabalhador acidentado.

7. Posição adotada na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho

Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, promovida pela ANAMATRA e TST, em novembro de 2007, foi acolhida a responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços, nos seguintes termos:

ENUNCIADO N. 10: TERCEIRIZAÇÃO. LIMITES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas.

ENUNCIADO N. 11: TERCEIRIZAÇÃO. SERVIÇOS PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio de concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público.

ENUNCIADO N. 44: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. SOLIDARIEDADE. Em caso de terceirização de serviços, o tomador e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Inteligência dos arts. 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora n. 4 (Portaria n. 3.214/77 do Ministério do Trabalho e Emprego).

Cabe salientar que da I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, que aprovou a tese da responsabilidade solidária nas terceirizações, participaram juízes do trabalho, procuradores do trabalho, advogados, professores, estudantes, entre outros interessados nas lides trabalhistas, o que pressupõe uma nova visão sobre o tema em análise neste artigo doutrinário.

8. Conclusões

No Código Civil brasileiro de 2002 a responsabilidade por ato ou fato de terceiro, que é a hipótese das terceirizações de serviços, é objetiva e solidária, cabendo ao prejudicado escolher entre os corresponsáveis, aquele que tiver melhores condições financeiras para arcar com os prejuízos sofridos. Esta é a conclusão extraída da leitura e interpretação sistemática dos arts. 932, III, 933 e 942 do novo diploma Civil, que, por força do art. 8º da CLT, tem aplicação na seara trabalhista.

Na hipótese, ao contrário da orientação da Súmula n. 331 do TST, não importa que se trate de terceirização lícita ou ilícita, em atividade-meio ou fim, pois os arts. 932, III, 933 e 942 e parágrafo único do Código Civil não fazem qualquer distinção sobre a responsabilidade do comitente. Em especial e de forma cristalina, diz o art. 933 que as pessoas indicadas nos incs. I a V do art. 932, “ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Desse modo, para se adequar aos novos comandos legais, deve o C. Tribunal Superior do Trabalho reformular o item IV da Súmula n. 331 da sua jurisprudência para fazer constar a responsabilidade objetiva e solidária do tomador de serviços nas terceirizações.

Essa revisão é hoje necessária não somente para proteger os trabalhadores terceirizados, mas também para moralizar o instituto da terceirização, irreversível que é, e dar segurança jurídica àquelas empresas tomadoras que usam o sistema com objetivos verdadeiros e não para simplesmente diminuir custos por conta da subtração de direitos trabalhistas.

Dessa forma, sabendo o tomador de antemão que será responsável solidário com o prestador de serviços pelas obrigações trabalhistas, certamente terá mais cuidado na decisão de terceirizar e na escolha do parceiro.

9. Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XIII (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; POMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. Ovídio Rocha Barros Sandoval (atualizador) 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Nelson Nery Junior (atualizador). 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

MELO, Raimundo Simão. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador — responsabilidades — danos material, moral e estético*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

QUEIROGA, Antônio Elias de. *Responsabilidade civil e o novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed, v. 4. São Paulo: Atlas, 2003.

Psicologia do testemunho

Graziella Ambrosio^(*)

Resumo:

- ▶ O testemunho de uma pessoa sobre um fato depende, essencialmente, de como ela percebeu esse acontecimento, de como sua memória o armazenou e o evocou e, ainda, do modo como esse fato pode ser expresso. Sobre esses processos psíquicos (percepção, memória e expressão) atuam uma série de fatores externos e internos ao indivíduo, como hábito, automatismo, memória temporal e tendência afetiva. Nesse sentido, a análise prévia do tipo de personalidade e das relações afetivas da testemunha permite verificar se o testemunho será ou não imparcial. Em outras palavras, é desvendar a intenção do testemunho, que pode ser vingança, compaixão, afeto, egoísmo etc., podendo o interrogador aplicar técnicas, como o método centrípeto, para obter o exato esclarecimento dos fatos. Embora nenhum testemunho seja perfeito, é possível aferir o grau de fidedignidade do relato da testemunha por meio dos instrumentos de análise psicológica.

Palavras-Chave:

- ▶ Psicologia jurídica — Psicologia do testemunho — Testemunha — Psicologia — Prova testemunhal.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Considerações iniciais
- ▶ 2. Percepção
- ▶ 3. Memória
- ▶ 4. Expressão do fato
- ▶ 5. Fidedignidade do testemunho
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Formada em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e mestranda em Direito das Relações Sociais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Supervisora Jurídica da Área Trabalhista do Serviço Jurídico do Banco do Brasil S.A. em São Paulo.

1. Introdução

O testemunho de uma pessoa sobre um acontecimento está calcado essencialmente no tripé: *percepção, memória e expressão do fato*. A seguir, analisaremos os principais fatores que afetam esses processos psíquicos e, conseqüentemente, a qualidade (exatidão e credibilidade) do testemunho.

2. Percepção

A percepção é o processo que consiste em atribuir significado às informações (experiências vividas) captadas pelo sistema sensorial que chegaram ao córtex cerebral. Trata-se de uma experiência psíquica complexa e pessoal que sofre a influência de diversos fatores internos e externos ao observador.

As pesquisas⁽¹⁾ revelam alguns resultados concretos quanto à percepção: a) a capacidade de apreensão de estímulos é maior pela manhã do que à noite; b) as mulheres percebem com mais exatidão os detalhes que os homens; c) os acontecimentos iniciais e finais são melhor percebidos que os intermediários; d) o testemunho sobre dados qualitativos é mais preciso do que sobre dados quantitativos; e) as pessoas diferem entre si quanto à duração das vivências no tempo.

A percepção da realidade exterior é deformada pelas tendências afetivas de cada pessoa, como o desejo que um acontecimento se realize ou não (“sugestão da espera”). No caso dessa sugestão da espera, a consciência considera acontecido algo que ainda não ocorreu ou que ocorreu apenas em parte. Nesse sentido, o testemunho pode sofrer tanto a deformação voluntária e consciente do indivíduo como a distorção involuntária decorrente da afetividade própria da pessoa. Ainda que queira, a testemunha não consegue fugir à influência deformante da percepção dos fatos. Cada qual pode ver a realidade de modos diferentes, o que prova

que o processo perceptivo está intimamente ligado à tendência afetiva de cada indivíduo.

A percepção é afetada também pelos automatismos mentais (hábito) presentes em toda pessoa e que impedem a testemunha de depor sobre a presença ou ausência de outros detalhes do fato que lhe passaram totalmente despercebidos. Além disso, o hábito faz com que a testemunha descreva os fatos mais como costumam acontecer do que como podem ter ocorrido na realidade. Emílio Mira y López afirma que por mais que queiramos não podemos subtrair-nos à ação de nossos automatismos mentais e, em virtude do hábito, completamos de tal modo as percepções da realidade exterior que basta que se encontrem presentes alguns de seus elementos para que nosso juízo de realidade se dê por satisfeito e aceite a presença do todo⁽²⁾.

Embora o processo de percepção varie de pessoa para pessoa, em geral, o automatismo mental faz com que as testemunhas tenham dificuldade para dizer a cor da roupa ou do sapato do envolvido no fato, se a pessoa trazia um anel, se havia mancha na roupa, se um objeto mudou de lugar, bem como se houve mudança de caráter ou de conduta pelas pessoas com quem se convive habitualmente, pois, a menos que se focalize de forma intencional em uma determinada situação ou estímulo, a percepção tende a ser efetuada pelas lembranças que armazenamos dos acontecimentos.

Por isso Emílio Mira y López afirma que o passado intervém mais do que o presente em nossas percepções e isso é tão certo que uma mudança de caráter ou de conduta pode ser notada antes pelas pessoas que não têm intimidade do que pelos parentes do indivíduo, uma vez que estes, por seu maior hábito em lidar com ele, levarão mais tempo em desligar-se do conceito que dele formaram, independentemente de que este seja bom ou mau⁽³⁾.

(1) MIRA Y LÓPEZ, Emílio. *Manual de psicologia jurídica*. São Paulo: Vida Livros, 2009. p. 143.

(2) MIRA Y LÓPEZ, Emílio. *Op. cit.*, p. 144.

(3) *Ibidem*, p. 143.

O que uma pessoa recorda perfeitamente, outra pode esquecer perfeitamente, pois a realidade nada mais é do que uma *caricatura subjetiva*⁽⁴⁾. As pessoas que presenciaram certos fatos visualizam nuances dos acontecimentos que passariam despercebidas por outras⁽⁵⁾.

Além disso, tanto o estresse elevado quanto a violência tendem a diminuir a capacidade de captação das informações, pois a pessoa estava com a atenção voltada à própria defesa, o que também podem prejudicar a qualidade do testemunho. A mesma conclusão se aplica àqueles indivíduos que, no momento da percepção, estavam sob o efeito de substâncias químicas que afetam a consciência e, conseqüentemente, a apreensão da realidade.

3. Memória

A memória refere-se ao conjunto de mecanismos psíquicos responsáveis pelo armazenamento das representações (de informações e experiências vividas), possibilitando sua fixação, retenção e posterior evocação. O processo de armazenamento das informações é somente influenciado por *condições orgânicas*⁽⁶⁾, ao passo que o processo evocador (reconstrução na mente da experiência vivida) é direta e profundamente influenciado pelas tendências afetivas.

O processo de memória humana é complexo e compreende uma rede de relações entre o evento, o contexto, o estado de espírito e o conhecimento do observador a respeito dos fatos que ocorreram⁽⁷⁾. Durante o processo de armazenamento, as informações e representações continuam a sofrer atuação de outros fatores como as crenças, padrões, experiências vividas, novas informações, dentre outros.

Desde muito é conhecida a chamada *amnésia emocional* que se observa como decorrência de um profundo abalo emocional e que torna a pessoa incapaz de se lembrar da situação perturbadora. Em geral, as pessoas tendem a esquecer acontecimentos que estejam relacionados a emoções desagradáveis ou dolorosas (ódio, horror, remorso etc), funcionando o esquecimento como defesa psíquica.

O esquecimento ainda pode derivar da *repressão* quando fatos e acontecimentos são expulsos da consciência. Quando ocorre a repressão (processo inconsciente), a evocação das lembranças se faz de maneira distorcida e incompleta, afastando em muito os fatos da realidade, pois a tendência natural do indivíduo é complementar essas lembranças fragmentadas com associações lógicas que já se encontram em seu psiquismo.

Emílio Mira y López explica que a repressão, na grande maioria das vezes, age de modo fragmentário, não suprimindo, mas dificultando a evocação das lembranças. Então estas surgem incompletas, deformadas e misturadas com falsas lembranças que são produto da ação do mecanismo catatímico, continuada mesmo depois do fato perceptivo. E o indivíduo, quando se dá conta da pobreza de suas lembranças, as completa automaticamente utilizando as cadeias de associações que logicamente devem se encontrar relacionadas com eles e isto faz com que, mesmo estando de absoluta boa-fé, o resultado da evocação se acha tão distante da realidade como o poderia estar o sonho⁽⁸⁾.

Nesse sentido, se considerarmos que os depoimentos, em regra, envolvem uma carga emocional intensa, compreende-se a constância com que a amnésia emocional se apresenta não só nos autores, como nas testemunhas. Em situações de emoção profunda, de nada adianta o juiz forçar ou ameaçar a testemunha para prestar esclarecimentos sobre determinados

(4) *Ibidem*, p. 144.

(5) FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 349.

(6) MIRA Y LÓPEZ, Emílio. *Op. cit.*, p. 141.

(7) ROVINSKI, Sônia Liane Reichert; CRUZ, Roberto Moraes (Orgs.). *Psicologia jurídica*. Perspectivas teóricas e processos de intervenção. São Paulo: Vetor, 2009. p. 70.

(8) MIRA Y LÓPEZ, Emílio. *Op. cit.*, p. 147.

fatos, pois os detalhes podem ter sido esquecidos involuntariamente.

Acreditam os juízes que quanto mais emotiva e intensa for a situação, mais a testemunha se recordará dos detalhes do fato, mas o que ocorre é justamente o inverso, pois o que se observa é a atuação de mecanismos psíquicos inconscientes do indivíduo que impõem o esquecimento de fatos traumáticos e dolorosos. Nessas condições, quanto mais esforço fizer a testemunha para vencer esse esquecimento, mais firme este se tornará.

José Osmir Fiorelli resume com percuciência os efeitos dos estados emocionais sobre a memória: i) recuperação lacunar das informações (a mente elimina conteúdos que trariam dor ou desconforto); ii) ampliação de atributos (recorda-se de algo ruim como pior do que realmente foi e algo de bom, como extremamente melhor); iii) fixação das recordações nos aspectos desagradáveis dos acontecimentos; iv) distorção da interpretação dos acontecimentos, por omissão de aspectos relevantes, ampliação de detalhes pouco significantes ou combinação desses elementos; v) desvanecimento dos traços de memória com o passar do tempo; vi) interferências entre conteúdos; os relatos misturam eventos e suas consequências; vii) incorporação de fantasias às recordações, particularmente nas narrativas de graves conflitos que se prolongaram por muito tempo; e viii) preenchimento de hiatos de memória com suposições plausíveis, fenômeno corriqueiro mesmo em narrativas de incidentes sem maiores consequências⁽⁹⁾.

Outro fator que atua diretamente na evocação das lembranças é o lapso temporal decorrido entre o fato e o testemunho, verificando-se uma diminuição no grau de retenção das informações à medida que o tempo passa. Assim, quanto mais tempo transcorreu, menos preciso tende a ser o testemunho. A idade da testemunha

também influencia esse processo, chegando-se a afirmar que nem as crianças, nem os velhos são testemunhas dignas de confiança⁽¹⁰⁾. As crianças são extremamente sugestionáveis e os idosos tendem a se recordar mais facilmente do passado remoto do que do passado recente.

4. Expressão do fato

Quanto à expressão do testemunho, são raras as pessoas que conseguem observar com precisão os fatos, mantê-los exatos em sua mente e reproduzi-los com fidelidade por meio do processo da evocação voluntária. Em geral, os indivíduos não possuem *inteligência verbal*⁽¹¹⁾ para exprimir de forma exata suas vivências. São poucas as pessoas que conseguem descrever bem em palavras tudo quanto perceberam da realidade exterior. Por essa razão, o julgador deve intervir o mínimo possível no depoimento da testemunha, pois toda resposta ou é imantada pelas tendências afetivas do interrogado, ou é produto de lembranças fragmentadas preenchidas por deduções lógicas do indivíduo, ou, ainda, é equivocada em razão do medo sentido pela testemunha com a pergunta.

Também afetam a expressão do fato, o ambiente do interrogatório, os tipos de perguntas e a linguagem usada entre interrogador e testemunha. Se o ambiente da sala de audiências se apresenta desagradável até para operadores do Direito, para aqueles que não estão acostumados ao meio forense, esse ambiente se apresenta ainda mais ameaçador. Assim, a qualidade do testemunho passa pela existência de um ambiente tranquilo onde a testemunha se sinta acolhida para relatar os fatos que presenciou.

Outro obstáculo à expressão do fato pode ser a linguagem utilizada pelo interrogador. É comum a utilização de expressões e construções linguísticas próprias do Direito em interrogatórios, mas tal prática é desaconselhável,

(9) FIORELLI, José Osmir. Psicologia aplicada ao Direito. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região*. Campo Grande, n. 15, p. 55-73, 2010, p. 68-69.

(10) MIRA Y LÓPEZ, Emilio. *Op. cit.*, p. 162.

(11) *Ibidem*, p. 147.

pois pode inibir ou confundir a testemunha. É recomendável a utilização de expressões e palavras de fácil entendimento para a testemunha, estando o interrogador sempre atento ao grau de maturidade e experiência da pessoa. Detalhes técnicos devem ser exigidos apenas dos profissionais da área e jamais de pessoas leigas no assunto, até porque aqueles têm mais facilidade de observar e reter detalhes atinentes ao seu campo de especialização.

O desequilíbrio emocional acentua-se quando a testemunha não encontra a melhor forma de se expressar, ou seja, não concatena as ideias ou as palavras lhe fogem à mente⁽¹²⁾. Uma testemunha desequilibrada e fragilizada é potencial vítima de manipulação pela parte interessada, devendo o interrogador estar atento a esse fato e não permitir a exploração do testemunho com vistas à distorção da realidade dos fatos pela pura emoção do observador.

Uma boa estratégia para o interrogador é valer-se do *silêncio*⁽¹³⁾, aguardando que a própria testemunha inicie ou prossiga seu depoimento, pois o relato espontâneo tende a ser menos deformado, tendo em vista que gera menos conflito, além do que normalmente revela a linha de pensamento da testemunha, permitindo ao interrogador descobrir o que está por trás de seu testemunho.

Emílio Mira y López esclarece que o relato espontâneo tende a ser menos deformado que o obtido por interrogatório, mas pode se apresentar, por outro lado, irregular ou incompleto e até fornecer dados inúteis para o processo. Já o testemunho obtido por interrogatório costuma fornecer dados mais concretos, porém menos exatos, via de regra, que os do relato espontâneo, pois é o resultado do conflito entre o que o indivíduo sabe, de um lado, e o que as perguntas que se lhe dirigem tendem a fazê-lo saber⁽¹⁴⁾.

Por outro lado, deve o interrogador estar atento à linguagem não verbal da testemunha, como olhares, gestos, rubor da pele, suor, mãos trêmulas, movimento das pernas e pés, postura etc. Esses sinais externos da testemunha podem auxiliar o interrogador para detectar se ela realmente conhece os fatos, se foi instruída a depor ou se está mentindo. A fala e os gestos ainda podem denunciar crenças arraigadas e esquemas de pensamento (ex: sindicalista não é confiável; empregador é desonesto; isso é coisa de mulher; todo homem é safado) que afetam o testemunho do indivíduo, pois atuam diretamente na interpretação dos fatos presenciados.

As perguntas que iniciam com pronomes interrogativos (ex: Como? Quando? Onde? Quem? Por quê? O quê?) são as mais indicadas, pois consideradas imparciais⁽¹⁵⁾. Perguntas que induzem a testemunha a responder conforme esperado pelo interrogador ou que partem do pressuposto que a testemunha já conhece outros fatos, ou, ainda, impõem ao depoente decidir entre duas opções com exclusão de todas as outras, devem ser evitadas, pois acarretam uma maior capacidade para o erro pela testemunha.

Gustavo Carvalho Chehab, baseado nas lições de Jorge Trindade. F. da C. Oliveira e José Ernesto Manzi, ensina que perguntas argumentativas, desacreditadoras, insinuatoras e sugestivas, via de regra, devem ser indeferidas pelo interrogador, pois tencionam conduzir, desqualificar ou desequilibrar emocionalmente a testemunha. Da mesma forma, questões confrontadoras podem ser indeferidas dependendo do tom ou do modo em que for feita, ao passo que perguntas interpretativas, normalmente, não são muito úteis ao deslinde da controvérsia e questionamentos exploratórios podem ser necessários para aferir o grau de conhecimento da testemunha sobre o fato⁽¹⁶⁾.

(12) FIORELLI, José Osmir. *Op. cit.* p. 70.

(13) TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 245.

(14) MIRA Y LÓPEZ, Emílio. *Op. cit.*, p. 148.

(15) *Ibidem*, p. 149-150.

(16) CHEHAB, Gustavo Carvalho. A psicologia do testemunho no processo do trabalho. In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*, Brasília, n. 30, ano 8, p. 112-123, jul. 2009, p. 116-117.

Cabe destacar, no entanto, que pessoas imorais ou amorais não se intimidam com o ambiente da sala de audiências ou com a forma como são elaboradas as perguntas, nem com as características do interrogador. Emílio Mira y López esclarece que as testemunhas mais morais são precisamente as que costumam impressionar-se mais diante das ameaças e da severidade e cerimonial que se desenvolvem durante o interrogatório, ao passo que os imorais ou amorais não reagem nem pouco nem muito perante ele⁽¹⁷⁾. Tais indivíduos não se impressionam diante de ameaças no interrogatório, nem com o cerimonial do ambiente forense. Quanto a essas testemunhas de pouca valia é a análise da linguagem não verbal, pois será muito difícil ao interrogador identificar se o depoente está mentindo.

5. Fidedignidade do testemunho

Mais do que qualquer juramento ou advertência sobre a responsabilidade do testemunho, é a análise prévia do tipo de personalidade e das relações afetivas da testemunha que permitirá verificar se o testemunho é ou não imparcial. Em outras palavras, é desvendar a intenção do testemunho, que pode ser vingança, compaixão, afeto, amizade, egoísmo etc.

Se a testemunha estiver imbuída de sentimentos nobres, como o afeto, a generosidade ou a compaixão, deverá o interrogador criar nela a convicção de que um depoimento parcial poderá prejudicar a pessoa a quem pretende beneficiar. Deve o interrogador advertir que o melhor é dizer a verdade exata quando do esclarecimento dos fatos, pois uma pequena mentira, proferida no afã altruísta, pode colocar em descrédito toda a descrição verdadeira dos fatos.

Outra opção é o interrogador se abster de fazer perguntas diretamente relacionadas ao acusado ou à conduta delituosa, limitando-se a questionar sobre os chamados *fatos secundários* (método centrípeto), no intuito de

desvincular a testemunha de sua intenção nobre para com o acusado e, assim, obter um caminho para o esclarecimento dos fatos principais.

Pela elucidação desses fatos secundários é possível saber, por exemplo, a motivação do acusado, ou seja, seu estado interno (de natureza afetiva e cognitiva) que o mobiliza a agir (comportamento), com a finalidade de atingir um objetivo, ou, ainda, traços de sua personalidade (ambição, desejo de riqueza, timidez, força de vontade etc), pois perguntas afastadas do acusado permitem que a *intenção*⁽¹⁸⁾ do questionamento fique mascarada, impedindo que a testemunha oriente suas respostas a favor ou contra o acusado.

Além de compreender as intenções, interesses, sentimentos e processos inconscientes que interferem no testemunho, o interrogador deve perceber que muitas testemunhas necessitam se sentir protegidas no ambiente da sala de audiências, enquanto que, para outras, uma conversa prévia ao depoimento é suficiente para libertá-la de eventuais medos e receios. A figura do juiz desperta no imaginário popular sentimentos de respeito, receio e admiração, tal fato deve ser percebido pelo magistrado e utilizado, juntamente com outros mecanismos psicológicos, para não aumentar ainda mais o desequilíbrio emocional da testemunha.

Por fim, deve o interrogador tomar cuidado para pedir à testemunha apenas a descrição dos fatos e não a interpretação dos mesmos. Isso porque eventual interpretação dos fatos pela testemunha exigiria um exame de sua *capacidade de julgamento intelectual e moral*⁽¹⁹⁾, sendo comum não apenas os erros de observação e lembrança, como as interpretações erradas dos fatos. Cabe lembrar que a testemunha é a pessoa que presencia um fato, não devendo fazer juízos de valor sobre os mesmos em seu depoimento.

(18) *Ibidem*, p. 155.

(19) MIRA Y LÓPEZ, Emílio. *Op. cit.*, p. 163.

(17) MIRA Y LÓPEZ, Emílio. *Op. cit.*, p. 150.

6. Considerações finais

Um testemunho só pode ser valorado conhecendo quem o fez. Isso porque o tipo de personalidade, os hábitos e as tendências afetivas da testemunha afetam decisivamente na elucidação feita por esta sobre os fatos. Disso resulta que nenhum testemunho é perfeito, mas por meio dos instrumentos de análise psicológica é possível aferir o grau de fidedignidade do relato da testemunha.

O testemunho pode conter erro de percepção (decorrente de tendências afetivas, distorções psíquicas involuntárias, automatismos mentais, estresse, violência), erro de memória (decorrente de condições orgânicas, estado de espírito do observador, crenças, novas informações, emoções dolorosas, repressão) e erro de expressão (decorrente de falta de inteligência verbal, do ambiente da sala de audiência, dos tipos de perguntas, da linguagem usada entre interrogador e testemunha).

Embora não caiba à testemunha fazer juízos de valor sobre os fatos, processos na maioria das vezes inconscientes afetam a captação, o armazenamento e a exteriorização das informações e representações. Esses diversos fatores de ordem psicológica influenciam diretamente na qualidade do testemunho.

Todo evento presenciado passa pelo filtro interpretativo de cada pessoa composto por seus conhecimentos prévios, sentimentos e expectativas. E as interferências não param por aí. No processo de armazenamento dessas lembranças, também atuam fatores de ordem interna e externa, como os comentários de outras pessoas sobre o acontecimento, a mídia, novas informações. Por fim, na reconstrução do fato, a testemunha tende a preencher eventuais lacunas com informações já existentes em seu psiquismo e que podem não estar relacionadas à realidade dos acontecimentos.

Ao Direito interessa a realidade efetiva dos fatos, mas nem sempre esta guarda relação direta com a realidade psíquica das testemunhas.

Um mesmo fato pode gerar diferentes interpretações, pois cada indivíduo possui uma visão particular de mundo. O que a mente percebe e retém dos acontecimentos depende de fatores internos e externos. Podemos considerar fatores internos o próprio aparelho sensorio de cada pessoa, que é imperfeito, como os conteúdos emocionais preexistentes dos indivíduos que, em sua maioria, escapam à consciência do indivíduo. E, como fatores externos, o contexto social e cultural que se combina com aqueles fatores internos para formar a realidade psíquica de cada um. Mas isso não significa que a utilização dos instrumentos de análise psicológica não possa favorecer a compreensão da verdade real perseguida pelo Direito.

Embora a prova testemunhal seja o meio mais inseguro, em muitos processos se constitui o principal fundamento da decisão que dirime a controvérsia. Nesse sentido, entender a extensão com que ocorrem as interferências emocionais sobre o testemunho aumenta as chances de melhor lidar com a testemunha e obter dela um relato fático que seja mais próximo possível da realidade.

7. Referências bibliográficas

ATKINSON, R. L.; ATKINSON, C. A.; SMITH, E. E.; BEM, D. J.; NOLEN-HOEKSEMA, S. *Introdução à Psicologia de Hilgard*. 13. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2002.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. A psicologia do testemunho no processo do trabalho. In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*. Brasília, n. 30, ano 8, p. 112-123, jul. 2009.

DAVIDOFF, L. L. *Introdução à psicologia*. 3. ed., rev. e amp. São Paulo: Makron Books, 2001.

FIORELLI, José Osmir. Psicologia aplicada ao Direito. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região*. Campo Grande, n. 15, p. 55-73, 2010.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. São Paulo: Atlas, 2009.

GERRIG, R. J.; ZIMBARDO, P. G. *A psicologia e a vida*. 16. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2005.

MIRA Y LÓPEZ, Emílio. *Manual de psicologia jurídica*. São Paulo: Vida Livros, 2009.

ROVINSKI, Sônia Liane Reichert; CRUZ, Roberto Moraes (Orgs.). *Psicologia jurídica*. Perspectivas teóricas e processos de intervenção. São Paulo: Vetor, 2009.

STEMBERG, R. J. *Psicologia cognitiva*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Art. 70 da Lei n. 8.666/93 e Súmula n. 331 do C. TST: poderia ser diferente?

Tereza Aparecida Asta Gemignani^(*)

Resumo:

- ▶ A decisão proferida na ADC n. 16, reputando constitucional o disposto no art. 71 da Lei n. 8.666/93, em nada altera a Súmula n. 331 do TST que já observou esta diretriz, vedando a transferência da responsabilidade patronal conforme explicitado em seu inciso II, caminhando o inciso IV nesta mesma direção ao prever a observância do benefício de ordem, quando fixa a responsabilidade subsidiária. Em consonância com o art. 67 da mesma lei cabe ao ente público, tomador dos serviços prestados, acompanhar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador, de modo que a ocorrência desta contratação mediante processo licitatório aumenta seu encargo de fiscalizar a atuação do contratado, atraindo a aplicação do art. 186 do Código Civil. O comportamento negligente e omissivo da Administração configura culpa *in vigilando*, ao permitir a lesão aos direitos fundamentais do trabalhador que atuou em seu benefício, violando o interesse público albergado nos princípios da legalidade, moralidade e eficiência elencados no art. 37 da CF/88, que exigem a atuação pautada pela boa governança e *accountability* na gestão da coisa pública.

Palavras-Chave:

- ▶ ADC n. 16 — Constitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/93 e Súmula n. 331 do TST — Cláusula de reserva de plenário — Boa governança e *accountability* — Responsabilidade subsidiária de ente público — Benefício de ordem.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O sentido da supremacia do interesse público sobre o particular
- ▶ 3. ADC n. 16 e o art. 71 da Lei n. 8.666/93. Súmula Vinculante n. 10
- ▶ 4. O balizamento de conduta. Boa governança. *Accountability*
- ▶ 5. Poderia ser diferente?
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas. Doutora em Direito do Trabalho. Nível de pós-graduação pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP.

“Uma coisa é um país, outra um ajuntamento.
Uma coisa é um país, outra um regimento.”

Affonso Romano — Que país é este?

1. Introdução

Em relação aos entes públicos, o inciso XXI do art. 37 da CF/88 estabeleceu que os serviços prestados por terceiros devem ser contratados mediante processo de licitação. O art. 71 da Lei n. 8.666/93 fixou que nestes casos a responsabilidade do empregador pelos débitos trabalhistas não seria transferida para a Administração Pública.

Nos últimos anos, em decorrência de significativas alterações que vem ocorrendo na atuação dos entes estatais, esse tipo de contratação tem se intensificado. A questão trazida para o Judiciário trabalhista surge quando o empregador deixa de pagar o empregado e de recolher as contribuições fundiárias e previdenciárias.

Neste caso, o disposto no art. 71 suprarreferido poderia ser considerado salvo-conduto para afastar qualquer responsabilidade do ente público?

Provocado por um número significativo de processos em que esta situação jurídica é questionada, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 331 que fixou dois parâmetros distintos:

- a) Face às exigências previstas no inciso II do art. 37 da CF/88, quanto à necessidade de prévia aprovação em concurso público, estabeleceu que a “contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional”, preservando a não transferência estabelecida no art. 71 da Lei n. 8.666/93.
- b) Atento à necessidade de conferir efetividade à legislação trabalhista, fixou o entendimento de que o “inadimplemento das obrigações

trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços”, o que exige a observância do benefício de ordem, mantendo assim a diretriz fixada no suprarreferido artigo da lei de licitações.

Entretanto, tal orientação jurisprudencial vem sendo objeto de reiterados questionamentos junto ao STF, sustentando que a Súmula trabalhista teria exarado manifestação implícita de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/93, sem observar a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da CF/88, assim desrespeitando a Súmula Vinculante n. 10.

Assim sendo, e tendo em vista a recente decisão proferida pelo C. STF na ADC n. 16, o presente artigo se propõe a trazer ideias e reflexões, que possam contribuir para o debate da matéria.

2. O sentido da supremacia do interesse público sobre o particular

Uma das argumentações contra a diretriz adotada pela Súmula n. 331 consiste na alegação de que o interesse particular de um trabalhador, ou de um grupo de trabalhadores, não poderia prevalecer sobre o interesse público, de modo que a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público, quando houve a contratação dos serviços mediante licitação, violaria o princípio da legalidade.

Será?

Maria Sylvia Zanella di Pietro⁽¹⁾ explica que os “dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo — liberdade do indivíduo e autoridade da Administração — são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular ... essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais”.

(1) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 62 e ss.

Entretanto, é interessante observar como a doutrina descola a ideia de *interesse particular* do conceito de direitos fundamentais. Com efeito, ao discorrer sobre as tendências atuais do direito administrativo brasileiro, ressalta que entre as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 está o “alargamento do princípio da legalidade (para abranger não só a lei, mas também princípios e valores)”, de modo que o Estado Democrático de Direito passa a vincular a lei aos ideais de justiça, submetendo o “Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição,” notadamente os que foram albergados nos arts. 1º a 4º, entre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a moralidade, publicidade e impessoalidade.

Destarte, a discricionariedade administrativa será por estes limitada “o que significa a ampliação do controle judicial, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só diante da lei, mas também perante o Direito”. Portanto, o princípio da legalidade, referido no inciso II do art. 5º da CF/88, deve ser entendido como um conjunto de leis, valores e princípios agasalhados também nos direitos fundamentais, que estabelecem limites à atuação administrativa, exigindo sua submissão ao Estado de Direito.

Ao discorrer sobre os direitos fundamentais na Carta de 1988, Gilmar Ferreira Mendes⁽²⁾ enfatiza que a “colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhe significado especial... ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância”. Explica que os direitos fundamentais ultrapassam a órbita subjetiva, alcançando

uma dimensão maior na perspectiva da ordem constitucional objetiva, assim formando a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. Trazendo à colação doutrina desenvolvida por Jellinek, quanto a *Teoria dos quatro “status”*, ressalta que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica. Não se restringem mais à concepção tradicional de *direitos de defesa*, consagrando também direitos “que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*) quanto a prestações normativas de índole positiva (*normative Handlungen*)” por parte dos entes públicos.

Com base na doutrina e jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, explica Gilmar Mendes que o dever de proteção abrange também deveres de segurança que *impõem ao Estado a obrigação de “proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas” e o dever do Estado “atuar com objetivo de evitar riscos” para o cidadão, de modo que a inobservância do dever de proteção configura lesão a direito que a Carta Constitucional reputou fundamental.*

Portanto, a definição do âmbito de abrangência do direito de proteção exige um “renovado e constante esforço hermenêutico”, concluindo que, face a sua importância como viga de sustentação da Carta Política de 1988, os direitos fundamentais “somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição”.⁽³⁾

Neste contexto, as lúcidas observações de Luis Roberto Barroso⁽⁴⁾ ao explicar que “o público não se confunde com o estatal” pois atuam em planos diversos, sendo necessário também “reavivar uma distinção fundamental e pouco explorada”, que divide o conceito de interesse público entre primário e secundário.

(2) MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade — estudos de direitos constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-12.

(3) *Ibidem*, p. 14 e 28

(4) BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61, 69 e ss.

Interesse público *primário* é a razão de ser do Estado e está sintetizado nos fins que lhe cabe promover: justiça, segurança e bem-estar social, enquanto o interesse público *secundário* corresponderia ao interesse estatal da “pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica — quer se trate de União, quer se trate de Estado-membro, do Município ou das suas autarquias, esclarecendo que “em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário”. Isto porque o interesse público secundário — da pessoa jurídica de direito público, do erário — jamais desfrutará de supremacia, condição ostentada pelo interesse público primário, por consubstanciar *os valores fundamentais que devem ser preservados, notadamente o princípio da dignidade a pessoa humana, conceito de “corte antiutilitarista, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas”*. (grifos acrescentados)

Ao analisar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sob uma dimensão objetiva, Virgílio Afonso da Silva⁽⁵⁾ destaca que “deve ser definido com base no significado deste direito para a vida social como um todo. Isso significa dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia deste direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou boa parte deles”.

Nesta perspectiva, exigir que a Administração Pública fiscalize o cumprimento da legislação trabalhista pelo empregador contratado, não atende apenas ao direito de um indivíduo ou de um grupo de trabalhadores, mas visa proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental e seu significado como valor fundante da república brasileira, nos termos estabelecidos pelo inciso IV do art. 1º da CF/88.

(5) AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos fundamentais — conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. p. 185.

As ponderações de Daniel Sarmiento⁽⁶⁾ também caminham nesta direção, ao destacar que uma das consequências mais importantes da “dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. Através dela, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos como meros limites para o ordenamento e se convertem no norte do direito positivo, no seu verdadeiro eixo gravitacional” o que exige a reinterpretção dos institutos legais sob a ótica de uma “filtragem constitucional”. Conclui que “a dimensão objetiva dos direitos fundamentais prende-se ao reconhecimento de que neles estão contidos os valores mais importantes de uma comunidade política” que penetram “por todo o ordenamento jurídico, modelando suas normas e institutos e impondo ao Estado deveres de proteção. Assim, já não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos humanos. *É preciso que ele aja concretamente para protegê-los de agressões e ameaças de terceiros, inclusive daquelas provenientes dos atores privados*”.

Tais reflexões trazem subsídios importantes para a análise da controvérsia.

Se o ente público efetua contratação para a realização de um serviço, só porque tal se deu através de um processo licitatório estaria desobrigado de fiscalizar e exigir que este empregador cumpra suas obrigações trabalhistas, fundiárias e previdenciárias?

Se o Estado de Direito mantém a estrutura de uma Justiça Especializada Trabalhista como garantidora, por que iria permitir que um ente público se mantivesse inerte, precisamente quando a lesão é praticada contra aquele trabalhador que se ativou em seu benefício?

(6) SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 124 e ss.

Com efeito, qual o fundamento jurídico para sustentar que ao atuar como tomador o ente público estaria dispensado de exigir e fiscalizar o efetivo cumprimento da lei trabalhista, notadamente quando a força de trabalho foi prestada em seu favor e o art. 67 da mesma Lei n. 8.666/93 expressamente exigir que “ a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da administração especialmente designado”?

Como admitir que a administração pública teria obrigação de ressarcir o dano provocado por ato ilícito praticado por seus agentes contra terceiros, conforme prevê o § 6º do art. 37 da CF/88, mas estaria desobrigada de responder pelo ilícito praticado por um contratado seu contra um trabalhador, de cuja atuação foi beneficiário?

Num Estado Democrático de Direito, como sustentar que a Administração Pública afigure proveito dos serviços de um trabalhador, mas *lave as mãos* em relação aos seus direitos trabalhistas, que detêm natureza alimentar, efetuando o pagamento ao empregador sem fiscalizar se houve o efetivo cumprimento da norma fundamental prevista no art. 7º da CF/88, e fique tudo por isso mesmo?

Acaso o art. 71 da Lei n. 8.666/93 desobriga a Administração Pública de respeitar os direitos fundamentais daquele trabalhador que presta serviços em seu benefício?

3. ADC n. 16 e o art. 71 da Lei 8.666/93 Súmula Vinculante n. 10

A decisão proferida pelo STF, que reconheceu a constitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/93 ao julgar procedente a ADC n. 16, em nada altera a Súmula n. 331 do TST que já observou esta diretriz, conforme consta de seu inciso II, ao estabelecer que a “*contratação irregular de trabalhador mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional*”, pois cabe mesmo ao contratado a responsabilidade pelos encargos trabalhistas

em decorrência de sua situação de empregador, *condição que não se transfere ao ente público*, porque nestes casos a Administração Pública está constitucionalmente impedida pelo inciso II do art. 37 da CF/88 de atuar como empregadora.

O questionamento suscitado em inúmeras ações trabalhistas se refere ao constante do inciso IV da mesma Súmula, ao tratar da responsabilidade da Administração Pública pela omissão e negligência, quando deixa de exigir e fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista pelo empregador contratado, fixando que:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666/93).

É possível considerar que esta diretriz jurisprudencial afastou a incidência do disposto no art. 71 da Lei n. 8.666/93 e violou a Súmula Vinculante n. 10, por inobservância da cláusula de *reserva de plenário*?

Penso que não.

Em nenhum momento a constitucionalidade do referido dispositivo legal foi questionada, nem mesmo de forma implícita. Pelo contrário, explicitamente se partiu do pressuposto de sua constitucionalidade, como demonstra o texto suprarreferido do verbete sumular, quando faz menção expressa a este texto legal em seu inciso IV.

Com efeito, a diretriz jurisprudencial trabalhista não estabeleceu a *transferência* dos encargos patronais do *empregador* para a Administração. Pelo contrário, *não houve transferência de responsabilidade, pois o empregador permanece como o principal responsável pelo adimplemento da obrigação*, de modo que aplicação do disposto no art. 71 da Lei n. 8.666/93 foi observada também pelo inciso IV.

Ademais, não se pode desconsiderar que ao instituir normas para licitações/contratos da administração Pública a Lei n. 8.666/93 também exige a observância da moralidade e probidade, como refere em seus arts. 89 e 99.

Isto porque o procedimento licitatório decorre do princípio de indisponibilidade do bem público. Explica Maria Sylvania Zanella di Pietro⁽⁷⁾ que, constituindo-se numa “restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta *melhor atenda ao interesse público*”.

Portanto, como bem ressalta Vlademir da Rocha França⁽⁸⁾, “cabe ao gestor público justamente empregar esses preceitos fundamentais para otimizar a seleção da melhor proposta e a preservação da garantia da isonomia”, *evitando que haja violação a um princípio jurídico não só durante a formação, mas também no decorrer do “desenvolvimento da licitação”*.

Neste contexto, evidente que o art. 71 da Lei n. 8.666/93 deve ser interpretado em consonância com o disposto no art. 67 do mesmo diploma legal, de sorte que não há respaldo para isentar a Administração Pública do dever de acompanhar e fiscalizar a atuação da empresa contratada, quanto ao efetivo cumprimento das obrigações legais trabalhistas. Nem pode ser incorretamente aplicado para acobertar conduta negligente do ente público, que permite a violação de princípios jurídicos e cause lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, que presta serviços em seu benefício.

A decisão proferida na ADC n. 16 deixa claro este raciocínio ao repudiar o comportamento omissivo da Administração Pública exigindo, entretanto, que tal fato esteja devidamente comprovado nos autos.

(7) DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Ob. cit., p. 335.

(8) FRANÇA, Vlademir da Rocha. Considerações sobre a legalidade e demais princípios jurídicos da licitação. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício Coords.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 395-416

Assim é porque a imputação de responsabilidade ao ente público não caracteriza a transferência vedada pelo art. 71 da Lei n. 8.666/93. O empregador continua a deter com exclusividade a responsabilidade patronal contratual. A responsabilidade da Administração Pública deriva de fato gerador diverso (negligência), *ex lege* (art. 186 do Código Civil) tendo a Súmula n. 331 observado tal disposição legal ao atribuir-lhe a conotação de subsidiária, em que é de rigor a observância do benefício de ordem e a possibilidade de ação regressiva, de sorte que se trata de uma questão de subsunção do fato à norma, uma questão de legalidade, o que afasta a exigência da cláusula de reserva de plenário, inocorrendo a violação da Súmula Vinculante n. 10.

Destarte, a interpretação sistemática do disposto nos arts. 67 e 71 da Lei n. 8.666/93 respalda a fixação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nos termos estabelecidos no inciso IV da Súmula n. 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho, que assim atua no legítimo exercício de sua competência constitucional exclusiva (art. 111 e seguintes da CF/88).

4. O balizamento de conduta. Boa governança. *Accountability*

Portanto, falacioso o argumento de que a responsabilidade subsidiária do Estado não poderia subsistir porque o interesse público tem supremacia sobre o particular.

Com efeito, não se trata de fazer valer o direito de um indivíduo ou de um grupo de empregados, mas de preservar o conteúdo essencial dos direitos trabalhistas, cujo cumprimento se reveste de inequívoco interesse público por se tratar de norma fundamental, assim instituída pela Lei Maior em seu art. 7º.

Ademais, como considerar que uma conduta omissiva e negligente por parte da Administração Pública possa ser considerada preservadora do interesse público?

Os preceitos infraconstitucionais que disciplinam a licitação foram estabelecidos precisamente para preservar o interesse público, que “vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação” como bem pondera Maria Sylvia Zanella di Pietro⁽⁹⁾, de modo que não podem ser utilizados como salvo-conduto para burlar leis trabalhistas.

Neste sentido também as lúcidas reflexões de Celso Antonio Bandeira de Mello⁽¹⁰⁾ ao ressaltar que “sendo interesses qualificados como próprios da coletividade — internos ao setor público — não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los — o que é também um dever — na estrita observância do que dispuser a intentio legis”, concluindo que a Administração Pública não detém o juízo de disponibilidade para escolher quais dos interesses públicos confiados a sua guarda e realização deverão ser observados, ou não, sob pena de ter que responder pela omissão.

Destarte, a diretriz jurisprudencial constante do inciso IV da Súmula n. 331 do TST, respaldada na melhor doutrina, baliza a conduta da administração pública pelos requisitos da boa governança e *accountability*, como exige a Constituição Federal de 1988.

5. Poderia ser diferente?

O nexa causal justificador da responsabilização é a conduta omissiva e negligente do ente público, que se beneficia da força de trabalho de alguém e remunera seu empregador sem fiscalizar se cumpriu com suas obrigações trabalhistas. Destarte, a construção jurisprudencial contida no inciso IV da Súmula n. 331 foi explicitada *secundum legem*, estando ancorada também no art. 186 do Código Civil, de sorte

que plenamente observado o princípio da legalidade.

Isto porque a finalidade integra o princípio da legalidade, como explica Celso Antonio Bandeira de Mello pois não se “compreende uma lei, não se entende uma norma, sem entender qual é o seu objetivo. Donde não se aplica uma lei corretamente se o ato de aplicação carecer de sintonia com o escopo por ela visado. Implementar uma regra de direito não é homenagear exteriormente sua dicção, mas dar satisfação a seus propósitos. Logo só se cumpre a legalidade quando se atende a sua finalidade. A atividade administrativa desconstruída com o fim legal é inválida e, por isso, judicialmente censurável”.

Mas não é só.

Produz efeito irradiador para toda Administração Pública, sinalizando que deve proceder com mais cautela, fiscalizando e acompanhando a prestação de serviços em prol do interesse público, obrigação legal que deve ser observada com maior rigor quando a contratação ocorre mediante processo licitatório.

Neste espeque, como se pode concluir que está sendo priorizada a supremacia do interesse público, se houve a escolha da proposta menos vantajosa por consignar números e valores irreais, eis que o proponente assim a apresentou por poder contar com posterior inadimplemento das obrigações trabalhistas, deste modo viciando o próprio processo licitatório ao elidir a igualdade de condições?

Ora, a fiscalização da prestação dos serviços contratados emerge da própria finalidade da lei e assim está expresso em seu art. 67, o que se reveste de inequívoco efeito moralizador, conferindo maior lisura ao procedimento licitatório. Com efeito, cientes de que haverá efetiva fiscalização pelo ente público, os interessados só participarão se tiverem condições de honrar a proposta apresentada em sua integralidade, o que inclui o cômputo do efetivo cumprimento das consequentes obrigações trabalhistas.

(9) DI PIETRO, Maria Sylvia. Ob. cit., p. 37 e ss; 63 e ss.

(10) MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 73-74.

Destarte, a responsabilização subsidiária do Estado visa preservar o interesse público e fazer valer a finalidade do ordenamento jurídico, evitando que a licitação seja usada para burlar a legislação trabalhista.

O ordenamento jurídico do país não está fatiado em comportamentos estanques. As leis se articulam como vasos comunicantes, tendo por escopo o balizamento do comportamento social. Ao exigir que o ente público fiscalize a atuação do contratado quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, a lei está indicando que o processo licitatório deve ser para valer e não uma peça de ficção. Está evidenciando que o Estado que exige o cumprimento da lei trabalhista através da Justiça do Trabalho é o mesmo Estado que fiscaliza tal cumprimento na prestação de serviços por parte de terceiros, ou seja, *o padrão de conduta exigível dos cidadãos é o mesmo*, conferindo maior legitimidade ao próprio processo licitatório, por sinalizar aos participantes que atuará durante a prestação de serviços para evitar que tais parâmetros sejam infringidos de forma transversa.

A maioria do país exige que tais marcos paradigmáticos sejam respeitados por todos, sem excluir a Administração Pública, que detém responsabilidade fiscalizadora durante todo o período em que ocorrer a prestação dos serviços contratados.

É dizer, a lei não vale só para os outros, mas para a Administração Pública também, e com muito mais razão. O ordenamento jurídico não ampara a interpretação que possibilita a negligência do ente público, reduzindo-o a triste figura de acobertador da conduta ilícita do empregador contratado.

Poderia ser diferente?

Poderia admitir que a conduta omissiva do ente público redunde num enriquecimento ilícito do empregador, que se apodera dos valores destinados às verbas trabalhistas, deixando de efetuar os pagamentos de natureza

alimentar devidos ao seu empregado, além de sonegar os recolhimentos fundiários e previdenciários?

A Constituição pode ser reduzida a um simples ajuntamento de normas, com o descumprimento das regras de boa governança e *accountability* que instituem o devido processo legal administrativo, sob o descarado argumento de que o agente público se limitou a seguir os trâmites formais de um procedimento licitatório?

Os direitos fundamentais, estabelecidos como vigas de edificação da República Brasileira pela Carta Constitucional, podem ser rebaixados a condição de mero regimento?

É evidente que não.

A Carta Constitucional é bússola que fixa a diretriz, o caminho a ser percorrido pelo ordenamento jurídico para preservar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que sustentam institucionalmente o país, preservando sua vitalidade como nação.

Poderia ser diferente?

6. Conclusão

Em cumprimento aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, albergados no art. 37 da CF/88, a Administração Pública tem obrigação legal de pautar sua atuação pela boa governança e *accountability* na gestão da coisa pública, preceitos que também embasam as regras estabelecidas na lei das licitações.

A decisão proferida pelo STF na ADC n. 16, reputando constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/93, em nada altera a Súmula n. 331 do TST, que já observou este comando legal ao considerar que as obrigações patronais do empregador não se transferem para a Administração Pública. Quando comprovado, o comportamento negligente e omissivo nos termos do art. 186 do Código Civil enseja a responsabilidade subsidiária do ente público pela conduta culposa *in vigilando*, o que também está em conformidade com tal diretriz, pois implica na observância do benefício de ordem e possibilita a ação regressiva.

O dever de fiscalizar está consignado expressamente no art. 67 e emerge da própria finalidade da lei, revestindo-a de inequívoco efeito moralizador, conferindo maior lisura ao procedimento licitatório ao preservar o interesse público, evitando que a licitação seja usada para burlar a legislação trabalhista e causar lesão aos direitos fundamentais do trabalhador.

7. Referências bibliográficas

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos fundamentais — conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANÇA, Vlademir da Rocha. Considerações sobre a legalidade e demais princípios jurídicos da licitação. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício Coords.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade — estudos de direitos constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Interditos proibitórios e direito fundamental de greve

Ronaldo Lima dos Santos^(*)

Resumo:

- ▶ Após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, a Justiça do Trabalho tornou-se competente para apreciar e julgar praticamente todas as lides decorrentes de conflitos sindicais, inclusive as demandas referentes ao exercício do direito de greve, como as ações de interditos proibitórios, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, as ações de interditos têm indevidamente sido propostas com amplitude superior às questões possessórias, com flagrante violação do direito fundamental de greve dos trabalhadores e com a única finalidade de salvaguardar a continuidade da atividade empresarial ou contra a organização coletiva dos trabalhadores, transformando-se em instrumento antissindical. Por outro lado, na Justiça do Trabalho, a competência para a apreciação de conflitos coletivos é originária dos Tribunais Trabalhistas, os quais possuem procedimento específico para a solução das lides coletivas entre trabalhadores e empregadores, tornando questionável não somente a competência dos juízos singulares de primeiro grau como o próprio cabimento de interditos proibitórios em caso de greve nesta Justiça especializada.

Palavras-Chave:

- ▶ Greve — interdito proibitório — posse — conflito coletivo do trabalho — injunções.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Interdito proibitório e a competência da Justiça do Trabalho após a EC n. 45/2004
- ▶ 2. Interdito proibitório: conceito e objeto
- ▶ 3. Exercício do direito de greve: proteção da posse x tutela da atividade empresarial
- ▶ 4. Interdito proibitório como ato antissindical: reminiscência das injunções do direito norte-americano

(*) Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – USP. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Professor em cursos de pós-graduação. Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região – São

Paulo, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, interesses difusos e coletivos, ações coletivas, interesses homogêneos e Direitos Humanos. Possui, entre outras produções, 4 livros publicados, 1 livro organizado, 4 capítulos de livros publicados, 45 artigos publicados em periódicos especializados e 16 trabalhos publicados em jornais de congressos.

- ▶ 5. Incompetência das Varas do Trabalho para interditos proibitórios em caso de greve: competência dos Tribunais Trabalhistas para lides coletivas
- ▶ 6. Existência de instrumento processual próprio e específico na Justiça do Trabalho
- ▶ 7. Referências bibliográficas.

1. Interdito proibitório e a competência da Justiça do Trabalho após a EC n. 45/2004

A Emenda Constitucional n. 45/2004 consolidou uma prenunciada tendência legislativa de transferência da solução dos conflitos intra e intersindicais para a Justiça do Trabalho. Não obstante a presença inicial de algumas interpretações restritivas, com o advento da referida reforma constitucional, a competência da Justiça do Trabalho foi consideravelmente ampliada em matéria de conflitos sindicais, como se observa da redação atual dos incisos II e III e §§ 2º e 3º do art. 114 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 114 – Compete à Justiça do Trabalho, processar e julgar:

(...)

II – as ações que envolvam o exercício do direito de greve;

III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

(...)

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão ao interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

A Justiça do Trabalho tornou-se competente para a apreciação e julgamento de diversas matérias sindicais, ou conexas a estas, como

as questões que envolvam conflito de representação entre sindicatos; ações contra atos atentatórios das liberdades sindicais individual e coletiva (cometidos por empregador ou sindicato da categoria econômica em face do sindicato profissional ou dos trabalhadores; perpetrados pelo sindicato profissional em relação aos próprios trabalhadores; ação de um sindicato profissional sobre outro), controvérsias decorrentes de eleições sindicais; lides envolvendo contribuição sindical; as ações decorrentes do exercício do direito de greve (como o dissídio coletivo de greve, a ação civil pública, as ações possessórias e os interditos proibitórios); demandas que recaem sobre direitos previstos em acordos e convenções coletivas de trabalho ou sobre esses instrumentos (como as ações anulatórias de cláusulas convencionais); ações propostas por empregador contra o seu respectivo sindicato e vice-versa; demandas contra atos do Ministério do Trabalho e Emprego nos procedimentos de registro sindical, ações contra a Caixa Econômica Federal, etc.

Atualmente, com a redação dos incisos II e III do art. 114 da Constituição Federal de 1988, não há dúvida que a Justiça do Trabalho apresenta ampla competência para apreciação e julgamento de interditos proibitórios no caso de greve, o que não significa, ressalte-se, que a competência reconhecida se equivalha à possibilidade de cabimento dos referidos interditos nas hipóteses do exercício do direito de greve, como veremos adiante; uma vez que a competência material implica somente o reconhecimento de determinado órgão judiciário para a apreciação de determinada matéria, não suscitando o cabimento de todas as demandas a ela pertinentes, máxime quando presentes instrumentos processuais específicos para determinada situação, como no caso em comento.

Não obstante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça consolidado no sentido da competência da Justiça Comum para o julgamento dos interditos proibitórios suscitados nas hipóteses de atos decorrentes do exercício do direito de greve, mesmo após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário n. 579.648, interposto pelo Sindicato dos Bancários de Belo Horizonte e região em face de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, na esteia da jurisprudência do STJ, havia reconhecido a competência da Justiça comum para examinar o conflito, reconheceu a repercussão geral do tema e a competência material da Justiça do Trabalho para a apreciação e julgamento das ações de interditos proibitórios decorrentes do exercício do direito de greve (art. 114, incisos II e III, da CF/88):

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. JUSTIÇA DO TRABALHO X JUSTIÇA COMUM. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. MOVIMENTO GREVISTA. ACESSO DE FUNCIONÁRIOS E CLIENTES À AGÊNCIA BANCÁRIA: “PIQUETE”. ART. 114, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. A determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil” (Conflito de Jurisdição n. 6.959), bastando que a questão submetida à apreciação judicial decorra da relação de emprego. 2. Ação de interdito proibitório cuja causa de pedir decorre de movimento grevista, ainda que de forma preventiva. 3. O exercício do direito de greve respeita a relação de emprego, pelo que a Emenda Constitucional n. 45/2004 incluiu, expressamente, na competência da Justiça do Trabalho conhecer e julgar as ações dele decorrentes (art. 114, inciso II, da Constituição da República). 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para fixar a competência da Justiça do Trabalho. (RE n. 579.648, Plenário do STF, Relator Ministro Menezes Direito, julgamento em 10.9.2008, publicado no DJE de 6.3.2009)

Entretanto, a partir de uma visão meramente materialista e patrimonialista das questões materiais subjacentes aos interditos proibitórios, fundamentada nos mesmos princípios individualistas do direito processual civil, no qual o juiz singular possui competência para a apreciação destas demandas possessórias, independentemente da natureza do conflito material envolvido, adotou-se como praxe a competência dos juízos singulares das Varas do Trabalho para a apreciação e julgamento das ações de interditos proibitórios quando os atos e condutas fossem decorrentes do exercício do direito de greve, não obstante a consagrada competência funcional dos Tribunais Trabalhistas (Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho) para a solução dos conflitos coletivos do Trabalho.⁽¹⁾

Neste diapasão, reconheceram-se como legitimados, o empregador, de um lado, autor da ação de interdito, e o sindicato profissional do outro, tido como responsável direto pelos atos e condutas praticados pelos membros da categoria em determinado movimento paretista abrangente das atividades empresariais do autor.

Ressalte, outrossim, que a circunstância de a Justiça do Trabalho ser competente para a apreciação dos conflitos materiais correlacionados com o direito de greve, não pressupõe necessariamente o cabimento dos interditos proibitórios nessa situação, tendo em vista a existência de um instrumento jurisdicional

(1) GREVE. INTERDITO PROIBITÓRIO. CONFLITO DE NATUREZA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. Os aspectos possessórios concernentes à realização de piquetes vinculados a movimentos paretistas, não desvirtuam a natureza trabalhista do conflito, o que atrai a competência material desta Justiça Especializada para dirimi-lo, pertencendo ademais a atribuição funcional correlativa ao juiz de primeira instância, mercê do contexto institucional que dimana da atual redação conferida ao art. 114 da Constituição Federal, ilação que só pode ser afastada em se tratando de dissídios coletivos em sentido estrito. (TRT/15ª Região; Processo n. 01537-2005-000-15-00-8 AÇÃO NÃO TIPIFICADA – (Ac. SDC 90/05-PADC) – Rel. Juiz Manoel Carlos Toledo Filho. DJSP 25.10.2005, p. 4)

específico para a apreciação de conflitos coletivos consubstanciando no dissídio coletivo. Por outro lado, na Justiça do Trabalho, a competência para a apreciação de conflitos coletivos é originária dos Tribunais Trabalhistas, os quais possuem procedimento específico para a solução das lides coletivas entre trabalhadores e empregadores, tornando questionável não somente a competência dos juízos singulares de primeiro grau como o próprio cabimento de interditos proibitórios em caso de greve nesta Justiça especializada.

2. Interdito proibitório: conceito e objeto

O vocábulo “interdito”, originário do termo latino *interdicere* (interdizer, lavar um decreto), originalmente designa uma “ordem” ou “mandado” expedido pelo magistrado para que se torne defesa a prática de determinado ato, a feitura de certa coisa ou se proteja um direito individual.⁽²⁾ No ordenamento jurídico brasileiro, o interdito proibitório possui significado restrito ao âmbito da tutela da posse, não servindo para a tutela de direitos obrigacionais ou individuais de caráter não possessório.

O interdito proibitório de natureza possessória tem origens romanas. No direito romano, as pretensões fundamentadas no direito de propriedade, pelas quais o proprietário reclamava a posse de bem retido por outrem, denominava-se *rei vindicatio*. Quando, porém, a pretensão nascia do *jus possessionis*, ou seja, do simples fato de o autor ter sido violado na posse de determinado bem, a ação era nomeada como possessória ou interdito possessório.⁽³⁾ O “interdito” (*interdictum*; plural *interdicta*) consistia numa ordem do pretor, fundamentada em seu poder de império (*imperium*), para que determinada parte fizesse ou se abstinisse de realizar determinado ato ou conduta. Em suma, eram

ordens baixadas pelo pretor para proteger a posse ameaçada por terceiros.⁽⁴⁾

Atualmente, em nossa legislação processual, a ação de interdito proibitório vem prevista no Capítulo V (Das Ações Possessórias) do Livro IV (Dos Procedimentos Especiais) do Código de Processo Civil, cujo art. 932 dispõe, *in verbis*, que:

Art. 932. O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

O interdito proibitório constitui um dos instrumentos processuais para a tutela do direito de posse, em caso de esbulho ou turbação, garantindo o direito do possuidor ao exercício de algum dos poderes inerentes ao domínio (art. 1.196 do CCB), bem como os seus direitos de desfrute e garantia da posse, assegurados pela legislação civil:

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

Paralelamente ao interdito proibitório, o legislador processual previu duas outras ações (interditos) para a salvaguarda da posse, ação de manutenção da posse (*interdicta retinendae possessionis* do direito romano), a qual se destina a proteger o possuidor contra atos de turbação de sua posse, e a ação de reintegração de posse (antigo *interdito recuperandae possessionis* romano), a qual tem como objetivo restituir o possuidor na posse, em caso de esbulho (a injusta e total privação da posse, sofrida por aquele que a vinha exercendo).⁽⁵⁾ Ambas são previstas principalmente para a hipótese de pretensão de tutela de “posse velha”, com mais de um ano e dia, ou nas hipóteses em que o largo lapso temporal de reação do autor contra

(2) SILVA, Oscar José de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 441.

(3) THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3, p. 130.

(4) CRETELLA JR., José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 191-192.

(5) THEODORO JR., Humberto. *Op. cit.*, 131.

esbulho ou turbação da sua posse não justifique a propositura da ação sumária de interdito proibitório, por falta da presunção da perda do *periculum in mora* em virtude da demora no pedido de tutela.⁽⁶⁾

O interdito proibitório tem natureza de ação possessória preventiva, figurando como uma variação da ação de manutenção de posse, na qual o possuidor é conservado na posse que detém e é assegurado contra moléstia apenas ameaçada. A concessão do interdito dá-se para que não ocorra o atentado à posse, mediante ordem judicial proibitória, da qual constará cominação de pena pecuniária para a hipótese de transgressão do preceito (art. 932 do CPC).⁽⁷⁾

Trata-se de típica ação possessória, de caráter mandamental, cujo objeto é a conservação da posse direta ou indireta do autor, mediante a prova de justo e concreto receio de ser molestado em sua posse por ameaça de atos de turbação ou esbulho iminente, mediante a cominação de determinada pena pecuniária ao réu, em caso de transgressão da ordem emitida. Por meio do interdito, o autor objetiva a consecução de uma ordem judicial (liminar) proibitória dos atos de atentado à posse.

Como típica ação possessória, o *interdictum* versa exclusivamente sobre atos (turbação ou esbulho) ilícitos voltados para a posse (direta ou indireta) do possuidor, o qual se vê na iminência de ter sua posse despojada contra a sua vontade, sem que assista ao violentador qualquer direito ou licitude que possa justificar o seu ato (esbulho, usurpação da posse) ou de vê-la turbada, isto é, a posse é alvo de qualquer ato injusto, violento ou abusivo que impeça o seu livre exercício. Tanto a turbação quanto o esbulho pressupõem para a sua caracterização que o ato praticado se mostre injusto, ilícito, ilegal ou abusivo, sem qualquer apoio em lei.

(6) CPC, "Art. 924. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório."

(7) THEODORO JR. Humberto. *Op. cit.*, 131.

A ilicitude do ato é condição *sine qua non* para a concessão do interdito.

Desse modo, para a concessão do interdito proibitório são necessários dois requisitos: 1. o *animus possidendi* da parte contrária; consubstanciado na intenção do agente de praticar atos e condutas direcionados à posse de outrem (autor); 2. a ilicitude dos atos praticados, baseados em condutas ilegais, como a turbação e o esbulho. Tratam-se de atos ilícitos voltados contra a posse de outrem, no sentido material e patrimonial, isto é, direcionado contra um dos direitos inerentes ao domínio: a posse; tanto em relação ao elemento ético desta (*animus*) quanto ao material (*corpus*), porém sempre contra a posse em si, jamais sobre direitos e obrigações dela decorrentes ou a ela vinculados, direta ou indiretamente.

Deste modo, como ressaltava Savigny, nem toda demanda que emergisse da posse ou a tivesse como objeto constituía uma demanda possessória. Para a caracterização da lide como possessória seria relevante a qualificação da conduta do agente (terceiro) em face da posse do autor. Só seriam verdadeiros interditos possessórios aqueles baseados em delitos, como ocorre nos *interdicta retinendae et recuperandae possessionis*, para repelir a turbação e o esbulho.⁽⁸⁾

Como expõe Humberto Theodoro Júnior, (...) o que traça o caráter do interdito possessório é o objetivo voltado apenas para a questão possessória, ou seja, a apuração da posse do autor, da turbação ou esbulho atribuído ao réu, bem como a data em que se deu a moléstia à posse (CPC, art. 927), sem qualquer interferência de questões dominiais ou relativas a direitos reais.⁽⁹⁾

Não se pode conseqüentemente utilizar os interditos possessórios com pretensão de tutela de direitos pessoais ou obrigacionais.⁽¹⁰⁾

(8) SAVIGNY, F. C. *apud* THEODORO JR., Humberto. *Op. cit.*, p. 130.

(9) THEODORO JR., Humberto. *Op. cit.*, p. 134.

(10) *Ibidem*, p. 136.

A ação de interdito constitui um instrumento processual para a tutela da posse (direta ou indireta) enquanto elemento de exteriorização do domínio, de forma que esta tutela possessória desvela-se, em última análise, na proteção do próprio direito de propriedade.

A finalidade desta ação sumária é conceder principalmente ao próprio proprietário (mas abrange o mero possuidor) do bem turbado ou esbulhado um veículo rápido para a proteção da sua posse sem que tenha que participar de todo um processo de reivindicação em que deva provar a titularidade do seu domínio. Porém, como meio da facilitação de tutela de seu domínio, a norma concede-lhe a proteção com a simples prova do estado de fato (que está ou estava na posse da coisa) e que foi esbulhado, turbado ou ameaçado. Como assinalou o saudoso Silvio Rodrigues:

Realmente, oferecendo ao possuidor um tipo especial de ação, mas célere que a ordinária, e dispensando a prova do domínio para se contentar com a da posse, facilita a lei a tarefa do proprietário na defesa do seu domínio. Não precisa este recorrer ao juízo petitorio para fazer valer o seu direito. Basta-lhe o ingresso em juízo possessório. Essa, com efeito, a diferença entre ambos.⁽¹¹⁾

3. Exercício do direito de greve: proteção da posse x tutela da atividade empresarial

Como exposto alhures, o interdito proibitório constitui um instrumento processual para a tutela da posse (direta ou indireta) enquanto elemento de exteriorização do domínio, de forma que a tutela da posse desvela-se, em última análise na proteção do próprio direito de propriedade. Embora a posse não seja considerada pela doutrina dominante como um direito real, a sua proteção por meio de interdito tem fundamento na medida em que aparece como um desdobramento do domínio, e somente nesta situação. No entanto, verifica-se uma

(11) RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil — direito das coisas*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 55-56.

determinada atecnia na concessão de interditos proibitórios em hipóteses do exercício do direito de greve pela Justiça do Trabalho, na medida em que são indevidamente requeridos e concedidos interditos para a tutela da atividade empresarial e não de determinada posse em si.

Como preleciona Inglez de Souza,

Por empresa devemos entender uma repetição de atos, uma organização de serviços, em que se explore o trabalho alheio, material ou intelectual. A intromissão se dá, aqui, entre o produtor do trabalho e o consumidor do resultado desse trabalho, com o intuito de lucro.⁽¹²⁾

A empresa constitui a atividade do empresário, consubstanciada na organização dos fatores de produção — terra, capital e trabalho —, por meio da mediação da produção dos trabalhadores e a colocação do produto final no mercado de bens e serviços, com o intuito de lucro. Como elucidada J. X. Carvalho de Mendonça, a empresa consiste na:

Organização técnico-econômica que se propõe produzir a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens e serviços destinados à troca (venda), com esperança de realização de lucros, correndo riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade.⁽¹³⁾

No contexto das relações coletivas de trabalho, o Direito de greve em determinada medida sempre se dirige, direta ou indiretamente, para a atividade empresarial do empregador, seja pelos próprios efeitos da paralisação do trabalho, seja pela estratégia do movimento paredista de embaraçar a atividade empresarial do empregador com vistas a forçar uma negociação coletiva entre as partes. Não é da essência do exercício do direito de greve o seu direcionamento

(12) SOUZA, Inglez de *apud* REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 80-81.

(13) MENDONÇA, J. X. Carvalho de *apud* REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 81.

contra o direito de posse do empregador, não se podendo presumir turbacão da posse nas hipóteses de mera perturbação da atividade empresarial.

Nesta esteira de raciocínio, não se pode confundir a concessão de interdito proibitório para a salvaguarda de interesses do possuidor com a tutela do interesse na continuidade das atividades do empresário, entendido este como todo “aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (CCB, art. 966). A turbacão da organização dos elementos da empresa (terra, capital e trabalho), neles compreendido o estabelecimento enquanto objeto organizacional da atividade empresarial, constitui fator subjacente a um conflito coletivo de trabalho, devendo ser analisado dentro deste contexto, e não pontualmente como uma mera questão possessória, de forma que não justifica a propositura de interdito proibitório, nem tampouco a sua concessão nestas situações.

As situações de realização de assembleias na frente das empresas, piquetes pacíficos ou violentos, greve de ocupação e obstaculização da entrada de clientes e empregos nos estabelecimentos dos empregadores são questões inerentes à própria qualificação do movimento paredista, cuja competência para apreciação é originária dos Tribunais do Trabalho (TRT e TST), conforme a dimensão do conflito, somente os quais possuem competência para constatar a abusividade ou não da greve e determinar as medidas necessárias para o restabelecimento da ordem.

O que se verifica nas hipóteses de propositura de determinados interditos proibitórios na Justiça do Trabalho é a pretensão de tutela do interesse imediato do empregador na continuidade da sua atividade empresarial, sem nenhuma correlação com o instituto da posse; na maioria das vezes, com a concessão de liminar pelos Órgãos da Justiça do Trabalho, revelando um desvirtuando do instituto processual em comento.

Somente os demais direitos reais decorrentes do direito de posse ensejam a tutela por intermédio de interditos, não servindo estes para a proteção de direitos pessoais e obrigacionais. Nesse sentido, dispõe a Súmula n. 228 do STJ, que não reconhece a possibilidade de interdito proibitório para a proteção de direitos intelectuais, como os direitos autorais.⁽¹⁴⁾

Como assevera Clóvis Beviláqua:

O Código reconhece a posse dos direitos, que consiste na possibilidade incontestável do efetivo exercício de um direito. Como, porém, a posse é um estado de fato, correspondente à propriedade, os direitos suscetíveis de posse são apenas os que consistem em desdobramentos dela, os direitos reais, excluída, naturalmente, a hipoteca, porque ela não importa utilização nem detenção da coisa vinculada à garantia de pagamento. Os direitos pessoais são estranhos ao conceito de posse.⁽¹⁵⁾

Vale ressaltar que, contrariamente ao que se verifica nos dias atuais na Justiça do Trabalho, os interditos proibitórios chegaram a ser utilizados para a tutela de direitos pessoais, incorpóreos, como o direito a determinado cargo no serviço público, por influência de Ruy Barbosa, o qual patrocinou a causa de dezesseis professores catedráticos da Escola Politécnica do Rio de Janeiro, que haviam sido suspensos, por três meses, com privação de vencimentos, pelo Governo Federal, por terem se rebelado contra uma decisão do diretor deste instituto de ensino, tendo sido requerido e obtido o mandado de manutenção de posse para que fossem mantidos no exercício dos seus cargos, episódio que reformulou a concepção dos interditos proibitórios, com a sua restrição aos casos de direitos reais, bem como suscitou a instituição do mandado de segurança a partir de 1934, obstando-se o manejo

(14) Súmula n. 228 – É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral.

(15) BEVILÁQUA, Clóvis *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – direito das coisas*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

dos interditos proibitórios para referido desiderato.⁽¹⁶⁾ Desse modo, os interditos proibitórios retomaram o seu lugar restrito de tutela dos efeitos da posse, abstraindo-se a possibilidade de seu manejo para a proteção de outros direitos pessoais ou obrigacionais.

A atecnia jurídico-processual na concessão de interditos proibitórios pela Justiça do Trabalho não somente tem suscitado a propositura exponencial dessas ações pelos empregadores, principalmente pelas entidades bancárias, que encontraram nesse meio processual um rápido recurso para a garantia da continuidade das suas atividades empresariais, em detrimento do direito fundamental de greve dos trabalhadores, como tem gerado um verdadeiro abuso concessão de liminares, em virtude da equivocada equiparação entre o direito à continuidade da atividade empresarial com o direito à posse e

seus desdobramentos (direitos de gozo, uso e usufruto da coisa em si). Turbação da atividade empresarial não se confunde, em hipótese alguma, com turbação da posse, não sendo cabível interdito proibitório no primeiro caso, como nas situações de realização de piquetes e assembleias na frente de agências bancárias ou obstaculização do ingresso de clientes e empregados, entre outros atos sindicais.⁽¹⁷⁾ É da essência dos movimentos paredistas a turbação da atividade empresarial, sendo esta o pano de fundo do conflito coletivo de trabalho, a qual não pode ser equiparada à eventual perturbação da posse para efeitos de tutela via interditos proibitórios pelos juízos singulares da Justiça do Trabalho. Em linhas gerais, o quadro sinóptico abaixo demonstra as diferenças entre o direito de posse e o direito ao exercício de uma atividade empresarial:

<i>IUS POSSESSIONIS</i>	ATIVIDADE EMPRESARIAL
Direito especial decorrente da manifestação de um direito real ⁽¹⁸⁾	Direito pessoal/obrigacional
Recai sobre coisa corpórea, tangível e suscetível de apropriação (coisa determinada)	Recai sobre elemento incorpóreo e intangível (organização dos fatores de produção)
Limitada pelo direito de propriedade e pela boa-fé de terceiros	Limitada pela função social, pela valorização do trabalho humano e os ditames da justiça social (art. 170, CF/88)
Invoca o <i>jus persequendi</i> (ação real) em face de qualquer um	Invoca relações obrigacionais com pessoas determinadas
Passível de tutela por meio de ações possessórias	Não passível de tutela por meio de ações possessórias
Suscita interditos proibitórios	Não suscita interditos proibitórios

(16) GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 68-70.

(17) Veja, nesse sentido, decisão judicial que, após reconhecer expressamente a inexistência de eventual *animus possidendi* por parte dos grevistas, concedeu interdito proibitório para garantir a atividade empresarial do empregador. "INTERDITO PROIBITÓRIO. GREVE DOS BANCÁRIOS. OBSTRUÇÃO DO LIVRE ACESSO ÀS AGÊNCIAS. AMEAÇA DE TURBAÇÃO CONFIGURADA. MULTA COMINATÓRIA. ANIMUS POSSIDENDI. Demonstrado de forma inequívoca nos autos a iminência de atos turbativos à posse do demandante, não há falar em necessidade de verificação do *animus possidendi*, na medida em que, embora não houvesse, realmente, por parte dos grevistas, a intenção de tomar para si os imóveis (agências bancárias), suas ações causaram obstrução à livre manifestação e usufruto da posse por parte do demandante, legítimo possuidor, estando, pois, sob a salvaguarda legal do

interdito proibitório. Descumprida a ordem judicial de desobstrução do acesso às agências bancárias, impõe-se a restauração da multa cominatória anteriormente fixada. RECLAMADA (Acórdão na íntegra) EMENDA INTERDITO PROIBITÓRIO. GREVE DOS BANCÁRIOS. OBSTRUÇÃO DO LIVRE ACESSO ÀS AGÊNCIAS. AMEAÇA DE TURBAÇÃO CONFIGURADA. MULTA COMINATÓRIA. ANIMUS POSSIDENDI. Demonstrado de forma inequívoca nos autos a iminência de atos turbativos à posse do demandante, não há falar em necessidade de verificação do *animus possidendi*, na medida em que, embora não houvesse, realmente, por parte dos grevistas, a intenção de tomar para si os imóveis (agências bancárias), suas ações causaram obstrução à livre manifestação e usufruto da posse por parte do demandante, legítimo possuidor, estando, pois, sob a salvaguarda legal do interdito proibitório. Descumprida a ordem judicial de desobstrução do acesso às agências bancárias, impõe-se a

Uma vez que os interditos proibitórios constituem elemento de tutela da posse *stricto sensu*, não servindo à pretensão de salvaguarda de direitos pessoais ou empresariais, apresenta-se totalmente desprovido do necessário interesse de agir o empregador que, diante de um movimento paredista, requer ordem judicial para a salvaguarda do exercício da sua atividade empresarial, de forma que a demanda encontra extinção sem resolução do mérito (art. 267, VI, do CPC) por ausência de uma das condições da ação.

4. Interdito proibitório como ato antissindical: reminiscência das injunções do direito norte-americano

Além da impropriedade do requerimento de interditos proibitórios para a pretensa tutela da atividade empresarial, em detrimento de qualquer direito possessório, diversas demandas desta espécie são propostas simplesmente com o objetivo de obstar-se a prática de atos tipicamente sindicais (realização de assembleias na frente das empresas, simples ameaça de greve, distribuição de panfletos, piquetes etc.), de forma que diversos interditos transformaram-se em típicos instrumentos antissindicais, por sua concessão ofender os princípios de liberdade sindical preconizados pela Organização Internacional do Trabalho, por meio do seu código internacional do trabalho, consubstanciado nas suas Convenções e Recomendações, entre os quais se destacam os preceitos contidos na Convenção n. 87 (sobre “Liberdade sindical e

proteção ao direito de sindicalização”) — na medida da compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 — e na Convenção n. 98 (sobre “Direito de sindicalização e negociação coletiva”).

A realização de assembleias na frente das empresas, simples ameaça de greve, distribuição de panfletos, utilização de carro de som, trios elétricos, “apitação”, peças teatrais, piquetes e outras condutas adotadas pelos sindicatos constituem mero atos sindicais, não suscitando a concessão de interditos proibitórios. Embora se possa dizer que em determinadas situações constituem atos que embaraçam a atividade empresarial do empregador, não configuram atos ilícitos para efeitos de tutela possessória, uma vez que constituem corolários do direito fundamental de greve (art. 9º, CF/88). Deve-se ressaltar que culturalmente as manifestações político-sociais no Brasil sempre se caracterizaram pela sua originalidade e pela criatividade dos manifestantes, de forma que as estratégias de greve são um produto histórico da nossa organização sindical, devidamente enraizada na nossa cultura.

O interdito proibitório enquanto ato antissindical remete-nos historicamente às “injunções de trabalho” do direito norte-americano do final do século XIX e início do século XX. Consoante Gilbert Law Summaries, a injunção constitui um remédio equitativo por intermédio do qual um tribunal ou corte de justiça ordena a uma determinada parte a execução ou desistência de uma ação específica, ou proíbe o réu ou seus agentes de continuar qualquer atividade considerada injuriosa para o autor (injunção restritiva).⁽¹⁹⁾

Os empregadores norte-americanos encontraram nas injunções de trabalho um eficiente meio judicial de obstaculizar ou embaraçar o direito de greve. Como recorda Enoque Ribeiro dos Santos, as injunções eram frequentemente

restauração da multa cominatória anteriormente fixada. (TRT 12ª Reg. RO-V 06357-2006-035-12-00-3; Ac. 3ª T. – n. 08702/07, 29.5.2007, Rel. Juiz Gerson Paulo Taboada Conrado – TRT-SC/DOE em 27.6.2007).

(18) Embora constitua uma exteriorização do domínio, a posse não foi elencada no Código Civil entre o rol dos direitos reais, como se verifica do art. 1.225 deste diploma normativo, razão pela qual não há consenso na doutrina sobre a sua natureza jurídica. “Art. 1.225 – São direitos reais. I – a propriedade; II – a superfície; III – as servidões; IV – o usufruto; V – o uso; VI – a habitação; VII – o direito do promitente comprador do imóvel; VIII – o penhor; IX – a hipoteca; X – a anticrese; XI – a concessão de uso especial para fins de moradia; XII – a concessão de direito real de uso.”

(19) SUMMARIES, Gilbert Law *apud* SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Fundamentos do direito coletivo do trabalho*: nos Estados Unidos da América, na União Europeia, no Mercosul e a experiência brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 11.

iniciadas com uma audiência *ex parte*, precedida de uma ordem ou mandado temporário de impedimento ou restrição (*restraining order*), sob pena de punição judicial dos recalcitrantes. As injunções transformaram-se em uma poderosa arma contra as atuações das organizações de trabalhadores. Para se ter uma dimensão da força destas injunções, até 1931, as cortes de justiça estaduais e federais dos EUA emitiram 1.845 injunções de trabalho.⁽²⁰⁾

Assim, como ocorre atualmente com o instituto do interdito proibitório na Justiça do Trabalho, as injunções de trabalho foram alvo de diversas matérias controvertidas no âmbito do direito norte-americano em virtude da sua utilização em conflitos coletivos do trabalho.⁽²¹⁾ Em razão da acentuada oposição à utilização das injunções nas relações coletivas de trabalho, em 1934, o Congresso norte-americano promulgou a lei Norris-LaGuardia, com vistas a limitar o poder e a interferência das cortes de justiça nos conflitos coletivos de trabalho. Por meio da Lei Norris-LaGuardia proibiu-se às cortes de justiça norte-americanas a prolação de injunções nos conflitos coletivos de trabalho comuns.⁽²²⁾

No Brasil, parece que o atraso histórico da consolidação das nossas instituições reavivou um instituto antissindical do final do século XIX, colaborando, ao lado da crise econômica que, *per se*, já dificulta a realização de movimento paredista pela maior parte das categorias de

trabalhadores, para a desestabilização e enfraquecimento das entidades sindicais, com a consequente desequiparação de forças em favor dos empregadores. Não restam dúvidas que a plethora de interditos proibitórios concedidos pelos juízos trabalhistas em face das organizações de trabalhadores e seus modos de atuação colocam a Justiça do Trabalho na contramão da história e a afasta dos cânones da igualdade e da justiça social.

Assim, do mesmo modo com que ocorreu com as injunções do direito norte-americano, *mutatis mutandis*, o requerimento, com a consequente concessão de interditos proibitórios na Justiça do Trabalho contra atos tipicamente sindicais transforma-os em poderosos instrumentos contra toda e qualquer atuação coletiva dos trabalhadores e suas organizações, chegando-se ao cúmulo de se conceder interditos proibitórios para obstar a própria assembleia dos trabalhadores, em flagrante violação não somente aos princípios de liberdade sindical preconizados pela OIT, mas do próprio direito fundamental de reunião, constitucionalmente consagrado no art. 5º, inciso XVI, da CF/88.⁽²³⁾

Outra prova contundente do desvirtuamento do interdito proibitório para direcioná-lo contra o próprio exercício do direito de greve consiste na concessão de mandados (ordens, injunções) voltados exclusivamente para a ameaça de greve, sem qualquer vinculação à eventual questão possessória ou com a prática de atos ilícitos, mas contra o mero prenúncio do exercício de um direito fundamental dos trabalhadores.⁽²⁴⁾ Esta situação retrata não

(20) SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Op. cit.*, p. 8-15.

(21) Como recorda Enoque Ribeiro dos Santos, "O uso das injunções de trabalho nos conflitos coletivos de trabalho se tornou uma das matérias mais controvertidas no terreno das leis trabalhistas norte-americanas. Representantes das empresas e dos sindicatos de trabalhadores discordavam abertamente do uso das injunções para solucionar conflitos trabalhistas. Partes não diretamente filiadas, seja aos sindicatos de trabalhadores, seja aos empregadores, também contribuíam para o debate apresentando suas visões diferenciadas. Juristas, professores, legisladores e até mesmo a população têm condenado ou elogiado a prática da injunção de trabalho" (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Op. cit.*, p. 10).

(22) SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Op. cit.*, p. 17.

(23) "XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;"

(24) "INTERDITO PROIBITÓRIO – JUSTIÇA DO TRABALHO – COMPETÊNCIA. Ainda que não sufragada pela Justiça Comum, é de se ressaltar que o E. STF tem entendimento, unânime, no sentido de ser da competência desta Justiça Especializada a análise e o julgamento do interdito possessório originado de uma questão afeta à relação de emprego. Precedente. INTERDITO

somente uma atecnia processual como um verdadeiro ato atentatório ao direito de greve dos trabalhadores. Atecnia processual porque a simples ameaça de greve nada mais constitui do que o prenúncio do exercício de um direito, constitucionalmente consagrado, pelos trabalhadores, não significando, *ab initio*, ameaça à posse; aliás, é pressuposto para o exercício regular do direito de greve a notificação prévia da parte contrária (Lei n. 7.783/89). Ato atentatório ao direito de greve porque, *in casu*, presume-se que todo movimento paredista é eivado do *animus dolandi* contra a posse, ignorando-se a estatuição da greve como um direito fundamental, cuja presunção, *ope iuris*, é do seu exercício regular até prova em contrário da sua abusividade. Viola-se o princípio da presunção da boa-fé e da inocência.⁽²⁵⁾

PROIBITÓRIO — AJUIZAMENTO — IMINÊNCIA DE GREVE — POSSIBILIDADE. O interdito proibitório, como disposto no art. 932 do Código Processual Civil, é a proteção possessória adequada, de forma essencial, para as hipóteses de ameaça de turbação ou esbulho da posse de quem detém determinado bem, na condição de possuidor direito ou indireto, desde que presente o justo receio da concretização da ameaça. A ação em comento pode ser ajuizada nesta Justiça Especializada em face de uma greve ou da sua ameaça. Se por um lado o art. 9º da Magna Carta assegura direito de greve, por outro assegura a inviolabilidade da propriedade (art. 5º, *caput*), aqui utilizada no seu sentido amplo, incluindo a posse. Estando tais direitos, constitucionalmente garantidos, em choque, deverá o aplicador do direito, através de técnicas integrativas, levá-los a um patamar comum, lhes garantindo a coexistência. Assim, a ação sob enfoque e no âmbito de uma greve ou da ameaça de sua realização terá como objetivo garantir ao seu autor a resguarda da sua posse sobre determinado bem, coibindo-se qualquer excesso provocado pelo movimento paredista. Destarte, o procedimento escolhido pela empresa, em tese, atende à natureza da causa ainda que conexo a um estado de greve, devendo esta Justiça Especializada passar para a análise dos seus pressupostos processuais, das condições da ação e, se possível, do seu mérito. Não estando a questão fundada em matéria exclusivamente de direito (art. 515, § 3º, da CLT), é de rigor determinar a remessa dos autos à instância originária para a continuidade no seu julgamento. Prejudicada, com isso, a apreciação das demais matérias recorridas. Recurso provido. (TRT 15º Reg. RO 1450-2006-014-15-00-4 Ac n. 140/08 PADC, SDC – DOE 27.6.2008, p. 6. Flavio Nunes Campos)

(25) Por este prisma, fundamentou-se corretamente a decisão a seguir transcrita: “Vistos, etc. O interdito

Da mesma maneira constitui flagrante prática antissindical a concessão de interditos proibitórios para obstar-se a realização de assembleias na frente das empresas, panfletagem, utilização de carro de som etc., atos tipicamente sindicais, que encontram pleno respaldo em nosso ordenamento constitucional e jamais poderiam ser objeto de interditos proibitórios, muito menos na Justiça do Trabalho, que possui o dever constitucional de salvaguardar os princípios de liberdade sindical,

proibitório de que trata o art. 932 do CPC está reservado para os casos em que existe fundado receio de ocorrência de turbação ou esbulho. Trata-se de ação preventiva, e como tal, diz respeito a atos que ainda não se concretizaram, mas que o possuidor tem justo receio de que sejam realizados (art. 1.210 do CC). Conforme relata a inicial, e demonstram os documentos que a acompanham, está marcada para o dia de amanhã, greve por tempo indeterminado. O impetrante sustenta que, os acontecimentos em todo o País, e também na cidade de Bagé e região em passado recente, permitem concluir pelo seu justo receio de vir a sofrer lesão grave e de difícil reparação, decorrente do descumprimento do disposto no § 3º do art. 6º, da Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. Na decisão juntada por cópia às fls. 66/67, a autoridade apontada como coatora admite comprovada a posse dos imóveis em que situadas as agências bancárias de Bagé-RS, Dom Pedrito-RS e Caçapava do Sul-RS, locais em que diz existir justo receio de ser molestado na sua posse. Também foram acostados os editais de aviso de greve por tempo indeterminado, a contar do dia 6.10.2005 (fls. 29/33). Todavia, os documentos que apontam para os alegados abusos dizem respeito não apenas a diversas bases territoriais, mas também a outros Estados da Federação. Não há nos autos qualquer notícia de conduta reprovável do sindicato, ora litisconsorte passivo necessário, como alega o impetrante, na inicial. Assim, fixada a premissa irrefutável, de que a greve é um direito constitucionalmente assegurado, tudo indica que a mesma será exercida nos limites da lei que a regula. Neste aspecto, relevante a referência da autoridade impetrada, de que a análise da situação requer a observância dos princípios da presunção da boa-fé e da inocência. Estes fundamentos, em princípio, se afiguram suficientes para afastar o alegado justo receio de turbação, requisito indispensável a amparar a pretensão possessória. Nestas condições, indefiro a liminar pleiteada. Oficie-se à autoridade apontada como coatora, para que preste as informações que entender cabíveis. Cite-se o sindicato, ora litisconsorte passivo necessário, no endereço informado na inicial. Após, remetam-se os autos ao Ministério Público do Trabalho. Em 5.10.2005. (a) MARIA INÊS CUNHA DORNELLES, Juíza Relatora.” (TRT 4ª Região – RS; Processo n. 03253-2005-000-04-00-6, Mandado de Segurança; Relª Maria Inês Cunha Dornelles, J. 5.10.2005).

principalmente após o advento da EC n. 45/2004 que relegou a esta Justiça especializada a solução dos conflitos sindicais.

A concessão de interditos proibitórios nas situações de greve repousa numa visão notavelmente patrimonialista e policialesca das relações de trabalho, máxime das relações coletivas de trabalho, em detrimento da visão social do direito de greve, que figura no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental dos trabalhadores (art. 9º, CF/88)⁽²⁶⁾, o qual, porém, é injustificadamente equiparado a atos ilícitos de turbação ou esbulho da posse para conceder-se interdito proibitório em favor dos empregadores. Essa ilação torna-se mais perigosa à medida que a redução do conflito a uma suposta questão possessória poderia justificar inclusive o exercício da autotutela pelos empregadores, pela prática do desforço possessório; garantido no art. 1.210, § 1º, do CCB⁽²⁷⁾, com ampla possibilidade de realmente transformar um conflito social em caso de polícia. Demonstra-se inclusive despreciando relatar todas as Cartas Internacionais de Direitos Humanos e as normas da OIT que consagram a greve como um direito fundamental dos trabalhadores, corolário do direito de liberdade sindical.

Ao adotar referida conduta os operadores do Direito do Trabalho submetem-se às ideologias liberais e individualistas que influenciaram a elaboração do Código Civil de 1916 e continuam marcando o atual estatuto civilista de 2002, não obstante o advento de alguns institutos socializantes, como a função social do

contrato. Como demonstrou Orlando Gomes, a legislação civilista foi totalmente refratária aos direitos sociais, principalmente os vinculados à legislação do trabalho, com vistas ao favorecimento das camadas superiores da população e à evitação de obstáculos à livre iniciativa.⁽²⁸⁾ A concessão de interditos proibitórios em situações de greve nada mais significa em submeter direitos sociais e fundamentais dos trabalhadores aos caprichos da livre iniciativa.

Por meio da concessão de interditos proibitórios nas hipóteses de greve dos trabalhadores o conflito social inerente às relações coletivas de trabalho é injustificadamente reduzido a uma simples questão patrimonial de suposto caráter possessório, isto é, abrevia-se um conflito de natureza coletiva com a sua relegação a uma simples questão individual de natureza possessória. Ressalte-se: equipara-se, *prima facie*, contrariamente aos princípios dos direitos fundamentais, o direito fundamental dos trabalhadores à paralisação coletiva do trabalho a atos ilícitos de turbação e esbulho, resolvendo-se pelo prisma de um direito de cunho liberal e individualístico (direito à posse) um conflito de natureza social e coletiva.

Neste ínterim, como ressalta Ericson Crivelli,

Ao acolher o pedido de concessão da garantia judicial da posse, no caso de greve, o juiz está considerando, em síntese, o trabalho humano como extensão da coisa cuja posse se pretende proteger. As reiteradas decisões do judiciário brasileiro estendem, na prática, aplicação do direito real ao trabalho humano, visto neste particular, como um fator de produção que, uma vez impedido pela linha de piquete de adentrar ao local de trabalho, impede ao empregador proprietário o uso e o gozo de sua posse. Além do que, como se tem buscado demonstrar, olvida os deveres fundamentais

(26) CF/88, "Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei."

(27) CCB, Art. 1.210, "§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse."

(28) GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 34.

decorrentes da nova configuração constitucional dada à propriedade.⁽²⁹⁾

5. Incompetência das Varas do Trabalho para interditos proibitórios em caso de greve: competência dos Tribunais Trabalhistas para lides coletivas

O simples reconhecimento da competência dos Juízos Trabalhistas de 1º Grau para as demandas de interditos proibitórios em situações de greve já constitui séria violação deste direito fundamental dos trabalhadores, uma vez que os magistrados trabalhistas não possuem competência funcional para dirimir conflitos coletivos de trabalho, como os decorrentes de um movimento paredista, sendo esta competência constitucionalmente atribuída aos Tribunais Regionais do Trabalho e ao Tribunal Superior do Trabalho, consoante a dimensão do conflito.⁽³⁰⁾

Como acentua Cândido Rangel Dinamarco, o *iter* da concretização da competência delineia-se pela aplicação de operações de três naturezas distintas. A determinação da competência *in abstracto*, pela aplicação dos critérios pelos quais se define o âmbito de atribuições de cada organismo judiciário (Justiça) e de cada órgão

(foros, juízos, varas especializadas, juízos e órgãos inferiores e superiores). A modificação da competência, a partir da previsão dos critérios de prorrogação da competência (relativa). E, por último, a concentração da competência, “mediante a qual se exclui a competência de todos os órgãos judiciários, teoricamente competentes para determinada causa, menos um: por essa operação, só um deles ficará incumbido da causa”. As hipóteses de prevenção são, por excelência, critérios normativos de garantia da concentração, por isso, denominadas de *normas de concentração*.⁽³¹⁾

O princípio da concentração da competência invoca que um mesmo órgão jurisdicional contenha o conjunto de atribuições necessárias para a apreciação de todos os elementos materiais e processuais pertinentes a determinado conflito de interesses, de forma a propiciar o julgamento da lide no seu mais amplo aspecto, garantindo-se pela satisfação desse desiderato, a igualdade das partes, que poderão invocar no juízo competente toda as questões fáticas e jurídicas favoráveis à defesa do seu direito, e a definitividade da atividade jurisdicional, evitando-se a subsistência de questões contínuas, conexas, dependentes ou residuais, cuja ausência de apreciação perpetuaria o conflito material, nos casos em que se admitisse competências parciais.

O princípio da concentração da competência é elemento basilar do direito processual, pois sua observância obsta a pulverização das diversas questões referentes a uma mesma lide por órgãos e instâncias jurisdicionais diferentes, evitando-se a fragmentação da lide, a justeza da sua solução e a prolação de decisões pontuais. No caso dos interditos proibitórios requeridos aos juízos singulares da primeira instância da Justiça do Trabalho constata-se não somente uma verdadeira usurpação da competência originária dos Tribunais Trabalhistas para a

(29) CRIVELLI, Ericson. Interditos proibitórios *versus* liberdade sindical — uma visão panorâmica do direito brasileiro e uma abordagem do direito internacional do trabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo, Vol. 73, n. 12, p. 1.424, dez. 2009.

(30) A competência originária para o julgamento dos dissídios coletivos é restrita aos Tribunais Trabalhistas — Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho. A competência dos Tribunais Regionais (art. 678, I, a, da CLT, e art. 6º da Lei n. 7.701/88) abrange os dissídios coletivos que ocorrerem no âmbito do seu território de jurisdição. Já os dissídios coletivos que extrapolem a base territorial de um ou mais Tribunal Regional do Trabalho terão, por competente, o Tribunal Superior do Trabalho (art. 702, I, b, da CLT e art. 2º, I, a, da Lei n. 7.701/88). O Estado de São Paulo, que abrange as sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª (São Paulo) e 15ª (Campinas) Regiões, constitui exceção à regra, pois, segundo a Lei n. 7.520/86 (Lei de criação do TRT 15ª Região), compete ao TRT da 2ª Região o julgamento do dissídio coletivo cujo conflito abranja a área de jurisdição de ambos os Tribunais.

(31) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 428-429.

apreciação de conflitos coletivos do trabalho como o exercício parcial da jurisdição.

É inquestionável que o exercício do direito de greve qualifica-se como um conflito de natureza coletiva entre empregados e empregador (es), tendo sua solução constitucionalmente delegada aos Tribunais do Trabalho (TRT e TST), consoante as normas do art. 114, § 2º e 3º, da Carta Política do país, os quais detêm a competência funcional plena para a apreciação dos conflitos coletivos entre o capital e o trabalho, tanto para as questões de mérito, quanto para a solução das questões incidentais e para a apreciação das medidas preventivas. A apreciação das questões referentes ao exercício do direito de greve em sede de interdito proibitório pelos juízos singulares das Varas do Trabalho constitui verdadeira usurpação da competência constitucional dos Tribunais do Trabalho para a apreciação dos conflitos coletivos trabalhistas.⁽³²⁾

(32) A competência originária para o julgamento dos dissídios coletivos é restrita aos Tribunais Trabalhistas — Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho. A competência dos Tribunais Regionais (art. 678, I, a, da CLT, e art. 6º da Lei n. 7.701/88) abrange os dissídios coletivos que ocorrerem no âmbito do seu território de jurisdição. Já os dissídios coletivos que extrapolem a base territorial de um ou mais Tribunais Regionais do Trabalho terão, por competente, o Tribunal Superior do Trabalho (art. 702, I, b, da CLT e art. 2º, I, a, da Lei n. 7.701/88). O Estado de São Paulo, que abrange as sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª (São Paulo) e 15ª (Campinas) Regiões, constitui exceção à regra, pois, segundo a Lei n. 7.520/86 (Lei de criação do TRT 15ª Região), compete ao TRT da 2ª Região o julgamento do dissídio coletivo cujo conflito abranja a área de jurisdição de ambos os Tribunais. *In casu*, a competência deve ser aferida com base na dimensão do conflito, e não em decorrência da área de representação dos sindicatos; assim, embora ambos os sindicatos possam ter base estadual, se o conflito limitar-se, *v. g.*, a uma cidade de jurisdição do TRT 15ª Região, este será o Tribunal competente para a sua aplicação. A Lei n. 9.254/96 dirimiu controvérsia a esse respeito, ao alterar o art. 12 da Lei n. 7.520/86 para dispor, *in verbis*: “art. 12 – Compete exclusivamente ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região processar, conciliar e julgar os dissídios coletivos nos quais a decisão a ser proferida deva produzir efeitos em área territorial alcançada, em parte, pela jurisdição desse mesmo Tribunal e, em outra parte, pela jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.”

Evidentemente que para a apreciação de interdito ajuizado por empregador (es) em virtude de atos praticados pelos trabalhadores no decorrer de um movimento paredista o julgador não se limitará à análise de questões meramente possessórias, uma vez que deve adentrar à apreciação do conflito coletivo de trabalho, inclusive para verificação do cometimento de atos abusivos pela coletividade de empregados, o que, em última análise, nada mais é que a apreciação da abusividade ou não da própria greve, cuja atribuição é de competência originária dos Tribunais do Trabalho e não dos juízos singulares.

Na prática, verifica-se uma apreciação pontual do conflito, posto que a natureza e justeza das reivindicações dos trabalhadores não são levadas em consideração pelos juízos no momento de apreciação dos interditos proibitórios. Essa circunstância não passou despercebida a Ericson Crivelli, ao acentuar que,

Salta aos olhos do analista mais acurado que os motivos que levam os trabalhadores a iniciarem uma greve — como reação à resistência do empregador diante das suas reivindicações — são absolutamente ignorados pelos juízos ao apreciarem a expedição de mandado judicial nestas ações possessórias.⁽³³⁾

Imagine-se, nesta circunstância, que determinado juízo conceda uma ordem para a cessação de piquetes na entrada da empresa para que se possibilite a entrada de trabalhadores e clientes e, depois, constatar que se tratava de uma greve ambiental fundamentada no perigo à integridade física das pessoas no local de trabalho; a apreciação das reivindicações dos trabalhadores (mérito do conflito coletivo) é essencial para a tomada de qualquer decisão, sob pena de colocação da coletividade em risco.

Neste diapasão, é indubitável que, para a apreciação do interdito proibitório, o julgador delibere sobre a própria delimitação do direito

(33) CRIVELLI, Ericson. *Op. cit.*, p. 1.422.

de greve. Porém, somente os Tribunais do Trabalho (TRT e TST) possuem competência funcional para a apreciação de conflitos coletivos do trabalho, independentemente da natureza material dos direitos envolvidos ou da espécie de instrumento processual utilizado (interdito proibitório; medidas cautelares; dissídio coletivo etc.). Apenas os Tribunais do Trabalho possuem competência funcional ampla para apreciar e julgar todas as questões que envolvem o exercício do direito de greve, inclusive as referentes à tutela da posse em casos de turbação ou esbulho, caso restam caracterizadas essas circunstâncias. *In casu*, a alegação de ameaça da posse e o exercício do direito de greve estão visceralmente vinculados, não se podendo afastar um fato do outro para considerar-se o juízo de primeira instância trabalhista competente apenas para a tutela da posse, deixando as demais questões sem apreciação ou solução.⁽³⁴⁾

Neste diapasão, a incompetência dos Juízos de primeira instância da Justiça do Trabalho resta mais saliente em virtude do caráter dúplice das ações possessórias (*actio duplex*), inclusive dos interditos proibitórios, em razão do qual o réu pode suscitar pretensões processuais em face do autor por ocasião da apresentação da própria defesa, cujos pleitos deverão ser apreciados e julgados pelo órgão julgador. Esta garantia vem prevista no art. 922 do Código de Processo Civil, *ipsis literis*:

(34) Nesse sentido, acórdão que propugna a limitação das questões analisadas em sede de interdito proibitório: "INTERDITO PROIBITÓRIO. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO PELO EMPREGADOR NA JUSTIÇA DO TRABALHO — HIPÓTESES RESTRITAS. O interdito proibitório, também denominado de ação de força iminente, é ação possessória com o objetivo de evitar esbulho ou turbação da posse, ou a ameaça da prática destes e, pode ser ajuizado pelo empregador na Justiça do Trabalho. Contudo, a medida judicial em testilha, não se constitui remédio adequado para tratar de pontos, situações e outras ocorrências pertinentes e específicas ao tema: greve. Sua utilização não pode representar uma frustração ao movimento paredista e somente é cabível nas estritas hipóteses, efetivamente verificadas, em consonância com os dispositivos constantes no art. 932 do Código Civil." (TRT/15ª Região, Proc. n. 01593-2005-000-15-00-2; Rel. Mariane Khayat)

Art. 922. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.

Como elucida Humberto Theodoro Junior, a respeito do dispositivo legal supracitado,

Com essa norma, o legislador atribui o caráter dúplice aos interditos possessórios, ou seja, trata essas ações com aquelas em que não se distingue a posição ativa da passiva entre os sujeitos da relação processual.

Nas ações dúplices não há, na verdade, nem autor nem réu, no rigor técnico dessas expressões. Nas ações simples, há nítida diferença de atitudes de cada parte: só o autor pede; e o réu apenas resiste ao pedido do autor. Somente por meio da reconvenção é que torna possível ao réu a formulação de pedido contra o autor. Mas aí o que se tem não é mais defesa, sim propositura de nova ação, dentro dos autos já existentes.⁽³⁵⁾

Desse modo, diante da propositura desvirtuada de um interdito proibitório por determinado empregador em virtude do exercício do direito de greve por determinada coletividade de empregados para salvaguardar sua atividade empresarial, sob a infundada alegação de tutela da posse, deverá necessariamente o julgador decidir sobre a abusividade ou não da greve, inclusive devendo declará-la no dispositivo na hipótese de pedido formulado pelo réu na contestação; competência esta que sempre fora (e continua sendo) dos Tribunais Trabalhistas e não dos Juízos singulares. Poder-se-ia objetar que a contestação, *in casu*, não estaria restrita ao aspecto da posse; porém, a própria propositura da demanda em si não observou essa restrição; trata-se de uma questão de isonomia processual.

6. Existência de instrumento processual próprio e específico na Justiça do Trabalho

Além da incompetência dos Juízos de primeira instância da Justiça do Trabalho para a

(35) THEODORO JR., Humberto. *Op. cit.*, p. 144.

apreciação e julgamento de interditos proibitórios nas hipóteses de exercício do direito de greve, apresenta-se questionável o cabimento dessas espécies de demanda na Justiça especializada, tendo em vista a existência de instrumento processual próprio no processo do trabalho para salvaguarda dos interesses dos empregadores e trabalhadores nas hipóteses de conflitos coletivos de trabalho.

Com efeito, entre as diversas formas de resolução de conflitos decorrentes das relações de trabalho, o Brasil também adotou a solução estatal de conflitos individuais e coletivos por meio da atuação do Poder Judiciário. O conflito individual é solucionado pela reclamação trabalhista, por meio da qual a lide — envolvendo um ou mais empregados perfeitamente identificados de um lado e empregador(es) do outro — é resolvida por meio da aplicação da lei ao caso concreto.

Já os conflitos coletivos são solucionados por meio de ações judiciais, denominadas “dissídios coletivos” e ajuizadas perante os Tribunais Trabalhistas. Estas demandas dão solução ao conflito por meio da aplicação do poder normativo, o qual consiste na faculdade conferida aos Tribunais do Trabalho para estabelecer normas e condições de trabalho para reger as relações individuais de trabalho dos trabalhadores e empregadores representados. Encontra previsão no art. 114 da Constituição Federal de 1988, que trata da competência da Justiça do Trabalho, cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Trata-se de uma competência regulamentar atribuída ao Judiciário Trabalhista para solucionar conflitos coletivos do trabalho.

No âmbito dos dissídios coletivos, o art. 865 da CLT concede ao juiz-presidente, diante da ameaça de perturbação da ordem, o poder de requisitar às autoridades competentes as providências que se tornarem necessárias.

Embora o dispositivo refira-se à “autoridade”, o poder conferido ao juiz-presidente é muito mais amplo, abrangendo todos aqueles

sujeitos ao poder geral de cautela do magistrado (arts. 797 e 798 do CPC), inclusive, e principalmente, às partes do dissídio coletivo. Desse modo, pode o juiz-presidente, em dissídio coletivo de greve, *v. g.*, determinar o cumprimento do art. 11 da Lei n. 7.783/89, que determina que “Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Parágrafo único. São necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”.

A prestação dos serviços inadiáveis da comunidade deve ser efetuada pelos empregados e empregadores que desempenham suas atividades nesses serviços. É comum, por exemplo, o juiz-presidente, no caso de greve em atividades de transportes, determinar a colocação em funcionamento de um certo percentual de veículos, com cominação de multa diária pelo descumprimento. Em caso de a medida não ser eficiente para a satisfação, ainda que parcial, das necessidades inadiáveis da comunidade, poderá o juiz determinar ao poder público a aludida prestação dos serviços indispensáveis (art. 12 da Lei n. 7.783/83).

O poder geral de cautela conferido ao juiz no processo de dissídio coletivo tem natureza discricionária e possui como maior objetivo a tutela da ordem jurídica e das necessidades materiais da comunidade. Possui, por isso, amplitude subjetiva maior que a disposta no art. 798 do CPC, uma vez que não se limita a garantir a efetividade do processo principal, mas também proteger interesse de terceiros estranhos à lide, bem como um largo campo objetivo, posto que, por meio dele, poderá o magistrado deferir quaisquer providências necessárias para a salvaguarda da eficácia do processo de dissídio coletivo para uma das partes e para o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Como acentua

Humberto Theodoro Júnior, diante do “poder geral de cautela, a atividade jurisdicional apóia-se em ‘poderes indeterminados’ porque a lei, ao prevê-los, não cuidou de preordená-los a providências de conteúdo determinado e específico”.⁽³⁶⁾

Essa discricionariedade possui certos limites, pois não pode o magistrado, por meio do exercício do poder geral de cautela: a) obstar integralmente o exercício do direito de greve, ao determinar providências que inibam, por completo, os efeitos do movimento paradedista; b) conceder antecipadamente as pretensões reivindicadas; c) adentrar ao mérito do litígio, antecipando o conteúdo de uma decisão final.

Embora as ordens e injunções de fazer, não fazer ou de prestar, possam assumir conteúdos os mais diversificados possíveis, de acordo com as situações de fato e de direito sobre as quais terão que incidir, para preservar a eficácia útil do processo ou para o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, elas devem ser plenamente valoradas pelo juiz quando requeridas ou concedida *ex officio*, quanto à sua necessidade, sua adequação e a sua utilidade.⁽³⁷⁾

Considerando-se que as liminares concedidas em interditos proibitórios pleiteados perante os juízos de 1º grau da Justiça do Trabalho possuem muito mais a característica de providências cautelares requeridas no decorrer de um conflito coletivo de trabalho, mas acertadamente verifica-se serem os Tribunais do Trabalho os juízos competentes para a apreciação destas questões, inclusive no que se refere ao resguardo cautelar de direitos, pessoas e coisas, em sede de providência cautelar pleiteada como medida cautelar antecipatória ou incidental de um dissídio coletivo, por meio do poder geral de cautela (art. 865 da CLT c/c art. 798 do CPC), além de o Tribunal trabalhista possuir competência para julgar todo o conflito e não somente um ponto deste.

(36) *Ibidem*, p. 483.

(37) *Ibidem*, p. 485.

Havendo instrumento processual específico para solucionar questões referentes ao exercício do direito de greve e eventuais abusos por meio dele cometidos, torna-se questionável o próprio cabimento de interditos proibitórios na Justiça do Trabalho.

Por meio do poder geral de cautela, como medida cautelar atípica, o juízo concederá uma “ordem”, um “comando” ou uma “injunção” a uma das partes em conflito, de caráter positivo (ordens de fazer) ou negativo (ordens de não fazer), tendo como destinatário aquele cuja ação ou omissão ameaça restringir ou suprimir o interesse jurídico substancial do promovente.⁽³⁸⁾

Ao considerar-se que o objeto dos interditos proibitórios (tutela da posse) não se confunde com os atuais e corriqueiros requerimentos formulados nessas ações perante a Justiça do Trabalho (tutela da atividade empresarial), não resta dúvida da impossibilidade de *interdictum* para este desiderato ou qualquer outro relacionado com o exercício do direito de greve, devendo o pleito ser apreciado pelos Tribunais Trabalhistas.

7. Referências Bibliográficas

CRETELLA JR., José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CRIVELLI, Ericson. Interditos proibitórios *versus* liberdade sindical — uma visão panorâmica do direito brasileiro e uma abordagem do direito internacional do trabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo, vol. 73, n. 12, p. 1.415-1.431, dez. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro — direito das coisas*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

(38) *Ibidem*, p. 484-485.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil — direito das coisas*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Fundamentos do direito coletivo do trabalho: nos Estados Unidos da América, na União Europeia, no Mercosul e a*

experiência brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Oscar José de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3.

Opção insalubre e perigosa

Geovane de Assis Batista^(*)

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Desenvolvimento
 - ▶ 2.1. Das atividades insalubres ou perigosas
 - ▶ 2.2. Os processos de interpretação: filológico e lógico
 - ▶ 2.3. Fontes formais do direito do trabalho: aplicabilidade, hierarquia e anacronismo
 - ▶ 2.4. A opção: consciência, liberdade e responsabilidade
 - ▶ 2.5. Princípios: do não retrocesso social; da condição mais benéfica e da norma mais favorável
- ▶ 3. Considerações finais
- ▶ 4. Referências bibliográficas

1. Introdução

Os arts. 189 e 193 da Consolidação das Leis do Trabalho dizem quais são as atividades ou operações consideradas insalubres e perigosas que ensejam o pagamento de adicional de insalubridade e periculosidade, respectivamente. Entrementes, o § 2º, do art. 193, desse Diploma, assegura ao empregado a possibilidade de optar pelo adicional de insalubridade que por ventura lhe seja devido.

Nosso objetivo aqui é demonstrar que o inciso XXIII, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988, ao declarar que constitui direito do trabalhador o adicional de remuneração para as atividades insalubres e perigosas, derogou, tacitamente, o § 2º, do art. 193, da CLT.

Defenderemos que a opção nele encartada revela reserva legal incompatível com o caráter

teleológico que o Texto Maior encerra, a par de ir de encontro à arqueologia do princípio do não retrocesso social, conformemente poderá ser demonstrado com a aplicação dos processos hermenêuticos adiante agitados, a saber, o filológico, o lógico ou sociológico; bem assim do posicionamento doutrinário e jurisprudencial agitado em derredor da temática.

2. Desenvolvimento

2.1. Das atividades insalubres ou perigosas

Consoante texto consolidado e doutrina abalizada, diz-se salário a contraprestação devida e paga diretamente pelo empregador a todo empregado. Sem embargo, há situações em que as condições de trabalho impõem um desconforto ao empregado e, em contrapartida, um ônus ao empregador, a saber: compensar economicamente o obreiro mediante uma indenização fixada por lei. Esse desconforto

(*) Juiz do Trabalho (TRT 5ª Região). Mestrando em Filosofia Política pela UFBA.

ocorre, por exemplo, quando um trabalho é executado em condições penosas, insalubres ou perigosas.

Para efeitos indenizatórios, serão consideradas atividades ou operações insalubres — diz o legislador consolidado — aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição do empregado a esses agentes (art. 189, CLT). E perigosas aquelas operações ou atividades regulamentadas e aprovadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, cuja natureza ou métodos de trabalho impliquem contato permanente com inflamáveis, explosivos em condições de risco acentuado (art. 193, CLT). A eletricidade constitui também outra fonte de periculosidade, conforme disciplinada em lei esparsa.

No primeiro caso (no exercício de trabalho em condições insalubres e acima dos limites de tolerância), assegura-se ao empregado a percepção de adicional de quarenta por cento (40%), vinte por cento (20%) e dez por cento (10%) do salário mínimo da região⁽¹⁾, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo (art. 192, CLT).

No segundo (no exercício de trabalho em condições de periculosidade), a compensação adicional corresponderá a trinta por cento (30%) sobre o salário⁽²⁾, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participantes nos lucros da empresa (§ 1º, do art. 193, CLT).

Viu-se, pois, que o trabalho em condições de perigo ou de risco à saúde deve ser compensado com o pagamento indenizatório do adicional de

periculosidade e/ou de insalubridade. Forma-se, então, o que a doutrina convencionou chamar de *salário social*.

Sucedo que, ocorrendo as duas hipóteses de condições de possibilidade de pagamento desses adicionais, paradoxalmente, entendeu o legislador obreiro que “O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que por ventura lhe seja devido” (§ 2º, do art. 193, da CLT). Elementar: *in claris cessat interpretatio*, impondo-se originariamente o processo interpretativo autêntico, ou seja, aquele que, “(...) emana do próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara” (MAXIMILIANO, 1984. p. 87), o que não impediu aos estudiosos fazer uso do processo doutrinal ratificador, conformemente se vê do utilizado por Valentin Carrion na determinação persuasória do significado e extensão finalística desse dispositivo:

A lei impede a acumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade; a escolha de um dos dois pertence ao empregado (art. 193, § 2º), após o trânsito em julgado da sentença, no processo de conhecimento. Tal opção, pela sistemática processual e economia de provas, deverá ser feita na petição inicial ou, se o juiz sanear o processo, no início. (CARRION, 2008. p. 189).

Pergunta-se, então: qual a razão de o legislador de 1943, numa mão, assegurar ao empregado o direito ao adicional de insalubridade ou de periculosidade, quando presentes as condições de perigo ou insalubridade, e, noutra, desentranhar do seu patrimônio tal garantia, levando-o a *optar* por um ou por outro adicional? Qual a justificativa jurídica que serve de lastro à máxima falseada nos dois pesos e duas medidas, quando se percebe que a opção sinaliza afronta direta ao primado da proteção irreduzível à saúde obreira, enquanto princípio norteador do Direito do Trabalho? Qual o fundamento que veda o pagamento simultâneo dos dois adicionais? Seria, absurdamente, a força do brocardo latino *Contraria simul esse*

(1) Cumpre aqui suspender o juízo acerca da efetiva base de incidência do adicional, porque inquietante tema não cabe aqui ser investigado, não obstante a imbricação da expressão “adicional de remuneração” contida no inc. XXIII, do art. 7º, da Constituição Federal, ao garantir esse *plus* à atividade insalubre, periculosa e penosa.

(2) *Idem*, a advertência no item anterior deste rodapé.

non possunt (As coisas contrárias não podem existir simultaneamente)? Seriam os adicionais incompatíveis entre si? Seriam contrários, contraditórios, ou meramente distintos e autônomos, porém com objetivos comuns: a mínima proteção vital aos empregados que se encontram expostos a agentes nocivos e perigosos?

Buscar a intenção do legislador para responder a essas inquietações é empreitada demorada e temerária; é terreno movediço, porquanto impregnado de subjetividade, por isso de somenos importância. Qualquer que tenha sido a inclinação do legislador trabalhista, o fiel da balança nunca se afigurará equânime, pois sabido que a equidade constitui virtude entranhada nas veias do Judiciário, por deter o direito-dever de declarar a justiça, dando, a cada um, o que lhe pertence — diferentemente do Legislativo, que, ao modo de Pilatos, encetou ao empregado uma escolha malfazeja, impondo-lhe uma faculdade perniciosa de agir, por militar inofismavelmente contra seu bem maior (a vida), haja vista que qualquer opção engendradora significará ou morte lenta com os agentes insalubres, ou morte iminente, com os inflamáveis, explosivos... E o pior, sem o adiantamento da respectiva indenização, que, conquanto não resolva o fator risco-trabalho, sinaliza minimamente com proteção e cuidado com a vida do trabalhador.

Bem teria andado o legislador se o dispositivo não fosse editado, porque, desde que se apresentassem as condições justificadoras dos adicionais, naturalmente, a boa hermenêutica e a necessária lógica jurídica saberiam garantir ao empregado o direito à percepção desses *plus* (*Ubi lex voluit, dixit, ubi noluit tacuit*: “Quando a lei quis, determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio”) (MAXIMILIANO, 1984. p. 243). O silêncio, aí, seria a ação benfazeja da reta razão. Mas, se preferisse a declaração expressa em detrimento da tácita, que dispusesse, por assim dizer, que: o empregado receberia os adicionais de insalubridade e de periculosidade, quando correntes as hipóteses dos arts. 189 e 192, exemplificativamente.

Ao facultar ao empregado, quando sujeito ao binômio perigo-insalubre, não seria uma inferência perigosa ou insalubre do exegeta dizer que o legislador incorreu em contradição a termos, a par de impor ao empregado uma restrição odiosa, ao lhe facultar um falso direito de escolha, não obstante a seguinte advertência aristotélica: “Nada pode ser e não ser simultaneamente” (*Ibidem*, III, 2, 996 b 30; IV, 2, 1005 b 24) (ABBAGANANO, 2003. p. 203).

Note-se que o art. 194, do Diploma Consolidado, ao afastar do obreiro o direito a um ou a outro adicional, ou aos dois simultaneamente, revelou-se mais consentâneo com o princípio da razoabilidade, porque, prevendo o desaparecimento da causa ensejadora (o exercício de trabalho em condições insalubres ou perigosas), afastou seu consequente lógico: o pagamento do adicional. Com efeito, eis o que reza esse dispositivo consolidado: “Art. 194: O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho”.

Entretanto, um registro não pode passar ao largo da exegese do art. 194, da CLT, porque, nas entrelinhas, também reforça a mesma excludente notabilizada no § 2º, do art. 193, da CLT. Com efeito, cessar o pagamento do adicional, porque eliminado o risco, constitui medida que vai ao encontro do não enriquecimento sem causa pelo empregado; mas cessá-lo, quando ainda presentes os riscos (como se vê do § 2º, do art. 193, da CLT — cuja inferência autoriza aquele artigo por meio das expressões “nos termos desta Seção”), é simplesmente inverter o sentido da mesma máxima que veda o não enriquecimento ilícito, além de retirar do empregado o véu da garantia mínima indenizatória, mormente quando remanescentes as mesmas condições que dão azo ao recebimento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*:

“Onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito” (MAXIMILIANO, 1984. p. 245).

Ainda na esteira da análise do conteúdo do § 2º, do art. 193, da CLT, cumpre notar que, enquanto vigente, nenhuma divergência doutrinária, judicial ou jurisprudencial se fez revelar à clareza nele preconizada: a impossibilidade de pagamento acumulado dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. Diz-se “enquanto vigente”, porque, no nosso sentir, com o advento da Carta Política de 1988, o § 2º, do art. 193, da CLT, ficou tacitamente revogado, ou, de outro modo, perdeu vigência e eficácia, porquanto incompatível com aquela fonte de produção estatal do Direito do Trabalho mais importante. Na leitura do § 1º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, tem-se que “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, *quando seja com ela incompatível* ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Nesse horizonte, o inc. XXIII, do art. 7º, da Constituição Federal dispõe que: “São direitos dos trabalhadores (...), além de outros (...) adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”. Isso significa dizer que o direito preconizado originariamente pela fonte formal consolidada de 1943 adquiriu moldura constitucional. Ao ser assim entronizado, além de não perder o verniz social, subsumiu-se ao *status* de Garantia Fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Mas não é só. Ao dizer o mais, a Carta Magna afastou toda restrição contida em norma infraconstitucional, sobremaneira o §2º, do art. 193, da CLT. A opção troiana, consubstanciada no aparente direito de o empregado escolher entre um adicional e outro, já não mais subsiste com o advento do Texto Maior, porquanto manifesta a incompatibilidade que encerra com esta norma, nomeadamente com seu caráter finalístico assecuratório de direitos sociais.

2.2. Os processos de interpretação: filológico e lógico

Mesmo que, para refutar o pagamento cumulativo dos dois adicionais, o intérprete recorra ao uso do método filológico, sob alegação de que o impedimento decorre do próprio texto constitucional⁽³⁾, mediante o uso do fenômeno disjuntivo (“ou”) nele entranhado entre as palavras “insalubres” e “perigosas”, ainda sim não conseguiria quebrantar a eficácia do processo lógico ou sociológico em favor do fenômeno cumulativo.

Como diz Irineu Strenger (1999. p.163), “A palavra “ou” é ambígua, pois tem dois significados relacionados, mas, distinguíveis”. Nessa linha, do ponto de vista da sintaxe, se nos apresenta como conjunção coordenativa sindética, ligando enunciados ou proposições. Semanticamente, o conectivo “ou” pode ser utilizado nas orações para ligar termos e indicar ou uma “exclusão” ou uma “separação” ou uma “oposição”. Mas também não é menos certo afirmar que possa ser usado para significar uma “alternância” ou “alternativa”.

Tratando das conjunções alternativas, diz Evanildo Bechara (2009. p. 505) que elas “(...) enlaçam as unidades coordenadas dos conceitos envolvidos, quer para exprimir a incompatibilidade, quer para exprimir a equivalência deles”.

Sendo esta a hipótese, diz-se, na lógica contemporânea, tratar-se de um *disjuntivo*, que, segundo Nicola Abbagnano (2003. p. 289), constitui “(...) o enunciado que contém uma alternativa, tanto em sentido *inclusivo*, como p. ex.: “uma estrada ou outra conduz a Roma”, quanto em sentido *exclusivo*, como p. ex.: “ou é noite ou é dia”.

Nessa medida, a conjunção contida na expressão “insalubres *ou* perigosas” do Texto Constitucional revela uma disjuntiva inclusiva, visto que, havendo as hipóteses, ensejado

(3) Inc. XXIII, do art. 7º: “(...) adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres *ou* perigosas (...)”.

estará ao empregador a obrigação de pagar o “adicional de remuneração”. Isso porque, como arremata Irineu Strenger, “O “ou” inclusivo tem o sentido de “um ou outro, possivelmente ambos” (*ibidem*). Esse “ou” inclui, para efeito do pagamento do adicional não só a atividade penosa e insalubre, como também a perigosa.

Na lógica matemática, o disjuntivo inclusivo *ou*, que liga as proposições atômicas *insalubres* e *perigosas*, pode ser simbolicamente representado por $p \vee q$ — onde p corresponde às atividades *insalubres*, v à conjunção *ou*, e p às atividades *perigosas*. Em casos que tais, a condição necessária para que o conectivo *ou* se revele inclusivo, basta que se busque a verdade, perguntando — uma vez manifestos os fenômenos perigoso, insalubre e perigoso — se seria devido o adicional de remuneração. Sendo a resposta positiva — como a *fortiori* se nos impõe —, então a simbologia inclusiva seria “ $p \vee q$ ”, ou, na linguagem jurídica: são devidos os adicionais de penosidade, de insalubridade e de periculosidade, conformemente prescrito pelo inc. XXIII, do art. 7º, da CF/88.

A disjunção de duas proposições, p ou q , é representada na lógica por $p \vee q$. Essa disjunção é avaliada como verdadeira mesmo que ambas as proposições, p e q , sejam verdadeiras, e chama-se inclusiva. Uma noção diferente, a disjunção exclusiva, é definida como verdadeira apenas quando exatamente uma das proposições, p ou q , é verdadeira, e para ser falsa basta que ambas, p e q , sejam verdadeiras (...) (BLACKBURN, 1997. p. 105).

No caso em exame, imperioso compreender que o conectivo *ou* representa uma alternância inclusiva, significando a inserção das três espécies de condições de trabalho a que o empregado pode quedar sujeito (penosa, insalubre ou perigosa) e, por conseguinte, receber o respectivo adicional de remuneração. Poder-se-ia, assim, formular o seguinte silogismo hipotético: *premissa maior*: todo empregado que trabalha em condições insalubres ou perigosas tem direito a

receber o adicional de remuneração; *premissa menor*: o empregado “x” laborou exposto “a agentes nocivos à saúde” e em contato com “inflamáveis ou explosivos em condições de acentuado risco”; *conclusão*: Logo, o empregado “x” faz jus ao adicional de remuneração.

Dado que essas espécies de riscos constituem condição necessária de possibilidade de pagamento do gênero “adicional de remuneração”, tem-se que a conjunção “ou”, aviada antes de “perigosa”, no inc. XXIII, do art. 7º, se faz presente exatamente para reforçar a ideia de pertença, e não de exclusão. Segue-se daí a serventia do conectivo “ou” para aproximar, reunir, incluir ou associar as três hipóteses de afecções do labor humano que dão ensejo ao pagamento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade.

Logo, no lugar de uma disjuntiva exclusiva, impõe-se a disjuntiva inclusiva, porque o “ou”, aí, pode muito bem ser significado pela preposição conjuntiva “e”, por guardar, analogicamente, simetria com a semântica jurídica. Aliás, não por outra razão adverte Carlos Maximiliano (1984. p. 246) que: “Quando o texto menciona o gênero presumem-se incluídas as espécies respectivas (...); quando regula o todo, compreendem-se também as partes”.

Revela-se, pois, odiosa a restrição de pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade por meio do processo de interpretação gramatical, porquanto distingue *in pejus*, onde o legislador constitucional não distinguiu: contrariamente, revelou-se mais amplo e mais favorável à sua concessão por visar exatamente a garantia incondicional dos adicionais de periculosidade e de insalubridade.

2.3. Fontes formais do direito do trabalho: aplicabilidade, hierarquia e anacronismo

Não bastasse a desinfluência do processo filológico para ver afastado o direito cumulativo aos adicionais aqui mencionados, pode ser

que, na senda de um anacronismo, ou mesmo de uma visão menor sobre a questão da hierarquia das fontes formais do Direito do Trabalho, exista exegese contrária à derrogação do § 2º, do art. 193, da CLT pelo Texto Constitucional, sob o argumento de que o inc. XXIII, do art. 7º, da CF/1988 seria daqueles comandos de eficácia contida, sobretudo por depender de regulamentação, consoante o fragmento “na forma da lei”, aposto em sua parte final⁽⁴⁾.

Ora, a quem se apresse em abraçar tal argumento, com ele não ficará de pé. A uma, porque o “na forma da lei” se tornou comando despiciendo, haja vista a plena vigência da seção XIII, do Capítulo V, do Título II, da CLT, que tratam, respectivamente, das atividades insalubres ou perigosas, da segurança e da medicina do trabalho e das normas gerais de tutela do trabalho — especialmente, os arts. 189 e 193, porquanto definidores das condições de verificação dos riscos e dos agentes nocivos à saúde e à vida obreira.

A duas, porque a CLT, ou outra norma infraconstitucional, não pode se valer do “na forma da lei”, para restringir direitos, sobretudo quando o legislador constitucional não restringe e nem deseja fazê-lo. Não se pode conceber ao bom hermenêuta a crença de que norma inferior possa ab-rogar norma superior, sobretudo quando em questão garantia assinada por fonte estatal constitucional.

O “na forma da lei” só pode ser significado, no vertente caso, como o trazer à luz a natureza ou as circunstâncias do infortúnio à saúde físico-mental do empregado, enraizando direitos anteriormente assegurados e disciplinando deveres e/ou obrigações ao empregador — tudo, com vistas à reparação do empregado exposto a agentes nocivos e perigosos, ante o dano provocado. Nisso reside o limite de seu elastério.

(4) Inciso XXIII, do art. 7º, da CF/88: “São direitos dos trabalhadores (...), além de outros (...) adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

Para além dessa finitude, seria dizer o menos e, na linha oblíqua, rechaçar, desautorizadamente, direito constitucionalmente assegurado, além de ferir de morte regra basilar de hermenêutica. Como sabido, não se pode distinguir onde a lei não distingue, sobretudo para agravar ou subtrair direitos adquiridos. No lugar da redução de direitos, preferível a inteligência dos textos que viabilizem o objetivo da norma, principalmente quando sublimada por natureza constitucional.

Insista-se, pois, que o “na forma da lei” só tem o condão de elucidar, e jamais o de recepcionar a vetusta excludente do texto consolidado. Mudando o que deve ser mudado, não obstante o princípio da forma preconizada para criação, modificação e extinção dos atos normativos reservados aos poderes legislativos e executivos, impõe-se em favor de nossa exegese conhecida distinção entre leis e decretos gerais ou regulamentares, onde estes se encontram subordinados àquela, buscando necessariamente sua decomposição em minúcias, sem, contudo, inovar, sob pena de violar o princípio da legalidade. Leia-se, pois, a seguinte doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Em suma: consagra-se, em nosso Direito Constitucional, a aplicação plena, cabal, do chamado *princípio da legalidade*, tomado em sua verdadeira e completa extensão. Em consequência, pode-se, com Pontes de Miranda, afirmar: “Onde se estabelecem, alterem ou extinguem direitos, não há regulamentos — há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei. (MELLO, Celso; 2010. p. 345).

2.4. A opção: consciência, liberdade e responsabilidade

Logo, “optar pelo adicional de insalubridade”, quando possível seu recebimento e

bem assim do de periculosidade, constitui “opção” não autorizada pela Carta Política de 1988. “Optar”, no texto investigado, guarda, *grosso modo*, o mesmo significado de “escolha”, ou seja, ato de vontade pelo qual determinada possibilidade é assumida preferencialmente entre outras que se apresentam ao homem.

A escolha, segundo o pensador Jean-Paul Sartre, constitui *ato de consciência e de responsabilidade*. Com o advento da Carta de 1988, a opção de que trata o § 2º, do art. 193, da CLT, revelou-se, paradoxalmente, verdadeiro ato inconsciente e irresponsavelmente inconsequente. No sentido sartriano: o primeiro, como pertença do empregado, por carecer ele de razão científica capaz de compreender o alcance de um prejuízo patrimonial e extrapatrimonial, a que fora acometido pela roupagem de um aparente direito de opção; o segundo, como pertença daqueles intérpretes que continuam admitindo a imposição do Texto Consolidado em desfavor do imperativo Constitucional.

Ainda para Sartre, a escolha não está dissociada da liberdade. Nesse âmbito, sempre existirão condições de possibilidade de uma escolha ser agitada de modo distinto daqueles que se apresentam ao homem. Na questão em estudo, a escolha seria não escolher nem um adicional nem outro, porque o não “optar” já teria sido escolhido, aprioristicamente, pelo legislador constitucional, quando guardou o silêncio sobre dispositivo consolidado, porque sabidamente incompatível sua sobrevida com objetivo visado pela Carta Social. A liberdade de não “optar” ou, querendo, de não escolher, é faculdade obreira agasalhada pelo princípio do não retrocesso social.

2.5. Princípios: do não retrocesso social; da condição mais benéfica e da norma mais favorável

Com efeito, cuidando de *A irreversibilidade dos direitos sociais*, o festejado Desembargador (aposentado) do TRT da Quinta Região e professor emérito da Universidade Federal da

Bahia, Luis de Pinho Pedreira da Silva, traz a lume a significância do princípio informador do *não retrocesso social*:

Um dos vetores por meio dos quais a segurança jurídica produz a sua eficácia é o princípio da proibição do retrocesso dos direitos sociais. Para Ingo Wolfgang Sarlet essa vedação de retrocesso pode ser entendida em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo para significar que determinados direitos sociais, por sua estreita vinculação com o direito à vida e à dignidade humana não poderiam mais ser reprimidos do texto constitucional, por meio de emendas, passando a integrar o núcleo de limites materiais, dever ser objeto de restrição, também por reforma constitucional, que lhes atinja o núcleo essencial. No sentido estrito os avanços obtidos pela via infraconstitucional, concretizando direitos fundamentais elencados na Constituição, também tendem ao avanço, não se admitindo o retrocesso por meio das normas ordinárias, já que este iria contra a própria natureza da constituição social. (SILVA, 2008. p. 304).

Para Pinho Pedreira, o princípio do não retrocesso coincide com outro princípio não menos norteador do Direito do Trabalho, a saber: *o da condição mais benéfica*, segundo o qual — explica o jurista —, “(...) na hipótese de sucessão normativa, as normas anteriores prevalecem se mais favoráveis aos trabalhadores, que não podem ter sua situação piorada pela disciplina legal”. Ora, no confronto exegético dos dispositivos infra e constitucional até aqui tratados, a normatividade daquela não se apresenta mais favorável ao empregado, mas, antes, subtrai-lhe a condição mais benéfica: o de fazer *ius* ao recebimento cumulativo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, quando presentes as condições de exigibilidade desenhadas pelo legislador consolidado.

Mas se argumentarem que a norma constitucional não sucedeu à consolidada, e acrescentarem que ambas possuem vigência simultânea, outro princípio do Direito do Trabalho pode

ainda socorrer a exegese contrária à famigerada “escolha”, a saber, *o da norma mais favorável*. Com efeito, ainda é a doutrina de Pinho Pedreira, em sua obra *Principiologia do direito do trabalho*, que o preconiza nos seguintes termos:

(...) havendo pluralidade de normas, com vigência simultânea, aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se optar pela mais favorável ao trabalhador. O princípio da norma mais favorável é o mais amplo, em termos de proteção, e o único incontestavelmente específico do Direito do Trabalho, pois em nenhuma outra disciplina jurídica e em nenhum caso, ao menos no Brasil, admite-se a aplicação de norma hierarquicamente inferior em desprezo da hierarquicamente superior. (SILVA, 1999. p. 65).

A hierarquia das fontes sofre no Direito do Trabalho os efeitos da regra que beneficia o mais fraco, pelo que se aplica a mais favorável ao empregado (TST, 1ª T., Proc. RR n. 570/74, rel. Min. Coqueijo Costa) (SILVA, 1999. P. 67).

Em caso de litígio a respeito de normas de natureza e hierarquia diversa, deve-se aplicar aquela mais favorável ao empregado, mormente quando de hierarquia superior (TST, 3ª T., Rel. Min. Orlando Teixeira da Costa) (SILVA, 1999. p. 67).

(...) em Direito do Trabalho, segundo consenso doutrinário universal, inverte-se ou fratura-se a hierarquia das fontes para se aplicar sempre a que for mais favorável ao trabalhador (TST, 3ª T., Proc. RR n. 3484/86.6, rel. Min. Coqueijo Costa) (SILVA, 1999, p. 67).

3. Considerações finais

Caminhando para as palavras finais acerca da exegese do § 2º, do art. 193, da CLT, quando confrontado com o disposto no inc. XXIII, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988, pode-se concluir que a “opção” tratada naquele Texto não mais subsiste, encontrando tacitamente revogado, seja pela incompatibilidade de sua vigência e eficácia, por colidir com

norma hierarquicamente superior; seja por enveredar pela contramão da arqueologia jurídica do nosso século, que aposta na valorização do conglobamento dos direitos sociais e, por conseguinte, na manutenção dos princípios norteadores do Direito do Trabalho, como o da condição mais benéfica e o da norma mais favorável. Ou, ainda, pela irreduzibilidade inextorável da mitigação do princípio do não retrocesso social.

Passar ao largo desses parâmetros hermenêuticos seria o mesmo que, na contramão da historicidade jurídico-social, apostar numa racionalidade *precarizante e minimalista* dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados ao empregado, a quem caberá suportar, enquanto destinatário final das normas, o amargor de uma opção insalubre e perigosa.

4. Referências bibliográficas

- BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. 37. ed. Rio de Janeiro: Nara Fronteira & Lucerna, 2009.
- BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 437
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.392.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 426.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1.119.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. A irreversibilidade dos direitos sociais. In: MONTESSO, Claudio José; FREITAS, Marco Antônio; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges (Coords.). *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008. p. 471.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 230.
- STRENGER, Irineu. *Lógica jurídica*. São Paulo: LTr, 1999. p. 255.

A prescrição trabalhista e a sucessão de contratos

Ari Pedro Lorenzetti^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo pretende demonstrar que, do mesmo modo que o término do contrato de trabalho acarreta uma redução no prazo prescricional, de cinco para dois anos, o restabelecimento do vínculo laboral impõe que a prescrição em curso volte a ser quinquenal.

Palavras-Chave:

- ▶ Prescrição — sucessão de contratos — safrista — prestador de serviços — trabalhador avulso.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A prescrição e a superveniência de novo contrato na visão tradicional
- ▶ 3. Uma releitura necessária da norma constitucional
- ▶ 4. A situação dos safrististas
- ▶ 5. Empregados de empresas prestadoras de serviços
- ▶ 6. Trabalhadores avulsos
- ▶ 7. Conclusões
- ▶ 8. Referências bibliográficas

1. Introdução

A prescrição trabalhista tem prazos diferenciados considerando o período de vigência da relação empregatícia e o período em que o vínculo laboral cessou. Com efeito, conforme o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, o prazo prescricional em relação aos créditos resultantes das relações de trabalho é de cinco anos, mas fica limitado a dois anos a partir do término do contrato.

Tal norma foi objeto de intensos debates e interpretações divergentes, pretendendo alguns, inclusive, alterar a natureza do prazo aplicável ao período pós-contratual. Todavia, a diferença de tratamento, conforme haja ou não contrato de trabalho vigente entre as partes, não passa de uma composição de interesses contrapostos, no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte.

Conforme testemunho do então deputado federal Carlos Chiarelli, enquanto os representantes dos empresários estavam preocupados em acabar com a estabilidade no emprego, os trabalhadores conseguiram inserir no texto

(*) Juiz do Trabalho. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Titular da 2ª Vara do Trabalho de Rio Verde-GO.

aprovado na Comissão de Sistematização um dispositivo que estendia a todos os empregados, sem distinção, a regra à época aplicável aos rurícolas, segundo a qual a prescrição trabalhista só passaria a fluir após o término do pacto laboral. Chegando ao plenário, porém, o tema gerou um impasse, e, para solucioná-lo, “chegou-se a um entendimento político, negociado pelas diferentes correntes classistas e ideológicas que gravitavam na Constituinte, construindo um dispositivo *sui generis*, isto é, o inciso XXIX, art. 7º, da Constituição”⁽¹⁾.

A partir de tal regra, o que ocorre, em razão do término do contrato de trabalho, é uma típica substituição do prazo quinquenal pelo bienal, situação que em tudo se assemelha aos casos em que uma norma legal superveniente reduz o prazo prescricional. E a solução que prevalece em tais situações, relativamente aos prazos em curso, é a seguinte: aplica-se o prazo prescricional menor, contado a partir da vigência da lei nova, exceto se a prescrição se consumir primeiro em se aplicando o prazo anterior computado o tempo já transcorrido até a vigência da lei nova⁽²⁾.

Em outras palavras, se, por exemplo, a lei estabelece para o exercício de determinada pretensão o prazo prescricional de cinco anos e sobrevém outra lei reduzindo tal prazo para dois anos procede-se do seguinte modo: a) a prescrição consumada pelo prazo anterior não sofre os efeitos da lei nova; b) os prazos em curso há mais de três anos, continuarão regidos pela lei anterior, uma vez que o tempo remanescente, para que se consume a prescrição, é inferior ao prazo fixado pela lei nova, contado a partir da vigência desta; c) a prescrição em curso há menos de três anos ou ainda não iniciada, seguirá a lei nova. O que se extrai de tais regras é que a norma legal que reduz o

prazo prescricional não pode acarretar um efeito inverso, nem a consumação brusca de um prazo que, pela lei antiga, demandava mais algum tempo para se completar.

É exatamente isso o que ocorre com a prescrição trabalhista: o prazo prescricional, que é de cinco anos, é reduzido para dois anos a partir do término do contrato de trabalho. Diante disso, vencidos os dois anos após o término do contrato, todos os créditos dele resultantes estarão alcançados pela prescrição, salvo se houver algum obstáculo ao fluxo do prazo ou se a exigibilidade do crédito só se manifestou após a cessação do vínculo laboral, hipótese em que deverá ser observado o biênio a partir do desaparecimento do obstáculo ou do surgimento da pretensão.

Conforme mencionado acima, o término do contrato de trabalho acarreta a redução do prazo prescricional, de cinco para dois anos. O que se pretende analisar no presente artigo, no entanto, é a situação oposta, isto é, os casos em que as partes, após o término de um contrato de trabalho, voltam à condição de empregado e empregador mediante novo pacto laboral. Teria tal fato, que é o oposto do término do contrato, algum efeito sobre os prazos prescricionais em curso? Em outras palavras: a indagação que fazemos é: quais são os efeitos (se há algum) da sucessão contratual sobre a prescrição trabalhista?

A fim de que não haja confusão, esclarecemos desde logo que não se trata de analisar as hipóteses da chamada sucessão trabalhista, uma vez que nesta não há pluralidade de contratos⁽³⁾, mas um só vínculo, que se transfere automaticamente do sucedido ao sucessor, nos termos do art. 448 da CLT. Assim, quando

(1) CHIARELLI, Carlos A. G. *Trabalho na Constituição*. v. 1. São Paulo: LTr, 1989. p. 233.

(2) LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 104.

(3) Pelo menos não como consequência da sucessão trabalhista. Ainda que, no caso, possa haver motivos para a rescisão contratual, “em tais hipóteses não é propriamente a mudança de empregador que determina a ruptura do contrato, mas a modificação substancial que ela provoca ou representa” (PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978. p. 197).

houver sucessão de empregadores, a prescrição continua sujeita ao prazo quinquenal, enquanto persistir o contrato com o sucessor. Se a sucessão trabalhista não afeta o contrato de trabalho, e se, em razão dela, o sucessor responde pelos encargos trabalhistas de todo o contrato, subsistem intactas as razões pelas quais o constituinte estabeleceu um prazo mais longo para a prescrição na vigência do pacto laboral. Assim, ainda que os créditos tenham sido constituídos em face de outro empregador (sucedido), são exigíveis perante o sucessor e, por consequência, a prescrição continuará a fluir pelo prazo de cinco anos, computado o prazo transcorrido em relação ao sucedido, dado que a sucessão trabalhista não importa interrupção do prazo prescricional. Embora entendamos que o sucedido também possa ser chamado a satisfazer os débitos relativos ao período em que figurou como empregador, isso em nada altera o prazo prescricional, uma vez que não houve rescisão contratual que pudesse implicar o cômputo da prescrição pelo prazo reduzido.

A questão que ora nos propusemos a enfrentar, no entanto, não diz respeito à sucessão de empregadores, no âmbito de um mesmo contrato, mas à ocorrência de pactos sucessivos com o mesmo empregador. É nessa última situação que indagamos acerca dos efeitos dos contratos seguintes sobre o prazo prescricional relativo aos créditos remanescentes dos pactos anteriores.

2. A prescrição e a superveniência de novo contrato na visão tradicional

Aparentemente, poder-se-ia pensar que a existência de novo contrato entre as partes não teria influência alguma sobre a prescrição relativa aos contratos anteriores, uma vez que a regra constitucional prevê que a prescrição dos créditos trabalhistas consuma-se dois anos após a extinção do contrato e, havendo diversos pactos, dever-se-ia considerar extinta a exigibilidade dos créditos, em relação a cada vínculo laboral, depois de dois anos contados

do respectivo término, sendo irrelevante a superveniência de nova relação empregatícia entre as partes.

Para alguns doutrinadores e segundo diversos julgados, pela aplicação analógica do art. 453 da CLT, nos casos em que couber a soma dos períodos de duração dos diversos contratos, a prescrição bienal só deveria ser contada a partir do último deles, tal como ocorre em relação ao direito à *accessio temporis* (TST, Súmula n. 156).

Também podem ser encontrados autores e decisões judiciais sustentando que a superveniência de novo contrato acarreta a paralisação ou a interrupção do prazo bienal.

Tais conclusões, entretanto, não refletem a melhor solução para o caso. Em relação à última posição acima, carece de fundamento aceitável, uma vez que as hipóteses de interrupção ou suspensão do curso prescricional são apenas as previstas em lei, não contemplando o legislador o estabelecimento de novo pacto laboral como fato capaz de obstaculizar o curso da prescrição.

A propósito, já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE SAFRA. PRESCRIÇÃO. SOMA DOS PERÍODOS CONTÍNUOS. IMPOSSIBILIDADE. As regras celetistas restritivas da sucessividade contratual informam que um contrato a termo somente pode ser licitamente sucedido por outro, entre as mesmas partes, se transcorridos seis meses do contrato anterior (art. 452 da CLT). Contudo, a CLT não elimina, inteiramente, a possibilidade de pactuação lícita de sucessivos contratos a termo, mesmo em lapsos temporais inferiores a seis meses entre os diversos pactos. O essencial é que efetivamente não haja fraude em tais pactuações. Assim, como pacto empregatício rural a prazo, cujo termo final é fixado em função das variações estacionais da atividade agrária, não será possível reconhecer a indeterminação do contrato de safra, ainda que a contratação

tenha ocorrido em períodos inferiores a seis meses, quando verificada a inexistência de fraude. Neste contexto, se os contratos de safra anteriores a dois anos do ajuizamento da ação foram considerados válidos e distintos, não há suporte legal para que se considere que a mera readmissão do empregado safrista possa configurar causa impeditiva da fluência do prazo prescricional bienal, que se inicia com a rescisão de cada contrato de trabalho, nos termos do art. 7º, XXIX, da CF. Agravo de instrumento desprovido (TST, AIRR 6591700-69.2002.5.09.0900, Ac. 6ª T., 21.10.2009, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. DEJT 29.10.2009.)

Por outro lado, consoante a regra do art. 453 da CLT, a soma dos períodos descontínuos independe do interregno decorrido entre os contratos. Além disso, em razão de sua finalidade⁽⁴⁾, tal norma exclui a *accessio temporis* quando o contrato anterior houver sido extinto em virtude de aposentadoria espontânea ou dispensa por falta grave e, ainda, quando, ao término do contrato anterior, o empregado tiver recebido a indenização legal.

Por outro lado, ainda que a causa de extinção do contrato anterior não exclua a *accessio temporis*, se a cessação do vínculo anterior ocorreu há mais de dois anos, não poderia a superveniência de novo contrato alterar as regras de uma prescrição já consumada.

Portanto, a primeira conclusão que se deve extrair é a de que, havendo vários contratos sucessivos, se entre o término de um e o início do seguinte houver transcorrido período de tempo superior a dois anos, na ausência de fatos interruptivos ou suspensivos da prescrição, não mais será possível alterar as regras prescricionais incidentes sobre os contratos passados, uma vez que, quando do novo ajuste, a prescrição dos créditos relativos aos pactos anteriores já estará consumada.

(4) O objetivo central do art. 453 da CLT era evitar que o rompimento do contrato fosse utilizado pelos empregadores como obstáculo à obtenção da estabilidade decenal pelos empregados. A influência no valor da indenização (CLT, art. 477) era apenas decorrência da soma do tempo de serviço dos diversos contratos.

Resta, porém, a situação em que o interregno entre os contratos sucessivos é inferior a dois anos, e é desses casos que trataremos a seguir.

3. Uma releitura necessária da norma constitucional

Convém registrar, de início, que a aplicação da prescrição, em matéria trabalhista, não pode desconsiderar a situação de subordinação vivida pelo trabalhador durante o contrato de trabalho, em nada se alterando a situação pelo fato de o contrato vigente ser diverso daquele que originou os créditos insatisfeitos. Por outro lado, consultando o espírito da norma constitucional que regula a prescrição trabalhista (CF, art. 7º, XXIX), é inadmissível a aplicação de prescrição bienal no curso do contrato de trabalho.

Assim, se entre os contratos mediar um lapso temporal inferior a dois anos, ou, embora ultrapassado o biênio, se, por força de algum óbice legal, a prescrição dos créditos relativos aos contratos anteriores ainda não estiver inteiramente consumada, temos que o contrato seguinte implicará, necessariamente, uma alteração quanto à extensão dos prazos prescricionais em curso⁽⁵⁾. Não se trata de conferir ao contrato seguinte efeito interruptivo ou suspensivo, solução que não encontra amparo legal, conforme mencionado na ementa acima transcrita, mas de reconhecer que, no curso do contrato de trabalho, a prescrição só pode ser quinquenal.

(5) "CONTRATOS SUCESSIVOS. INTERVALO MENOR QUE DOIS ANOS. PRESCRIÇÃO TOTAL. INOCORRÊNCIA. Havendo crédito(s) decorrente(s) de contrato(s) anterior(es) em relação ao(s) qual(is) ainda não se operou a prescrição, vindo as partes a firmar um novo pacto, este último modifica os prazos prescricionais em curso, referentes a(os) contrato(s) já extinto(s). No caso, a superveniência de um novo contrato de emprego entre as partes faz incidir as regras prescricionais previstas para serem aplicadas durante a vigência do contrato. Disso decorre que o prazo prescricional volta a ser apenas o quinquenal, que será contado a partir da violação do direito" (TRT 18ª Região, RO 00253-2006-251-18-00-8, Relª Desª Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque. DJE 29.11.2006, p. 59).

A questão, portanto, não se refere ao modo de contagem do prazo, mas à definição acerca do prazo a ser aplicado, isto é, da duração do prazo prescricional. E, havendo contrato de trabalho entre as partes, o prazo prescricional só pode ser de cinco anos. Tal conclusão decorre, primeiro, da hermenêutica da norma constitucional (art. 7º, XXIX) a partir do critério teleológico, em atenção ao valor social do trabalho e à finalidade da norma (LICC, art. 5º), e terceiro, do princípio da proteção, que impõe a interpretação das normas trabalhistas consoante a regra *in dubio pro operario*. Afora isso, mesmo nas relações civis em geral, as normas relativas à prescrição devem ser interpretadas em sentido restritivo⁽⁶⁾, uma vez que a prescrição é apenas um mal necessário, jamais uma solução desejável.

Não é demais lembrar que, antes da Constituição Federal de 1988, o prazo prescricional trabalhista era de dois anos, contados, para os trabalhadores urbanos, consoante o princípio da *actio nata*, e, para os trabalhadores rurais, a partir do término do contrato. Por outro lado, conforme já mencionado acima, o inciso XXIX do art. 7º da CF-88 resultou de uma composição de interesses conflitantes no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte, pretendendo alguns estender aos trabalhadores urbanos as regras prescricionais então aplicáveis aos trabalhadores rurais (impedimento à prescrição durante a vigência do contrato de trabalho), e outros a mudança em sentido inverso (simples aplicação do prazo bienal, consoante o princípio da *actio nata*, a todos os trabalhadores). Como resultado desse embate, preveleceu o consenso de que o vínculo de subordinação decorrente da relação de emprego, normalmente acarreta para o trabalhador restrições

(6) Consoante clássica lição de Washington de Barros Monteiro, “na matéria em exame, as disposições são sempre de aplicação estrita, não comportando interpretação extensiva, nem analogia; a exegese será sempre restritiva. Na dúvida, deve-se julgar contra a prescrição...” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 1: parte geral. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 294).

ao livre exercício de seus direitos em juízo. Ora, essa particularidade da prescrição trabalhista não pode ser descurada na aplicação da norma constitucional, e não é o fato de se tratar de um novo contrato que elide ou modifica tal situação, com base na qual o Constituinte elevou o prazo prescricional na vigência do contrato de trabalho⁽⁷⁾. Logo, pretender isolar os contratos sucessivos, para fins prescricionais, pelo só fato de não haver conexão entre eles importa negar o espírito da norma, a pretexto de aplicá-la em sua literalidade.

De outra parte, se dúvidas pudesse haver quanto ao sentido da norma constitucional em questão, deveria ela ser interpretada no sentido contrário à prescrição, seja por consolidar esse instituto, na maioria das vezes, uma situação contrária ao Direito, seja por importar a supressão de créditos laborais. Assim, o disposto no art. 7º, XXIX, da CF não pode ser interpretado no sentido de facilitar a consumação da prescrição. Aliás, as normas relativas à prescrição jamais podem ser aplicadas de modo a comprometer a efetividade dos direitos trabalhistas. Por fim, a prescrição nunca se apresentou como uma solução ideal para o conflito de interesses, embora se trate de um instituto indispensável à segurança social.

Logo, a interpretação que mais se harmoniza às regras de hermenêutica e melhor atende à teleologia da norma a ser aplicada aponta no sentido de que, se houver verbas trabalhistas ainda não prescritas, oriundas de contratos anteriores, quando as partes firmam novo pacto, e este último vínculo acarreta a modificação dos prazos prescricionais em curso, relativos ao(s) contrato(s) já findo(s). No caso de superveniência de novo contrato de emprego entre as mesmas partes, as regras prescricionais, inclusive em relação às pretensões

(7) “Em caso de readmissão do empregado, (...) naturalmente ressurgem o *status subjectionis* e o interesse em não litigar, razões que ditaram a prescrição quinquenal para o trabalhador urbano e a imprescritibilidade para o empregado rural, na hipótese de constância do contrato” (TRT 4ª Região, RO 96.034645-47, Ac. 2ª T., 23.6.98, Rel. Juiz Paulo Caruso. *Informa Jurídico*, 16).

oriundas dos pactos anteriores ainda não prescritas, passam a ser as que devem reger as relações entre empregado e empregador na vigência do contrato. Afinal, essa é a situação em que as partes se encontram. Disso decorre que o prazo de prescrição volta a ser apenas o quinquenal⁽⁸⁾, devendo ser computado a partir da lesão ao direito. Se a readmissão do trabalhador no emprego restabelece a condição fática que determinou a adoção do prazo quinquenal, na vigência do contrato pretérito, nada mais natural que tal prazo também passe a ser aplicado a partir da nova contratação, em relação aos créditos ainda não prescritos.

Do mesmo modo que a cessação do vínculo de emprego faz com que o prazo seja reduzido, o retorno ao estado de subordinação impõe que seja restabelecido o prazo anterior (quinquenal). Tal solução em nada ofende a Constituição Federal, senão o contrário, valoriza os seus fundamentos, adotando prazos prescricionais que efetivamente refletem a situação das partes.

O fato de o contrato vigente ser diverso daquele em que se originaram os créditos em via de prescrição é irrelevante. Se os prazos fossem vinculados apenas ao respectivo contrato, haver-se-ia de entender que o trabalhador que firma novo contrato com seu atual empregador, por exemplo, por haver prestado concurso para função diversa, deixaria de ser beneficiado pela prescrição quinquenal em relação ao primeiro pacto, pelo simples fato de ter-se vinculado mediante outro contrato, o que atenta contra o espírito que animou o legislador constituinte a fixar prazos diferenciados, importando também, por consequência, ofensa ao disposto no art. 5º da LICC. Que dizer, então, do trabalhador que mantém dois contratos simultâneos com o mesmo empregador e, num determinado momento, rescinde um deles e dá prosseguimento ao outro? Haveria de sofrer os efeitos da prescrição bienal

(8) Evidente que, no prazo de cinco anos, será computado o período já transcorrido.

em relação ao contrato rompido, embora continuasse empregado? Definitivamente, não nos parece a melhor solução, principalmente considerando que o Direito do Trabalho confere primazia à realidade, submetendo a ela os aspectos formais. Assim, que a subordinação seja decorrente de contrato diverso é de todo irrelevante para fins de definição do prazo prescricional que deve incidir, no caso. O que importa é se existe ou não relação de emprego entre as partes. Esse foi o critério eleito pelo Constituinte para definir a extensão dos prazos prescricionais relativos aos direitos trabalhistas.

É indiferente se o vínculo de emprego atual resulta do mesmo pacto laboral do qual decorrem os créditos prescribendos ou de contrato diverso. Em qualquer dos casos, a relação de emprego atua como entrave ao exercício da pretensão. Não foi por outro motivo que a Constituição fixou prazos distintos. Assim, enquanto houver relação empregatícia entre as partes, a prescrição flui apenas pelo prazo quinquenal, computado este da lesão ao direito, independentemente de qual seja o contrato de que se originaram os créditos insatisfeitos.

Não é possível, no caso, invocar analogicamente os critérios de contagem adotados pelo Direito Civil, na vigência do Código Civil anterior, para fins de usucapião ordinário (CC-1916, art. 551), nas hipóteses em que parte da posse era exercida entre presentes e parte entre ausentes⁽⁹⁾. Pelas normas constitucionais

(9) Dispunha o Código Civil de 1916: "Art. 551 – Adquire também o imóvel aquele que, por 10 (dez) anos entre presente, ou 15 (quinze) entre ausentes possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé. Parágrafo único. Reputam-se presentes os moradores do mesmo município e ausentes os que habitam município diverso". Neste caso, os civilistas adotavam o critério da proporcionalidade, ou seja, consideravam o valor relativo do período transcorrido em cada uma das situações. Assim, por exemplo, se os interessados (o proprietário e o possuidor prescribente) tivessem habitado o município de situação do imóvel durante cinco anos (50% do prazo entre presentes), mudando-se um deles, depois, para município diverso, o possuidor necessitaria de mais 7,5 anos (50% do prazo entre ausentes) para completar a aquisição do bem pelo usucapião ordinário, e não mais 10 anos.

relativas à prescrição trabalhista, o tempo transcorrido conta-se sempre de forma simples, pelo seu valor absoluto, variando apenas os prazos. Com a extinção do vínculo, inicia-se a contagem de dois anos, a partir daquele termo. Reatando as partes a relação de emprego, antes de completado tal prazo, a prescrição volta a ser quinquenal, contada da lesão ao direito, que constitui a regra aplicável na vigência do contrato de trabalho. Se, quando as partes se desvinculam, ocorre uma redução do prazo prescricional, nada mais natural que, ao retornarem à condição anterior, mediante nova vinculação, o prazo também volte a fluir pelo prazo aplicável antes do rompimento.

Em nada interfere, no caso, a distinção entre as hipóteses nas quais, segundo o art. 453 da CLT, seria, ou não, cabível a *accessio temporis*. Para efeitos prescricionais, o que interessa, na sucessão de contratos, é apenas a regra segundo a qual, existindo um contrato de trabalho entre as partes, o prazo prescricional para reclamar créditos trabalhistas será sempre de cinco anos. Uma vez extinto o vínculo de emprego, o prazo prescricional passa a ser de dois anos. Todavia, retornando as partes à condição de empregado e empregador, para todos os créditos não prescritos, a regra aplicável volta a ser aquela prevista para a vigência da relação laboral, independentemente de os créditos prescribendo serem originários do vínculo atual ou de contratos anteriores.

E idêntica solução deve ser aplicada aos contratos firmados com outras empresas do mesmo grupo econômico, por se tratar de efeitos do próprio contrato de trabalho, pelos quais respondem também as demais empresas⁽¹⁰⁾.

A respeito, ver SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 89-90.

(10) "GRUPO ECONÔMICO. PRESTAÇÃO DE TRABALHO A EMPRESAS DO MESMO GRUPO. PRESCRIÇÃO. A noção do grupo como empregador único, que se extrai do § 2º do art. 2º da CLT, permite concluir que é apenas formal, e não real, a cessação do vínculo com uma empresa, seguida da admissão por outra do mesmo grupo, sem solução de continuidade. Embora não

Afinal, reconhecendo a doutrina e jurisprudência que o grupo econômico é empregador único, é irrelevante com qual das empresas que o integram foi firmado o contrato de trabalho.

Em síntese, havendo relação de emprego entre as partes, a prescrição em curso deverá ser sempre e apenas quinquenal em relação a todo e qualquer crédito trabalhista pendente entre as partes. A origem do crédito é irrelevante, uma vez que o que determina a variação dos prazos prescricionais é a existência, ou não, de vínculo de subordinação entre as partes, e essa condição não se altera pelo simples fato de o atual contrato de trabalho ser outro, diverso do que originou os créditos em vias de prescrição. Com efeito, a mesma dependência do emprego que inibe o trabalhador de exigir o pagamento dos direitos resultantes do contrato

seja objeto da lide a declaração de unicidade contratual, a prescrição merece tratamento diferenciado. Em caso de readmissão do empregado, suspende-se o curso do prazo prescricional, em atenção ao espírito da lei, porque naturalmente ressurgem o *status subjectionis* e o interesse em não litigar, razões que ditaram a prescrição quinquenal para o trabalhador urbano e a imprescritibilidade para o empregado rural, na hipótese de constância do contrato" (TRT 4ª Região, RO 96.034645-47, Ac. 2ª T., 23.6.98, Rel. Juiz Paulo Caruso. *Revista LTr*, v. 62, n. 11, nov. 1998, p. 1.571).

"GRUPO ECONÔMICO. PLURALIDADE DE VÍNCULOS CONTRATUAIS ROMPIDOS EM MOMENTOS DIVERSOS. PRESCRIÇÃO TOTAL. INÍCIO DA CONTAGEM. O reconhecimento de que um grupo econômico se constitui em empregador único dos trabalhadores vinculados a cada uma das 'unidades filiadas' vai muito além da teoria agasalhada pela lei para definir a responsabilidade solidária pelos débitos trabalhistas (art. 2º, § 2º, da CLT). A figura do empregador único é um fato concreto e inegável, caracterizada pela possibilidade de qualquer das 'unidades filiadas' a um grupo econômico exercer os poderes inerentes ao empregador, em especial o poder subordinante (Enunciado n. 129 do TST). Em assim sendo, a cessação de um contrato de trabalho, quando mantidos outros com empresas do mesmo grupo, é apenas formal, pois o empregador único continua a exercer o poder subordinante por meio dos contratos de trabalho ainda vigentes, e só com a extinção do último contrato é que o vínculo de emprego realmente chega ao fim, dando início à contagem do prazo da prescrição bienal extintiva" (TRT 24ª Região, RO 01258-2001-004-24-00-7, Ac. 12.2.2003, Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior. *Revista LTr*, v. 67, n. 9, set. 2003, p. 1.131).

vigente também afeta sua decisão de postular os créditos originários dos contratos já extintos.

4. A situação dos safristas

A observância das particularidades da prescrição trabalhista acima expostas tem especial interesse para as categorias que, pela própria natureza dos serviços executados, não firmam um contrato único, por prazo indeterminado, com os tomadores de seus serviços, senão diversos contratos por prazo determinado, como é o caso dos safristas.

A orientação normalmente seguida pelos tribunais, no particular, está longe de merecer encômios. Com efeito, a solução preferida, no caso, tem sido a de ignorar a superveniência de novos contratos, invocando como fundamento a circunstância de os diversos contratos serem independentes entre si. Ora, o que define a extensão dos prazos prescricionais não é a relação de dependência entre os contratos, mas o vínculo de subordinação entre as partes. Diante disso, restabelecendo-se tal vínculo, como consequência dos contratos subsequentes, o prazo prescricional também deve ser ampliado, não havendo razão para negar a aplicação do prazo quinquenal aos créditos oriundos dos contratos anteriores. Em qualquer caso, a relação de subordinação tolhe a iniciativa do trabalhador de postular seus direitos, quando não interdita completamente sua disposição de fazê-lo. O vínculo de subordinação que fundamenta a regra constitucional não se modifica pelo fato de as partes firmarem um novo contrato, em vez de prosseguirem no anterior.

Os que afirmam, por exemplo, que a superveniência de novo contrato de safra entre as partes não interfere no fluxo prescricional relativo aos direitos oriundos dos contratos anteriores, por serem os contratos distintos e independentes entre si, implicitamente, estão a defender a impossibilidade da *accessio temporis*, no caso. O que querem dizer é que, em tais contratos, não se aplica, em hipótese alguma, o disposto no art. 453 da CLT. Conquanto

a premissa seja verdadeira, o mesmo não se pode dizer da conclusão, uma vez que a aplicação da prescrição não se vincula à *accessio temporis*, pois, conforme já demonstrado anteriormente, seus fundamentos e regras não coincidem.

Nos contratos de safra, por outro lado, o estado de dependência persiste mesmo após o término de cada contrato, de modo que o trabalhador deixa de reclamar seus direitos para evitar atritos com o ex-empregador e, com isso, ter maiores chances (ou por ser uma condição) de firmar um novo contrato na próxima temporada. Assim, no período de entressafra, a situação do safrista não é muito diferente da dos empregados com contrato por tempo indeterminado, aliás, é pior, uma vez que, ao contrário destes, aquele pode ter sua força de trabalho “dispensada” (isto é, não ser contratado na safra seguinte) sem indenização alguma. Diante disso, em relação ao safrista, ainda mais dramática é a realidade sintetizada por Márcio Túlio Viana, ao descrever a situação do empregado nos tempos de flexibilização e de desemprego: “para o empregado, o que importa é o próprio emprego, e para isso o essencial é não desagradar o patrão”⁽¹¹⁾.

Da mesma forma que o empregado por tempo indeterminado prefere negligenciar a defesa de direitos indiscutíveis para não correr o risco de ser despedido em represália, o safrista, ao término de cada pacto, sacrifica direitos certos para não provocar uma quebra na sequência de contratos que vinha firmando, ano após ano, com o empresário rural. Admitir o fluxo prescricional pelo prazo reduzido, em relação a cada contrato, sem levar em conta os pactos subsequentes, significa reduzir a proteção conferida a tais trabalhadores a quase nada, uma vez que seu estado de dependência da boa vontade patronal é ainda mais evidente,

(11) VIANA, Márcio Túlio. Convenção n. 158: denunciando a denúncia. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). *O que há de novo no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 125.

pelo fato de que podem deixar de ser contratados novamente sem nenhum custo adicional para o empregador. E mão de obra disponível é o que não falta.

Assim, para que a proteção legal seja efetiva, é indispensável que seja observada a duração do prazo prescricional conforme haja, ou não, contrato de trabalho vigente entre as partes.

Alguns doutrinadores chegam a resultado prático similar, sustentando que a recontração do safrista interrompe a prescrição. Todavia, conforme já mencionado acima, não nos parece defensável que a hipótese seja de interrupção, pois, ao firmarem novo contrato, nem o empregado pratica um ato de exigência de seu crédito, nem o empregador reconhece àquele algum direito relativo aos contratos anteriores.

Por fim, o fato de alguns trabalhadores safristas ajuizarem ações trabalhistas mesmo na vigência dos respectivos contratos de trabalho não invalida a aplicação dos prazos prescricionais na forma acima enunciada. Em primeiro lugar, porque não há elementos que permitam concluir que se trate da maioria dos trabalhadores que se dispõem a correr tal risco. Afora isso, embora a busca da tutela jurisdicional pelo trabalhador safrista possa não atrapalhar nova contratação no ano seguinte em algumas grandes empresas, o mesmo não se pode dizer em se tratando de empregadores de menor porte⁽¹²⁾.

(12) Isso sem contar que, em alguns casos, o próprio empregador estimula o safrista a ir a Juízo, a fim de obter uma quitação a menor custo. Algumas empresas preferem fazer acordos em juízo em vez de pagar as verbas trabalhistas a que o trabalhador tem direito durante o contrato. E isso talvez explique porque ultimamente verificou-se uma explosão de ações trabalhistas em algumas regiões onde predomina o cultivo da cana-de-açúcar, com um percentual de conciliações discrepante em relação às demais demandas. Não se pode desconsiderar, por fim, que alguns safristas ajuizam as reclamações ainda na vigência do contrato, quando se aproxima o seu término, por motivos de ordem prática: comparecer a juízo na data designada, uma vez que, se aguardassem o fim da safra, teriam que percorrer longas distâncias para participar da audiência ou custear sua permanência fora de seu local de origem à espera da realização de tal ato judicial.

Ademais, a existência de certo preconceito em relação aos trabalhadores que postulam seus direitos em juízo é fato notório, prescindindo, por isso mesmo, de demonstração. E a evidência maior de tal realidade é que a esmagadora maioria de reclamantes, na Justiça do Trabalho, é formada por ex-empregados.

5. Empregados de empresas prestadoras de serviços

Em relação aos empregados das empresas prestadoras de serviços, o fato de serem alocados em diferentes tomadores ao longo do contrato com a prestadora não interfere no cômputo do prazo prescricional, seja em relação ao empregador, seja em relação ao responsável subsidiário. Afinal, em face do entendimento jurisprudencial consagrado pela Súmula n. 331, IV, do C. TST, não poderiam postular seus créditos apenas em face do tomador, de modo que as razões pelas quais o legislador constituinte ampliou o prazo para cinco anos continuam presentes, mesmo que o obreiro mude de tomador⁽¹³⁾.

E a mesma solução deve ser aplicada aos trabalhadores temporários (Lei n. 6.019/74), por idênticas razões.

6. Trabalhadores avulsos

A situação dos trabalhadores avulsos é ainda mais específica, uma vez que não se vinculam ao sindicato ou órgão gestor de mão de obra por uma relação de emprego, não sendo tais

Em tais casos, naturalmente, a pressa de voltar é mais um ingrediente a “forçar” o acordo. Diante disso, o fato de haver um grande número de ações trabalhistas movidas por safristas, ainda no curso do contrato, não é o bastante para concluir que, em relação a eles, a vigência do pacto laboral não atue como elemento inibidor do acesso efetivo ao Judiciário.

(13) “RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PRESCRIÇÃO. A contagem do prazo bienal tem seu critério estabelecido na Constituição Federal, a partir da extinção do contrato laboral e não da rescisão contratual entre prestadora e tomadora dos serviços. Esta se responsabiliza subsidiariamente, em tese, dentro do período em que o obreiro terceirizado lhe presta serviços” (TRT 18ª Região, RO 00010-2005-006-18-00-8, Rel. Juiz Saulo Emídio dos Santos. DJE 6.9.2005, p. 54).

entidades mais do que intermediários no recrutamento e remuneração provinda de terceiros, que podem variar constantemente, até mesmo no curso de cada jornada de trabalho.

Considerando, assim, a curta duração de cada prestação, sustentam alguns que aos trabalhadores avulsos somente seria aplicável a prescrição bienal, computada a partir de cada serviço prestado⁽¹⁴⁾. Para outros, como a relação jurídica não é de emprego, no caso, não seria aplicável o prazo bienal, de que trata o art. 7º, XXIX, da CF⁽¹⁵⁾. Este último argumento, no entanto, é artificioso, uma vez que, se a lei equipara os trabalhadores avulsos aos empregados, isso significa que as regras que se aplicam a uns valem também para os outros, ressalvado, evidentemente, o direito à permanência no

emprego, por ser incompatível com a situação daqueles.

No caso, os trabalhadores que reclamam seus direitos poderiam ser igualmente vítimas de discriminação, como ocorre com os safristas, por exemplo. Destarte, mais correto nos parece considerar a aplicação do prazo quinquenal ou bienal considerando o vínculo com o sindicato ou órgão gestor, o qual se equipara a uma relação de emprego, visto que, na prática, tais entidades atuam como uma espécie de prepostos dos beneficiários diretos da prestação laboral. Assim, o prazo bienal só deveria ser computado a partir do desligamento do trabalhador, ainda que de fato, da entidade que o representa.

Não é nesse sentido, no entanto, a jurisprudência do TST, orientando-se no sentido de que, em relação aos trabalhadores avulsos, o prazo bienal deve ser contado a partir da cessação do trabalho prestado a cada tomador dos serviços (TST/SDI-I, OJ n. 384), o que significa, na prática, negar aplicação do prazo quinquenal em relação a tais trabalhadores, dado o curto período que normalmente permanecem a serviço de cada tomador. Além disso, tal solução desconsidera que o vínculo jurídico do trabalhador avulso é com o sindicato ou órgão gestor da mão de obra, e não com o tomador dos serviços, não tendo este poderes para escolher os trabalhadores que se vão ativar a seu serviço. Diante disso, se é em relação ao sindicato ou órgão gestor que se estabelece a relação de subordinação imediata, é o vínculo com estes que deve ser levado em conta para definir a duração do prazo prescricional, e não a relação com o beneficiário da prestação laboral. Nada mais justo, assim, que recebam o mesmo tratamento que os empregados das empresas prestadoras de serviços.

7. Conclusões

O prazo prescricional trabalhista varia conforme haja, ou não, contrato de trabalho entre as partes, sendo esse o fundamento pelo qual o Constituinte ampliou para cinco anos o lapso

(14) "RECURSO DE REVISTA DO SINDICATO PROFISSIONAL. TRABALHADOR AVULSO INTERMEDIADO PELO SINDICATO. PRESCRIÇÃO TERMO INICIAL. Em atenção ao princípio constitucional que assegura a igualdade de direitos entre os trabalhadores avulsos e os que mantêm vínculo de emprego permanente (art. 7º, XXXIV, da CF), a figura do sindicato não deve superar os argumentos então traçados pela doutrina no sentido de se constituir, apenas, mero responsável pela intermediação e representação da categoria. Na realidade, é com o tomador de serviço que a "relação de trabalho" efetivamente se concretiza, inclusive porque beneficia-se diretamente dos resultados do labor então executado pelo avulso, de modo que, cumprida finalidade para a qual foi contratado, novo vínculo se forma adquirindo peculiaridades distintas do anterior, oportunidade em que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional de dois anos deverá incidir (art. 7º, XXIX, a, da CF)" (TST, AIRR e RR n. 548-1999-007-17-00-5, Ac. 2ª T, 20.4.2005, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva. DJU 13.5.2005).

(15) "TRABALHADOR AVULSO. PRESCRIÇÃO. O prazo para o trabalhador avulso ingressar com ação na Justiça do Trabalho é de cinco anos. Entender aplicável ao trabalhador avulso a regra específica da prescrição bienal, sem atentar às peculiaridades da relação de trabalho, configura flagrante cerceamento de direitos e grave violação à garantia constitucional de igualdade com os demais trabalhadores. A disciplina do art. 7º, XXIX, da Constituição autoriza o entendimento de que, ao trabalhador avulso, aplica-se, tão somente, a prescrição quinquenal, porquanto não há falar, na hipótese, em contrato de trabalho, mas em relação de trabalho *lato sensu*" (TST, RR 51737-2001-022-09-00-8, Ac. 3ª T., 17.8.2005, Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. DJU 30.9.2005).

temporal exigido para que a prescrição se consuma na vigência do contrato de trabalho.

O só fato de as partes firmarem novo contrato de trabalho não é suficiente para acarretar a suspensão ou interrupção da prescrição em curso.

Todavia, sendo certo que o estado de subordinação do trabalhador, durante a vigência do pacto laboral, inibe sua liberdade de postular em juízo os direitos que lhe cabem, e que tal circunstância foi determinante na fixação de diferentes prazos prescricionais, durante a relação de emprego e após o seu término, impõe-se que tal situação também seja levada em conta nas hipóteses em que as partes firmam novo contrato de trabalho. Neste caso, em respeito ao espírito que inspira a norma inscrita no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, deve-se reconhecer que o retorno ao estado de subordinação jurídica ao empregador implica o restabelecimento do prazo prescricional de cinco anos, em relação às pretensões ainda não prescritas, respeitado o período já transcorrido desde a exigibilidade do crédito.

Tal situação ainda mais se justifica em relação aos casos em que os trabalhadores são tradicional e periodicamente contratados sob a modalidade de pacto a termo, como é o caso dos safristas. Não se reconhecendo o restabelecimento do prazo quinquenal na vigência dos contratos subsequentes, tais trabalhadores restam, na prática, excluídos da proteção decorrente da prescrição quinquenal.

Por outro lado, em relação aos trabalhadores avulsos, o prazo bienal só deve ser computado

a partir da cessação do vínculo com o sindicato ou órgão gestor da mão de obra, pois é por intermédio destes que prestam serviços aos tomadores.

Por fim, no contrato de prestação de serviços, ainda que os tomadores variem, o prazo bienal de prescrição só deve ser adotado a partir da cessação do vínculo de emprego com o prestador, inclusive para efeitos de responsabilização dos diversos tomadores. E o mesmo deve ocorrer em relação aos trabalhadores temporários, tomando-se como referência a cessação do vínculo com a empresa prestadora de mão de obra.

8. Referências bibliográficas

CHIARELLI, Carlos A. G. *Trabalho na Constituição*. v. 1. São Paulo: LTr, 1989.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LORENZETTI, Ari Pedro. *A prescrição e a decadência na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 1: parte geral. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.

SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

VIANA, Márcio Túlio. Convenção n. 158: denunciando a denúncia. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). *O que há de novo no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.



A execução iluminada: o indispensável resgate da efetividade processual

Alexei Almeida Chapper^(*)

Resumo:

- ▶ Aborda-se a eficácia social da execução trabalhista sob a perspectiva de um trabalhador soterrado: que consegue enxergar a viabilidade e plausibilidade dos seus direitos fundamentais e de caráter alimentar, pois assegurados, tutelados e reconhecidos não somente pelo ordenamento jurídico-normativo, como também pela manifestação impositiva do órgão julgador instrumentalizada na sentença e personificada no juiz. Contudo, a efetividade das decisões judiciais aguarda ansiosa por resgate; e, em que pese os comandos constitucionais à utilização de todos os instrumentos de salvação de maneira célere e razoável, o tempo está se esgotando. Defende-se, por conseguinte, a superação de visões compartimentadas do Direito e a consequente importação subsidiária das novas normas processuais provenientes do direito comum, notadamente enquanto não se constrói uma adequada Reforma Trabalhista. E, nesse contexto, a criação de teses jurídicas será essencial para bem planejar essa imprescindível solução de salvamento. Enquanto isso, pacientemente, os trabalhadores aguardam...

Palavras-Chave:

- ▶ Execução — cumprimento — efetividade — instrumentalidade — resgate.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Algumas sérias constatações acerca do terreno processual: escavando a história vanguardista da Justiça do Trabalho e planejando o resgate
 - ▶ 2.1. Breves considerações quanto aos princípios do Direito Processual do Trabalho em face das modificações do CPC: furando o solo para resgatar a efetividade
 - ▶ 2.2. As razões do empenho jurídico: as fontes morais e a importância da memória para a aplicação do direito
- ▶ 3. A efetividade da execução trabalhista: em benefício do credor
 - ▶ 3.1. A controvertida aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC: uma ferramenta de qualidade à salvaguarda da efetividade processual trabalhista

(*) Mestrando em Direito Processual pela PUC/RS. Especialista em Direito do Trabalho pela PUC/RS. Advogado. Autor dos livros *Prescrição no direito do trabalho e as modificações processuais*. Pelotas: Educat, 2007; *Polêmicas*

trabalhistas. São Paulo: LTr, 2010. Vencedor do Prêmio Bisa de Monografias Jurídicas em 2008 e 2010. Este artigo traz a síntese do trabalho alusivo ao Prêmio Bisa 2010. E-mail: alexeichapper@hotmail.com.

- ▶ 3.2. A execução planejada nos moldes da efetividade dos direitos trabalhistas
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

Encurralados numa caverna sem saída, presos por toneladas e toneladas de pedra e terra, com a visão da luz solar temporariamente suspensa, e condenados à privação de quaisquer tipos de regalia, por ao menos mais alguns meses, um grupo de trinta e três mineiros, a maioria chilenos, recentemente, chamou a atenção do mundo ao pedir socorro (através de um buraco de aproximadamente 30 centímetros) e demandar à execução e disponibilização adequada dos recursos necessários às suas subsistências.

A mídia evidenciou o drama dos mineradores chilenos, que ficaram literalmente presos em uma jazida de cobre, desde o dia cinco de agosto deste ano de 2010. Esse grupo de homens sobreviveu numa câmara fechada, a seiscentos e vinte e dois metros abaixo da terra, esperando pelo resgate provável em cerca de quatro meses. Um estrondoso desabamento no inóspito deserto do Atacama bloqueou a única galeria de acesso à Mina San José, onde os trabalhadores foram descobertos vivos somente após duas semanas: quando uma sonda retornou à superfície com um bilhete de alívio. “Estamos vivos, aguardando pelo resgate”.

Graças à comoção das famílias dos obreiros soterrados (instaladas no Acampamento Esperança) e ao conseqüente empenho das pessoas envolvidas nas operações de salvamento, as expectativas foram superadas e a tragédia teve um final feliz, dois meses e meio antes do tempo previsto. Foram sessenta e nove dias de confinamento, acompanhado pelos órgãos de comunicação de todas as partes do globo. O episódio, que se transformou num verdadeiro *reality show*, era exibido sob um curioso detalhe cenográfico: duzentos andares aquém da superfície.

Pode-se assegurar, por derradeiro, que a proteção, a manutenção e a concretização do direito à vida destes trabalhadores pressupuseram e dependeram da celeridade na execução e da efetividade das operações de resgate. Não seria suficiente a mobilização mundial em prol da salvação destas pessoas nem todos os avançados projetos, inclusive da NASA, encampados para libertar e içar os operários da mina. Seria preciso empenho e, sobretudo, resultado.

A instigante obra de Lon Fuller⁽¹⁾, intitulada *O Caso dos Exploradores de Cavernas*, um clássico opúsculo — leitura obrigatória àqueles que iniciam a percorrer os caminhos da Introdução à Ciência do Direito — não poderia deixar de ser lembrada, nestas linhas introdutórias, em face da apontada e peculiar situação dos labutadores, e lutadores, da mina chilena. Em circunstâncias semelhantes, mas num caso fictício inspirado em precedentes reais dos EUA, um grupo de exploradores de caverna — personificados no livro em destaque — está sob julgamento, em recurso judicial à Suprema Corte de Newgarth, no ano de 4300, pelo homicídio doloso de um de seus companheiros, após um desmoronamento que bloqueou a entrada da caverna e os privou das condições mais básicas à sobrevivência. No caso real dos exploradores de caverna do Chile, felizmente, o canibalismo não foi necessário.

Execução, nessa senda, e no sentido ampliativo da palavra, corresponde perfeitamente às expressões automáticas facilmente encontradas no mais simples e rápido dicionário de sinônimos do mundo⁽²⁾. Assim sendo,

(1) FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de cavernas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

(2) Basta um clique com o botão direito do *mouse*: Dicionário de Sinônimos do Word.

conhecidos termos como cumprimento, implemento, desempenho e efetivação poderão estar sempre bem-empregados na construção de frases que envolvam a ideia de executar. E juridicamente a concepção da palavra destacada caminha na mesma direção, isto é: perseguição de uma meta (satisfação do crédito) a ser concluída da forma mais rápida e eficaz possível (duração razoável), respeitando um projeto seguro (título executivo) e planejado para ser efetivo.

O mesmo acontece com o verbo efetivar. Exigir a concretização de nossos direitos é algo natural e instintivo, ou melhor, realizar sonhos e desejos faz parte da própria natureza e identidade da pessoa humana. E, especificamente no triste caso dos mineradores chilenos, esta acepção efetiva de mudança e de concreta egressão — afastamento de uma situação desfavorável para uma circunstância nova, necessária, reconhecida, adequada e útil — revela com perfeição a noção essencial de todo e qualquer procedimento trabalhista: promover justiça social.

Destarte, com apoio na premissa de que os atuais alicerces constitucionais parecem caminhar num glorioso rumo de máxima efetivação dos direitos fundamentais, a partir dos tópicos seguintes, desta pesquisa eminentemente qualitativa, almeja-se traçar e albergar importantes questionamentos acerca da instrumentalidade processual e efetividade social da execução trabalhista. A decisão judicial é declarada para ser cumprida pelo condenado; e o juiz tem o poder-dever de compelir e constranger o devedor à plenitude do comando sentencial.

Nesse mote, os apontamentos mais relevantes no que concerne às garantias de devido processo legal, celeridade e razoável duração do processo serão brevemente desenvolvidos com o intuito de melhor visualizar o sistema processual de execução trabalhista. Para tanto, observar-se-á as disposições legais, jurisprudenciais e doutrinárias, por meio da utilização dos métodos de investigação indutiva, dedutiva

e dialética⁽³⁾ a fim de asseverar ou não a hipótese de que o ordenamento jurídico respeita e assegura a conformação dos citados princípios normativos.

Enfim, retomando as noções introdutórias e também as informações consolidadas no corpo deste apertado ensaio científico, encontrar-se-á aptidão para concluir o estudo enfocando e enfatizando as bases e os propósitos do sistema executório trabalhista no Brasil, abrindo, consequentemente, espaço para a comunidade jurídica continuar a discutir sobre a incorporação, ou não, de práticas ainda estranhas à realidade jurídico-trabalhista pátria.

Na verdade, o presente artigo é composto por dois desígnios igualmente louváveis: um de caráter eminentemente acadêmico-científico e outro de evidente cunho social, político e ideológico. Num primeiro plano, por conseguinte, cumpre estimular a pesquisa científica acerca das fontes subsidiárias do Direito Processual do Trabalho e da aplicabilidade das novas ferramentas processuais provenientes do direito comum, especialmente no que concerne à efetivação do preceito fundamental à razoável duração do processo⁽⁴⁾ (art. 5º, inciso LXXVIII, CRFB/1988), notadamente em sede de execução trabalhista. Noutro mote, compete, outrossim, incitar os magistrados trabalhistas, advogados, professores, e demais operadores do direito laboral, em geral, à edificação de medidas satisfatórias e criativas ao cumprimento da afamada Meta Três do Conselho Nacional de Justiça e, fundamentalmente, das decisões judiciais trabalhistas com trânsito em julgado. Todas essas esforçadas construções, contudo, devem ser sustentadas com o cuidado de não ofender um dos mais importantes pilares de equilíbrio jurídico, consagrado no princípio do devido processo legal.

(3) RAMOS, Albenides. *Metodologia da pesquisa científica*: como uma monografia pode abrir o horizonte do conhecimento. São Paulo: Atlas, 2009. p. 173.

(4) Art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Deve-se, sobretudo, ressaltar que as conclusões aqui externadas — atendendo ao tema alvitrado pela visão singular dos acadêmicos trabalhistas da 1ª Região — serão erguidas, com o devido respeito às manifestações em sentido diverso, sempre no intuito de privilegiar a aplicação dos instrumentos jurídico-processuais mais eficazes, céleres e vantajosos à obtenção fática dos comandos jurisdicionais constantes do título executivo. Nessa esteira, não há que se falar em respostas certas ou erradas, mas sim em tentativas de criação de teses jurídicas adequadas às atuais necessidades da realidade social, tendo, naturalmente, como suporte normativo as disposições mais elevadas da nossa Constituição Federal.

Afinal, é necessário avançar rumo à efetivação dos direitos fundamentais do trabalhador. E o túnel de abertura do Direito Processual do Trabalho à aplicação das normas mais efetivas do processo comum já está aberto! Os trabalhadores aguardam ansiosos pela concretização de seus direitos, e, nos termos da analogia proposta, pelo seu próprio salvamento. Contudo, ainda nos resta cavar as melhores interpretações.

A iluminação da execução trabalhista é uma hodierna exigência do bem comum e o seu maior responsável é o juiz. O indispensável resgate da efetividade processual começa aqui⁽⁵⁾.

2. Algumas sérias constatações acerca do terreno processual: escavando a história vanguardista da Justiça do Trabalho e planejando o resgate

Onde foi parar a postura vanguardista e exemplar do processo trabalhista? As inovações mais contundentes aconteceram somente na década de 1940, quando o trabalhador brasileiro passou a poder defender seus direitos e ter acesso ao Poder Judiciário sem a necessidade da

(5) Art. 5º, Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

presença de um advogado; os atos processuais, concentrados em audiência, passaram a ser marcados pela oralidade, simplicidade e celeridade, sem as formalidades do processo civil ortodoxo; e, mais, o juiz do trabalho a iniciar de ofício a execução para promover a concretização dos direitos sociais de segunda dimensão. Registre-se, a primeira metade do século XX já se foi há muito tempo.

Hoje, a realidade é inversa. O ramo do Direito Processual que mais avançou e, agora, pode se orgulhar e servir de exemplo em virtude de tais mudanças de paradigma, compreendidas na segunda metade do século XX e início do atual, é o Processo Civil. O Processo do Trabalho parou no tempo, comprometendo a satisfação de créditos com caráter alimentar em razão deste atraso normativo em relação ao direito processual comum. A dinâmica das relações sociais da atualidade não perdoa o gritante anacronismo no que se refere à prestação jurisdicional de execução trabalhista. O fato é que a celebrada agilidade do Processo do Trabalho acabou ficando para trás. E, agora, é preciso ousar e correr atrás.

Nesse contexto alarmante, em que se evidencia um desgastante gargalho na fase de cumprimento das sentenças trabalhistas, a releitura das regras de aplicação subsidiária do moderno Direito Processual Civil ao defasado ordenamento celetista, também como consequência da chamada repersonalização do Direito Privado, é imprescindível para abrir novas possibilidades de efetivação dos direitos dos trabalhadores. É obvio que à época em que as regras do processo trabalhista se mostravam notoriamente mais efetivas do que as do processo comum primário (de 1939) não havia lógica na aplicação subsidiária das normas do processo civil, senão quando houvesse intransponível omissão no texto da CLT de 1943. Todavia, os tempos mudaram: não só o direito processual comum apresenta novas ferramentas de eficácia comprovada (desde a primeira onda de reformas em 1994), como

também se compreende que texto não se confunde com norma jurídica.

Tendo em conta estes apontamentos primordiais, defende-se a revisitação das normas concernentes à execução trabalhista para que não se obste o bom emprego subsidiário da legislação processual comum e suas novas ferramentas sob o argumento falacioso e retórico de que a CLT já regula a matéria em seus ultrapassados e insuficientes artigos. Por incrível que pareça, hodiernamente, é preciso romper barreiras formalistas do Processo do Trabalho e argumentar de maneira veemente para poder alcançar a norma mais favorável ao trabalhador: à disposição do operador jurídico de forma subsidiária, mas não menos útil, legítima e necessária.

As esclarecedoras palavras do insigne professor Marinoni⁽⁶⁾ ajudam a iluminar o caminho do magistrado trabalhista frente à questão da aplicabilidade das novas normas do processo comum:

Não há mais qualquer legitimidade na velha ideia de jurisdição voltada a atuação da lei; não é mais possível esquecer que o Judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais (...). Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, *a tarefa da doutrina deixa de ser simplesmente descrever a lei*. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área de sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais (...). *A obrigação do jurista não é mais apenas a de 'revelar' as palavras da lei, mas sim a de 'projetar uma imagem', corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais (...).* (grifos nossos).

E como furar a omissão do texto, revelar a norma e construir um túnel reforçado para bem

(6) MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 45.

alcançar a efetividade da norma trabalhista? A resposta virá recorrendo-se aos princípios do Direito Processual do Trabalho; e, enfim, tendo em mente que o processo é um utensílio, uma ferramenta, que serve de instrumento para a materialização e salvaguarda de direitos substanciais.

2.1. Breves considerações quanto aos princípios do Direito Processual do Trabalho em face das modificações do CPC: furando o solo para resgatar a efetividade

Tendo em conta que da aferição de compatibilidade com os princípios de direito material e processual trabalhista depende a aplicação subsidiária das normas de direito processual comum (conforme evidenciam os arts. 769⁽⁷⁾ e 889⁽⁸⁾ da CLT), cumpre, por oportuno, elencá-los neste momento inicial do estudo.

Assim, sob a ótica pós-moderna de que os princípios possuem conteúdo normativo e, em consequência, condicionam o operador da norma à sua observância na interpretação e aplicação das regras previstas no ordenamento jurídico, estimam-se como sendo princípios do Direito Processual do Trabalho: o princípio da facilitação do acesso ao direito; o princípio da simplificação e instrumentalidade das formas; o princípio da integração do Direito Processual do Trabalho ao Direito do Trabalho; o princípio da interpretação mais favorável à promoção de justiça social no caso concreto; e o princípio da imperatividade da execução dos créditos alimentares decorrentes das relações de trabalho.

Percebe-se, claramente, que os princípios processuais trabalhistas — e não poderia ser diferente — estão intimamente ligados aos

(7) Art. 769 – Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

(8) Art. 889 – Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravirem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

princípios substanciais do Direito do Trabalho, quais sejam, e em oportuna síntese: a primazia da realidade, a indisponibilidade de direitos e, sobretudo, a proteção ao trabalhador. E é sob essa necessária e repetida perspectiva instrumental que as regras alusivas ao processo trabalhista precisam ser observadas, sob pena de que o preciosismo de um instrumento inviabilize a realização de sua precípua finalidade: consumir na prática, e de maneira eficiente, o direito material reconhecido em juízo.

Partindo dessa imprescindível missão instrumental do processo, caracterizada a omissão para a consecução da norma trabalhista (mais ampla que o texto celetista), que prejudica a efetividade da prestação jurisdicional, e não havendo choque entre as disposições processuais do direito comum, deve-se buscar a conexão dos sistemas processuais para garantir a concretização dos direitos tutelados.

O paradigma mecanicista, newtoniano-cartesiano⁽⁹⁾, que fragmentava a ciência em segmentos fechados e impenetráveis, e servia aos propósitos escusos do normativismo abstrato, já foi superado pelo novo modelo holístico⁽¹⁰⁾ de ciência com fundamento nos recentes descobrimentos em sede de Física Quântica. Somos seres quânticos: razão e emoção juntos; ciência e ética também. É certo, nessa linha de raciocínio, que a aplicação dos princípios substanciais do Direito do Trabalho não se restringe à hermenêutica do direito material, convindo igualmente à integração do Direito Processual do Trabalho na busca das normas de maior efetividade do sistema jurídico.

As partes não são independentes em relação ao todo. Justamente ao contrário: a lei que rege o todo (universo) está presente mesmo na menor de todas as partes (partículas menores que o próprio átomo). E o Direito não deve, sob

esse ponto de vista, pois, ser compartimentado e visualizado como diversos sistemas independentes e descompromissados com a ideia de justiça. O Direito é um todo multifacetário e complexo que se relaciona diariamente com todas as demais áreas do conhecimento humano, devendo, especialmente, priorizar a equidade diante dos casos concretos.

Desse modo, a atividade desempenhada pelo intérprete não pode ser resumida a verificações semânticas ou gramaticais para constatar a omissão da norma jurídica. A ação hermenêutica, nesse ponto, é mais intrincada e não prescinde da interpretação histórica e teleológica para consubstanciar os apelos sociais que outrora ensejaram a criação da Justiça do Trabalho e a sua finalidade precípua na promoção de justiça social.

Destarte, em sede processual, merecem a atenção especial do intérprete os princípios da norma jurídica mais favorável ao credor trabalhista e da hierarquia flexível ou dinâmica das normas: todos com o intuito de promover o resgate da efetividade deste instrumento que é o processo.

Analisando a informação de que a norma jurídica é dividida entre princípios e regras, e ressaltando a noção de que a norma é construída pelo intérprete a partir do texto legal, o professor da UFRGS Humberto Ávila, em sua difundida obra, adverte:

Como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhe são, potencial e axiologicamente, subjacentes, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou como princípio. Tudo depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da finalidade que entenda deva ser alcançada.⁽¹¹⁾

(9) RAMOS, Albenides. *Metodologia da pesquisa científica: como uma monografia pode abrir o horizonte do conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 10.

(10) Definição do termo: compreensão integral de um fenômeno, não se resumindo ao entendimento de suas partes separadas.

(11) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42.

Por oportuno, cumpre ressaltar que a finalidade do Direito do Trabalho sempre foi concebida no sentido da promoção da realização do direito alimentar dos trabalhadores. E o processo, desde Oskar Bulow, em que pese autônomo em relação ao direito material, como fiel acessório, deve seguir o escopo do principal, garantindo a efetividade do direito substancial.

Contudo, indaga-se: a Justiça do Trabalho, notadamente após a Emenda n. 45/2004 e a modificação de competência, realmente possui uma identidade própria e diferenciada dos demais ramos em razão de suas fontes morais? Estaria o Processo do Trabalho passando por uma crise?

Façamos uso da memória para não esquecer que, em suma, existe apenas um propósito para justificar a autonomia do Direito Processual do Trabalho: a efetivação dos créditos reconhecidos ao trabalhador.

2.2. As razões do empenho jurídico: as fontes morais e a importância da memória para a aplicação do direito

O surgimento do sistema processual trabalhista ficou marcado pela incessante busca por conformar uma estrutura procedimental mais aberta e acessível aos trabalhadores. Essa identidade do Direito Processual do Trabalho, porém, não poderá legitimar o afastamento do que Charles Taylor chamava de filosofia moral.⁽¹²⁾ Segundo este autor, nem sempre a autonomia servirá para fortalecer a identidade e a dignidade da pessoa humana.

Em apertada síntese, a fim de distinguir o ser humano dos demais animais, a partir da capacidade exclusivamente humana de valorar desejos entre si, Taylor propõe a diferenciação entre avaliação fraca e avaliação forte.

(12) TAYLOR, Charles. What is human agency? In: TAYLOR, Charles (Org.). *Human agency and language – philosophical papers I*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. p. 15-44.

Na avaliação fraca não são pesados os valores da decisão, bastando analisar a vontade de acordo com as contingências do momento. De outro lado, na avaliação forte o ser humano contrasta diferentes valores entre si, enquadrando-os como virtuosos, humilhantes ou degradantes, audaciosos ou covardes, vanguardistas ou retrógrados etc. E arremata aduzindo que a pessoa que não consegue estabelecer com firmeza as suas avaliações fortes acaba, invariavelmente, sofrendo uma crise de identidade.

As escolhas que motivaram o aparecimento da Justiça do Trabalho resultaram de avaliações fortes que tinham propósitos claros de melhoria da condição social dos trabalhadores brasileiros. E a Emenda n. 45/2004 não teve o condão de modificar a natureza e as características principais do Direito do Trabalho. Não se pode ignorar a identidade firme que a história fez o favor de deixar registrada em documentos sagrados como a CLT de 1943. Contudo, para sermos fieis às avaliações fortes que outrora se mostraram revolucionárias, não podemos nos acomodar com a postura atávica de quem já não sabe mais o que quer.

A Justiça do Trabalho quer simplicidade, efetividade e credibilidade. O trabalhador quer compromisso com a justiça e concretização das palavras do juiz. E a Constituição de 1988, corroborando essas vontades, quer que tudo isso se dê num processo que respeite o contraditório e se desenvolva de modo célere, num período razoável.

As fontes morais do ser humano e, por conseguinte, das instituições concebidas pelo homem, não podem prescindir da lembrança constante de suas bases históricas que ensejaram a formação e estruturação de suas respectivas identidades. E, nessa conjuntura, o papel do magistrado trabalhista assume função elementar na promoção dos direitos sociais, devendo enaltecer as origens dinâmicas do instrumento processual que maneja para a consecução dos preceitos fundamentais de direito substancial.

Será que a Justiça do Trabalho está passando por uma crise de identidade? A essência do Direito Processual do Trabalho precisa ser repensada e perquirida de acordo com os seus primeiros propósitos, adaptando-se à realidade atual da sociedade. E, para tanto, é necessária a visualização ampla desses escopos, permitindo, inclusive, a aplicação subsidiária da norma comum quando o texto da CLT não mais se mostrar eficiente. Portanto, mais do que nunca, a identidade do Direito do Trabalho depende das avaliações fortes dos seres humanos que o edificam na realidade. E o Processo do Trabalho é o ramo jurídico com esse valioso mister: transformar o direito em realidade.

A Ciência Processual evoluiu e o Processo do Trabalho não acompanhou os movimentos de reforma do processo comum. Há um descompasso evidente entre ambos no que concerne a este empenho de mudanças em prol da adequação dos institutos processuais às necessidades jurisdicionais da atualidade. E, nesse contexto, a omissão do texto celetista não pode mais ser encarada da mesma maneira. Ora, simplicidade não se confunde com simplismo. E, data máxima vênia, obstar o resgate da efetividade processual em sede de execução trabalhista, isto é, exaltar a legislação infraconstitucional do século passado em detrimento de norma constitucional, firmada no rol dos direitos fundamentais, assinala uma postura iníqua e perversamente simplista.

3. A efetividade da execução trabalhista: em benefício do credor

Transformar em realidade palpável as palavras de justiça contidas no título executivo é o anseio fundamental adjacente à etapa mais importante de toda a caminhada processual: a fase executória do processo. O comando condenatório da sentença não é suficiente para satisfazer o credor reconhecidamente prejudicado; e, infelizmente, também não é autossuficiente a ponto de embutir no devedor a vontade de honrar seus compromissos e cumprir voluntariamente a obrigação jurídica.

É cediço que a marcha processual ainda não tem o seu desejado fim com a declaração/condenação externada na sentença e o derradeiro da fase cognitiva do processo. A lei processual trabalhista, em sede de execução, é utilizada como verdadeiro trunfo do devedor inadimplente para ganhar aquilo que durante o processo vale como ouro: o tempo. Sem qualquer constrangimento, o executado poderá dificultar ao máximo o cumprimento da obrigação, nomear bens sem valor à penhora e prolongar a insatisfação do credor trabalhista com fulcro no princípio da legalidade. Assim, muitas vezes, essa desacanhada estratégia patronal funciona muito bem com a utilização do capital devido no giro da própria empresa; e a solução da execução — empurrada por anos — numa composição com o desesperado ex-trabalhador. Noutras palavras, há um financiamento velado da dívida trabalhista.

A execução deve ser conduzida no interesse do credor, portanto. E no âmago do processo civil, reconhecidamente o cumprimento de título judicial para pagamento de quantia certa deixou de ser enxergado como um processo autônomo em relação à fase de conhecimento. Dessa noção elementar decorre a dispensa de citação à execução, bastando a intimação para o cumprimento espontâneo, sob pena da incidência de multa de 10% sobre o montante da condenação. É medida que indubitavelmente favorece o credor exequente: justamente como deve ocorrer quanto mais em âmbito trabalhista.

O art. 475-J do CPC, destarte, traz a mais nova e principal ferramenta processual a ensejar a atenção da comunidade jurídica trabalhista. E é da sua aplicação subsidiária — e em caráter complementar — que se aventará a seguir.

Trata-se de consubstanciar a extinção da morosa e inaceitável prática de citação pessoal na execução de crédito laboral e da tentativa de suprir uma inquietante lacuna normativo-teleológica do Processo do Trabalho, que

permite a procrastinação processual e o inadimplemento de créditos de subsistência.

Aplicando-se a multa de 10% sobre o valor da condenação ao devedor inadimplente, destarte, visa-se o estímulo ao cumprimento voluntário da obrigação jurídica pelo executado e o consequente aumento da credibilidade nos órgãos da Justiça do Trabalho.

3.1. A controversa aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC: uma ferramenta de qualidade à salvaguarda da efetividade processual trabalhista

Não conforma novidade a afirmação de que a efetividade do processo — e das políticas públicas em geral — sempre dependeu e, naturalmente, continuará a depender de vontade política dos atores sociais. Assim, sabe-se, em 2004, foi celebrado o festejado I Pacto Republicano de Estado, firmado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, visando à atualização das normas legais rumo à justiça ágil, célere e efetiva no Brasil. A consequente publicação da Emenda Constitucional n. 45, aos 31 de dezembro de 2004, instituindo a denominada *Reforma do Poder Judiciário*, colocou no centro das atenções do Congresso Nacional diversas propostas legislativas com o intuito de modernizar as regras de direito processual.

Sem ter de enfrentar os conhecidos representantes do setor empresarial que se perpetuam no Congresso Nacional, sempre resistindo às transformações sociais em sede trabalhista, os projetos de lei relacionados às normas infra-constitucionais de processo civil tramitaram com maior facilidade. A Lei n. 11.232 de 2005, compreendida no referido bojo de reformas processuais, e consubstanciada sob a ótica de fulminar a morosidade e resgatar a efetividade dos procedimentos de execução por quantia certa, modificou o CPC e deu origem a uma contundente celeuma na seara processual trabalhista.

Afinal, e em suma, o juiz do trabalho estaria autorizado a manejar a norma em destaque a

fim de promover o crédito trabalhista em sede de execução? A discussão — que começou muito antes de os mineiros chilenos ficarem presos na caverna — certamente, ainda irá se prolongar no tempo.

O ponto central da questão reside em definir se, a despeito da existência de regras celetistas⁽¹³⁾ próprias, poderá o magistrado, almejando a maior efetividade da execução trabalhista, e considerando o processo como mero instrumento à concretização do direito material reconhecido durante a cognição, utilizar-se dessas novas ferramentas processuais, trazidas a fim de promover o mais recente direito fundamental esculpido na Constituição: a razoável duração do processo. E a aplicação do art. 475-J⁽¹⁴⁾ do CPC se insere perfeitamente nesse contexto.

Em adesão ao entendimento contrário à aplicação do dispositivo de direito processual comum ao processo do trabalho evidenciam-se os seguintes julgados:

RECURSO DE REVISTA. ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. Inaplicável o art. 475-J do Código de Processo Civil ao processo do trabalho, *na medida em que não há omissão no texto celetista*, possuindo este, pois, regramento próprio quanto à execução de seus créditos no capítulo V da CLT (arts. 876

(13) O art. 880 da CLT dispõe: “O juiz ou presidente do Tribunal, requerida a execução, mandará expedir mandado de citação ao executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas, ou, em se tratando de pagamento em dinheiro, incluídas as contribuições sociais devidas ao INSS, para que pague em quarenta e oito horas, ou garanta a execução, sob pena de penhora. § 2º A citação será feita pelos oficiais de justiça”.

(14) Disciplina o art. 475-J: “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. A medida tem a evidente finalidade de estimular o cumprimento espontâneo da obrigação pelo executado, o que, na prática, raramente acontece”.

a 892), inclusive com prazos próprios e diferenciados. Recurso de revista conhecido e não provido. (TST – RR – 4949 4949/2008-872-09-00.4). (grifos nossos)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 475-J DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO. Ante possível violação do art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do apelo denegado. II – RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 475-J DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO. 1. Segundo a unânime doutrina e jurisprudência, são dois requisitos para a aplicação da norma processual comum ao Processo do Trabalho: i) ausência de disposição na CLT a exigir o esforço de integração da norma pelo intérprete; ii) compatibilidade da norma supletiva com os princípios do processo do trabalho. 2. A ausência não se confunde com a diversidade de tratamento: enquanto na primeira não é identificável qualquer efeito jurídico a certo fato a autorizar a integração do direito pela norma supletiva, na segunda se verifica que um mesmo fato gera distintos efeitos jurídicos, independentemente da extensão conferida à eficácia. 3. O fato juridicizado pelo art. 475-J do CPC, não pagamento espontâneo da quantia certa advinda de condenação judicial, possui disciplina própria no âmbito do Processo do Trabalho (art. 883 da CLT), não havendo falar em aplicação da norma processual comum ao Processo do Trabalho. 4. A fixação de penalidade não pertinente ao Processo do Trabalho importa em ofensa ao princípio do devido processo legal, nos termos do art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST – 3ª Turma – RR – 765/2003-008-13-41).

Com o devido respeito à inteligência das decisões e das respectivas fundamentações supracitadas, a superação do positivismo jurídico e a noção holística do Direito, em consonância, aliás, aos novos descobrimentos em sede de Física Quântica, impõem uma visão ampliada, e não fragmentada, das ciências. Ademais, sabe-se que a norma jurídica não se

reduz ao texto legal e o caráter instrumental do direito processual trabalhista induz o juiz ao zelo e à aplicação de um direito substancial, preceituado na ordem material do Direito do Trabalho: ramo jurídico de direito privado notadamente permeado por questões de ordem pública. Destarte, da prestação jurisdicional se exige, para além da obrigatória previsibilidade jurídica das regras processuais, a imperiosa solução de plenitude e efetividade do direito já reconhecido em juízo, almejando-se pacificação social.

O sempre elogiável raciocínio jurídico do renomado professor Ovídio Baptista, em sua bela obra, enaltece:

Todo processualista deve compreender que sua tarefa mais relevante consiste em *conceber técnicas capazes de darem ao direito material, de que o direito processual é instrumento, meios adequados à sua realização.*⁽¹⁵⁾ (grifos nossos).

Não há dúvida de que esse instrumento do direito material — o processo — pode e deve ser seguro e previsível; todavia, em concomitância, não se pode prescindir da celeridade e da eficiência da tutela jurídica prestada a fim de realmente entregar a justiça e recompor a esfera patrimonial e moral daquele que sofreu os trâmites processuais para poder ver reconhecido os seus direitos de caráter alimentar.

O resgate da efetividade processual não pode ser displicente, nem lento: possui, ademais, o dever constitucional da celeridade. A velocidade, a presteza e a agilidade das operações jurídicas não devem, porém, servir à abstração do respeito ao devido processo legal e à segurança jurídica das relações processuais. E a estabilidade jurídica — sempre almejada — será decisivamente alcançada quando o legislador modificar e adaptar a ultrapassada legislação celetista no que concerne às atuais dificuldades de se atingir a efetividade social da execução em tempo razoável.

(15) BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Da sentença liminar à nulidade da sentença. São Paulo: Forense, 2002. p. 283.

Impende-se destacar a seriedade de um projeto de lei, que tramita no intrincado campo do Congresso Nacional, com o desígnio claro de modernizar a execução trabalhista, tanto de títulos judiciais como de títulos extrajudiciais. Trata-se de um amplo conjunto de modificações e criações concebidas pela Deputada Federal Manuela d'Ávila. No entanto, esperar prontidão, sensatez e perspicácia de todos aqueles que integram a cúpula do Poder Legislativo Federal da República — um time escalado democraticamente com Danrlei no gol, Romário no ataque e Tiririca fazendo o meio de campo — é, com todo o respeito possível à democracia brasileira, esperar demais. Por derradeiro, diante da flagrante insegurança jurídica que se apresenta em contenda no cenário nacional, cumpre ao TST o dever de levar à questão da aplicação da multa do art. 475-J do CPC à deliberação de seu Tribunal Pleno e, então, sumular o assunto com o intuito de pacificar a discussão. Senão, fiquemos na torcida...

Por enquanto, frisando que texto e norma não se confundem, o que precisa ser verificado é o evidente espaço vazio na norma celetista no que tange à efetividade da execução por quantia certa. Desse modo, a interpretação sistemática dos arts. 880⁽¹⁶⁾, 832, §1º⁽¹⁷⁾ e 652, d⁽¹⁸⁾, da CLT fundamenta a importação da multa do art. 475-J do CPC, com vistas à efetivação do direito fundamental de razoável duração do processo.

Assim, assentindo à aplicação plena do art. 475-J ao processo do trabalho, igualmente, manifestou-se o Tribunal Superior do Trabalho:

(16) Art. 880 – Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.

(17) Art. 832, § 1º Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.

(18) Art. 652, d – impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA PREVISTA NO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO. POSSIBILIDADE. 1. As normas estabelecidas no Código de Processo Civil serão fonte subsidiária ao processo de execução trabalhista quando, naqueles procedimentos compatíveis com o processo do trabalho, *não existir disposição específica* a respeito da matéria na Consolidação das Leis do Trabalho e *nas normas* que regem a execução fiscal. 2. A Consolidação das Leis do Trabalho e *as normas* que disciplinam a execução fiscal *são omissas quanto à multa descrita no art. 475-J* do Código de Processo Civil, *o que torna possível a sua aplicação ao processo de execução trabalhista*. 3. A multa em comento configura ferramenta de incentivo para que o devedor cumpra voluntariamente a ordem judicial, em atenção ao princípio da celeridade insculpido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República. 4. Não há falar, assim, em incompatibilidade da multa prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil ao processo do trabalho, porquanto referido comando normativo não tem o condão de alterar o sistema de execução trabalhista, mas apenas complementá-lo, acrescentando um mecanismo que confere efetividade à execução. 5. Ileso, portanto, o art. 5º, LIV, da Constituição da República. 6. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST – Agravo de Instrumento em Recurso de Revista: AIRR 399 399/2006-658-09-40.4) (grifos nossos)

O brilhante professor Estêvão Mallet corrobora esta construção apontando às seguintes ponderações:

(...) assegurar a efetividade da decisão condenatória, com a adoção de procedimento mais eficaz para cumprimento do provimento que determina o pagamento de certa soma em dinheiro, caracteriza não a negação do devido processo legal, mas, pelo contrário, um de seus mais diretos e elementares desdobramentos.⁽¹⁹⁾

(19) MALLET, Estêvão. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 2005. p. 269.

Aliás, o Direito do Trabalho — consagrando o princípio da proteção — é pautado pelo constante diálogo entre as suas fontes formais do direito, o que, doutrinariamente, restou conhecido como hierarquia dinâmica das fontes. Igualmente, o professor Vicente Maciel Junior trabalha a questão de maneira assaz esclarecedora:

(...) se o direito processual civil, após a reforma processual, estabeleceu um processo executivo que seja mais eficaz e célere para o recebimento dos créditos, inclusive com a aplicação de sanções indiretas para forçar o cumprimento espontâneo da obrigação, essas normas *não se revelam contrárias às filosofias do direito do trabalho* e do direito processual do trabalho e poderão ser perfeitamente aplicadas ao caso concreto a ser julgado pelo Juiz do Trabalho.⁽²⁰⁾ (grifos nossos)

Ora, se é certo que o magistrado deverá zelar pelo cumprimento mais rápido e justo da pretensão reconhecida no título executivo judicial, nos termos do art. 765 da CLT⁽²¹⁾, e se também é inquestionável a autorização para a instauração de ofício dos procedimentos de execução, conforme a redação do art. 878 da CLT⁽²²⁾, não parece cabível confrontar, isto é, repudiar logicamente a importação da multa do art. 475-J do CPC ao Processo do Trabalho. A nova medida processual em âmbito trabalhista é salutar e de interesse público, pois assume a

finalidade precípua de efetivar a manifestação jurisdicional do Estado e garantir a subsistência do trabalhador reconhecidamente lesado.

Nessa linha de raciocínio, e acentuando o procedimento de execução como mera fase do processo, o art. 475-J, deverá, pois, ser aceito e aplicado em recinto processual-trabalhista, porque colabora de maneira decisiva para a efetividade da prestação jurisdicional em sede de execução. Contribuí-se, assim, para o atendimento simultâneo das pertinentes reclamações sociais por celeridade e efetividade processual, assumindo, por conseguinte, o sistema jurídico um verdadeiro compromisso com a sociedade.

Outra não foi a posição albergada na 1ª Jornada de Direito material e processual do Trabalho, realizada em 2007. Assim, dispõe o Enunciado 71:

Enunciado n. 71 – ART. 475-J DO CPC. APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO. A aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC atende às garantias constitucionais da razoável duração do processo, efetividade e celeridade, tendo, portanto, pleno cabimento na execução trabalhista.

Ora, a CLT conceitua sentença? Sabe-se que não. É, portanto, omissa; utilizando o conceito de sentença disposto no CPC. E, ninguém duvida: o conceito de sentença foi modificado! Este artigo merece transcrição, uma vez que não mais considera a decisão sentencial como aquela que põe termo ao processo. Trata-se do art. 162, §1º, do Digesto Processual Civil: “Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”. E a sentença trabalhista é diferente? Qual será a regra celetista a ser apontada para a não aplicação do art. 162 do CPC? Simplesmente, não há.

Com todo o respeito, dessarte, não há qualquer argumentação por parte daqueles que negam a incidência do art. 475-J ao Processo do Trabalho no sentido de obstar a aplicabilidade subsidiária do art. 162 do CPC. E, assim sendo, não faz sentido defender a utilização de regras

(20) MACIEL JR., Vicente de Paula. Os princípios do direito e do processo do trabalho e suas influências no direito processual civil reformado. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Direito processual do trabalho*. São Paulo LTr, 2007. p. 114-124.

(21) Em atenção ao princípio da celeridade processual, e em conformidade com o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição, disciplina, pois, o art. 765, CLT: Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e valerão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

(22) A previsão legal do art. 878 da CLT, notadamente benéfica ao trabalhador, é no seguinte sentido: A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio*, (...).

ultrapassadas, voltadas ao processo de execução autônomo (iniciado após a sentença que punha termo ao processo), justamente quando a autonomia do processo de execução já não existe mais; e há novas ferramentas processuais consentâneas à necessidade social de efetividade.

Entretanto, como estamos diante da utilização de norma supletiva, caberá ao magistrado trabalhista fazer constar na sentença que após o decurso do prazo acenado incidirá a multa de 10% sobre o montante da condenação. Assim, superado o positivismo jurídico (legalismo), não há que se falar em qualquer ofensa ao devido processo legal quando o juiz estabelecer de maneira clara as diretrizes do cumprimento na própria sentença.

3.2. A execução planejada nos moldes da efetividade dos direitos trabalhistas

Estabelecida a premissa de que o resgate da efetividade é inadiável para a modernização da prestação jurisdicional, firmada pelo recente II Pacto Republicano por uma justiça mais ágil, célere e eficiente, os aprimoramentos adotados na máquina processual civil devem, pois, ser incorporados e ajustados ao aperfeiçoamento do aparelho de execução trabalhista. Assim, concretizando a mais nova garantia fundamental, esculpida no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição, o dinamismo adjacente aos operadores do Direito Processual do Trabalho será vital à conformação dessa almejada atualização normativa.

É forçoso, destarte, equipar o procedimento de cumprimento de sentença trabalhista para a salvaguarda da efetividade da prestação jurisdicional. O sistema de execução laboral carece de racionalização e da positivação de novos instrumentos à desobstrução dos entraves que ainda impedem a emersão da efetividade. Contudo, enquanto a aguardada e ambicionada reforma da execução trabalhista não sai do papel, diante das alardeadas modificações processuais no CPC e do imperativo constitucional à razoável duração do processo, o magistrado

não pode deixar de empregar as ferramentas que permitem maiores chances de sucesso no resgate da efetividade.

Entretanto, ainda que superada a antiga dualidade entre processo de conhecimento e de execução, confirmando a fase de cumprimento de sentença e eliminando a necessidade de citação do executado também em sede trabalhista, resta a questão: qual será o procedimento a ser adotado? Aliás, qual será o prazo para a aplicação da multa do art. 475-J do CPC?

Com efeito, dentre as diversas e respeitáveis interpretações possíveis, optamos pelas seguintes medidas de salvação da efetividade:

1. Despacho do juiz no sentido da liberação imediata ao credor trabalhista dos valores recolhidos pelo devedor a título de depósito recursal, nos limites das parcelas incontroversas da condenação.
2. A partir da publicação, com efeitos de intimação, de uma desejada sentença líquida, que impõe ao executado a obrigação de pagar quantia certa, ou a computar da intimação, por qualquer meio adequado, da decisão homologatória da conta de liquidação (na hipótese de sentença ilíquida, é claro), caberá ao devedor a realização do pagamento dentro do prazo razoável de oito dias, sob pena da incidência de multa de 10% sobre o crédito remanescente.
3. Na eventualidade de o devedor não satisfazer voluntariamente a obrigação constante da decisão judicial trabalhista, deverá o magistrado, e de ofício, promover o cumprimento forçado do crédito pendente, mediante a expedição de ordem de penhora de bens, dando primazia à constrição pelos meios eletrônicos.

No contexto do Processo do Trabalho, cujo sistema recursal tem prazo unificado de oito dias pela Lei n. 5.584/70, a sentença deve indicar as diretrizes para o seu cumprimento, alertando, pois, para que o devedor do crédito trabalhista pague ou efetue o depósito da dívida, sob pena da incidência da multa de 10% sobre

o montante da obrigação atualizada. O prazo de quinze dias, previsto no CPC, corresponde, de forma lógica e racional, ao prazo recursal adjacente ao sistema processual civil, não devendo, portanto, ser importado para o processo trabalhista. Deve-se, pois, considerar o prazo alusivo ao trânsito em julgado da decisão para a aplicação da multa em caso de inadimplência do devedor condenado. Se o executado não pagar nem depositar, prossegue-se normalmente com a execução forçada, já incluindo o valor da multa. E, finalmente, para o caso concreto de acordo judicial não cumprido pela parte devedora, não há lógica na imposição de nova intimação para pagar, devendo ser diretamente iniciada a fase de constrição de bens, de ofício ou a requerimento do exequente.

O ilustre professor Francisco Antonio de Oliveira, porém, não chega a vislumbrar em seu bem aparelhado texto a possibilidade de aplicação da multa após o esgotamento do prazo recursal trabalhista (oito dias), como recém proposta neste estudo. O autor manifesta-se, entretanto, a favor da importação da regra do art. 475-J, CPC, da seguinte forma:

As novas regras do art. 475-J podem e devem ser imediatamente assimiladas pelo processo do trabalho com suporte no art. 769, CLT e adaptadas à realidade trabalhista, que exige a citação (art. 880, CLT). E isso será, com certeza, um *plus* na luta que se trava para tornar realidade o comando abstrato de uma sentença condenatória. No processo do trabalho não será necessário cumprir a exigência da norma no sentido de *que o credor requeira o prosseguimento*. Não depositado o numerário, nem oferecidos bens, prossegue-se automaticamente na penhora de bens (art. 883, CLT). *Decorridos quinze dias (art. 475-J), o juiz do trabalho deverá aplicar, de ofício, a multa de dez por cento sobre o total da execução*, empregando de forma complementar a norma civilista.⁽²³⁾ (grifos nossos)

(23) OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 38-39.

Ousando dialogar com o atinado mestre, acima homenageado, igualmente defende-se a assimilação da aludida ferramenta processual comum ao processo do trabalho e a sua coerente adaptação ao sistema de execução trabalhista, também para o fim de tornar realidade concreta o comando sentencial abstrato e evitar a protelação processual. Logo, quanto a essas premissas estamos de pleno acordo.

Todavia, se a proveitosa atividade hermenêutico-teleológica empreendida pelo professor Oliveira consiste explicitamente em combinar os preceitos normativos do CPC e da CLT a fim de encontrar a efetividade, indaga-se: procurando também a celeridade da prestação jurisdicional, por que não aprofundar essa combinação de maneira ainda mais intensa e incisiva?

Noutros termos, se a contundente finalidade da aludida combinação é agregar à processualística trabalhista mais uma arma instrumental, na luta contra a morosidade e a ineficiência, igualmente razoável nos parece desenvolver ainda mais essa ativa congregação interpretativa: considerando-se a execução trabalhista como mera fase de cumprimento da sentença; dispensando-se a citação pessoal do executado; e, enfim, aplicando-se a multa de dez por cento sobre a condenação após o prazo ligado ao trânsito em julgado trabalhista, que se dá em oito, e não em quinze dias.

E existiria alguma possibilidade de não incidência da questionada multa? Sim, no caso de depósito integral da condenação. Repita-se: condenação! Condenação ao pagamento de um crédito alimentar! Não é nenhuma iniquidade impor uma penalidade como desestímulo à procrastinação processual, quanto mais em se tratando de um crédito de subsistência.

Noutra via, se o depósito foi parcial a multa deverá incidir sobre o valor faltante; e a cobrança dessa penalidade pela mora tanto poderá ser efetivada em sede de execução provisória, quanto em execução definitiva: após a formação

de coisa julgada material. É simples, prático e efetivo como almejam a Justiça do Trabalho, os trabalhadores e a Constituição Federal.

Portanto, prolatada a sentença líquida e passados oito dias da sua publicação, que terá eficácia de intimação, não havendo depósito recursal ou não sendo este integral em relação ao valor da condenação, deverá ser aplicada a multa de 10% sobre o total ou sobre o resíduo da condenação, prosseguindo-se a execução com a utilização das ferramentas eletrônicas do BACEN-JUD e DETRAN-JUD, recorrendo-se, igualmente, às informações da Junta Comercial e da Receita Federal.

O resgate dos trabalhadores chilenos, diga-se, foi feito através de um túnel de sessenta e seis centímetros de diâmetro, após trinta e três dias de ininterrupta perfuração do solo. E, para evitar novos desmoronamentos, a passagem subterrânea teve de ser reforçada com noventa e seis metros de um vigoroso metal. O túnel de abertura do Processo do Trabalho às ferramentas do processo comum, construído para socorrer a efetividade processual, está pronto e é reforçado pelo pujante alicerce constitucional. A missão do Poder Judiciário é árdua e urgente, mas não há dúvida: salvar pessoas é uma imposição honrosa e extremamente gratificante.

O magistrado trabalhista, como operário das normas constitucionais e infraconstitucionais, tem o dever de promover a justiça social no caso concreto. Logo, precisa assumir o seu papel de destaque no resgate da efetividade e da instrumentalidade do processo a fim de concretizar e trazer à luz os direitos do trabalhador: maior prejudicado pela morosidade da justiça.

4. Considerações finais

Integrado à casta das complexas e delicadas estruturas das Ciências Sociais, o Direito é naturalmente instável e adaptável. Essa constatação é perfeitamente perceptível por todos

aqueles que assumem a obrigação, e a difícil tarefa, de conciliar teoria e prática jurídica.

A empreitada do jurista se complica ainda mais quando precisa lidar com certos ramos incipientes do Direito, os quais se evidenciam muito mais pela rápida evolução das transformações sociais que os fizeram nascer do que pela própria sedimentação jurídica de sua substância. Eis a realidade do Direito do Trabalho.

A renovação avassaladora que teve início com a Revolução Industrial ainda se mantém nos dias atuais, promovendo inquestionáveis mudanças sociais e econômicas, tanto no Brasil quanto no mundo. Por derradeiro, o Direito do Trabalho também não pode parar de evoluir, regulamentando as relações individuais e coletivas a partir das quais a produção é consubstanciada. E o Processo do Trabalho, nessa mesma linha, deverá servir sempre de instrumento à efetividade dos direitos do trabalhador.

As pedras que corporificam o sistema de execução trabalhista, nos termos da exposição, são variadas e, por serem complexas, de acordo com as contingências políticas, econômicas e sociais de cada país, somadas as peculiaridades de cada caso concreto, deverão ser maleadas com razoabilidade e proporcionalidade pelo operador do direito. Mas a pedra angular fundamental, que não se pode prescindir em qualquer ordenamento jurídico dito moderno, constitui a própria entrega da justiça social, que, especialmente na seara do Direito do Trabalho, manifesta e traz à luz a sua expressão máxima.

5. Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. São Paulo: Forense, 2002.

FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de cavernas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

MACIEL JR., Vicente de Paula. Os princípios do direito e do processo do trabalho e suas influências no direito processual civil reformado. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

MALLET, Estêvão. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONTESSO, Cláudio José; BORGES, Maria de Fátima; ELY, Leonardo (Coords.). *1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RAMOS, Albenides. *Metodologia da pesquisa científica: como uma monografia pode abrir o horizonte do conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2009.

TAYLOR, Charles. What is human agency? In: TAYLOR, Charles (Org.). *Human agency and language — philosophical papers I*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

O trabalhador indígena e o direito à diferença: o caminho para um novo paradigma antropológico no direito laboral

Jorge Luiz Machado^(*)

Resumo:

- ▶ O presente estudo objetiva destacar o desenvolvimento de um novo paradigma jurídico antropológico: o direito à diferença, assim como ressaltar a relevância da consolidação dessa cultura normativa para a tutela dos direitos dos trabalhadores indígenas.

Palavras-Chave:

- ▶ Direito — trabalho — indígena — igualdade — diferença.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Princípio da igualdade e direito à diferença
- ▶ 3. Da igualdade ao direito à diferença nas relações de trabalho
- ▶ 4. O índio e o direito à diferença
- ▶ 5. O trabalho indígena e o direito à diferença
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

Parte considerável das constituições sancionadas ou que foram submetidas a reformas nos últimos vinte anos passaram a caracterizar os Estados como multiétnicos e pluriculturais, como no caso da Argentina (1994), Bolívia (1967-2004), Brasil (1988), Equador (1998),

México (2001), Nicarágua (1987-1995) e Venezuela.

Esse fato reflete um processo de difusão de ideais proclamados em normas internacionais emblemáticas de proteção aos indígenas, tais como a Convenção n. 168 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que culminou com a introdução de um novo paradigma jurídico antropológico

* Diretor da 2ª Vara do Trabalho de Rio Verde – GO; professor universitário; aluno do Curso de Doutorado da Universidade de Buenos Aires.

na América Latina: o direito à diferença, ainda em fase de consolidação.

A transição das vetustas políticas de assimilação e integração forçada que caracterizaram o século XX, para a ratificação do respeito à sociodiversidade e à pluralidade étnica e cultural, impõe uma alteração profunda nas relações de trabalho, assim como propicia alcançar um estágio mais amplo do princípio protetor, a fim de garantir direitos fundamentais aos trabalhadores indígenas.

2. Princípio da igualdade e direito à diferença

Por séculos, o ideal de igualdade tem integrado o rol dos mais importantes valores que orientam o ordenamento jurídico dos povos ditos democráticos. Trata-se de um princípio fundamental que estrutura e norteia as constituições contemporâneas, sob o pálio de ser o caminho para se rechaçar as mais diversas espécies de discriminação, assim como garantir o direito à dignidade humana.

A noção de justiça está tão associada à igualdade que Aristóteles assinalou: “o injusto é desigual, o justo é igual” (MALLET, 2008).

Como dispõe Nascimento (2004), o embrião da igualdade, em sentido formal, germinou sob os ares da Revolução Francesa e visou redesenhar uma relação de direito público, cuja finalidade essencial era proteger o cidadão perante o Estado.

Nesse sentido, registra Mello (1993) que o principal destinatário do princípio da igualdade é o legislador e, por conseguinte, a legislação.

De fato, em um primeiro momento histórico, o princípio da igualdade visou repelir a sujeição descabida, arbitrária e intolerável imposta às grandes massas pelas forças sociais dominantes.

Ocorre que o simples fato de a norma constitucional proclamar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, não nivela, por si só, os cidadãos, assim como não afasta as diferenças reais, sociais, históricas,

culturais, antropológicas, geográficas, ou étnicas, verificadas entre europeus e africanos, cristãos e muçulmanos, ou brancos e índios.

Não se olvida da ampliação do conceito jurídico da igualdade, desde o seu sentido formal até a igualdade material, influenciada pelo igualitarismo marxista, pelo qual seria devido a cada um segundo a sua necessidade, e pela doutrina alemã que inspirou a Constituição de Weimar, de 1919, conforme registra Nascimento (2004). Entretanto, impõe-se reanalisar a bandeira da igualdade quando, sob seu manto, busca-se abstrair a realidade e impor ideologias.

O caminho para a equidade carece do reconhecimento formal e a compreensão da diversidade humana, condições necessárias para a elaboração de remédios jurídicos específicos e eficazes para cada patologia social enfrentada pelos grupos distintos.

Conforme leciona Ramella (2007), a crença e a obediência desmedida a leis gerais e universais, tanto na área jurídica quanto científica, acarretaram a imposição de padrões uniformes de vida e pensamento. Os grupos étnicos e minorias que não se adequaram a esse modelo imposto foram relegados à marginalidade político-social e despojados de direitos fundamentais, são os denominados cidadãos de papel, de que trata Dimenstain (2005).

Para esses grupos, a igualdade proclamada de forma abstrata nas constituições ainda se apresenta como utopia, a espera da conscientização acerca de um novo paradigma antropológico do direito à igualdade: o distinto.

Rousseau (1994) afirma que para se conhecer a origem da desigualdade entre os homens é necessário desvendar o próprio homem. Para tanto, considerou a existência de duas classes de desigualdade na espécie humana: a natural ou física, derivada da própria natureza, tal como a idade, a saúde ou a força corporal de cada indivíduo; e a moral ou política, resultante de convenções sociais, como os privilégios por ser mais rico, mais respeitado ou mais poderoso.

Ao comparar a diversidade cultural, política e social verificada em sua época com a simplicidade e a uniformidade da vida selvagem, o pensador genebrino concluiu que as diferenças entre um homem e outro eram pouco relevantes em seu estado de natureza e tendem a intensificar-se na vida em sociedade.

Em suma, para Rousseau, a sociedade civil é o caldo de cultura que origina e propicia o desenvolvimento da discriminação e da desigualdade.

Sem contestar a procedência dessa célebre conclusão, vale notar que ela se mostra válida como notável ponto de partida para focalizar a origem e os fundamentos da desigualdade, mas não encerra a questão em si.

É preciso separar mentalmente a desigualdade discriminatória e juridicamente reprovável, de que trata Rousseau; do direito à diferença, à sociodiversidade, caracterizada pelo respeito à pluralidade cultural e étnica de cada sociedade.

A partir dessa distinção fundamental, infere-se que a imposição de políticas ditas igualitárias, quando desprovidas de uma análise criteriosa da realidade multicultural e multiétnica da sociedade, pode acarretar severas injustiças.

Em outras palavras, para se alcançar o ideal isonômico, primeiro o direito à igualdade foi apresentado ao homem, agora, impõe-se um novo desafio para a sua efetividade: apresentar a subjetividade humana ao direito.

3. Da igualdade ao direito à diferença nas relações de trabalho

A história das relações laborais, desde a escravidão até o ideal traçado para o trabalho contemporâneo, reflete, em seu contexto, a gestação e a evolução do princípio da igualdade e, sobretudo, do direito à diferença.

Essa complexa trajetória retrata fatos importantes, que auxiliam a compreensão da relevância e pertinência do princípio isonômico como fator de estruturação do trabalho digno e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana.

Conforme dispõe a doutrina mais abalizada, os problemas políticos, sociais e econômicos originados da Revolução Industrial constituíram o berço e determinaram o “batismo oficial” do Direito do Trabalho (GOLDIN, 2009; BARROS, 2006; MELGAR, 2009).

Esse incipiente ramo do direito surgiu, portanto, sob a orientação de importantes movimentos sociais que buscavam alcançar ideais de efetiva liberdade, fraternidade e, em especial, igualdade.

Carecia às sociedades pré-industriais esse fermento, capaz de incitar a criação de um sistema de normas e, mais que isso, a conquista de uma cultura visando a proteção do trabalhador.

Vale relembrar que, na Antiguidade Clássica, principalmente entre os gregos e romanos, o regime de escravidão negava ao trabalhador até mesmo a sua natureza humana. Em boa parte das etapas da sociedade romana, o escravo era considerado coisa, um semovente e não sujeito de direito, assim como o trabalho mera mercadoria.

Conforme leciona Melgar (2009, p. 58), na Idade Média, apesar de se reconhecer aos servos das glebas alguns dos atributos da personalidade, eles encontravam-se em situação muito próxima da escravatura. A condição de servo era hereditária e a submissão aos duros trabalhos servis independia da sua vontade.

Somente com a generalização de um (suposto) regime de trabalho livre, surgido em decorrência da conjunção dos ideais liberais com os acontecimentos demográficos, econômicos e tecnológicos que caracterizaram a instauração do regime industrial, foi possível discutir a efetividade do direito à igualdade no trabalho e, por sua vez, fomentar normas que o tutelassem.

Ao contrário do que se pode concluir, o surgimento do Direito Laboral não foi caracterizado apenas pelo advento do trabalho voluntário, dependente e por conta alheia, mas por uma importante transformação cultural, motivada pela constatação de que a propalada

liberdade contratual — sem igualdade — não alcançaria os objetivos traçados pela classe obreira.

Era necessário que fossem fixados limites objetivos aos contratos de trabalho, até então caracterizados por jornadas desumanas, salários insuficientes, instalações insalubres e degradantes, com graves riscos de acidentes, e a utilização abusiva da mão de obra infantil e feminina, as denominadas “meias-forças dóceis”, como registra Barros (2006).

Conforme foi constatado pelo Dr. Villermé, citado por Melgar (2009, p. 68), no início do século XIX, numerosos meninos, filhos de trabalhadores franceses, morriam entre os sete e os dez anos de idade, mal alimentados e submetidos a condições desumanas, durante jornadas de até dezessete horas.

Em oposição a essa extrema desigualdade social e econômica, foram desencadeados importantes movimentos obreiros que influenciaram a intensificação do processo legislativo em matéria laboral e a criação de órgãos públicos e privados capazes de garantir eficácia a esses direitos emergentes.

A maior parte dessas normas são orientadas, até hoje, pelo princípio da proteção do trabalhador, que estrutura todo o direito do trabalho com base no ideal de igualdade.

Leciona Nascimento (2004) que o princípio protetor encontra, atualmente, novos suportes para a sua função tutelar, com base na “teoria da igualdade, como justificação das desigualdades” e na proibição da discriminação.

Sob tal vertente, infere-se a construção de um novo modelo que revitaliza e amplia a atuação do princípio protetor, com base no direito à diferença no trabalho. Esse novo paradigma possibilita lançar novas luzes sobre questões de extrema relevância, como a discriminação no trabalho.

Não se trata apenas de normatizar as disparidades de ordem econômica, que determinam, por exemplo, a equiparação salarial

no caso de trabalhos considerados de igual valor, mas de uma nítida ampliação da tutela laboral, no caso de qualquer manifestação discriminatória injustificada e nociva ao trabalhador, seja ela omissiva ou comissiva; por motivo de raça, idade, sexo, estado civil, situação familiar, convicção filosófica ou política, deficiência, nacionalidade, patrimônio genético ou outra peculiaridade que caracterize a subjetividade do obreiro.

Essa nova perspectiva, que alcança — aos poucos — o Direito do Trabalho, extravasa os limites tradicionais do estudo jurídico e permeia outros ramos da ciência como a etnologia, a sociologia, a história, a filosofia e a antropologia, na busca de um substrato científico mais consistente em questões enfrentadas recentemente, como o assédio moral e o *dumping* social.

Esse contato próximo e contínuo com outras ciências sociais menos herméticas talvez seja um bom caminho para que os operadores do direito alcancem uma ótica realista do direito à diferença no trabalho, sobretudo quanto ao trabalhador indígena, historicamente negligenciado no seu direito de ser diferente, se considerar diferente e ser respeitado como tal.

4. O índio e o direito à diferença

Em 1512, alguns dos mais importantes teólogos e juristas de Castela reuniram-se em Burgos para analisar a situação enfrentada pelos nativos que habitavam o Novo Mundo. Buscava-se definir se os indígenas teriam alma, se poderiam ser qualificados como humanos e se deveriam sujeitar-se à escravidão (RAMELLA, 2007).

Segundo Lima Filho (2008) e Rangel (1990), era tão discutível a qualidade humana dos indígenas que, em 1537, o Papa Paulo III editou a Bula *Veritas Ipsa* declarando-os entes humanos, capazes, portanto, de serem catequizados.

Os desdobramentos desses fatos históricos registram as raízes da discriminação que ainda

atinge esses povos e reflete a dificuldade de a sociedade compreender e aceitar a diversidade.

Como observa Ramella (2007, p. 1): “Encerrados en la caverna de Platón no los percibían como personas y menos como sujetos de derechos”.

Por muito tempo, a questão indígena foi negligenciada até mesmo pela comunidade acadêmica, a ponto de Francisco Adolfo Varnhagem, citado por Barbieri (2007), ressaltar na década de 1850, que: “para os índios não há história, há apenas etnografia”.

Quase quinhentos anos depois da promulgação das denominadas Leis de Burgos, ainda não está consolidado o direito indígena à diversidade, à alteridade e à autodeterminação, assim como também não lhes foi reconhecido o direito mínimo de se conduzir com base nas suas próprias instituições políticas, econômicas, jurídicas, sociais e culturais, como povos distintos.

Desde a colonização, em toda a América foram deflagradas ondas de exploração e extermínio dos silvícolas, que se mantiveram alijados da estrutura do Estado durante o constitucionalismo liberal do século XIX, caracterizado por uma política orientada para a sua espoliação territorial e submissão política, como registra Elizondo (2006).

Por sua vez, o século XX foi marcado pelo reconhecimento de certos direitos indígenas e por equivocadas políticas de assimilação e integração forçada, que ocasionaram a descaracterização étnica desses povos e o suicídio em massa de diversas etnias (BARBIERI, 2007; LIMA FILHO, 2008; RANGEL, 1990).

Ao tratar da política brasileira nesse período, Rangel (1990) expõe que os órgãos criados para a tutela indígena restringiram a sua atuação a um foco único: Transformar cada reserva numa fazenda modelo e, por conseguinte, impingir aos índios o trabalho agrícola e artesanal, como verdadeiro agente civilizador.

Em face da carência de estrutura e a instabilidade do investimento estatal, essa política

obtusa não só restou frustrada, mas acarretou a decadência e o desmatamento de importantes áreas indígenas, que se tornaram inadequadas para a subsistência das tribos (RANGEL, 1990).

Somente ao final do século XX e início do século XXI, sob a baliza de normas internacionais como a Convenção n. 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, tem sido registrado, de forma incipiente, o rompimento do famigerado constitucionalismo integracionista e o gradual surgimento de um constitucionalismo pluricultural ou multicultural, ainda em desenvolvimento (ELIZONDO, 2006).

Segundo Barbieri (2007), a questão indígena obteve visibilidade política mundial em decorrência do crescente movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, que tomou vulto após as atrocidades vivenciadas pela humanidade, depois de duas grandes guerras mundiais.

Entretanto, a condição de povo diferencial ainda oferece resistência ao reconhecimento formal em diversos ordenamentos jurídicos.

Conforme dispõe Ramella (2009), dentre vinte e uma Constituições sancionadas nos últimos vinte anos, treze contém cláusulas referentes aos indígenas e várias delas caracterizam os Estados como multiétnicos e pluriculturais, como Bolívia (1967-2004), Equador (1998), México (2001), Nicarágua (1987-1995) e Venezuela, mas nenhuma se define plurinacional, o que demonstra que a América Latina encontra-se em um processo de revisão do paradigma constitucional clássico para um novo, ainda em construção.

Também as Constituições do Brasil, de 1988, e da Argentina, de 1994, evidenciam um rompimento na política orfanológica e integracionista nesses países e indicam uma mudança de mentalidade em relação ao direito à diferença dos povos indígenas, ainda pendente de consolidação, como registram, respectivamente, Lima Filho (2008) e Ramella (2007).

Aos poucos, os movimentos indígenas emancipadores e de reconhecimento de suas identidades culturais adquirem força e visibilidade, como no III Encontro Continental do Povo Guarani, que reuniu centenas de índios em Assunção, no Paraguai, entre os dias 15 e 19 de novembro de 2010, conforme noticiado por Heck (2010).

Do outro lado do mundo, na Austrália, mais de quarenta anos depois de conquistarem a condição de cidadãos, os aborígenes organizam-se para fundar um partido político próprio, após a eleição do primeiro deputado nativo, Ken Wyatt, conforme veiculou Moël (2010), na edição de 25 de dezembro de 2010, do *Le Monde*.

Como se vê, o verbo “resistir”, que tão bem caracteriza o movimento indígena pelo direito à diferença, de forma paulatina, passa a exprimir não só a ideia de “conservar, sobreviver e subsistir”, para adquirir um novo sentido, mais coerente com suas lutas históricas, o de “opor resistência, não ceder, defender-se”, nesse longo caminho para alcançar um novo estágio axiológico: o direito de “reexistir”.

5. O trabalho indígena e o direito à diferença

A ineficiência histórica das políticas de assimilação e integração forçada impostas aos povos indígenas e a omissão dos Estados na questão da demarcação e proteção de suas terras, tornaram-nas insuficientes para a subsistência das tribos e, por conseguinte, impeliram os índios a buscar trabalho assalariado fora das aldeias, em um ambiente adverso a suas tradições, valores e concepções de vida (RANGEL, 1990; REZENDE, 2007).

A ruptura social e a desestruturação cultural, causadas pelo labor fora das suas comunidades, acarretaram o agravamento de sérias questões enfrentadas pelos indígenas, como o aumento dos casos de suicídio, estupro, alcoolismo e homicídio. Também deram origem a novos problemas, como a exploração do trabalho

infantil indígena e a submissão dos índios ao trabalho em situação análoga à de escravos.

As diferenças culturais e a ignorância das normas estatais e internacionais de proteção ao trabalhador, somadas à premente necessidade de subsistência e, muitas vezes, o desconhecimento da língua nacional pelos trabalhadores indígenas têm aguçado a má-fé de empregadores que descumprem as normas de segurança e saúde do trabalhador e deixam de conceder-lhes direitos trabalhistas essenciais.

Alguns casos, como o narrado na ementa jurisprudencial abaixo transcrita, proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, simbolizam a forma truculenta como esses trabalhadores são aliciados e o descaso com a sua dignidade:

DANO MORAL. CONTRATO DE EQUIPE. INDÍGENA. CONTRATAÇÃO NÃO EFETIVADA. RETORNO À ALDEIA. TRANSPORTE NÃO DISPONIBILIZADO. A situação dos autos envolve o retorno de trabalhador indígena a pé da reclamada, localizada na zona rural do Município de Brasilândia-MS, para a sua aldeia, em Coronel Sapucaia-MS, tendo despendido 18 dias nesse trajeto, em razão de a empresa não lhe ter propiciado transporte para o desiderato após a sua não contratação; tal quadro fático demonstra de forma inequívoca o descaso da empresa para com o trabalhador em prol apenas de seus interesses porquanto, quando lhe foi conveniente, se empenhou em retirá-lo da aldeia, fornecendo-lhe para tanto a devida condução, sendo que a mesma atitude se impunha quando de sua não admissão na empresa, devendo responder, por conseguinte, pelos danos morais causados. Recurso da reclamada a que se nega provimento. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Recurso Ordinário n. 81800-12.2004.5.24.36. Rel. Juiz André Luís Moraes de Oliveira. Acórdão publicado no DO/MS n. 6.568, de 14.9.2005, p. 83)

Rezende (2007) relata que, em apenas duas usinas de álcool do interior de Mato Grosso do Sul, nos anos de 2007 e 2008, foram resgatados

926 trabalhadores indígenas das etnias Guarani e Terena, flagrados em condições de trabalho degradantes e vivendo em alojamentos superlotados, sem condições de habitabilidade e higiene; em meio a muito lixo, restos de comida, esgoto a céu aberto, além da constante falta de água.

A referida Procuradora do Trabalho também ressalta o crescente número de acidentes e doenças do trabalho na atividade agrícola, em boa parte movidos pelo desdobramento da produção de açúcar e álcool, que alcançou a marca de 28% dos acidentes laborais em todo Brasil e onde está concentrada a maior parte da força de trabalho indígena.

Campos (2008) registra que aproximadamente 10.000 aldeados labutavam somente nos canaviais do Mato Grosso do Sul, em 2008, provendo a subsistência de milhares de famílias.

Casos como os acima narrados destacam o desrespeito à dignidade do trabalho indígena e a precariedade da fiscalização e aplicação de normas trabalhistas fundamentais. Mais que isso, ressaltam a importância da implantação de uma política efetiva de conscientização e respeito à diversidade.

A Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919, buscou a universalização de normas protetivas, dentre as quais, registra-se a Convenção n. 19, sobre a igualdade de trato entre os trabalhadores estrangeiros e nacionais em matéria de indenização por acidente de trabalho; a n. 98, sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva; a n. 100, sobre igualdade de remuneração; a n. 111, sobre a discriminação no emprego e na profissão; a n. 117, sobre os objetivos e normas básicas de política social; a n. 118, sobre a igualdade de trato relativa à seguridade social; a n. 138, sobre a idade mínima para admissão e emprego; a n. 143, sobre a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes; a n. 159, sobre a readaptação profissional e do emprego para pessoas descapacitadas, e a n. 169, sobre os povos indígenas e tribais, dentre outras.

Várias outras normas internacionais demonstram a expansão do ideal de igualdade e do direito à diferença, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n. 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial das Nações Unidas, adotada pela Resolução n. 2.106-A, em 1965; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (1966); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação sobre as Mulheres das Nações Unidas, adotada pela Resolução n. 34/180, em 1979; o Protocolo de San Salvador, adotado pela OEA em 1988; as Diretivas n. 2.000/43/EC e 2.000/78/EC da União Europeia e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007.

Nessa voga, vêm se estruturando, de forma paulatina, uma nova abordagem doutrinária e a edição de normas jurídicas coerentes, como o festejado Código do Trabalho de Portugal, que dispõe em seus arts. 23º e 24º:

Art. 23º

1 – O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, baseada, nomeadamente, na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

2 – Não constitui discriminação o comportamento baseado num dos factores indicados no número anterior, sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional.

3 – Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou

trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no n. 1.

Art. 24º

1 – Constitui discriminação o assédio a candidato a emprego e a trabalhador.

2 – Entende-se por assédio todo o comportamento indesejado relacionado com um dos factores indicados no n. 1 do artigo anterior, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de afectar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

3 – Constitui, em especial, assédio todo o comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referidos no número anterior (PORTUGAL, 2004).

A cultura do direito à diferença no trabalho rechaça a prática de qualquer forma de discriminação, em especial, a criação de subclasses de trabalhadores ou subempregos, como os impingidos aos indígenas, em total desrespeito a normas emblemáticas, como as dispostas no art. 20 da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, que trata da contratação e condições de trabalho dos povos indígenas nos seguintes termos:

1. Os governos deverão adotar, no âmbito da legislação nacional e em cooperação com os povos interessados, medidas especiais para garantir aos trabalhadores pertencentes a esses povos uma proteção eficaz em matéria de contratação e condições de emprego, na medida em que não estejam protegidas eficazmente pela legislação aplicáveis aos trabalhadores em geral.

2. Os governos deverão fazer o que estiver ao seu alcance para evitar qualquer discriminação entre os trabalhadores pertencentes aos povos interessados e os demais trabalhadores, especialmente quanto a:

a) acesso ao emprego, inclusive aos empregos qualificados e às medidas de promoção e ascensão;

b) remuneração igual por trabalho de igual valor;

c) assistência médica e social, segurança e higiene no trabalho, todos os benefícios da seguridade social e demais benefícios derivados do emprego, bem como a habitação;

d) direito de associação, direito a se dedicar livremente a todas as atividades sindicais para fins lícitos, e direito a celebrar convênios coletivos com empregadores ou com organizações patronais.

3. As medidas adotadas deverão garantir, particularmente, que:

a) os trabalhadores pertencentes aos povos interessados, inclusive os trabalhadores sazonais, eventuais e migrantes empregados na agricultura ou em outras atividades, bem como os empregados por empreiteiros de mão de obra, gozem da proteção conferida pela legislação e a prática nacionais a outros trabalhadores dessas categorias nos mesmos setores, e sejam plenamente informados dos seus direitos de acordo com a legislação trabalhista e dos recursos de que dispõem;

b) os trabalhadores pertencentes a esses povos não estejam submetidos a condições de trabalho perigosas para sua saúde, em particular como consequência de sua exposição a pesticidas ou a outras substâncias tóxicas;

c) os trabalhadores pertencentes a esses povos não sejam submetidos a sistemas de contratação coercitivos, incluindo-se todas as formas de servidão por dívidas;

d) os trabalhadores pertencentes a esses povos gozem da igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres no emprego e de proteção contra o assédio sexual.

4. Dever-se-á dar especial atenção à criação de serviços adequados de inspeção do trabalho nas regiões donde trabalhadores pertencentes aos povos interessados exerçam atividades assalariadas, a fim de garantir o cumprimento das disposições desta parte da presente Convenção (OIT, 1991).

Na busca de minorar a discriminação, na última década, em todo o Brasil, tem sido

incentivada a contratação de trabalhadores indígenas por meio de contratos de equipe, compostas de até 60 trabalhadores, dentre os quais o líder (“cabeçante”), o cozinheiro e seu ajudante, de modo a favorecer a vida comunitária; assim como a negociação por meio de contratos coletivos de trabalho; o pagamento de salários em moeda corrente, mediante recibo que discrimine as parcelas salariais e a remuneração por produção, garantida uma renda mínima não inferior ao salário normativo da categoria (REZENDE, 2007).

No mesmo intento, Lima Filho (2008) enumera requisitos de validade e eficácia específicos do contrato de trabalho indígena, tais como:

- a) A preservação do direito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988;
- b) Assistência pelo órgão tutor na contratação, fiscalização e extinção do contrato, exceto em casos extraordinários, quando o trabalhador revele plena consciência do ato praticado e da extensão de seus efeitos e desde que não lhe seja prejudicial (arts. 8º e 14 da Lei n. 6.001/73);
- c) Não aplicação da prescrição prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988, salvo quando o obreiro revele consciência de seus atos, e
- d) Assistência do Ministério Público do Trabalho.

Em regra, esses requisitos mínimos têm encontrado ressonância nos tribunais trabalhistas, conforme se verifica do disposto nos arestos abaixo transcritos:

TRABALHADOR INDÍGENA. CAPACIDADE PROCESSUAL PARA ESTAR EM JUÍZO. Mesmo após a vigência do Código Civil de 2002, os índios continuam enquadrados como relativamente incapazes, visto que a legislação especial aplicável, interpreta à luz dos arts. 231 e 232 da CR/88, não lhes confere a capacidade plena para a prática de todos os atos da vida civil. E, na condição

de relativamente incapazes, eles devem ser assistidos, na forma da lei, pelo Ministério Público do Trabalho ou pela FUNAI, desde que as atividades judiciais prestadas pela Procuradoria Geral da Fundação Nacional do Índio não se confundam com a representação judicial da União. (BRASIL, 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Recurso Ordinário n. 00423.2006.081.23.00-2. Rel. Des. Tarcísio Valente. Decisão proferida em 13.2.2007)

VÍNCULO DE EMPREGO — INDÍGENA — IMPOSSIBILIDADE DE DISCRIMINAÇÃO. Uma vez presentes os requisitos indispensáveis à configuração do vínculo empregatício, pouco importa se os autores são ou não indígenas, há que se lhes reconhecer a proteção da legislação trabalhista, até porque é proibida a discriminação entre os trabalhadores indígenas e os demais (Lei n. 6.001/73, art. 14 – Estatuto do Índio). Também não se pode dar valia ao contrato de locação de serviços intermediado pela FUNAI, que pretende descaracterizar a relação de emprego vislumbrada nos autos, incidindo na hipótese a previsão contida no art. 9º, da CLT. (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Recurso Ordinário n. 0732/1997. Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior. Acórdão do Tribunal Pleno n. 2.081/1998)

1. TRABALHADOR INDÍGENA. PRESENÇA OBRIGATÓRIA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM TODOS OS ATOS DO PROCESSO. Se a audiência e a tentativa de conciliação se realizaram sem que o representante do Ministério Público estivesse presente, o ato encontra-se contaminado pelo vício da nulidade absoluta maculando todos aqueles que a ele se seguiram, nos precisos termos dos arts. 232 da Carta Suprema, e 246, parágrafo único do CPC.

2. CONFISSÃO. NECESSIDADE DA PRESENÇA DO ÓRGÃO TUTOR E DO REPRESENTANTE DO PARQUET, PENA DE NULIDADE DO ATO. Não tem eficácia a confissão ficta de trabalhador indígena quando a intimação sob aquela cominação se fez sem a presença do órgão tutor e do representante do Ministério Público do Trabalho

que também deixou de comparecer a audiência de conciliação e nenhuma defesa efetiva fez dos indisponíveis interesses do autor. Aplicação do que previsto nos arts. 213 do Código Civil e 351 do Código de Processo Civil. Processo anulado a partir da audiência de conciliação, inclusive. Recurso provido. (BRASIL. 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Recurso Ordinário n. 120700-36.2009.5.24.21. Rel. Des. Francisco das C. Lima Filho. Acórdão publicado no DO/MS n. 785, de 2.6.2010)

Entretanto, a evolução normativa e doutrinária ainda carece de sedimentação jurisprudencial, especialmente nos tribunais superiores, como se verifica das decisões proferidas, respectivamente, pela 4ª Turma e pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, da mais alta Corte Trabalhista do Brasil:

PRESCRIÇÃO. INDÍGENA. I – Embora o acórdão recorrido tenha se orientado pelas regras de direito intertemporal ao aplicar o Código Civil de 1916, o que, por si só, seria suficiente para demonstrar a impropriedade da invocação do art. 4º, parágrafo único, do Código Civil de 2002, percebe-se que o referido dispositivo limita-se a estabelecer que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial, não abordando a controvérsia em torno do prazo prescricional. II – Inviável, também, indagar sobre a ofensa suscitada ao art. 7º da Lei n. 6.001/73, tendo em vista que o referido dispositivo, ao estabelecer que os índios não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei, não trata do instituto da prescrição. III – Por sua vez, a divergência jurisprudencial colacionada desmerece à configuração do dissenso pretoriano, pois o recorrente não aludiu às teses que identificassem o conflito jurisprudencial, nos termos da Súmula n. 337 do TST. IV – Recurso não conhecido. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 4ª Turma. Recurso de Revista n. 302/2005-091-24-00-1. Rel. Min. Barros Levenhagen. Publicado no DJU de 8.2.2008)

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO

PUBLICADO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 11.496/2007. PRESCRIÇÃO. INDÍGENA. 1. A invocação de dispositivos de lei federal da Carta Política não propicia o conhecimento dos embargos interpostos sob a égide da Lei n. 11.496/2007, porquanto hipótese não prevista no art. 894, II, da CLT, com a redação que lhe foi conferida pelo aludido diploma legal. 2. O único julgado paradigma coligido, proveniente da SDI-II desta Corte, afigura-se inespecífico, na medida em que — cingindo-se a assentar a impossibilidade de acolhimento da ação rescisória que não ataca o fundamento norteador da ação rescindenda — sequer expressa tese jurídica acerca da aplicabilidade ou não da prescrição bienal ao indígena; o que tampouco é contemplado no acórdão embargado, que se limita a consignar a impertinência dos dispositivos legais invocados na revista, bem como a invalidade/inespecificidade dos arestos paradigmas trazidos naquele apelo. Óbice da Súmula n. 296, I, do TST. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, SBDI 1. Embargos em Recurso de Revista n. 30200-44.2005.5.24.0091. Relª Minª Rosa Maria Weber. Acórdão publicado no DJU de 6.8.2010)

No caso vertente, o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região decidiu, por maioria, dar parcial provimento ao recurso patronal, para declarar prescritas as verbas reconhecidas pelo Juízo de 1º Grau, referentes aos quatro primeiros contratos firmados, “não obstante o meticuloso laudo antropológico” que constatou a incapacidade do trabalhador indígena para exercer os atos da vida civil.

Casos como o retratado acima, revelam o paradoxo jurídico denunciado por Lima Filho (2008):

No âmbito trabalhista vem ocorrendo um verdadeiro paradoxo: ao mesmo em que o Estado exige a assistência do órgão tutor para o ingresso do trabalhador indígena em Juízo e a participação do Ministério Público em todos os atos processuais como condição de validade do próprio processo, mantém-se omissivo não adotando nenhuma

providência necessária para que esse direito de natureza fundamental seja efetivamente exercitado. Todavia, quando o trabalhador indígena eventualmente age, após anos e até décadas de espera vem a alegação, por parte do empregador, da ocorrência da prescrição total do direito de ação, fundado no disposto no art. 7º, inciso XXIX, do Texto Constitucional que estabelece o prazo de cinco anos no curso do contrato e dois depois de extinto, para que o trabalhador possa reclamar contra a violação de eventuais direitos. Mesmo diante de tal constatação, dessa verdadeira omissão estatal em fazer valer no campo prático os direitos constitucionalmente garantidos, embora tenha o dever de promover as ações para sua reparação quando violados ou prevenir contra sua violação, a arguição de prescrição invariavelmente vem sendo acolhida pela Justiça do Trabalho, como se trabalhador indígena, tutelado pelo próprio Estado, não integrado à comunhão nacional, pudesse ou tivesse a capacidade de agir por si próprio e conhecesse as normas legais estatais disciplinadoras do direito de ação e o instituto da prescrição, quando a maioria deles sequer entende ou fala a língua nacional.

Tais fatos demonstram a descaracterização da aplicação do princípio protetor em casos nos quais a hipossuficiência do trabalhador alcança seu grau máximo, assim como a vulnerabilidade de direitos trabalhistas fundamentais, quando expostos à ineficácia das normas processuais que os resguarda. Trata-se da problemática da prevalência da norma de forma sobre a norma de fundo, de que trata Cañal (2003):

Es que el derecho sustancial está siempre expresado en bellas palabras. Esas mismas que hacen sentir a la gente segura a su amparo y que la lleva a sostener animosamente: 'Yo creo en la Justicia'.

Sin embargo, la realidad es bien distinta. Porque el derecho encuentra su realización

a través de las normas formales, que lamentablemente muchas veces no coinciden con el contenido de las sustanciales a las que pretendidamente regulan.

Em suma, não basta que a norma substantiva proclame o surgimento de um novo paradigma jurídico antropológico. A consolidação do direito à diferença do trabalhador indígena depende de uma ampla mudança cultural, a começar pelo reconhecimento da sua diversidade por aqueles que têm o dever de dizer o direito no caso concreto.

6. Considerações finais

Quase quinhentos anos após os debates jurídicos e filosóficos que deram origem às denominadas Leis de Burgos, nos quais se buscava definir se os índios do Novo Mundo teriam alma, se poderiam ser qualificados como humanos e se deveriam sujeitar-se à escravidão, ainda não está consolidado o direito do trabalhador indígena à diversidade.

O processo de sedimentação de um novo paradigma antropológico sinaliza um momento histórico propício para a estruturação de um enfoque jurídico que valorize o direito à subjetividade dessa classe vulnerável de trabalhadores e o resgate da dignidade dos povos indígenas.

7. Referências bibliográficas

BARBIERI, Samia Roges Jordy. O direito internacional dos direitos humanos no Brasil e os índios. In: *DireitoNet* [S.l.], out. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3800/O-direito-internacional-dos-direitos-humanos-no-Brasil-e-os-indios>> Acesso em: 4 jun. 2010.

_____. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os povos indígenas. In: *DireitoNet* [S.l.], out. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3798/O-principio-da-igualdade-e-o-direito-indigena>> Acesso em: 4 jun. 2010.

_____. O princípio da igualdade e o direito indígena. In: *DireitoNet* [S.l.], out. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/>

exibir/3799/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-os-povos-indigenas> Acesso em: 4 jun. 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 1.351.

CAMPOS, André. Exploração de indígenas nos canaviais do MS é histórica. In: *Repórter Brasil Agência de Notícias* [S.l.], 21 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1387>> Acesso em: 4 jun. 2010.

CAÑAL, Diana Regina. *Decisiones judiciales*. La relación entre normas de fondo y de forma. Una mirada desde el derecho del trabajo. Buenos Aires: Quorum, 2006. p. 160.

_____. *Una visión pragmática del derecho*. Buenos Aires: Quorum, 2003. p. 64.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel — a infância, a adolescência e os Direitos Humanos no Brasil*. 21. ed. São Paulo: Ática, 2005. p. 136.

ELIZONDO, Héctor Ortiz. Constitucionalismo multicultural y derechos indígenas. In: CONGRESO DE LA RED LATINOAMERICANA DE ANTROPOLOGÍA JURÍDICA. 5, 2006, Oaxtepec. *Justicia y diversidad: retos de la Globalización* [S.l.]: [s.n.], [2006?]. p. 1-2.

GOLDIN, Adrián (Dir.), ALIMENTI, Jordelina F. (Coord.). *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 1.008.

HECK, Egon. Documento final do III Encontro Continental do Povo Guarani. In: *Portal Ecodebate*, Assunção, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2010/11/24/documento-final-do-iii-encontro-continental-do-povo-guarani/>> Acesso em: 24 nov. 2010.

LIMA FILHO, Francisco das C. A proteção do trabalhador indígena e a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho. In: *Argumentum Jurídico*, Campo Grande, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.trt24.jus.br/arq/download/biblioteca/24opinio/A%20protecao%20laboral%20do%20trabalhador%20indigena.pdf>> Acesso em: 3 jun. 2010.

_____. A questão do direito indígena. In: *Universo Jurídico* [S.l.], Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4325/>

a_questao_do_direito_indigena> Acesso em: 3 jun. 2010.

MALLET, Estêvão. Direito do trabalho, igualdade e não discriminação. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, Belém, v. 41, n. 81, p. 233-258, jul./dez. 2008.

MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2009. p. 836.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 48.

MOËL, Marie Morgane Le. Na Austrália, os aborígenes criam seu partido para fazer valer seus direitos. In: *Le monde* [S.l.], 25 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/midiglobal/lemonde/2010/12/25/na-australia-os-aborigenes-criam-seu-partido-para-fazer-valer-seus-direitos.jhtm>> Acesso em: 25 dez. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O direito do trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. In: *LTr Legislação do Trabalho Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*, São Paulo, ano 69, v. 63, p. 777-787, jun. 2004.

OIT. Convenção n. 169, adotada em 27 de junho de 1989. Sobre os Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_169.pdf> Acesso em: 21 jun. 2010.

PORTUGAL. Lei n. 99, de 27 de agosto de 2003. Aprova o Código do Trabalho. *Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social*. Disponível em: <http://www.mtss.gov.pt/docs/Lei_reg_CT.pdf> Acesso em: 22 ago. 2010.

RAMELLA, Susana T. El derecho a la diferencia em la Constitución Argentina de 1994. Hacia un nuevo paradigma antropológico. In: *Universidad Nacional de Cuyo, proyectos bienales 2005 – 2007* [S.l.], 2007, p. 298-321. Disponível em: <http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/1509/ramellainforme07.pdf> Acesso em: 4 abr.2010.

_____. Estados latino-americanos plurinacionales y las naciones no estatales a través de la perspectiva analítica de Sousa Santos. In: *Universidad Nacional de Cuyo, proyectos bienales 2007 – 2009* [S.l.], 2009, p. 96-102. Disponível em: <http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/3161/ramella2009.pdf> Acesso em: 4 abr. 2010.

RANGEL, Lúcia Helena Vitalli. Índios brasileiros: despossuídos da terra, mão de obra marginal. In: *Revista São Paulo em Perspectiva*. Fundação SEADE, jul./dez. 1990, v. 4, p. 3-4.

REZENDE, Simone Beatriz Assis de. Os indígenas no corte da cana-de-açúcar nos Estado de Mato Grosso do Sul: breve histórico da luta pelo reconhe-

cimento de seus direitos trabalhistas. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul*, v. 1, n. 1, p. 153-176, abr. 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994. p. 205.



Como controlar quem não é visto?

Breves reflexões sobre o exercício do poder de vigilância sobre o teletrabalhador e suas implicações jurídicas

Karoline Marthos da Silva^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo traz breves reflexões sobre o poder diretivo do empregador sobre o teletrabalhador e suas implicações jurídicas nas relações de trabalho. Procurou-se abordar os principais aspectos do teletrabalho, tais como classificação, modalidades, natureza jurídica, chamando atenção especial para a subordinação. O poder de vigilância do empregador, bem como a forma de monitoramento deste perante o teletrabalhador, embora abordados de forma sucinta, leva-nos a refletir sobre até onde vai este poder diretivo e suas implicações na seara jurídica. Ao final, é abordado ainda sobre o direito à intimidade do teletrabalhador sob a ótica constitucional e laboral e sua ameaça de lesão no que tange à extrapolação dos limites de vigilância imposto pelo empregador.

Palavras-Chave:

- ▶ Teletrabalho — poder diretivo — subordinação — direito à intimidade.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Origem do teletrabalho
- ▶ 3. Conceito, classificação e modalidades de teletrabalho
 - ▶ 3.1. Conceito
 - ▶ 3.2. Classificação
 - ▶ 3.3. Modalidades
- ▶ 4. Natureza jurídica
- ▶ 5. Teletrabalho e subordinação

(*) Advogada Trabalhista em Porto Alegre. Pós-graduanda do Curso de Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

- ▶ 6. O poder de direção do empregador no teletrabalho
- ▶ 7. Limites do poder de controle sobre o teletrabalhador e o direito à intimidade
- ▶ 8. Conclusão
- ▶ 9. Referências bibliográficas

Abstract:

- ▶ This article offers brief reflections on the branch director of the employer on the teleworker and their legal implications in labor relations. We sought to write the main aspects of telework, such as sorting, procedures, legal, calling attention to the subordination. The supervisory power of the employer, as well as how to monitor this to the telecommuter, while covered summarily, leads us to reflect on how far does this power steering and its implications for legal harvest. In the end, is discussed further on the right to privacy from the perspective of the teleworker constitutional and labor and its threat of injury with regard to the extrapolation of the warning limits imposed by the employer.

Key words:

- ▶ Telework — branch director — subodination — righth to privacy.

1. Introdução

O teletrabalho é modalidade laboral adotada por milhares de trabalhadores ao redor do mundo todo que adveio das inovações tecnológicas ocorridas no findar do século passado.

Este novo modelo de trabalho, traz novas formas de controle do empregador sobre o teletrabalhador, de forma a viabilizar o poder de fiscalização sobre o labor do empregado, por meio de instrumentos presentes nos equipamentos a serem utilizados.

O objetivo principal deste trabalho é demonstrar como o empregador pode exercer vigilância sobre o teletrabalhador e os limites estabelecidos sobre este controle.

Procurar-se-á, ainda, abordar sobre o fenômeno do teletrabalho, definindo-o, avaliando sua evolução histórica, subordinação, classificação e modalidades.

Por fim, buscará, examinar se a extrapolção dos limites de controle pode gerar lesão ao direito à intimidade do mesmo, bem como prejuízos à continuidade da relações laborais ocasionando situações a serem solucionadas no Poder Judiciário Trabalhista.

2. Origem do teletrabalho

Não se sabe precisar corretamente a origem do Teletrabalho. Pinel⁽¹⁾ descreve que as primeiras ocorrências de trabalho remoto que se tem conhecimento, datam do ano de 1857, quando J. Edgard Thompson, proprietário de uma estrada de ferro de nome Penn Railroad, nos Estados Unidos, descobrira que poderia usar o sistema privado de telégrafo de sua empresa para gerenciar divisões remotas, desde que delegasse a elas um controle substancial no uso de equipamento e mão de obra. A organização seguia o fio do telégrafo e a empresa externamente móvel transformou-se num complexo de operações descentralizadas. Outra experiência, conta que na Inglaterra, em 1962, Stephane Shirley, teria criado por um pequeno negócio chamado *Freelance Programmers*, para ser gerido por ela em casa, escrevendo programas de computador para empresas. Em 1964 o *Freelance Programmers* já havia se tornado a F. Internacional, com mais 4 pessoas

(1) PINEL, M. F. L. *O teletrabalho na era digital*. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado – UERJ, 1988.

trabalhando, e em 1988 era o F. I. Group PLC, que contava com aproximadamente 1.100 teletrabalhadores.

Segundo Manoel Estrada⁽²⁾ o termo teletrabalho aparece nos Estados Unidos no início da década dos anos setenta, no tempo da crise do petróleo, quando se pensou em reduzir os deslocamentos das pessoas até os centros de trabalho, levando o trabalho para a casa usando as novas tecnologias da telecomunicação. Com o encerramento da crise do petróleo, o desenvolvimento do teletrabalho se detém, ressurgindo somente no início da década dos anos noventa, em decorrência do rápido desenvolvimento da tecnologia informática e das telecomunicações, além de mudanças das atitudes das empresas.

É indiscutível que o teletrabalho teve como base o desenvolvimento tecnológico, sobretudo influenciado pela *internet*, que trouxe a relativização do espaço e do tempo, criando novos meios e métodos de trabalho. O teletrabalho é um dos meios de labor deste século, que impõe algumas inovações à ordem jurídica, tornando seu estudo imprescindível no Direito Laboral, já que atualmente somente o trabalho a domicílio encontra-se declinado na legislação pátria.

3. Conceito, classificação e modalidades de teletrabalho

3.1. Conceito

O teletrabalho não constitui ainda uma categoria legal, fazendo-se desta forma, necessária uma definição para maior compreensão sobre o assunto.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1990 propôs a seguinte definição de teletrabalho: “A form of work in which (a) work is performed in a location remote from

(2) ESTRADA, Manoel Martins Pino. *O panorama juslaboral do teletrabalho no Brasil, na OIT, Venezuela e Espanha*. Disponível em: <<http://tele-trabalho.blogspot.com/2008/02/artigo-panorama-juslaboral-do.html>> Acesso em: 2 jul. 2010.

central office or production facilities, thus separating the worker from personal contact with co-workers there; and (b) new technology enables this separation by facilitating communication”⁽³⁾.

Cláudio Roberto Carneiro Castro⁽⁴⁾, citando Jack Niles, a quem diz que se atribuiu a paternidade desta modalidade laboral, conceitua como: “A possibilidade de enviar o trabalho aos trabalhadores, em vez de levar estes o trabalho”.

O mesmo autor acima nos traz a definição de teletrabalho por Domenico de Masi que assim dispõe sobre o tema:

Um trabalho realizado longe dos escritórios empresariais e dos colegas de trabalho, com comunicação independente com a sede central do trabalho e com outras sedes, através de um uso intensivo das tecnologias e da comunicação e da informação, mas que não são, necessariamente, sempre de natureza informática.⁽⁵⁾

Castro complementa o estudo ainda, preceituando conceito de João Hilário Valentim aduzindo que “teletrabalho é a prestação de serviços destinada a outrem e sob a subordinação deste, exercida por um trabalhador, preferencialmente em sua casa e com o suporte de modernos instrumentos e tecnologias relacionados às telecomunicações e informática”.⁽⁶⁾

Diante de tantos conceitos sobre o tema, pode-se entender então que teletrabalho é uma modalidade de trabalho à distância, realizada em tempo integral ou parcial, em que

(3) É uma forma de trabalho em que (a) este é realizado em um local remoto da empresa ou de suas instalações de produção, assim, separado o trabalhador do contato pessoal com os colegas de trabalho, e (b) as novas tecnologias permitem esta separação, por facilitar a comunicação. (Tradução livre pela autora).

(4) CASTRO, Carlos Roberto Carneiro. *Teletrabalho: a mais expressiva forma de trabalho do século XXI*. Disponível em: <http://www.amatra3.com.br/uploaded_files/Teletrabalho%20-%20Artigo%20-%20Escola%20Judicial%20-%20Juiz%20Cl%C3%A1udio%20Castro.pdf>.

(5) *Idem*.

(6) *Idem*.

o teletrabalhador realiza seus serviços utilizando variados recursos de telecomunicação e de informática.

3.2. Classificação

Afirma Denise Fincato⁽⁷⁾, que não há uniformidade no rol classificatório de teletrabalho, mas os estudiosos que se dedicam ao tema acabam em suma, apresentando a seguinte classificação sob o critério topográfico:

- a) Teletrabalho em domicílio, como sendo aquele em que o trabalhador realiza a prestação do serviço em seu próprio domicílio com a ajuda de mecanismos telemáticos, podendo ser realizado de forma integral ou parcial, na residência do mesmo, dependendo se o trabalhador tenha dias fixos para ir à empresa, ou se labora exclusivamente no âmbito de sua casa.
- b) Teletrabalho em telecentros são locais de trabalho, compartilhados entre pequenas empresas as empresas, que dispõe de equipamentos de informática e de telecomunicação necessários para a realização desta forma de trabalho. Estes telecentros se localizam entre o domicílio dos empregados e a sede principal.
- c) Teletrabalho móvel ou nômade, quando o posto de trabalho não está situado em lugar determinado. O teletrabalhador tem mobilidade permanente, estando dotados de computadores portáteis, com sistema avançado para poderem realizar o seu trabalho em qualquer lugar, bem como para serem facilmente localizados a qualquer momento, a fim de receberem e transmitirem informações para a sede da empresa.
- d) Em centros satélites, os quais consistem em unidades separadas, integrantes da própria empresa, geograficamente separadas das instalações centrais, mas mantendo sempre comunicação eletrônica constante.

(7) FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: aproximações epistemológicas. In: *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, São Paulo, Magister, abr./maio 2009, p. 68-75.

e) Em *telecottage*, que se encontram localizados em áreas populacionais pequenas, geralmente em zonas rurais subdesenvolvidas. Entrelaçam-se iniciativa popular e pública, e procuram além de fixar o teletrabalhador residente na zona rural, em seu espaço em busca de mão de obra qualificada para a vida no interior.

3.3. Modalidades

Segundo critério comunicativo há a possibilidade de distinguir modalidades de teletrabalho em função da intensidade na telecomunicação que une os equipamentos do teletrabalhador aos equipamentos da empresa, quais sejam:

- a) Teletrabalho *off line* ou desconectado, se dá quando o teletrabalhador desenvolve suas atividades sem ligação direta com o computador central da empresa. As conexões entre os equipamentos do trabalhador e os equipamentos da empresa são eventuais, os programas funcionam independentemente de conexão com a empresa.
- b) *One way line* neste tipo de modalidade a comunicação é unimodal, não havendo interatividade. Uma única transmissão é realizada, sem intenção ou possibilidade de interatividade pelo mesmo.
- c) Teletrabalho *on line* ou conectado, explica Carla da Silva Pontes⁽⁸⁾, que esta modalidade ocorre quando o teletrabalhador faz uso de telecomunicações para receber ou transmitir a informação. A comunicação *on line*, entre a empresa e o teletrabalhador pode ser ainda unidirecional ou bidirecional. Na comunicação unidirecional, existe uma conexão contínua, mas apenas em uma única direção, do empregador para o teletrabalhador, ou vice-versa. Já na bidirecional, ou interativa, o teletrabalhador desenvolve

(8) PONTES, Carla da Silva. *A caracterização do teletrabalho perante a ordem jurídica brasileira*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2424, 19 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14381>> Acesso em: 23 jul. 2010.

suas atividades com o computador conectado em rede, permitindo o intercâmbio de informações entre a empresa e os diferentes computadores. Vê-se que nesse caso, existe um controle direto da empresa na atividade desenvolvida para cada teletrabalhador, ensejando a princípio uma maior possibilidade de restar caracterizado o vínculo de emprego, uma vez que a supervisão dos trabalhos pode ser feita constantemente pela companhia, através do próprio canal telemático, que, em última análise, mantém o trabalhador virtualmente presente na empresa.

4. Natureza jurídica

Interessante estudo nos traz Gessy Alves Ferreira⁽⁹⁾ quanto às características do teletrabalho, descrevendo como sendo a desconcentração, a flexibilidade de horário e a ausência física do empregador para a fiscalização. Diz ainda que diante dessas características, parte da doutrina tem levado a ver o teletrabalho como um trabalho autônomo, mas a natureza jurídica dependerá da situação fática que envolve as partes.

Martins⁽¹⁰⁾ diz que o teletrabalho é uma forma de organização da atividade do empresário, logo, poderá ser um contrato de prestação de serviços ou um contrato de trabalho.

Ferreira⁽¹¹⁾ explica ainda, “que não é um estatuto particular. Este vínculo poderá ser de natureza comercial, civil ou trabalhista. Basta pensar numa relação *on-line* que, facilmente perceber-se-á que o empregador pode fiscalizar de forma contínua o trabalho do trabalhador sem precisar do contato físico”.

(9) FERREIRA, Gessy Alves. *Teletrabalho: implicações físicas e jurídicas, uma análise das transformações nas relações de emprego*. Disponível em: <http://ns1.r2learning.com.br/_site?artigos?artigo_default.asp?ID=825> Acesso em: 23 jul. 2010.

(10) MARTINS, Sérgio Pinto. Trabalho à distância. In: *T & D*, n. 24, mar. 2000, p.10.

(11) FERREIRA, Gessy Alves. *Teletrabalho: implicações físicas e jurídicas, uma análise das transformações nas relações de emprego*. Disponível em: <http://ns1.r2learning.com.br/_site?artigos?artigo_default.asp?ID=825> Acesso em: 23 jul. 2010.

Insta chamar a atenção ao art. 2º da CLT que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”. O art. 3º dispõe que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste mediante salário” e por fim, reza o art. 6º do mesmo diploma legal que “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”.

Portanto, diante das definições já elencadas, bem como dos dispositivos legais supracitados, pode-se entender que somente a análise das condições concretas de execução da prestação de serviços irá determinar a natureza jurídica do teletrabalho, porquanto a prestação de serviços poderia conter aspectos cíveis, comerciais ou trabalhistas, devendo determinar também se estão presentes os requisitos que configuram a relação de emprego.

5. Teletrabalho e subordinação

Mesmo com todas as transformações tecnológicas ocorridas nos últimos anos, a relação de emprego caracterizada pela subordinação jurídica não foi eliminada, bem como não é menos correto afirmar que o teletrabalho, neutralizou ou neutraliza o contrato de emprego.

Sabe-se que a subordinação é característica da relação de emprego. Em razão desta, o empregado deve-se submeter às determinações do empregador, que o controla e lhe impõe ordens. Já como trabalhador autônomo, diversamente do empregado, este se autodetermina, orientando-se por suas próprias diretivas e instruções.

Entende Barros⁽¹²⁾ que o teletrabalhador poderá prestar serviços subordinados conforme os ditames da Lei Obreira (art. 6º) ou ainda, como autônomo, onde, nesta hipótese, estará

(12) BARROS, Alice Monteiro de Barros. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 302.

fora da tutela do Diploma Consolidado. Salieta ainda que tudo dependerá da maneira como for realizada a prestação de serviços, e que não é o lugar da prestação dos serviços que irá diferenciar as duas situações e atribuir tratamento distinto para as atividades, mas sim, o fato de o trabalho ser controlado pelo credor do trabalho ou se o teletrabalhador terá poderes para gerir a sua própria atividade.

A mesma autora ainda complementa, que no trabalho à distância, do qual o teletrabalho é modalidade, o controle alusivo ao poder de direção poderá se apresentar com maior ou menor intensidade, tornando a subordinação jurídica denominação de telessubordinação.

E ainda, fazendo alusão à subordinação Alice Monteiro de Barros⁽¹³⁾ aponta os indicadores valiosos de subordinação jurídica do teletrabalhador: submissão a um programa de informática confeccionado pela empresa, que lhe permite dirigir e controlar a atividade do empregado; disponibilidade de tempo em favor do empregador, com a obrigação de assistir reuniões ou cursos de treinamento, sob pena de sanção disciplinar, ser a empresa proprietária dos equipamentos de produção; recebimento de importância fixa pelos serviços prestados; assunção de gastos com água, luz, aluguel, estacionamento, manutenção de equipamentos e outros.

O teletrabalhador pode ser tanto empregado como trabalhador autônomo, sendo que a subordinação jurídica ou a telessubordinação, em relação aos teletrabalhadores, é elemento intrínseco ao contrato de trabalho. Referido elemento, é na verdade o que o diferencia do trabalhador autônomo, que tem autonomia, assumindo os riscos de sua atividade econômica, e presta serviços de forma habitual e por conta própria.

Explica Aranda⁽¹⁴⁾ que o teletrabalho não neutraliza as diferenças entre as distintas figuras

(13) *Ibidem*, p. 304

(14) ARANDA, Javier Thibault. El trabajo. In: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales – CES,

contratuais. O binômio trabalho subordinado/trabalho autônomo segue sendo uma constante e está, todavia, longe do horizonte de um mundo composto só de teletrabalhadores autônomos interconectados. Entretanto, a subordinação, agora tomada pela modernidade e delimitada com maiores exigências, permanece, apesar das suas imperfeições, uma ferramenta útil para a classificação jurídica do teletrabalho.

Pinto e Pamplona Filho⁽¹⁵⁾ chamam a atenção para a classificação jurídica do teletrabalho, revelando-se uma espécie do gênero trabalho, desdobrável em dois tipos básicos sendo que na primeira inflexão, deixará de interessar à disciplina tutelar do Direito do Trabalho; na segunda, será empregado, podendo assumir um de dois perfis: o do prestador do trabalho, sob subordinação direta do empregador, em estabelecimento, centralizado ou não, e o do empregado em domicílio, sujeito de um dos contratos especiais de trabalho, em que a subordinação é rarefeita e o local da prestação coincide com o do eixo da vida pessoal do trabalhador.

Com respeito à possibilidade de se ver configurada uma relação de emprego entre o teletrabalhador e a empresa, é necessária uma situação fático-jurídica composta pelos elementos presentes nos arts. 2º e 3º expostos na CLT. Sobre esta relação, Godinho citado por Oliveira⁽¹⁶⁾ nos expõe o seguinte:

Esses elementos ocorrem no mundo dos fatos, existindo independentemente no Direito (devendo, por isso, ser tidos como elementos fáticos). Em face de sua relevância sócio-jurídica, são eles porém captados pelo Direito

Collección Estúdios. Madrid, 2000. p. 318. Disponível em: <<http://www.mtas.es/es/publica/revista/numeros/26/recen7.pdf>> Acesso em: 16 jul. 2010.

(15) PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas*. v. I. direito individual. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 332.

(16) OLIVEIRA, Tatiana Penna de. *Teletrabalho: fatos-superiores para a sua caracterização*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte, 2003. p. 86.

que lhe confere efeitos compatíveis (por isso devendo, em consequência, ser chamados de elementos fático-jurídicos).

Desta forma, é necessário que o teletrabalhador seja sempre uma pessoa física. O teletrabalho, mesmo que exercido em domicílio, deve ser prestado com pessoalidade, e a realização do trabalho deve se dar de forma contínua. O fato de ser contínuo, não significa necessariamente que deva ser uma prestação diária, mas que deva sim ter o caráter de permanência, dotado de não eventualidade.

Também, outro ponto que contribui para a caracterização da relação de emprego é a subordinação, já declinada acima. Esta é uma dependência jurídica do empregado ao seu empregador em que aquele deve seguir o poder diretivo deste.

Embora no teletrabalho esta subordinação não se dê de maneira direta, ou seja, o empregador não está a todo o momento fiscalizando e controlando as atividades do empregado, ela se dá de forma indireta, através de uma subordinação de ordem psicológica, ou seja, o controle, embora seja menos intenso, certamente está presente. Deve-se atentar para que as atividades prestadas pelo teletrabalhador estejam inseridas na estrutura empresarial do empregador.

Por fim, um último ponto que caracteriza a configuração da relação de emprego é o salário regulado pelos arts. 457 e 467 da CLT que define como sendo a contraprestação do serviço efetuado pelo empregado.

Dessa forma, se observados os elementos caracterizadores da relação de emprego, quais sejam, pessoalidade, habitualidade, subordinação, onerosidade, e pessoa física, certamente o vínculo de emprego se *perfectibilizará*, e considerar-se-á assim, empregado o teletrabalhador, estando, portanto sujeito às normas celetistas.

6. O poder de direção do empregador no teletrabalho

O poder diretivo está previsto no art. 2º da Lei Obreira ao conceituar o empregador como

aquele que assume os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço.

Rodrigues Pinto, citando Orlando Gomes ensina o poder de direção como sendo “a faculdade que tem o empregador de ditar normas de natureza técnica e de caráter geral e permanente, que devem ser observados pelos empregados”.⁽¹⁷⁾

Pode-se entender então como sendo poder de direção a prerrogativa que o empregador possui de determinar de que forma ocorrerá a prestação de serviços por parte do empregado. Ocorre o controle do empregador sobre o empregado e, conseqüentemente, a direção sobre o mesmo quando àquele dá ordens de serviço a este.

Sabe-se que o poder diretivo é um direito potestativo do empregador que atribui ao mesmo uma capacidade de firmar diretamente na relação jurídica de seus subordinados, determinando a forma, maneira, e o conteúdo dos serviços a serem realizados a qualquer momento. No teletrabalho, este poder diretivo é possível e é concretizado através de equipamentos de monitoramento remoto, onde o empregador é capaz de fiscalizar a atividade do teletrabalhador.

Júlio César Machado⁽¹⁸⁾ explica que “o monitoramento remoto consiste na fiscalização à distância das tarefas realizadas pelo teletrabalhador através dos meios e equipamentos usuais de informática e de telecomunicações”. Dessa forma, pode-se controlar a produção por toques no teclado, verificando a entrada e saída de dados por registros feitos pelo próprio computador, que inclusive pode indicar horários. É possível ainda exercer o poder de fiscalização do teletrabalhador através de *smartphones*,

(17) PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 4. ed. São Paulo; LTr, 2000. p. 250.

(18) MACHADO, Júlio César. *Ampliação do poder de vigilância sobre o teletrabalhador no regime de teletrabalho*. Disponível em: <http://buscalegis.ufsc.br/arquivos/vigilancia_sobre_regime_teletrab.pdf> Acesso em: 2 jul. 2010.

laptops, computadores com câmeras de vídeos acopladas, bem como através de conversas por *msn*, celulares com acesso à *internet*, *tablets*, dentre outros.

Esse poder de direção tem relação intrínseca com a ideia de subordinação já explanada, pois ao aceitar sua subordinação jurídica ao empregador, o teletrabalhador aceita que seu trabalho seja dirigido, controlado, por outrem.

Ao empregador é possível conhecer todos os meios e o tempo que o empregado se utiliza para exercer suas tarefas. Há prazos para cumprimento de determinada tarefa, pagamento por produção, etc. Portanto, verifica-se uma acentuação da subordinação e não uma atenuação como se poderia pensar a princípio. Constrói-se uma ativação automática, na própria consciência do trabalhador, de uma vigilância totalizadora.

Podemos constatar, portanto, que o monitoramento pelo empregador acarreta sem dúvidas uma ampliação do poder de fiscalização sobre o obreiro e sendo este poder de fiscalização elemento integrante do poder diretivo, há uma ampliação do poder diretivo do empregador sobre o teletrabalhador e em consequência um forte indício para a configuração da relação de emprego.

Importante salientar ainda, que devem ser estabelecidos limites a este poder de controle do empregador sobre o teletrabalhador conforme se explanará a seguir.

7. Limites do poder de controle sobre o teletrabalhador e o direito à intimidade

Como já foi salientado, é possível o monitoramento remoto pelo empregador sobre as atividades realizadas pelo teletrabalhador, porém este monitoramento encontra limites concretos no direito à intimidade que este possui.

De início faz-se necessária tecer algumas observações quanto ao direito à intimidade, como direito fundamental protegido constitucionalmente e suas implicações na atividade laboral, sobretudo no regime de teletrabalho.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins conceituam o direito à intimidade como “a faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”.⁽¹⁹⁾

Ferraz Junior, assim afirma sobre o tema: A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Neste termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange.⁽²⁰⁾

Desta forma, diante dos conceitos acima expostos, pode-se entender que a intimidade corresponde à parcela da privacidade em que o indivíduo resguarda para si, de forma íntima, protegida da intromissão até mesmo daqueles que fazem parte de sua vida, como a família e amigos próximos. Em dizeres mais simplistas, a intimidade é a liberdade do indivíduo de possibilitar a plena disponibilidade sobre a sua vida e sobre as suas relações pessoais. É o direito de estar só.

Contudo, apesar de ser um direito fundamental, como ser verá mais adiante, não raramente presenciamos que pode ocorrer a invasão da

(19) BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 63.

(20) FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 77.

intimidade nas relações de teletrabalho. E, em razão disso, surge um ponto crítico, que é o balanceamento entre o direito à intimidade e o poder de controle sobre o teletrabalhador.

Vera Winter, citando Ingo Wolfgang Sarlet, elucida que há várias dimensões para os direitos fundamentais, sendo reconhecidos como direitos de primeira dimensão aqueles assegurados aos indivíduos perante o Estado como direitos de defesa, correspondendo aos direito à vida, liberdade, propriedade e à igualdade perante a lei, assim como as liberdades de expressão coletiva, e os de segunda geração que geram ao indivíduo prestações sociais como assistência social, saúde, educação e trabalho. Complementa ainda que, os direitos difusos são os direitos de terceira dimensão destinados à proteção de grupos humanos e, por fim, que há a tendência do reconhecimento da existência de uma quarta dimensão conforme preceitua Paulo Bonavides, resultado da globalização dos direitos fundamentais, identificáveis como direito à democracia, à informação e ao pluralismo.⁽²¹⁾

Alguns autores defendem ainda, a existência de direitos fundamentais de quinta geração, os chamados direitos virtuais, que teriam de originado com o exacerbado desenvolvimento da *internet* nos anos 90 fazendo surgir, virtualmente, relações e bens merecedores do apreço jurídico.

A imagem, a honra, enfim, todos os valores que ressaltem o princípio da dignidade da pessoa humana, são os bens protegidos pela quinta geração, porém com uma especificidade, qual seja: protege esses valores frente ao uso dos meios de comunicação eletrônica em massa. Muito embora alguns autores entendam que as dimensões ou gerações de direitos se exauram na quarta, percebe-se que a existência de direitos relativos ao ciberespaço é uma realidade da qual não se pode afastar e mais cedo ou mais tarde os direitos virtuais serão objeto do Direito

Positivo e, por conseguinte, aceitos na doutrina como o são os de primeira e segunda geração.

Como se pôde observar, o direito à intimidade encontra-se nos direitos de segunda geração que para se concretizarem necessitam de uma participação do Estado de forma ativa, que tenha dupla finalidade: possibilitar o desenvolvimento do indivíduo como ser produtivo e minimizar desigualdades, influenciando a seara pública e privada.

Pode-se compreender então como direito à intimidade uma manifestação da personalidade, sendo um dos direitos fundamentais que expressa o próprio valor da dignidade humana. Sendo um direito fundamental, o direito à intimidade guarda as características de tais direitos, tais como: a intransmissibilidade, a indisponibilidade, a irrenunciabilidade e a imprescritibilidade.

Salienta-se ainda, que a teor do art. 5º, X, da Constituição Federal, o direito à intimidade possui condições de direito substantivo com *status* constitucional: “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Também, referente às comunicações de dados, não deixou a Carta Magna de legislar em seu art. 5º, XII sobre o assunto:

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso por ordem judicial, mas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Vê-se que o direito à intimidade é, portanto, essencial à vida nos tempos atuais e conforme se verá a seguir deve haver entre o empregador e o teletrabalhador uma demarcação da esfera da intimidade para que as relações de trabalho possam fluir sem maiores complicações na seara jurídica.

José Laércio Araújo preceitua que “a informática é uma séria ameaça ao direito à intimidade,

(21) WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho*: uma forma alternativa de emprego. São Paulo; LTr, 2005. p. 96.

eis que seu potencial permite a acumulação de dados sobre cada um, sua rápida utilização e definitiva conservação”.⁽²²⁾

Seria inimaginável visualizar as relações de trabalho atuais se o uso dos meios de telecomunicação. Essas ferramentas advindas da tecnologia tornaram-se imprescindíveis no mundo do trabalho, não há como desconsiderá-las.

Em se tratando de relações que envolvam empregadores e teletrabalhadores, entende-se que as medidas a serem adotadas por aquele devem ser destinadas a verificar, única e exclusivamente, o cumprimento dos deveres trabalhistas, além de sua limitação exclusivamente ao controle da tarefa, guardando na sua aplicação a consideração devida à dignidade do trabalhador conforme ditames constitucionais.

Deve-se advertir ainda que é necessária a adoção de um critério de vigilância restritivo, porque a utilização como método de controle, por exemplo, de uma câmara de vídeo ou de gravações de ligações telefônicas leva o empregador, não só à captação de imagens do trabalhador enquanto este trabalha, como também, à gravação de imagens (ou conversas) da vida privada deste, violando o direito à intimidade dos envolvidos.

Desta feita, é fundamental que o empregador ao monitorar o teletrabalhador, restrinja-se ao registro dos eventos essenciais ao exercício do poder diretivo, tais como: registro de horários de trabalho, (início e término da realização da tarefa e/ou serviço), volume e frequência de digitação, dentre outros, a fim de que não ocorra um abuso desnecessário o que poderá caracterizar em dano moral.

Por fim, a extrapolação dos limites de vigilância do empregador sobre o teletrabalhador gerará, sem dúvidas, lesão ao direito à intimidade deste, bem como prejuízos à continuidade da relação de emprego ocasionando situações

(22) ARAÚJO, José Laércio. *Intimidade, vida privada e direito penal*. São Paulo: Madras, 2000. p. 104.

a serem examinadas pelo Poder Judiciário Trabalhista.

8. Conclusão

O teletrabalho advindo do desenvolvimento tecnológico trouxe a relativização do espaço e do tempo, criando novos meios e métodos de trabalho. É um dos meios de labor deste século, que impõe algumas inovações à ordem jurídica, tornando seu estudo imprescindível.

Com este novo modelo de trabalho, novas formas de controle do empregador sobre o teletrabalhador estão surgindo, apoiadas em instrumentos da telemática, o que viabilizará ainda mais o poder de fiscalização sobre o empregado, por meio de equipamentos onde se poderá exercer o monitoramento remoto sobre àquele.

O poder de vigilância do empregador sobre o teletrabalhador encontra limites no direito à intimidade deste. Os métodos de monitoramento remoto utilizados em uma relação de teletrabalho devem ser destinados a verificar, única e exclusivamente, o cumprimento dos deveres contratuais, além de sua limitação exclusivamente ao controle da tarefa, guardando na sua aplicação a consideração devida à dignidade do trabalhador conforme ditames constitucionais.

Ultrapassar tais limites gerará sem dúvidas lesão ao direito de intimidade do trabalhador, bem como prejuízos à continuidade da relação de emprego ocasionando situações a serem examinadas no Poder Judiciário Trabalhista.

9. Referências bibliográficas

ARANDA, Javier Thibault. El trabajo. In: *Revista del Ministério de Trabajo y Asuntos Sociales — CES*, Colección Estudios, Madrid, 2000, p. 318. Disponível em: <<http://www.mtas.es/es/publica/revista/numeros/26/recen7.pdf>>.

ARAÚJO, José Laércio. *Intimidade, vida privada e direito penal*. São Paulo: Madras, 2000.

BARROS, Alice Monteiro de Barros. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CASTRO, Carlos Roberto Carneiro. *Teletrabalho: a mais expressiva forma de trabalho do século XXI*, p. 5. Disponível em <http://www.amatra3.com.br/uploaded_files/Teletrabalho%20-%20Artigo%20-%20Escola%20Judicial%20-%20Juiz%20C1%20C3%A1udio%20Castro.pdf> Acesso em: 2 jul. 2010.
- CAPELARI, Luciana Santos Trindade. *Teletrabalho: Alternativa para o trabalhador num mundo globalizado e flexibilizado*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5309.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- ESTRADA, Manoel Martins Pino. *O panorama juslaboral do teletrabalho no Brasil, na OIT, Venezuela e Espanha*. Disponível em: <<http://tele-trabalho.blogspot.com/2008/02/artigo-panorama-juslaboral-do.html>> Acesso em: 2 jul. 2010.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- FERREIRA, Gessy Alves. *Teletrabalho: implicações físicas e jurídicas, uma análise das transformações nas relações de emprego*. Disponível em: <http://ns1.r2learning.com.br/_site?artigos?artigo_default.asp?ID=825>.
- FINCATO, Denise Pires. *Teletrabalho: aproximações epistemológicas*. In: *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, São Paulo, Magister, abril/maio 2009.
- MACHADO, Júlio César. *Ampliação do poder de vigilância sobre o teletrabalhador no regime de teletrabalho*. Disponível em: <http://buscalegis.ufsc.br/arquivos/vigilancia_sobre_regime_teletrab.pdf>.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Trabalho à distância*. In: *T & D*, n. 24, mar. 2000.
- OLIVEIRA, Tatiana Penna de. *Teletrabalho: fatos-suportes para a sua caracterização*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte, 2003.
- PONTES, Carla da Silva. *A caracterização do teletrabalho perante a ordem jurídica brasileira*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2.424, 19 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14381>> Acesso em: 23 jul. 2010.
- PINEL, M. F. L. *O teletrabalho na era digital*. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado – UERJ, 1988.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 4. ed. São Paulo; LTr, 2000.
- , PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas*. v. I. direito individual. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- TROPE, Alberto. *Organização virtual: impactos de teletrabalho nas organizações*. Rio de Janeiro: Qualitymark. 1999.
- WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.



A supremacia do direito natural e a pirâmide normativa kelseniana — considerações em torno de um caso trabalhista

Cláudio Pedrosa Nunes^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo trata da concepção do Direito natural como categoria ético-normativa compreendida no Direito em geral, especialmente quando entendido sob a forma de princípios jurídicos. Faz-se referência a um caso judicial concreto e ao método lógico-indutivo emergente do Direito Medieval para demonstrar que nenhuma norma legal pode sobrepor-se ao justo racional substrato do jusnaturalismo cultivado com grande proveito dogmático e axiológico, especialmente no século XIII, sob os auspícios da filosofia tomista, cujas premissas básicas têm grande utilidade em temas jurídicos da atualidade.

Palavras-Chave:

- ▶ Direito natural — princípios jurídicos — supremacia — lei.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Intróito
- ▶ 2. Escorço do caso enfrentado
- ▶ 3. Existência e autoridade ético-jurídica do Direito Natural
- ▶ 4. Fragilidade da refutação dos positivistas
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

Abstract:

- ▶ The present article deals with the conception of Natural Law as an ethic-normative category pertaining to Law in general, specially when it is understood in the form of juridical principles. Reference is made to a concrete judiciary case and to the logical-inductive method which emerges from Medieval Law to demonstrate that no legal

(*) Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 13ª Região. Doutor em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de Salamanca. Doutorando em Ciências Jurídico-filosóficas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela UFPE. Professor Assistente de Direito Processual Civil da UFPB.

norm can superpose itself to the fair and rational substratum of Jus Naturalism, which was cultivated, with great dogmatic and axiological profit, mainly in the 13th century, under the auspices of the thomistical philosophy, the basic premises of which have a great utility for juridical themes of our times.

Key-words:

► Natural law — juridical principles — supremacy — law.

1. Intróito

Tema sempre dos mais instigantes diz respeito à possível eficácia normativa do Direito natural, com admissão, ou não, de sua supremacia sobre os corpos normativos positivados. Com efeito, não são recentes os confrontos que se renovam nos bancos das faculdades de Direito e mesmo no âmbito dos julgamentos judiciais no tocante à autoridade dos princípios jurídicos (como desdobramento do Direito natural) em face dos textos legais.

Nesse panorama, pensamos conveniente abordar de novo o assunto, agora nesta breve resenha, de modo a oferecer algumas considerações que reputamos oportunas para fomentar o debate nesse aspecto, considerando, especialmente, o crescente prestígio que o princípio da dignidade humana tem alcançado, felizmente, em tribunais e universidades.

Assim é que iremos lançar nossas impressões a respeito não só da existência e vigência efetiva do Direito natural como categoria jurídico-normativa, mas, e principalmente, revelar nossa convicção de sua supremacia no contexto da pirâmide normativa constitutiva da base da teoria pura do direito de Kelsen.

Para isso, iremos abordar um caso judicial com o qual nos deparamos no exercício da judicatura do trabalho, envolvendo a justiça (ou não) da inserção de trabalhador em plano de saúde privado, mesmo durante período de suspensão do contrato de trabalho, utilizando, nesse particular, a noção do justo racional decorrente do Direito natural.

Com mira no desenrolar desse caso concreto, lançaremos escólios envolvendo o confronto de princípios gerais de direito (que compreende noções de Direito natural) e determinados corpos legais, cuja exegese, ou mesmo um primeiro sentido teleológico, apresenta lacunas e defeitos que mais se aproximam do injusto que do justo racional que deve nortear toda categoria jurídica.

2. Escorço do caso enfrentado

A contenda judicial encerrava discussão a respeito da licitude, ou não, de supressão de benefício empresarial de plano de saúde durante suspensão contratual decorrente de aposentadoria por invalidez. O trabalhador perseguia a continuidade da concessão do benefício durante o lapso contratual suspensivo e a empresa recusava-se a concedê-lo com esteio nos efeitos da suspensão do contrato laboral e na norma do art. 475 da Consolidação Trabalhista.

Inicialmente, imperioso destacar que a aposentadoria por invalidez não acarreta extinção do contrato de trabalho, porque é de fruição temporária, podendo o trabalhador recuperar a capacidade laborativa a qualquer tempo, salvo após os 70 anos (aposentadoria compulsória).

É o que se extrai do texto do art. 475 da Consolidação, cujo alcance vem bem definido por *Carrion*⁽¹⁾. Assim, não há como falar em

(1) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 351. Ao comentar o art. 475 da Consolidação, o saudoso jurtrabalhista ensina: "Aposentadoria. Inexiste no

extinção das obrigações empresariais por conta de suposta ruptura contratual. Decerto, entretanto, que o efeito principal da suspensão do contrato é a paralisação transitória das obrigações principais do empregado e do empregador, a exemplo da prestação de serviços e da retribuição, conforme assevera Saad⁽²⁾.

Discute-se, nesse pormenor, se as obrigações acessórias também permanecem paralisadas, vez que *accessorium sequitur suum principale* (art. 92 do atual Código Civil). Nosso entendimento é no sentido de que nem toda obrigação contratual permanece em latência quando da suspensão do contrato laboral, especialmente aquelas que transcendem ao ambiente restrito de obrigações trabalhistas comuns, a exemplo dos encargos de interesse do Estado.

Como realça Monteiro de Barros, há previsão legal de continuidade de certas prestações originárias da celebração do contrato laboral, mesmo no hiato suspensivo⁽³⁾. Na espécie *sub judice*, percebemos que a assistência médica,

hospitalar e odontológica, substrato do plano de saúde empresarial, encerrava benefício de largo alcance social e seu objetivo essencial era proporcionar amparo ao trabalhador em momentos de infortúnio.

Assim, mesmo suspenso o contrato, entendemos que o benefício conjugava-se às necessidades de atendimento e tratamento médico do trabalhador, cuja ocorrência demandava fruição nas situações de dano à saúde e outros sinistros que impossibilitassem o desempenho das funções do obreiro, transcendendo, assim, aos efeitos normais da execução do contrato laboral.

De consequência, verificamos que a continuidade da concessão do benefício em questão atendia a imperativo de interesse do próprio Estado, qual seja, preservação da saúde do cidadão enquanto trabalhador, compondo direito laboral inespecífico inerente a todo Estado social de direito, conforme ensinança autorizada de Palomeque López⁽⁴⁾.

direito positivo atual a aposentadoria definitiva por invalidez; a qualquer tempo, mesmo após cinco anos (prazo do direito anterior) pode ser cancelada, caso readquirir a capacidade laborativa (...). A jurisprudência é pacífica nesse sentido”.

- (2) SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. 39. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 448. Assim discorre: “Estamos em que as disposições esparsas da CLT e da legislação extravagante sobre a matéria nos autorizam a dizer que um contrato de trabalho se acha suspenso quando todos os direitos e deveres dele decorrentes para as duas partes ficam paralisados. No caso, o contrato de trabalho tem apenas sua existência assegurada”.
- (3) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 841. Para a conhecida justtrabalhista, há situações em que o tempo de serviço do trabalhador para efeito de indenização e depósitos do FGTS (obrigações acessórias) é integralmente computado mesmo quando da suspensão do contrato, referindo-se especialmente à prestação do serviço militar, obrigação de interesse do Estado. São suas as palavras: “Afastamento para prestação do serviço militar obrigatório. Durante essa ausência, não há obrigação de pagar salários; entretanto, nos termos do parágrafo único do art. 4º da CLT e do art. 28, inciso I, do Decreto n. 99.684, de 1990, o período de afastamento é computado como de serviço para efeito de indenização, estabilidade e depósitos do FGTS”.

- (4) Os direitos laborais inespecíficos foram bem elucidados por MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ, consistindo no emprego de preceitos de direitos fundamentais constitucionais no âmbito específico das relações do trabalho, incorporando-se, por isso, à orbe jurídico-legal trabalhista. Tais direitos são, pois, segundo o eminente professor da Universidade de Salamanca, aqueles “atribuídos com carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos. Y es que, naturalmente, 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» (SSTC ns. 120/1983, 88/1985, 104/1987, 6/1988, 129/1989, 126/1990, 99/1994, 6/1995, 4/1996, 106/1996, 186/1996, 204/1997, 1/1998 y 197/1998). Son, en definitiva, derechos del ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador-ciudadano” (Cf. *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*. El modelo social en la constitución española de 1978. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003. p. 229-230).

Percebemos, assim, que o contrato laboral deveria produzir seus efeitos normais naquela situação específica, numa situação similar à interrupção prevista no art. 473 da Consolidação Trabalhista. Não é de olvidar que, em situações que tais, o concurso incisivo e imensurado dos textos legais, com suas consequências fáticas, acaba desviando-se das exigências do bem comum e da pacificação social que, desde o alvissareiro Medieval tomista, ostentava (como ainda ostenta) apanágio do Direito natural⁽⁵⁾.

Em outras palavras, a incidência de princípios e dogmas superiores consubstanciados na prevalência da vida e da saúde humanas representa direito natural do cidadão e se sobrepõe, por conduto do justo racional, à literalidade dos textos legais. E tal panorama jurídico-moral, não obstante originário do Direito medieval, espraia-se até os dias de hoje, sendo, no Brasil, previsto sobretudo no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei n. 4.657/42), dispositivo de estirpe principiológica e de Justiça social, nos moldes proclamados por *Franco Montoro*⁽⁶⁾.

- (5) Anota NICOLA ABBAGNANO, o Direito natural em Tomás de Aquino expressa exatamente o sentido correto segundo o qual “não é lei aquela que não é justa, e, portanto, qualquer lei humana deve derivar da lei natural, que é a primeira regra da razão” (Cf. *Dicionário de filosofia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 281).
- (6) MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 277. Ao tratar das aplicações da Justiça social, o preclaro jusnaturalista, com invulgar propriedade, leciona: “Estudar as aplicações da justiça social significa considerar todas as modalidades de ordenação da atividade social para o bem comum. Essa simples colocação do problema demonstra a extensão ilimitada do campo dessa justiça. Em primeiro lugar, ela deve estar presente na elaboração de qualquer lei, porque toda norma jurídica tem por finalidade a promoção do bem comum. E não apenas o legislador, que institui a norma, mas também o administrador, que lhe dá execução, o juiz, que a aplica, o cidadão, que a cumpre, têm, todos, a orientar sua atuação, os princípios de justiça social geral e legal, cujo objeto é o bem comum. Mas a lei é apenas um dos instrumentos — o principal, sem dúvida — para a promoção do bem comum. Ela impõe aos cidadãos a obrigação de cooperar para o bem comum em matéria de impostos, serviço militar, salário mínimo, higiene e segurança

Bom ressaltar que o Direito não se encerra somente na lei, possuindo outras fontes de autoridade que lhe são antecedentes e transcendent⁽⁷⁾, a exemplo dos princípios gerais de direito e das missões do Estado social de direito (arts. 1º, III e IV, e 170, III e VII, da Constituição do Brasil), além da responsabilidade social exigível das empresas.

Por tais postulados, entendemos que as medidas de justiça distributiva idealizadas desde o Direito medieval⁽⁸⁾, autorizavam acolhimento da pretensão autoral, já que o bem ou

do trabalho, educação, saúde pública etc. Ao lado do império da lei, existe o ‘império espontâneo’, representado pelas exigências do bem comum que se impõem à consciência de cada homem, independentemente de determinação legal (...). No mesmo sentido é a lição de Dabin: ‘A obediência às leis e às ordens legítimas da autoridade pública não é tudo. Em certo sentido, é até mesmo secundário se tivermos em conta que a organização estatal é apenas um meio a serviço da comunidade. À comunidade dos indivíduos reunidos no Estado, cada membro deve um ajustamento de sua conduta e de seu bem particular ao bem comum’.

- (7) FRANCISCO CARPINTERO, ao definir a postura do homem medieval diante do confronto entre Direito e lei positiva, expõe: “Y así el hombre actúa correctamente según los principios, esto es, desde los fines desde los cuales razona. Porque el fin en las cosas que hay que hacer tiene razón de principio, por lo que las razones de los operables, que se dirigen al fin, se toman desde él (...) El hombre medieval se preguntaba por qué razón o motivo obliga la ley, cual era la ‘ratio’ de la normatividad de una conducta, porque le resultaba evidente la poca relevancia del cumplimiento de la norma por la norma misma” (Cf. *Justicia y ley natural*: Tomás de Aquino y los otros escolásticos. Madrid: Ediciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2004. p. 142-143).
- (8) A Justiça distributiva não é senão fonte da Justiça social dos nossos dias, contemplando a prática da distribuição proporcional ou geométrica dos bens sociais, entre eles, a retribuição e outros benefícios advindos do trabalho, de conformidade com a contribuição oferecida pelo trabalhador à empresa e à sociedade ao longo de sua vida laboral. É, pois uma, das vertentes do conceito de Justiça em ARISTÓTELES, cujas premissas básicas foram aperfeiçoadas por SANTO TOMÁS DE AQUINO no *Medievo* quando da edição da *Secunda Secundae* da Suma Teológica (Questões 97 e ss.), correspondente ao Tratado da Justiça. Ressalta-se, como bem registra FRANCO MONTORO, que a Justiça distributiva merece destaque e tem plena aplicação

utilidade da vida perseguido pelo vindicante (continuidade da concessão do plano de saúde durante suspensão do contrato laboral ante aposentadoria por invalidez) não era senão desdobramento de um Direito natural superior (preservação da saúde e da vida).

3. Existência e autoridade ético-jurídica do Direito natural

O Direito natural é proveniente da natureza racional das coisas. Seu conteúdo independe, em princípio, da vontade humana. Isto porque a vontade e o agir humanos estão incorporados à ordem natural das coisas por concepção divina. Nas palavras de *Dom Odilão Moura*, o Direito natural não se confunde com as normas de uma justiça afirmada deliberadamente por duas ou mais pessoas, ou estabelecidas definidamente pela autoridade pública⁽⁹⁾.

A nota de racional que informa o Direito natural está em que o homem é naturalmente

em toda disciplina jurídico-social da atualidade. Para leitura mais aprofundada a respeito do alcance da Justiça distributiva, ver nosso artigo O conceito de justiça em Aristóteles. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*, v. 8, ano 2000, p. 24-32.

(9) Para o autor, as deliberações emergentes de ajustes e negócios entre pessoas e as determinações das autoridades públicas concentram, em geral, a ideia de direito positivo, não de Direito natural. E acrescenta: "Haverá um direito proveniente da própria natureza da coisa, Direito natural, que não se confunde com as normas da justiça firmadas entre duas pessoas (...). Enquanto o primeiro direito (Direito natural) independe da vontade humana, o segundo (direito positivo) nasce dela por uma convenção estabelecida. O primeiro direito é instituído e promulgado por Deus, que possibilita ao homem, pela sua própria natureza racional, facilmente conhecê-lo, e só Deus poderá alterá-lo, mas não o faz, porque a sabedoria divina não é contraditória. O segundo direito é firmado por convenção humana, cabendo ao homem promulgá-lo, anulá-lo ou modificá-lo, se necessário for. É de sua estrutura ser mutável. O direito natural é imutável, como a própria natureza do homem, visto ser elaborado pela sabedoria divina. Evidentemente, o Direito positivo deve subordinar-se ao Direito natural. Toda lei que contradiga as normas do Direito natural é iníqua e desumana" (Cf. *A doutrina do direito natural em Tomás de Aquino*. Idade média: ética e política. Org. Luiz Alberto de Boni, Porto Alegre: Editora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – EDIPUCRS, 1996. p. 223).

capaz de conhecer determinada coisa como verdade, isto é, aquilo que o homem conhece e assimila independentemente de qualquer esforço de aprendizado formal. Disso deflui que o justo também é consequência dessa ilação, porque a noção do reto e do justo é aptidão natural do homem.

Assim, é sensível que toda construção cultural do homem deve encerrar valores e virtudes do justo, designadamente, a lei. Sem isso, ter-se-á mero corpo sem alma, mero objeto sem potência⁽¹⁰⁾. Em consequência, o Direito encerrado na lei e a virtude da Justiça não são categorias isoladas, isto é, dotadas de uma estrutura científica específica e incomunicável. Ambos são indissociáveis para que se alcance ordem e pacificação social.

Tais premissas são a base da teoria ético-jurídica de Santo Tomás de Aquino. Deve-se pugnar pela pronta obediência da lei, eis que é ela consequência do justo natural. Do contrário, não há lei a ser obedecida⁽¹¹⁾. Disso deflui que não se cogita de lei (ou de sua interpretação) que não atenda às exigências do justo racional.

(10) Nesse sentido, escreve OTTAVIO DE BERTOLIS: "La fisica senza la metafisica è movimento senza direzione, la metafisica senza la fisica è forma senza contenuto; l'intelligenza senza ragione è vuota, la ragione senza intelligenza è muta; la giustizia non si dà senza la legge, la legge senza la giustizia è corpo senza anima: nel loro fondersi reciproco, nel loro continuo reciproco implicarse ed esaltarsi sta l'autonomia della scienza (giuridica) ed il valore imprescindibili della filosofia (giuridica)" (Cf. *Il diritto in san Tommaso d'Aquino*. Un'indagine filosofica. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000).

(11) Nesse sentido é o art. 5 da Questão 60 da Suma Teológica: "Por lo cual, si la ley escrita contiene algo contra el derecho natural, es injusta y no tiene fuerza para obligar, pues el derecho positivo sólo es aplicable cuando es indiferente ante el derecho natural el que una cosa sea hecha de uno u otro modo, según lo ya demostrado (q. 57, a. 2, ad. 2). De ahí que tales escrituras no se llaman leyes, sino más bien corrupción de la ley, como se ha dicho antes (1-2, q. 95, a. 2), y, por consiguiente, no debe juzgarse según ellas" (Cf. *Suma de teología, prima pars*. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1989. p. 497).

Estaria, então, sepultada a pretensa “verdade científica” da teoria pura do direito de *Kelsen*:⁽¹²⁾ Evidente que sim.

Quando Santo Tomás proclama a obediência às leis escritas (que ele próprio chama Direito positivo), já concebe a existência de leis justas, isto é, as leis consonantes com o Direito natural. Assim, na doutrina tomista, a lei não é consequência da vontade artificial do homem, mas *deve* ostentar valores transcendentais. E, disso, deve-se ocupar também o intérprete.

As concepções tomistas a respeito do Direito natural e sua superioridade sobre as demais normas criadas pelo homem, designadamente a lei positiva, estão umbilicalmente relacionadas com a pregação do justo e do bem, realizando e exercitando a reta razão preconizada na filosofia medieval.

Bobbio, nesse contexto, adverte que uma das principais reivindicações dos jusnaturalistas tomistas está em que a superioridade e prevalência do Direito natural sobre o direito positivo decorre do fato de aquele estar informado por valores inalienáveis de Justiça, enquanto este — segundo a concepção positivista clássica e neoclássica — pode existir independentemente do concurso do justo e do bem⁽¹³⁾.

Sustenta o mesmo *Bobbio* que as concepções tomistas do Direito natural destinam-se não somente aos particulares, isto é, à comunidade, mas especialmente ao legislador. É que o Direito natural encerra princípios fundamentais de

ordenação superior, cabendo ao legislador humano a edição de normas que os complementem⁽¹⁴⁾.

4. Fragilidade da refutação dos positivistas

As afirmações precedentes permitem deduzir que o próprio *Bobbio* admite a relação de superioridade dos princípios jurídicos em relação

(14) BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizione di Comunità, 1997. p. 129-130. Vejam-se os escólios do eminente jusfilósofo, conforme original italiano: “Il Giusnaturalismo, come abbiamo detto, afferma la superiorità del diritto naturale sul diritto positivo. Questa superiorità è stata sostenuta, a grandi linee, in tre modi, che contraddistinguono tre forme tipiche di giusnaturalismo: quello scolastico, quello razionalistico moderno e quello hobbesiano (non trovo denominazione migliore per quest’ultimo). 1) Il diritto naturale è un insieme di primi principi etici, generalissimi, da cui il legislatori umano deve trarre ispirazione per la formulazione delle regole del diritto positivo: quest’ultimo, secondo la nota esposizione di S. Tommaso, procede da quello naturale o ‘per conclusionem’ o ‘per determinationem’. In questa accezione, il diritto naturale è un sistema composto di pochissimi norme (secondo alcuni, di una norma soltanto), che hanno per destinatari non già tutti gli uomini, ma, principalmente, i legislatori. Dal fatto che i destinatari del diritto naturale siano in primo luogo i legislatori discende la conseguenza che i sudditi sono tenuti in alcuni casi ad ubbidire anche alle leggi ingiuste purché legittimamente promulgate. 2) Il diritto naturale è l’insieme dei ‘dictamina rectae rationis’ che forniscono la materia della regolamentazione, mentre il diritto positivo è l’insieme degli espedienti pratico-politici (quali l’istituzione e organizzazione di un potere coattivo) che ne determina la forma, o, con altre parole, il primo costituisce la parte precettiva della regola, quella che attribuisce la qualificazione normativa ad un dato comportamento, il secondo la parte punitiva, quella che rende la regola efficace in un mondo, come quello umano, dominato dalle passioni che impediscono ai più di seguire i dettami della ragione (...). 3) Il diritto naturale è il fondamento o sostegno dell’intero ordinamento giuridico positivo. Al contrario di quel che accade nella teoria precedente, qui il contenuto della regolamentazione è determinato esclusivamente dal legislatore umano (il sovrano): la funzione del diritto naturale è puramente e semplicemente quella di dare un fondamento di legittimità al potere del legislatore umano prescrivendo ai sudditi di ubbidire a tutto ciò che il sovrano comanderà. In questa concezione, che caratterizza, a mio vedere, la teoria hobbesiana, il diritto naturale è ridotto ad una norma sola”.

(12) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1. Acompanhem-se algumas de suas concepções: “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa rigorosamente determinar como Direito. Isto quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. Isto parece-nos algo de *per se evidente*”.

(13) BOBBIO, Norberto. *Locke e il diritto naturale*. Torino: Giappichelli, 1963. p. 40.

à norma de Direito positivo (lei humana), princípios jurídicos esses que, conforme demonstramos ao esboçar o caso concreto substrato do item 1, não são senão desdobramento atual do Direito natural do Santo Doutor.

Portanto, é inequívoco que as formas de jusnaturalismo idealizadas e enunciadas por *Bobbio* consubstanciem postulados que conduzem à admissão da autoridade do Direito natural, nos moldes formulados originariamente por Tomás de Aquino no século XIII.

Pode-se perceber, portanto, que *Bobbio* não ignora (nem pode) que o Direito natural, enquanto encerrado em princípios jurídicos (estes que, por sua vez, concentram a ordem natural das coisas justas) é fonte de autoridade superior na pirâmide normativa regulatória da conduta do homem.

Com isso, o saudoso jusfilósofo peninsular não deixa de atribuir aos preceitos do Direito natural certo conteúdo ideológico, epistemológico e axiológico, expondo o que chama “repporto tra giusnaturalismo e positivismo giurídico come ideologie”, “come teorie generali di diritto” e “come modi diversi di accostarsi allo studio del diritto”⁽¹⁵⁾.

Desse estágio percebemos que a refutação dos positivistas resume-se a demonstrar virtuais incompatibilidades do Direito natural com o Direito positivo, talvez com o propósito de atribuir uma enganosa complexidade ao assunto ou, como parece mais sensível, exonerar-se de algum modo do incômodo (próprio dos positivistas) de reconhecer a superioridade do Direito Natural.

Em outras palavras, os positivistas mais notáveis não são capazes de construir uma adequada teoria que renegue o Direito natural como categoria jurídica superior ao Direito positivo, ostentando posição de supremacia absoluta mesmo na pirâmide normativa idealizada por Kelsen.

(15) Cf. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Op. cit., p. 132.

5. Considerações finais

Bom que a presente discussão não se encerre neste breve enfoque. É proveitoso instigar a argúcia de estudiosos que primam pela descoberta do que seja bom, correto e justo para o homem. Deve-se, entretanto, segundo pensamos, partir da premissa medieval fundamental de que o homem é mais criatura que criador e, com isso, é fim e não meio.

Todo estudo envolvendo Filosofia e Direito é caro à magistratura e, quiçá, aos juristas em geral. Os magistrados não raro nos ressentimos de atualidades filosóficas e jusfilosóficas que só enobrecem o ministério de julgar. Ressuscitar as ideias e lições de jusfilósofos de escol e conjugá-las ao nosso dia-a-dia judicante é exercitar a consciência de aplicar o Direito como objeto da Justiça.

6. Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

AQUINO, Tomás de. *Suma de teología*, parte I-II. Edición dirigida y traducida por los regentes de estudios de las provincias dominicanas de España. Colaboradores: Ángel Martínez, Donato González, Luis Lopes de las Heras, Jesús M. Rodríguez Arias, Rafael Larrañeta, Victorino Rodríguez, Antonio Sanchís, Esteban Pérez, Antonio Osuna, Niceto Blázquez, Ramón Hernández. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BERTOLIS, Ottavio de. *Il diritto in san Tommaso d'Aquino*. Un'indagine filosofica. Torino: G. Giappichelli, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giurídico*. Milano: Edizione di Comunità, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Locke e il diritto naturale*. Torino: Giappichelli, 1963.

CARPINTERO, Francisco. *Justicia y ley natural: Tomás de Aquino y los otros escolásticos*. Madrid: Ediciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2004.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOURA, Odilão D. *A doutrina do direito natural em Tomás de Aquino*. In: BONI, Luiz Alberto de (Org.). *Idade média: ética e política*. Porto Alegre: Editora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul — EDIPUCRS, 1996.

NUNES, Cláudio Pedrosa. O conceito de justiça em Aristóteles. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*, v. 8, ano 2000

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos. In: *El modelo social en la constitución española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. 39. ed. São Paulo: LTr, 2006.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

Acórdão da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho

- **ACÓRDÃO — AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO ANULATÓRIA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. COINCIDÊNCIA COM DOMINGOS. NECESSIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JULGAMENTO FORA DOS LIMITES DA LIDE. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO.** A hipótese dos autos trata de questão disciplinada no art. 6º da Lei n. 10.101/00, com a redação dada pela Lei n. 11.603/07, que autoriza o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição. O parágrafo único do preceito determina, ainda, que o repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de três semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociação coletiva. Nesse contexto, não poderia a norma coletiva autorizar a empresa a funcionar aos domingos sem exigência de revezamento, de modo a restringir os efeitos de um direito assegurado constitucionalmente aos empregados (art. 7º, XV, da CF) e disciplinado na lei (Lei n. 10.101/00), de objetivos vinculados a metas assecuratórias da inserção familiar, social e política do trabalhador - metas de cidadania, portanto. A posterior concessão de folgas não equilibra a necessidade de o descanso coincidir com o domingo uma vez no período máximo de três semanas, conforme determinado na lei, porquanto o seu caráter imperativo restringe o campo de atuação da vontade das partes. Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.

TST-AIRR-21540-93.2005.5.17.0014

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. TST-AIRR-21540-93.2005.5.17.0014, em que é Agravante **MARVITÓRIA COMERCIAL LTDA.** e Agravada **UNIÃO (PGFN)**.

A Presidência do TRT da 17ª Região denegou seguimento ao recurso de revista da Autora por entender não estar enquadrado no art. 896 da CLT (fls. 236-240).

Inconformada, a Autora interpõe o presente agravo de instrumento, sustentando que o seu

apelo reunia condições de admissibilidade (fls. 2-17).

Foram apresentadas contraminuta ao agravo de instrumento (fls. 248-252) e contrarrazões ao recurso de revista (fls. 253-254), tendo o Ministério Público do Trabalho opinado no sentido do provimento do apelo (fls. 258-259).

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

Atendidos todos os pressupostos recursais, **CONHEÇO** do apelo.

II – MÉRITO

O Tribunal Regional, ao exame do recurso de revista, denegou-lhe seguimento.

No agravo de instrumento, a Autora reitera as alegações trazidas no recurso de revista, ao argumento de que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade do art. 896 da CLT.

Contudo, a argumentação da Autora não logra desconstituir os termos da decisão agravada, que subsiste pelos seus próprios fundamentos, ora endossados e integrantes das presentes razões de decidir, *verbis*:

— JULGAMENTO *EXTRA PETITA*

Alegação(ões):

— violação dos arts. 2º, 128 e 460 do CPC;.

Sustenta a reclamante a ocorrência de julgamento *extra petita* no que concerne o deferimento de honorários advocatícios.

Consta do v. acórdão (fls. 228/229):

“A ré se insurge contra decisão que não condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios. Sustenta ser desnecessário o pedido de honorários advocatícios, pois o art. 20 do CPC estabelece que a ‘sentença condenará’. Acrescenta que essa é a regra a ser observada, de forma subsidiária, ante a falta de previsão sobre a matéria na CLT. Registra que a IN n. 27 do C. TST é clara quando estabelece, no art. 5º, que ‘— exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência’.

Assiste-lhe razão. Os honorários advocatícios são chamados na doutrina de ‘pedido implícito’, tal qual juros, correção monetária e prestações vincendas, ou seja, incumbe ao Juiz, de ofício, impor a condenação, independentemente de pedido.

Embora não se aplique esse preceito quando a lide é essencialmente trabalhista, no caso dos autos, em que a ação é anulatória, adota-se a orientação do art. 5º da mencionada instrução normativa, condenando-se a autora

ao pagamento de honorários advocatícios de 10%, sobre o valor da causa (R\$ 4.830,76), observando-se os critérios estabelecidos no § 3º, do art. 20, alíneas *a* a *c*, do CPC.

Dou provimento parcial”.

Ante o exposto, não se vislumbra, em tese, violação à literalidade dos dispositivos legais invocados, conforme exige a alínea *c* do art. 896 Consolidado.

TRABALHO EM DOMINGOS E/OU FERRIADOS

Alegação(ões):

— violação do(s) art(s). 7º, XV e XXVI da CF.

— violação do(s) art(s). 1º e 8º, da Lei n. 605/49;.

— divergência jurisprudencial.

Insurge-se contra v. acórdão que indeferiu o pleito de anulação do auto de infração lavrado em nome da autora por não ter a empresa concedido a seus empregados, descanso aos domingos a cada sete semanas laboradas.

Consta do v. acórdão (fls. 227/228):

“Aduz que não foi observada a existência de norma coletiva autorizando a empresa a funcionar aos domingos, sem exigência de revezamento a cada sete semanas, mas apenas a concessão de folga em outro dia da semana, motivos pelos quais pleiteou seja decretada a insubsistência do auto de infração, bem como seja anulada a decisão administrativa proferida pelo Exmº Sr. Delegado do Trabalho, com a consequente nulidade do processo administrativo de constituição do referido débito.

A ré afirmou que não foram negados os fatos que originaram a lavratura do auto de infração, sendo que a autora apenas se baseou na cláusula 8ª da Convenção Coletiva de Trabalho (CCT), como se sua interpretação tivesse o condão de afastar a exigência prevista na Portaria supracitada, o que a ré não considera possível, até porque tal norma se destina exatamente às empresas autorizadas a funcionar aos domingos.

Sustentou, ainda, que o Princípio da Flexibilização deve ser interpretado em harmonia com o sistema jurídico em vigor e, portanto, as normas coletivas contrárias aos dispositivos constitucionais e de proteção aos direitos dos trabalhadores não teriam validade.

A MM. Juíza de origem entendeu que a autora deveria cumprir o disposto no parágrafo único, do art. 67, da CLT, justamente por estar autorizada a funcionar aos domingos, pois, caso contrário, estaria obrigada a conceder aos seus empregados o descanso em todos os domingos. Indeferiu, portanto, o pedido autoral, por considerar correta a atuação efetivada pela DRT.

Em seu recurso, a autora insiste na tese da inicial, acrescentando que o comando sentencial, como proferido, nega expressamente validade à CCT existente, violando o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal.

Irretocável a sentença.

O art. 67 da CLT dispõe que o repouso deverá, preferencialmente, coincidir com o domingo, e o Ministério do Trabalho e Emprego (art. 913 da CLT), através da Portaria n. 417/66, que regulamentou a exceção contida no parágrafo único, que prescinde de autorização prévia.

Embora a autora encontre amparo em Convenção Coletiva para o funcionamento aos domingos, isso não significa que esteja desobrigada do cumprimento dos demais dispositivos que regulamentam a matéria, mas apenas possibilita que a autora possa abrir suas portas aos domingos, contando com seu quadro de empregados. Aliás, conforme bem registrou a ré, o parágrafo único do art. 67 se destina exatamente à exceção, ou seja, às empresas autorizadas a funcionar aos domingos.

Ressalte-se que a autora dá interpretação equivocada à Medida Provisória n. 1878-61/99, que, ao determinar o respeito às demais normas de proteção ao trabalho e

às normas previstas em acordo coletivo, tem por propósito garantir aos trabalhadores os direitos que lhe sejam mais benéficos — como, por exemplo, se houvesse acordo coletivo possibilitando o funcionamento da empresa aos domingos, desde que seus empregados folgassem um domingo a cada três semanas, hipótese em que deveria ser respeitada a norma coletiva e não a regra da própria MP.

Logo, **nego provimento**”.

Instada por meio de embargos declaratórios, assim se manifestou esta Eg. Corte (fls. 244/245):

“(…)

Alega a embargante que esta E. Corte não apreciou corretamente as atividades desenvolvidas pela empresa, uma vez que a Lei n. 605/49, que regulamenta o inc. XV, do art. 7º, da CRFB/88, dispõe que o repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos pode ser excetuado se a prestação de serviços for imposta pelas exigências técnicas das empresas (art. 8º).

Assiste razão à embargante.

De fato, o v. acórdão é omissivo em relação à análise do argumento da ré, lançado em seu recurso ordinário, referente ao fato de estar sua atividade em feriados albergada na Lei n. 605/49, uma vez que se trata de empresa do ramo de restaurantes.

(…)

Ora, conforme se depreende da cópia do CNPJ acostado às f. 24, a ré, de fato, é empresa que tem como atividade econômica principal o ramo de restaurante e, portanto, goza de autorização prévia para funcionamento aos domingos e feriados, conforme acima exposto.

Contudo, ainda que se trate de ‘restaurante’, cuja autorização para funcionamento aos domingos e feriados é inquestionável, não é possível reconhecer validade à conduta da ré, uma vez que tal norma não tem o

condão de afastar a exigência da Portaria n. 417/66 de concessão de pelo menos um domingo de folga a cada sete semanas de trabalho, o que não foi comprovado nos autos, já que os cartões de ponto acostados pela ré demonstram exatamente o contrário do que ela afirma em suas razões, pois os empregados, titulares dos referidos cartões, Adão Luiz Campi, Ademir Gomes da Silva e Ademar Gloter não gozaram de sequer de uma folga aos domingos nos meses de outubro e novembro de 2002, evidenciando, pois, o descumprimento da norma legal.
(...)

Assim sendo, conheço dos embargos opostos pela empresa e, no mérito, dou-lhe provimento a fim de sanar a omissão verificada, porém sem outorgar-lhe efeito modificativo, pois continua mantido o julgamento quanto ao não provimento do apelo”.

Ante o exposto, não se vislumbra, em tese, violação à literalidade dos dispositivos legais e constitucionais invocados, conforme exige a alínea *c* do art. 896 Consolidado.

Outrossim, o aresto transcrito às fls. 257 e 263, proveniente de órgão não elencado na alínea *a*, do art. 896, da CLT, mostra-se inservível à demonstração do pretendido confronto de teses, o que inviabiliza o prosseguimento do recurso, no aspecto — (fls. 236-240).

Acrescente-se às razões expendidas, quanto ao tema — julgamento *extra petita* —, que a discussão dos autos não trata de relação de emprego, razão pela qual são cabíveis honorários advocatícios por mera sucumbência, nos termos do art. 5º da Instrução Normativa n. 27/2005 do TST, ainda que não haja pedido explícito (art. 20 do CPC).

No tocante ao mérito, registro que um dos pontos centrais de inter-relação entre o Direito Coletivo e o Direito Individual do Trabalho reside na fórmula de harmonização das normas juscoletivas negociadas perante o estuário

normativo heterônomo clássico ao Direito Individual do Trabalho.

Amplas são as possibilidades de validade e eficácia jurídicas das normas autônomas coletivas em face das normas heterônomas imperativas, à luz do princípio da **adequação setorial negociada**. Entretanto, essas possibilidades não são plenas e irrefreáveis, havendo limites objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista.

Desse modo, ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia ou se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. *Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo* que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (art. 1º, III e 170, *caput*, da CF/88).

A hipótese dos autos trata de questão disciplinada no art. 6º da Lei n. 10.101/00, com a redação dada pela Lei n. 11.603/07, que autoriza o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição. O parágrafo único do preceito determina, ainda, que o repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de três semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociação coletiva.

Nesse contexto, não poderia a norma coletiva autorizar a empresa a funcionar aos domingos sem exigência de revezamento, de modo a restringir os efeitos de um direito assegurado constitucionalmente aos empregados (art. 7º, XV, da CF) e disciplinado na lei (Lei n. 10.101/00), de objetivos vinculados a metas assecuratórias da inserção familiar, social e

política do trabalhador — metas de cidadania, portanto. A posterior concessão de folgas não equilibra a necessidade de o descanso coincidir com o domingo uma vez no período máximo de três semanas, conforme determinado na lei, porquanto o seu caráter imperativo restringe o campo de atuação da vontade das partes.

Assim, inviável o processamento do recurso de revista quando as razões expendidas no agravo de instrumento não logram infirmar os termos da decisão denegatória, que subsistem por seus próprios fundamentos.

Pelo seu acerto, portanto, adoto como razões de decidir os fundamentos da decisão agravada

e **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 16 de março de 2011.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

Mauricio Godinho Delgado

Ministro Relator



Jurisprudência

Sentenças



25ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP

Processo n. 00615-2007-025-02-00-6

Aos vinte e quatro dias do mês de julho do ano de 2009, às 16 horas, na sala de audiência da 25ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP, por ordem da MM. Juíza MARCELE CARINE DOS PRASERES SOARES, foram apregoadas as partes:

Reclamante: ANA MARIA BARBOSA DE SOUZA

Reclamada: TIMKEN DO BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.

Ausentes as partes, foi proferida a seguinte:

SENTENÇA

I – Relatório

ANA MARIA BARBOSA DE SOUZA, reclamante qualificada nos autos propõe a presente reclamação trabalhista em face da reclamada TIMKEN DO BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA, também qualificada nos autos, postulando o pagamento das verbas descritas a fls. 7/8. Atribuiu à causa o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Juntou documentos.

A reclamada apresentou contestação a fls. 39/104, negando as pretensões da autora. Juntou documentos.

Perícia médica a fls. 177/185.

Depoimentos pessoais e inquirição de testemunhas a fls. 214/215.

Encerrada a instrução processual. Razões finais em memoriais. Frustradas as 2 tentativas de conciliação. É o relatório.

II – Fundamentação

1. Preliminar de inépcia da petição inicial

Rejeita-se. Ainda que de forma sucinta, a petição inicial, no que se refere aos pleitos

acima, atendeu aos mínimos requisitos contidos no art. 840, § 1º da CLT, que exige apenas uma breve exposição dos fatos, de forma a permitir a ampla defesa da ré e a apreciação fundamentada do Juízo.

2. Mérito

2.1. Doença profissional – Estabilidade provisória – Indenização por danos materiais e morais – Pensão mensal vitalícia – Pedidos imediatos

A autora postulou indenização a título de danos morais e materiais, estabilidade provisória de 33 meses após alta médica, bem como pensão mensal vitalícia, baseando sua petição inicial na suposta ocorrência de lesão por esforços repetitivos decorrente de situação profissional.

A reclamada contestou o pleito autoral, ao argumento de que não há patologia e mesmo que houvesse, não há nexos causal entre a suposta patologia desenvolvida pela reclamante e as atividades desenvolvidas no âmbito da empresa.

No que tange ao fato de a reclamada não ter emitido a CAT ou de a reclamante ter se mantido afastada com percebimento de auxílio-previdenciário e não auxílio-acidentário, nenhum prejuízo há quanto à aquisição da estabilidade do art. 118 da Lei n. 8.123/91, eis que comprovado que a moléstia ensejadora do afastamento se deu em razão das atribuições desempenhadas na reclamada, devida é a estabilidade. Se a simples ausência deste documento importasse na inexistência de estabilidade no emprego, por certo nenhum empregador emitiria tal documento, dispensando irresponsavelmente trabalhadores doentes de males laborais.

É de se destacar que a reclamante está acometida de doença ocupacional — LER, que atingiu seus membros superiores, consoante laudo elaborado pelo *expert*.

Nesse sentido, o acórdão prolatado pela 4ª Turma do E. TRT da 2ª Região, nos autos do processo n. 01228-2004-074-02-00-4:

REINTEGRAÇÃO — DOENÇA PROFISSIONAL — APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 387, II DO TST. Embora sejam pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento por período superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, nos termos do que estabelece a Súmula n. 387, II, do TST, se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego, é devida a reintegração, por reconhecida a estabilidade do art. 118 da Lei n. 8.213/91.

Ademais, embora o sr. perito tenha concluído que a autora não é portadora de doença ocupacional, não tem o juízo como anuir com tal conclusão.

A autora foi admitida em 2.8.2005 na função de inspetora de qualidade. A partir de 2006, começou a sentir formigamentos, dores e cansaço no braço esquerdo, tendo ficado afastada no período compreendido entre junho de 2006 e setembro de 2007, em razão do diagnóstico de síndrome do túnel do carpo. Realizou cirurgia de descompressão do punho esquerdo em 11.12.2006.

A reclamante, embora tenha laborado em várias outras funções até a data de admissão na reclamada, não se queixava da moléstia em questão, tanto que foi admitida sem a constatação de qualquer moléstia.

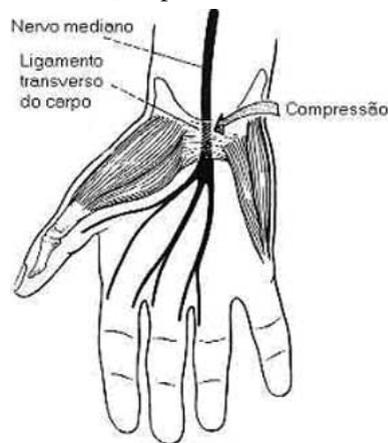
Este juízo apurou, durante a instrução processual, que a reclamante estava submetida, durante grande parte da jornada, à realização de atividades repetitivas com o antebraço, coluna e punhos. A testemunha Sra. Kátia Cilene da Silva, que desempenhava a mesma função da autora, afirmou que ela e a reclamante produziam em média 1.500 peças por dia de trabalho e que para tanto realizavam

movimentos repetitivos com o punho por cerca de 4h.

Além disso, o próprio preposto e a testemunha apresentada pela reclamada, Sr. Francesco Farinaccio, confirmaram que outros empregados que desempenhavam a mesma função da reclamante adquiriram a mesma moléstia.

Corroborando o entendimento deste juízo o fato de que a reclamante é portadora da síndrome do túnel do carpo conforme se pode verificar dos atestados médicos juntados aos autos, documentos n. 114/118, 123, 131, 132, 136, sendo que este último é datado de 30.3.2007. Nele, a médica ortopedista afirma que não há previsão de alta e retorno ao trabalho.

Ora, o fato de a autarquia previdenciária negar o benefício requerido não é empecilho para o reconhecimento da doença ocupacional. **O laudo médico juntado pela reclamante a fls. 170/174, realizado no bojo da ação acidentária perante o INSS, concluiu no sentido de que os são “acometimentos intimamente relacionados com esforços repetitivos”. Os exames realizados (ultrassonografia e eletroneuromiografia), fl. 173, concluíram que a reclamante desenvolveu tenossinovite em tendões flexores no punho esquerdo e que o nervo mediano dos punhos está comprometido**, conforme demonstra a figura abaixo (extraída do sítio <http://www.wgate.com.br/conteudo/medicinaesaudefisioterapia/reumato/tunel_carpo.htm>).



É aquele perito ainda que afirma que as ocorrências citadas “incapacitam a realização de atividades com movimentos repetitivos em punho, especialmente em linhas de montagem” e que a reclamante pode desempenhar outra função que requeira menor desgaste de tais membros.

Os fundamentos técnicos que embasaram a conclusão do perito nomeado por este não ficaram claros. Afinal, concluiu que a autora não era portadora de doença profissional e que não apresentava comprometimento funcional dos punhos, o que contradiz frontalmente a conclusão exarada no laudo realizado na ação acidentária.

Segundo se depura do laudo de fls. 170/174, a reclamante ainda permanece com a moléstia eis que os nervos medianos nos punhos foram afetados. Logo, ao que se pode depurar, seria inverossímil que a reclamante não apresentasse nenhum sintoma ou resquício da moléstia quando se submeteu à perícia médica determinada por este juízo em um período pouco superior a 1 ano (a primeira perícia foi realizada em julho de 2007 e a segunda em novembro de 2008).

De acordo com informações extraídas do sítio <www.drauziovarella.ig.com.br>, depura-se que:

Síndrome do túnel do carpo é uma neuropatia resultante da compressão do nervo mediano no canal do carpo, estrutura anatômica que se localiza entre a mão e o antebraço. **Através desse túnel rígido, além do nervo mediano, passam os tendões flexores que são revestidos pelo tecido sinovial.** Qualquer situação que aumente a pressão dentro do canal provoca compressão do nervo mediano e a síndrome do túnel do carpo.

Causas

A causa principal da síndrome do túnel do carpo é a LER (Lesão do Esforço Repetitivo), gerada por movimentos repetitivos como digitar ou tocar instrumentos musicais.

Existem também causas traumáticas (quedas e fraturas), inflamatórias (artrite reumatóide), hormonais e medicamentosas. Tumores também estão entre as possíveis causas da síndrome.

Sintomas

O principal sintoma é a parestesia, uma sensação de formigamento, de dormência, que se manifesta mais à noite e ocorre fundamentalmente na área de inervação do nervo mediano.

A evolução da síndrome dificulta manipular estruturas pequenas e executar tarefas simples como pregar um botão, enfiar uma agulha, segurar uma xícara.

Diagnóstico

Dois testes ajudam a estabelecer o diagnóstico: o teste de Phalen e o teste de Tinel.

O primeiro consiste em dobrar o punho e mantê-lo fletido durante um minuto. Como essa posição aumenta a pressão intracarpeana, se houver compressão do nervo, os sintomas pioram.

O teste de Tinel consiste em percutir o nervo mediano. Se ele estiver comprometido, a sensação será de choque e formigamento.

Em alguns casos, é necessário pedir uma eletroneuromiografia para fechar o diagnóstico.

Tratamento

O tratamento leva em conta o grau de comprometimento da doença. Se for leve, indica-se a colocação de uma órtese para imobilizar o pulso e o uso de antiinflamatório não hormonal. Se não houver melhora, aplica-se cortisona dentro do canal do carpo.

Esgotadas as possibilidades de tratamento clínico, é indicada a cirurgia.

Conforme se verifica pelos dados mencionados, a reclamante foi submetida à eletroneuromiografia, realizada pelo médico dr. Júlio César Fontana Rosa, que embasado pelo resultado apresentado a partir do referido exame,

concluiu que a reclamante é portadora da referida moléstia.

Ressalte-se ainda que o tratamento indicado depende do grau da moléstia. No dizer do abalizado médico: **“Esgotadas as possibilidades de tratamento clínico, é indicada a cirurgia.”** Ora, a reclamante foi submetida a procedimento cirúrgico em 2006 mas ainda permanece com redução em sua capacidade laborativa.

Além disso, o fato de não poder mais desempenhar as funções de outrora é reconhecida pela própria reclamada, tanto que após o cancelamento da demissão da autora, e o seu retorno ao trabalho, passou a apenas “ajudar os inspetores”, conforme depoimento da testemunha Sr. Francesco Farinaccio. A própria reclamante afirma, fl. 181, que após seu afastamento, “exerce as mesmas funções no apoio de outras colegas”.

Ademais, a patologia não é resultado da condição genética da reclamante, eis que as moléstias que a acometem — síndrome do túnel do carpo e tenossinovite — tem origem no labor desenvolvido em favor da reclamada, face aos movimentos repetitivos, postura incorreta dos membros superiores, compressão mecânica de determinado seguimento corporal, organização do trabalho que exige sobrecarga de produção, ritmo e volume intensos de trabalho.

Tais enfermidades não a acometeriam se não houvesse necessidade de movimentação constante dos membros superiores de forma contínua e em afronta às normas de saúde e medicina do trabalho. Afinal, a reclamada só passou a ministrar cursos sobre saúde do trabalho em 2006, conforme depoimento do preposto, quando a reclamada já havia adquirido a doença. Eis o nexo causal.

As atividades desenvolvidas na reclamada propiciaram o nascimento da doença e foram essenciais na precipitação da sintomatologia e no agravamento da moléstia, não só da reclamante, como de outros empregados que desenvolviam as mesmas atribuições.

Assim, tem-se que a reclamante efetivamente é portadora de doença ocupacional e já o era ao tempo de sua dispensa, que não poderia ter sido, como não o foi, validamente efetivada.

Após o trânsito em julgado, a reclamada será intimada para que, nos dez dias posteriores à sua intimação, proceda a readaptação da obreira em função compatível com suas atuais condições físicas (ou manutenção no atual cargo limitando-se apenas ao apoio aos demais inspetores), sem prejuízo da remuneração anteriormente recebida, sob pena de, não o fazendo, arcar com pagamento de multa diária em favor da autora, no importe de 1/10 de seu salário último, desde o vencimento da obrigação até seu efetivo cumprimento.

Deverá, ainda, proceder a emissão de CAT possibilitando à reclamante afastar-se, se necessário, para tratamento médico.

Fica ainda resguardado o direito estatutário especial, previsto em norma coletivo, pelo prazo de 33 meses após a alta médica.

Ademais, o laudo de fls. 170/174 é conclusivo ao afirmar que a reclamante sofre redução em 50% na sua capacidade laborativa.

Aquele que causa prejuízo a outrem em decorrência de ato ilícito, traduzindo-se este em ação, omissão voluntária, negligência ou imprudência deve indenizar a parte prejudicada tanto no aspecto moral como no aspecto material, sendo isto o que preconizam os arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, havendo a indenização que operar-se em consonância com o dano causado, nos termos do art. 944 do Código Civil.

Os danos morais são óbvios e o nexo causal restou comprovado. Enquanto para o lucro cessante o critério é objetivo, para cálculo dos danos morais necessário se faz estabelecer parâmetro do que significa subjetivamente para um trabalhador redução de sua capacidade de trabalho. Na análise deste juízo, levando-se em consideração a capacidade econômica da reclamada, as circunstâncias do acidente, as

consequências danosas do sinistro e o caráter preventivo e pedagógico, **é razoável a fixação da indenização por danos morais (já incluso o dano estético) na quantia de R\$ 31.548,00 (trinta e um mil, quinhentos e quarenta e oito reais)**, a qual jamais reporá a saúde do trabalhador, bem maior. Ao mesmo tempo, não inviabiliza o empreendimento, em prejuízo dos demais empregados.

Assim, condena-se ainda a reclamada ao pagamento de **pensão mensal vitalícia correspondente a redução de sua capacidade de trabalho, nos termos dos arts. 949 e 950 do Código Civil, a qual fica arbitrada no valor de R\$ 1.051,60 (um mil e cinquenta e um reais e sessenta centavos) correspondente a 50% do salário-base da autora de R\$ 2.103,20 (dois mil, cento e três reais e vinte centavos, apurados a partir do cômputo de 220h X R\$ 9,56), a ser paga a partir da data do ajuizamento da reclamatória, incluindo-se os 13º salários, até que a reclamante venha a adquirir a recuperação de sua capacidade laboral a ser comprovada perante perícia médica do INSS ou até a idade que alcance a idade de 70 anos, tempo médio de vida estimado.**

Condena-se, ainda, a reclamada a arcar com os honorários do Sr. Perito, no importe de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), reconsiderando-se o valor arbitrado a fl. 37, em valores de 24.07.2009.

2.2. Depósitos de FGTS – Suspensão do contrato de trabalho – Auxílio-doença

Considerando-se que o afastamento da reclamante no período compreendido entre 8.7.2006 e 4.7.2007 se deu em razão da doença ocupacional, **devidas as diferenças de FGTS do período**, visto que o art. 28, III, do decreto n. 99.684/90 prevê como obrigatório o depósito na conta vinculada do FGTS em casos de **interrupção** do contrato de trabalho por licença decorrente de acidente de trabalho ou doença ocupacional a ele equiparada.

2.3. Jornada de trabalho – Horas extras e reflexos – Intervalos

A reclamante pleiteia o recebimento de horas extras decorrentes do cumprimento da jornada de trabalho compreendida entre 14h e 22h, de segunda-feira a domingo, usufruindo de apenas 40 minutos de intervalo intrajornada e 5 folgas mensais.

A reclamada afirma que a reclamante cumpria exatamente a jornada consignada nos controles de jornada e que os 40 minutos de intervalo intrajornada tem previsão normativa.

A própria reclamante confirmou a veracidade dos horários consignados nos controles de ponto. Assim, ainda que alguns estejam apócrifos, sua correção foi reconhecida em depoimento pessoal, logo, válida a prova documental.

Da análise dos controles de ponto juntados aos autos, verifica-se que de fato e autora cumpria a jornada das 14h às 22h, em escalas de 6X2, com 40 minutos de intervalo intrajornada. Logo, não tendo havido extrapolação do módulo semanal de 44h, não há que se falar em horas extras.

Quanto aos intervalos intrajornada reduzidos, ainda que sejam previstos em norma coletiva, tal previsão não pode ser mantida eis que tal medida afronta normas basilares de medicina e segurança do trabalho. Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial n. 342:

Intervalo Intrajornada para Repouso e Alimentação. Não Concessão ou Redução. Previsão em Norma Coletiva. Validade. É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/88), inofensa à negociação coletiva.

Procede, assim, o pedido de pagamento de 1 hora extra diária, a cada dia de efetivo trabalho a ser apurado de acordo com os controles de jornada juntados aos autos,

acrescida do adicional de 80% ou 150% (domingos e feriados), em razão dos intervalos intrajornada (para repouso e alimentação) não concedidos, conforme Orientação Jurisprudencial n. 307, do SDI-I, do TST e os reflexos em DSR's e com estes em férias acrescidas de 1/3, 13º salários e depósitos de FGTS.

Esclarece-se, apenas por cautela, que as normas relacionadas ao horário de trabalho são de medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, possuindo natureza de norma de ordem pública.

A redução, ainda que de forma parcial, do intervalo para refeição e descanso importa descumprimento da referida norma e, conseqüentemente, dano à saúde do trabalhador que deve receber a integralidade do tempo que deveria ter usufruído como intervalo. Trata-se de entendimento jurisprudencial que visa a educação das empresas para que estas observem as normas de ordem pública.

Pela mesma razão educativa, declara-se a natureza salarial das horas extras que deverão ser pagas em razão da não concessão ou concessão parcial destes intervalos. Isso porque somente sentindo as conseqüências econômicas os empregadores obrigam-se a cumprir as normas de ordem pública. Além disso, a natureza salarial das referidas horas se justifica pelo fato do trabalhador estar efetivamente trabalhando quando deveria estar descansando, sendo que o pagamento do trabalho possui natureza salarial e não indenizatória.

2.4. Complemento de benefício

O referido benefício já foi devidamente adimplido, documento n. 48 juntado com a defesa, não tendo a reclamante apresentado eventuais diferenças. Improcede.

Indevida a aplicação do art. 940, do CC, eis que para tanto imprescindível a comprovação de má-fé, o que não é o caso dos autos.

2.5. Justiça gratuita

Acolhe-se o pedido de justiça gratuita formulado pela autora, pois, atende aos requisitos

legais (§ 1º do art. 4º da Lei n. 1.060/50 introduzido pela Lei n. 7.510/86).

2.6. Indenização – Despesas com advogado – Perdas e danos

Rejeita-se a pretensão da parte autora quanto a pagamento de indenização com despesas de advogado, eis que inaplicável ao processo trabalhista a regra do art. 404 do Código Civil. Na Justiça do Trabalho a única hipótese de pagamento de honorários de advogado encontra-se regradada pela Lei n. 5.584/70, sendo certo que as exigências da mesma não estão presentes nos autos.

2.7. Disposições finais

Autoriza-se a dedução dos valores recebidos pela reclamante a título de verbas rescisórias da quantia a ser liquidada. Admite-se a **dedução** de valores pagos, desde que juntados aos autos até a fase de conhecimentos tais comprovantes, devendo-se observar a **gradação salarial autoral** em liquidação (Súmula n. 347 do TST). Ausentes contracheques, na sua totalidade ou parcialmente, deverá ser considerada a remuneração autoral mais recente quando da liquidação naqueles meses omissos em relação a essa providência. Atendendo-se à Lei n. 10.035, de 25.10.2000, que deu nova redação ao Art. 832, § 3º da CLT, procedemos *nesta decisão cognitiva* à indicação da natureza jurídica das parcelas constantes da condenação: constituem-se parcelas de natureza indenizatória aquelas que se inserirem nas seguintes hipóteses: liberação do FGTS ou pagamento de indenização equivalente, com acréscimo da multa de 40%, indenização compensatória do seguro-desemprego, multa do art. 477, § 8º da CLT, multa do art. 467 da CLT, férias com acréscimo do terço constitucional, bem como reflexos decorrentes de horas extras, dobras de domingos, dias feriados e santificados, adicional de insalubridade, de periculosidade e de tempo de serviço eventualmente deferidos sobre estes títulos, indenização por danos morais, danos materiais emergentes e lucros cessantes, indenização por não cadastramento no PIS ou apresentação da RAIS

contendo o nome do trabalhador, salário-família. São consideradas para este efeito remunerações todas as demais verbas não mencionadas (salário-de-contribuição), devendo proceder-se ao recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes (parcela do empregado) na forma do Provimento n. 001/96 da Corregedoria-Geral do C. TST e a reclamada comprovar o correto recolhimento das parcelas do empregador e em favor de terceiros, *sob pena de execução previdenciária forçada*. Para efeitos previdenciários, declara-se prejudicial e incidentalmente, na forma dos arts. 5º, 325 e 470 do CPC c/c Art. 769 da CLT, que **o fato gerador das contribuições previdenciárias (parte do empregado) será o efetivo pagamento**. Eventual correção das diferenças a título de FGTS + 40% seguirá as tabelas e critérios do TST, não se aplicando as normas específicas contidas no âmbito da Lei n. 8.036/90, por se tratar, agora, de débito judicial trabalhista. Quanto aos recolhimentos fiscais, deverá ser observado o disposto no Provimento n. 01/96 e 03/2005, ambos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, mesmo porque, as obrigações decorrem de imperativo legal (art. 46 da Lei n. 8.541/92 para IR – incidência sobre o total do crédito tributável), devendo o reclamante arcar com os montantes de sua responsabilidade. Adota-se a Súmula n. 368, do E. TST. Juros (Lei n. 8.177/91, art. 39) e correção monetária na forma da lei, sendo considerada época própria para correção monetária a prevista na Súmula n. 381 do C. TST, com exceção da indenização por danos morais cujo termo inicial será a data da prolação desta decisão.

III – Dispositivo

Ante o exposto, decide a 25ª Vara do Trabalho de São Paulo (SP), com base na fundamentação acima exposta, que integra o presente dispositivo para todos os efeitos legais, como se estivesse aqui transcrita:

1. Rejeitar a preliminar de inépcia da petição inicial;

2. No mérito propriamente dito, julgar **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos mediatos da reclamatória, para condenar a parte Reclamada **TIMKEN DO BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA**, a pagar à parte Reclamante **ANA MARIA BARBOSA DE SOUZA** os valores apuráveis em liquidação de sentença, a título de: **indenização por danos morais (já incluso o dano estético) na quantia de R\$ 31.548,00 (trinta e um mil, quinhentos e quarenta e oito reais), pensão mensal vitalícia correspondente a redução de sua capacidade de trabalho, nos termos dos arts. 949 e 950 do Código Civil, a qual fica arbitrada no valor de R\$ 1.051,60 (um mil e cinquenta e um reais e sessenta centavos) correspondente a 50% do salário-base da autora de R\$ 2.103,20 (dois mil, cento e três reais e vinte centavos, apurados a partir do cômputo de 220h X R\$ 9,56), a ser paga a partir da data do ajuizamento da reclamatória, incluindo-se os 13º salários, até que a reclamante venha a adquirir a recuperação de sua capacidade laboral a ser comprovada perante perícia médica do INSS ou até a idade que alcance a idade de 70 anos, tempo médio de vida estimado, diferenças de FGTS do período compreendido entre 8.7.2006 e 4.7.2007 e 1 hora extra diária, a cada dia de efetivo trabalho a ser apurado de acordo com os controles de jornada juntados aos autos, acrescida do adicional de 80% ou 150% (domingos e feriados), em razão dos intervalos intrajornada (para repouso e alimentação) não concedidos, conforme Orientação Jurisprudencial 307, do SDI-I, do TST e os reflexos em DSRs e com estes em férias acrescidas de 1/3, 13º salários e depósitos de FGTS.**

Após o trânsito em julgado, a reclamada será intimada para que, nos dez dias posteriores à sua intimação, proceda a readaptação da obreira em função compatível com suas atuais condições físicas (ou manutenção no atual cargo limitando-se apenas ao apoio aos

demais inspetores), sem prejuízo da remuneração anteriormente recebida, sob pena de, não o fazendo, arcar com pagamento de multa diária em favor da autora, no importe de 1/10 de seu salário último, desde o vencimento da obrigação até seu efetivo cumprimento.

Deverá, ainda, proceder a emissão de CAT possibilitando à reclamante afastar-se, se necessário, para tratamento médico.

Fica ainda resguardado o direito estabilizatório especial, previsto em norma coletiva, pelo prazo de 33 meses após a alta médica.

Condena-se, ainda, a reclamada a arcar com os honorários do Sr. Perito, no importe

de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), reconsiderando-se o valor arbitrado a fl. 37, em valores de 24.7.2009.

Custas pela reclamada no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), que deverão ser recolhidas no prazo legal, sob pena de execução.

Intimem-se as partes. Cumpra-se. Nada mais.

MARCELE CARINE DOS PRASERES SOARES

Juíza do Trabalho Substituta

Publicada no DOE em 5.8.2009.

2ª Vara do Trabalho de Bagé – RS

SENTENÇA

Processo n. 0115700-65.2009.5.04.0812

Ação Trabalhista — Rito Ordinário

Vistos, etc.

PAULO HENRIQUE MUNARI MATTOS ajuíza, em 18.12.2009, reclamação trabalhista em face de **ADALBERTO GARCIA PEREIRA (FI)**.

Assevera o reclamante ter laborado para a reclamada no período de 1º.8.2006 a 8.2.2008, na função de supervisor florestal, percebendo remuneração de R\$ 713,65. Com os fundamentos expostos na peça inicial, aponta inadimplementos contratuais pela demandada e postula as parcelas deles decorrentes. Aponta incorreção no registro da CTPS, quer quanto à data de admissão, quer quanto ao salário percebido, o qual era inferior ao percebido, e inferior ao piso da categoria, e como decorrência disso, pretende o pagamento de diferenças de adicional de insalubridade, horas extras, natalinas e férias. Aduz que foi acordado entre as partes que a ré suportaria as despesas de viagem e manutenção do veículo, quando do descolamento do autor até sua cidade, para descansar, porém, foi esse ele (autor) quem suportou tais despesas. Requer a incidência das parcelas postuladas em FGTS. Postula, também, indenização por perdas e danos, pela necessidade da contratação de advogado para recorrer ao Judiciário na busca de direitos inerentes ao trabalhador, os quais foram descumpridos pela reclamada. Requer, ainda, o benefício da assistência judiciária e a condenação em honorários de advocatícios. Atribui à causa o valor de R\$ 20.000,00 e acosta documentos.

Conforme consignado em ata de audiência da fl. 73, a petição inicial é aditada para inclusão,

no polo passivo, da reclamada **VOTORANTIM CELULOSE E PAPEL S/A** e para postular a responsabilização solidária e subsidiária da segunda ré, sob o fundamento de que era a beneficiária da prestação de serviços.

A primeira reclamada defende-se consoante a resposta das fls. 85-9. Assevera correção nos registros realizados na CTPS. Assegura que o salário contratado era superior ao previsto pelas normas coletivas. Nega o direito às diferenças postuladas. Afirma não ter realizado qualquer acordo com o autor com relação ao pagamento de despesas de viagem. Impugna os pedidos de pagamento de indenização. Alega que procedeu regularmente aos depósitos do FGTS. Acosta documentos.

A segunda demandada defende-se consoante a petição das fls. 124-34. Argui, preliminarmente, a carência de ação por ilegitimidade de parte. No mérito, invoca a prescrição total do direito de ação e contesta os pedidos formulados. Acosta documentos.

Duas testemunhas prestaram depoimento.

As partes aduziram razões finais encerrando-se a instrução.

As tentativas de conciliação não obtiveram êxito.

É o relatório.

ISTO POSTO:

PRELIMINARMENTE. Carência de ação. Ilegitimidade passiva. Tomadora de serviços. Sustenta a defesa da segunda ré que jamais houve entre as partes qualquer vínculo de natureza empregatícia. Assevera ter contratado a primeira ré, através de contrato de natureza civil, e previsto em lei. Assevera que o contrato

não visava à contratação da pessoa do reclamante, sendo que qualquer empregado da primeira ré poderia ser designado para a realização do serviço contratado. Alega que é da primeira ré a inteira responsabilidade pelas verbas pleiteadas. Afirma que o autor é carecedor de ação e que ela (segunda demandada) é parte ilegítima para responder os termos da presente ação. Em consequência, postula a extinção do feito, sem resolução do mérito.

Somente na ausência de uma das condições do direito processual de ação deverá ser declarada a sua carência: possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimação para a causa. Há possibilidade jurídica porque inexistente no ordenamento jurídico vedação legal que impeça a postulação de reconhecimento judicial da existência de relação de emprego ou de responsabilidade pelos créditos trabalhistas. A legitimidade *ad causam* da parte autora se encontra evidenciada porquanto é a pessoa favorecida pela lei e pelas normas invocadas quanto aos direitos pleiteados e das reclamadas por serem elas as titulares do interesse de se opor à pretensão da parte reclamante. O interesse processual decorre da necessidade de obter um pronunciamento jurisdicional para obter o bem jurídico perseguido.

Assim, a conclusão a respeito da existência ou não de responsabilidade pelos créditos da parte autora implica juízo de procedência ou improcedência, não de carência da ação. Rejeito.

MÉRITO. PRESCRIÇÃO. Argui a segunda reclamada a prescrição total dos créditos pleiteados nesta ação. Aponta que o contrato teve término em 8.2.2008 e o ajuizamento da demanda em face da segunda ré ocorreu apenas em 30.3.2010, através da emenda à petição inicial oferecida, consoante consignado na ata da fl. 73.

Na espécie, o contrato de trabalho foi extinto em 8.2.2008, conforme consta da petição inicial, e faz prova a cópia da CTPS juntada pelo autor à fl. 18. Outrossim, a presente ação foi ajuizada em 18.12.2009, dentro do biênio prescricional.

Através do aditamento à petição inicial, o reclamante inclui a segunda ré — VOTORANTIM CELULOSE E PAPEL S/A — no polo passivo, o que ocorreu em 30.3.2010 (fl. 73).

Analisando os documentos trazidos aos autos, verifico que a primeira reclamada tem por objeto também a administração e implementação de projetos de florestamento e reflorestamento, por conta própria ou de terceiros, incluindo o gerenciamento de todas as atividades agrícolas que viabilizam a produção, fornecimento e abastecimento de matéria-prima para indústria de celulose, papel, papelão e quaisquer outros produtos derivados desses materiais, conforme a alínea *i* do Estatuto Social (fls. 80-2), consolidado nas assembleias gerais ordinária e extraordinárias, realizadas em 25.4.2007. Ou seja, exatamente a atividade para a qual contratou os serviços da segunda ré, o que, também, está documentado nos autos, conforme consta do contrato celebrado entre as reclamadas (fls. 135-58), especialmente através do Anexo I (fls. 141-3), onde está relacionado o escopo do serviço contratado, sendo que as atividades lá enumeradas são todas inerentes ao ramo operacional da primeira demandada, ou seja, destinadas a cumprir o objeto social dela.

Assim, porque as tarefas exercidas pelo autor eram ligadas à atividade-fim da primeira reclamada, a irregularidade da situação resta caracterizada, razão pela qual resulta fraudulenta a terceirização efetuada, atraindo a incidência do art. 9º da CLT e dos itens “I” e “III” da Súmula n. 331 do TST.

A segunda reclamada deixou de contratar empregados diretos para atingir seu fim social. Contudo, ao assim proceder, assumiu os riscos de tal atitude, inclusive quanto aos descumprimentos da legislação trabalhista.

Consoante bem expõe Márcio Túlio Viana, em artigo publicado na *Revista LTr* de julho de 2003 (Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico — *Revista LTr*, 67-07/775 a 790):

De certo modo, é como se a subordinação, antes restrita às relações empresa-empregado, se deslocasse também para a relação empresa-empresa. A estrutura vertical que existia dentro da fábrica se reproduz fora dela. Em certa medida, até os trabalhadores da contratada seguem as diretrizes da contratante.

Algumas vezes a “parceira” é apenas uma microempresa ou mesmo um trabalhador individual. É o que alguns autores chamam de “trabalho autônomo de segunda geração”.

Tal como em geral acontece nas relações de emprego, os contratos entre as empresas e esses autônomos — reais ou falsos — são de adesão. Como já vimos, a aparente colaboração, em linha horizontal, esconde uma relação que ainda é vertical.

(...)

Embora, a rigor, tenha sido apenas reinventado, o *outsourcing* é hoje quase uma compulsão. Não só fábricas como escritórios e até lojas distribuem atividades que antes eram suas. Também o fazem os órgãos públicos e os próprios sindicatos...

(...)

Naturalmente, quanto mais a pequena empresa explora o trabalhador, menor é o preço que cobra da grande pelo contrato. Desse modo, a grande empresa extrai mais-valia por “meio” da pequena. Com isso mantém limpa sua imagem, enquanto a outra faz “jogo sujo”.

(...)

Mas existe outro detalhe interessante. Na verdade, como vimos, o que a empresa faz é um duplo movimento. Ela expulsa o trabalhador protegido e o retoma sem proteção — seja por meio de terceirizações internas, como por meio das externas.

A segunda reclamada “enxugou” custos distribuindo a produção. Assim, obteve lucro e, portanto, é responsável pelo adimplemento dos valores devidos ao trabalhador.

Desse modo, tendo a segunda reclamada usufruído a prestação de trabalho pela parte autora, em terceirização ilegal, deve responder solidariamente pelos créditos a essa deferidos.

Considerando a terceirização ilegal, a primeira ré atuou efetivamente na condição de preposta da segunda ré. Desse modo, a interrupção da prescrição em face da primeira (efetivamente preposta da segunda ré) também interrompe a prescrição em face da segunda ré. Assim, não há falar em prescrição total do direito de ação em face da segunda ré.

MÉRITO. Vínculo de emprego anterior ao registrado na CTPS. Salário percebido.

Retificação da CTPS. O autor alega que foi contratado em 1º.8.2006, mas sua CTPS somente foi registrada em 1º.9.2006. Acrescenta que a remuneração mensal percebida não corresponde àquela que consta de sua CTPS, uma vez que o valor apontado não correspondia ao valor percebido. Postula a retificação da CTPS, quer quanto à data de admissão, quer quanto ao salário percebido, o qual afirma era de R\$ 1.500,00.

A reclamada nega incorreção nos registros realizados. Afirma que a função exercida pelo autor equivale à de capataz de fazenda, consoante cláusula 5, parágrafo único, da Convenção Coletiva que rege a relação de trabalho mantida entre as partes. Informa que o autor foi contratado com salário superior, porém não no valor alegado na inicial. Destaca que procedeu aos reajustes estabelecidos nas normas coletivas. Acosta recibos e as normas coletivas.

Ao se manifestar sobre os documentos juntados pela ré (fls. 161-71), o autor ratifica os termos da petição inicial, destacando que a função de técnico agrícola não se confunde com a de capataz. Afirma que sempre percebeu a importância de R\$ 1.500,00 mensais e que a ré registrou salário inferior, para *diminuir os encargos sociais*.

Com relação à data de admissão, uma vez negada pelo réu a prestação de trabalho em data anterior à registrada na CTPS, cabia ao

reclamante o ônus de provar o labor a partir de 1º de agosto.

De tal ônus se desincumbiu satisfatoriamente, já que a prova testemunhal que produziu é favorável à sua tese. Com efeito, a testemunha Idalino Chaves Luiz (fl. 173) afirma que *trabalhou para a primeira reclamada a partir de agosto de 2006, por um ano e oito meses, na função de serviços gerais; o depoente trabalhava no reflorestamento, com inchada, com foice; o autor era supervisor; o depoente foi contratado pelo autor.*

A cópia da CTPS da referida testemunha foi juntada na fl. 177, onde consta admissão em 1º.9.2006.

Assim, considerando que a testemunha afirma que foi contratada pelo autor, concluo que esse já laborava para a reclamada quando a testemunha Idalino foi admitida.

Quanto ao salário contratado, embora o autor afirme que percebia R\$ 1.500,00 alegando que a ré somente tenha registrado o valor de R\$ 650,00 na CTPS, não conseguiu o autor realizar qualquer prova comprobatória de suas alegações. Sinalo que a testemunha Idalino, que exercia a função de serviços gerais, percebia R\$ 520,00 ou R\$ 530,00 e a testemunha Diones, que laborou na função de tratorista, percebia R\$ 570,00. O autor percebia R\$ 713,65, portanto, salário superior a ambos. Veja-se que a própria norma invocada pelo autor previa piso salarial inicial de R\$ 831,60 em 2006 (fl. 48).

Indevidas assim as diferenças postuladas.

Dessa forma, acolho parcialmente o pedido de retificação da CTPS e determino que a reclamada proceda à retificação da data de admissão do reclamante para constar 1º.8.2006.

Diferenças salariais. Salário normativo. Aplicabilidade das normas coletivas carreadas aos autos. O autor alega que exercia a função de técnico florestal, cujo salário normativo corresponde a R\$ 975,00 (novecentos e setenta e cinco reais). Postula o pagamento de diferenças salariais e reflexos que enumera.

A reclamada entende aplicável a Convenção Coletiva de Trabalho firmada pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Bagé, Candiota, Hulha Negra, Aceguá e Pedras Altas e o Sindicato Rural de Bagé, a qual anexa.

Ao se manifestar sobre os documentos juntados (fls. 161-71), o autor insiste na aplicabilidade das normas coletivas que juntara aos autos.

Examinando as normas carreadas aos autos pelas partes, entendo que, dada a atividade desenvolvida pelo reclamado, são aplicáveis àquelas que constam das fls. 110-23.

Não há controvérsia acerca da função desempenhada, qual seja a de técnico agrícola, no entanto, o sindicato patronal — Sindicato nas Indústrias de Produtos Avícolas no Estado do Rio Grande do Sul —, por certo, não possui qualquer relação com a atividade desenvolvida pelo reclamado.

Ademais, mesmo que se considerasse a atividade de técnico agrícola como integrante de categoria diferenciada, somente seriam devidos os direitos coletivos da categoria se o sindicato que representasse a empregadora negociasse diretamente com o sindicato da categoria diferenciada, nos termos da Súmula n. 374 do TST, o que não consta dos autos, ônus que incumbia ao reclamante.

Dessa forma, não se aplicam as disposições das normas coletivas da categoria invocada, razão pela qual indevidas as diferenças postuladas.

Nesses termos, rejeito os pedidos de pagamento de diferenças salariais e repercussões postuladas em horas extras, natalinas, férias com um terço e em FGTS com 40%.

Ressarcimento das despesas de viagem e manutenção do veículo. Sustenta o demandante que a reclamada se comprometeu a suportar as despesas de viagem *quando o Reclamante fosse descansar em sua cidade*, porém isso não ocorreu. Acrescenta que, quando se deslocava até sua cidade, utilizava veículo de propriedade da reclamada e pagava todas as despesas

referentes à viagem, bem como combustíveis, pedágios e algumas vezes despesas com a manutenção do veículo. Postula o ressarcimento do valor de R\$ 1.374,18 (fl. 08). Acosta comprovantes de despesas.

O réu nega que tenha realizado qualquer ajuste no sentido indicado na petição inicial. Afirma que possuiu sua sede em Triunfo e, em função disso, frequentemente há necessidade de deslocamento de pessoal, transporte de materiais e de máquinas entre a sede e as unidades. Por isso, em diversas vezes, oportunizou aos empregados o deslocamento *possibilitando que muitos funcionários lá residiam pudessem manter convívio com suas respectivas famílias*. Acrescenta que, em muitas oportunidades, o condutor do veículo foi o próprio reclamante, o qual era ressarcido das despesas realizadas.

Incontroverso que o autor utilizava veículo da reclamada para o deslocamento até a cidade de Triunfo, localidade sede da demandada.

As testemunhas ouvidas corroboram as assertivas do demandante, afirmando que ele utilizava veículo da demandada para o deslocamento à cidade de Triunfo e que *o autor levava alguns colegas* (fls. 173-3v). Entretanto, nada referem quanto à indenização das despesas.

O reclamante juntou aos autos vários comprovantes de despesas, os quais a reclamada alega ter ressarcido. No entanto, não se pode acolher a tese de defesa, porque, caso houvesse o ressarcimento, por certo os documentos não estariam mais na posse do reclamante.

Outrossim, a reclamada admite em defesa que o deslocamento era realizado para atender a necessidades de serviço, logo, inviável que se atribua ao empregado o ônus das despesas.

Por outro lado, não há negar que o risco pela atividade econômica deve ser assumida pelo empregador, bem como que incumbe a este fornecer os meios para a prestação do serviço, salvo se o contrário estiver estipulado no contrato de trabalho.

Em razão disso, cumpre acolher a versão da petição inicial de que o autor arcava com as despesas necessárias ao deslocamento até à cidade de Triunfo. Assim, a parte autora deve ser ressarcida pelas despesas realizadas com o uso do automóvel que utilizava em prol do réu, por necessidade do serviço.

Desta forma, acolho o pedido e defiro o ressarcimento das despesas realizadas, consoante documentos juntados aos autos (fls. 20-32).

Indenização por perdas e danos. A autora postula indenização por danos perdas e danos decorrente da necessidade de arcar com o pagamento dos honorários de advogado, afirmando que *acaso o reclamado tivesse cumprido com suas obrigações jamais o Reclamante teria procurado esta justiça especializada*. Invoca as disposições dos arts. 186, 389, 404 e 944 do Código Civil.

Inaplicáveis à espécie os referidos dispositivos legais mormente porque não se cuida de apuração de perdas e danos, mas de parcelas controversas.

Rejeito o pedido.

Honorários advocatícios. Na Justiça do Trabalho não são devidos honorários advocatícios, somente honorários de assistência judiciária quando a parte autora está assistida pelo sindicato da sua categoria e demonstra sua situação de hipossuficiência econômica. Não satisfeitos estes requisitos, indevidos os honorários, consoante se depreende do art. 14 da Lei n. 5.584/70, Súmulas ns. 219 e 329 do C. TST.

Justiça gratuita: Requer o autor o benefício da Justiça gratuita e apresenta declaração de pobreza (fl. 17). Nos termos do art. 790, § 3º, da CLT, defiro o benefício no que concerne à isenção do pagamento de custas emolumentos.

Juros e correção monetária. Sobre os valores são devidos juros, a contar do ajuizamento da reclamação, e correção monetária.

Descontos Legais. Sobre a parcela deferida não incidem os descontos previdenciários e fiscais.

ANTE O EXPOSTO, e tudo mais que dos autos consta, preliminarmente, rejeito a arguição de carência de ação por ilegitimidade passiva da segunda ré e, no mérito julgo **PROCEDENTE EM PARTE** a reclamação para condenar a reclamada **ADALBERTO GARCIA PEREIRA (FI)**, com a responsabilidade solidária da reclamada **VOTORANTIM CELULOSE E PAPEL S/A** a pagar ao reclamante **PAULO HENRIQUE MUNARI MATTOS**, consoante os fundamentos e critérios supra, com juros e correção monetária legais e deduzidos os valores pagos sob os mesmos títulos:

a – ressarcimento de despesas com veículo no valor de R\$ 1.374,18.

O reclamado deverá retificar a CTPS do autor, quanto à data de admissão.

Custas em R\$ 27,48 calculadas sobre o valor de R\$ 1.374,18 arbitrado à condenação e complementáveis a final, a encargo do reclamado. Cumpra-se após o trânsito em julgado. Notifiquem-se. Nada mais.

Em janeiro de 2011.

ROSÂNE MARLY SILVEIRA ASSMANN

Juíza do Trabalho

13ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR

Autos n. 98903/2004-013-09-00-1

SENTENÇA

I – Relatório

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, devidamente qualificado, promove **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** em face de **CLUBE ATLÉTICO PARANAENSE**, também qualificado, e postula, em síntese, a condenação deste ao cumprimento dos pedidos formulados nos item 1/4 do rol constante da petição inicial (fls. 02/16).

Atribui à causa o valor de R\$ 10.000,00. Junta documentos com a petição inicial (fls. 17/444).

Em 13.01.2004 reconhece-se a ilegitimidade de parte do Autor e extingue-se o feito sem julgamento de mérito (fls. 446/447).

Em 13.10.2004 o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região afasta a ilegitimidade de parte e determina a remessa do feito para que esta 13ª Vara aprecie os pedidos formulados na petição inicial (fls. 505/518).

O Réu contesta os pedidos formulados pelo Autor, apresenta preliminar de ausência de condição da ação, ilegitimidade ativa, incompetência absoluta, argui a prescrição quinquenal e requer a total improcedência das pretensões (fls. 552/600). Junta documentos com a defesa (fls. 601/632).

Manifesta-se o Ministério Público do Trabalho por escrito sobre os termos e documentos acostados com a contestação (fls. 635/645).

Defere-se parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela por decisão interlocutória acostada as fls. 755/757.

Sem outras provas a produzir, encerra-se a instrução processual com razões finais remissivas pelas partes (fls. 862).

Propostas de conciliação infrutíferas.

É o breve relatório.

DECIDO.

II – Preliminarmente

1. Incompetência absoluta

O inciso I do art. 114 da Constituição Federal de 1988 é claro ao estabelecer a competência desta Justiça Especializada para a apreciação de todas as ações oriundas da relação de trabalho, sendo irrelevante a origem do direito a ser discutido.

Mesmo antes do advento da Emenda Constitucional de n. 45/2004, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já estava pacificada em tal sentido, como se verifica claramente da seguinte ementa:

JUSTIÇA DO TRABALHO: COMPETÊNCIA: CONST., ART. 114: AÇÃO DE EMPREGADO CONTRA O EMPREGADOR, VISANDO A OBSERVÂNCIA DAS CONDIÇÕES NEGOCIAIS DA PROMESSA DE CONTRATAR FORMULADA PELA EMPRESA EM DECORRÊNCIA DA RELAÇÃO DE TRABALHO. 1. COMPETE A JUSTIÇA DO TRABALHO JULGAR DEMANDA DE SERVIDORES DO BANCO DO BRASIL PARA COMPELIR A EMPRESA AO CUMPRIMENTO DA PROMESSA DE VENDER-LHES, EM DADAS CONDIÇÕES DE PREÇO E MODO DE PAGAMENTO, APARTAMENTOS QUE, ASSENTINDO EM TRANSFERIR-SE PARA BRASÍLIA, AQUI VIESSEM A OCUPAR, POR MAIS DE CINCO ANOS, PERMANECENDO A SEU SERVIÇO EXCLUSIVO E DIRETO. 2. A DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO

TRABALHO NÃO IMPORTA QUE DEPENDA A SOLUÇÃO DA LIDE DE QUESTÕES DE DIREITO CIVIL, MAS SIM, NO CASO, QUE A PROMESSA DE CONTRATAR, CUJO ALEGADO CONTEUDO E O FUNDAMENTO DO PEDIDO, TENHA SIDO FEITA EM RAZÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO, INSERINDO-SE NO CONTRATO DE TRABALHO. (CJ n. 6.959/DF – DISTRITO FEDERAL DE JURISDIÇÃO – Rel. Min. CELIO BORJA – Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – Julgamento: 23/05/1990 – Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO)

Também o art. 29 da Lei n. 6.354/76 prevê expressamente a competência da Justiça do Trabalho para dirimir as controvérsias decorrentes do contrato de trabalho do atleta profissional de futebol.

Assim, a questão relativa ao pagamento do direito de arena, como decorre de relação de emprego entre o Réu e seus empregados, passados, presentes e futuros, é claramente de competência da Justiça do Trabalho.

Logo, por tais fundamentos, rejeito a preliminar de incompetência.

2. Ilegitimidade ativa

A preliminar em referência já foi devidamente apreciada pelo Tribunal Regional do Trabalho em 13.10.2004 (fls. 505/518).

Logo, considerando que os pedidos formulados pelo Ministério Público do Trabalho se enquadram na espécie de direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, inciso III da Lei 8.078/90), afasto a alegação de ilegitimidade ativa.

3. Interesse processual

A eventual existência de anterior arquivamento em outro procedimento investigatório realizado no âmbito do Ministério Público do Trabalho não atesta a ausência de interesse de agir deste último na propositura da presente Ação Civil Pública.

O posicionamento de um órgão daquela instituição manifestado em 2002 não vincula

todos as demais manifestações dos demais órgãos em todos os outros procedimentos investigatórios, e muito menos o Poder Judiciário, sob pena de clara violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988).

Cássio Scarpinella Bueno, ao tratar da questão do interesse de agir nos ensina que:

O interesse de agir, neste sentido, representa a necessidade de requerer, ao Estado-juiz, a prestação da tutela jurisdicional com vistas à obtenção de uma posição de vantagem (a doutrina costuma se referir a esta vantagem como utilidade) que, de outro modo, não seria possível alcançar. O interesse de agir, portanto, toma como base o binômio “necessidade” e “utilidade”. Necessidade da atuação jurisdicional em prol da obtenção de uma dada utilidade. (*Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 366)

Logo, com a não realização de termo de ajuste de conduta pelo Réu no bojo do procedimento investigatório instaurado, restou evidenciada a necessidade e utilidade da tutela jurisdicional postulada, sendo que o eventual acolhimento ou não dos pedidos formulados é matéria que se relaciona com o mérito e com ele será analisada.

III – Prejudicial de mérito

1. Prescrição quinquenal

Nada a reconhecer, tendo em vista que o Ministério Público do Trabalho pretende a condenação do Réu ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, na forma do art. 461 do CPC.

IV – Mérito

O Ministério Público do Trabalho postula a condenação do Réu a:

1. “Abster-se de utilizar qualquer forma de intermediação (utilização de terceiros estranho à relação de emprego) no pagamento, aos seus atletas jogadores empregados, das

parcelas remuneratórias correspondentes ao direito de arena”.

2. “Abster-se de deixar (sic) de efetuar e formalizar o pagamento, aos seus empregados atletas, do direito de arena, à razão, para cada um dos atletas relacionados nas súmulas dos jogos, de até 1/14 do total de 20% (vinte por cento) dos valores que receber para cada jogo disputado e dos que vier a disputar integrando os valores correspondentes ao conjunto remuneratório”

3. “manter, par fim de definir os valores devidos a cada jogados, sistema rigoroso de controle de jogos disputados e transmitidos, bem como a relação dos atletas participantes de cada espetáculo, ao longo de todas as competições que disputar, fornecendo aos atletas, mensalmente, a relação dos jogos transmitidos por eles disputados, e a determinação dos valores devidos individualmente a cada um dos atletas (titulares e reservas), observada a proporção de até 1/14.”

O Réu alega em sua defesa que é prática comum o pagamento de tal parcela diretamente pelo Clube dos Treze aos Sindicatos dos Atletas e, por conseguinte, o seu repasse aos atletas profissionais de futebol, sendo que tal iniciativa partiu do próprio interesse destes últimos, bem como que o percentual de 20% pode ser reduzido por pactuação coletiva e que, por se trata de verba indenizatória, não deve integrar o conjunto remuneratório.

O Réu acostou aos autos (fls. 675/676) cópia de acordo coletivo de trabalho firmado com o Sindicato dos Atletas Profissionais de Futebol no Estado do Paraná, no qual se verifica a fixação de um percentual de 5% para o direito de arena, sem a integração de tal parcela no conjunto remuneratório dos atletas.

Consoante decisão antecipatória dos efeitos da tutela de abril de 2006 foi determinado que o Réu se abstivesse de firmar acordo coletivo com o Sindicato dos Atletas Profissionais de Futebol do Estado do Paraná e ainda de reduzir

o percentual de 20% previsto no art. 42 da Lei n. 9.615/98.

Pois bem.

A proteção à participação individual em obras coletiva é um dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988 (inciso, art. 5º, X e XXVIII, *a*) e, no que se refere às atividades desportivas, atualmente esta regulamentado pelo art. 42 da Lei n. 9.615/98, o qual estabelece que:

Art. 42 – Às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem.

§ 1º Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo ou evento.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins, exclusivamente, jornalísticos ou educativos, cuja duração, no conjunto, não exceda de três por cento do total do tempo previsto para o espetáculo.

§ 3º O espectador pagante, por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do art. 2º da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Logo, inequívoco que o direito de arena se constitui em clara forma de proteção e retribuição pela utilização comercial da imagem dos atletas profissionais de futebol.

A norma acima transcrita é clara ao estabelecer um direito da entidade de prática desportiva de “negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem”, **sendo que do valor da comercialização deste direito, no mínimo 20%, devem ser repassados em partes iguais aos participantes do evento ou espetáculo, salvo convenção em contrário.**

A respeito do tema são oportunas as lições de Eduardo Milléo Baracat:

A lógica desses preceitos é clara: à entidade desportiva empregadora incumbe o direito de negociar o direito de imagem do jogo, já que detém o direito de uso do símbolo do clube de futebol. Deve, contudo, repassar ao atleta profissional parte deste direito de imagem, uma vez que a imagem do atleta também está sendo explorada com a divulgação televisiva (Constituição da República, art. 5º, X e XXVIII, a).

Há, por conseguinte, apenas um negócio comercial entre a entidade desportiva empregadora e a emissora de televisão. A convenção de que trata o § 1º do art. 42 só pode ser feita entre empregado e empregador, pois se trata de uma cláusula contratual. Evidentemente, não há outro negócio comercial entre o atleta profissional e a emissora de televisão, nem um negócio comercial entre o atleta empregado e a entidade esportiva empregadora.

O pagamento pelo direito de imagem somente é devido porque é obrigação do atleta de futebol, como empregado da entidade esportiva, participar do jogo televisionado. Esse dever decorre exclusivamente do contrato de trabalho existente entre o atleta e a entidade desportiva. (A retribuição do direito de arena do atleta profissional. In: *Suplemento trabalhista LTr*, São Paulo, v. 41, n. 41, 2005, p. 163-167)

Em face dos limites do pedido, entendo que seria irrelevante no presente caso a análise de qual a entidade sindical efetivamente tenha poderes para representar os atletas profissionais de futebol do Réu, pois aquele é expresso no sentido de que o Réu se abstenha de utilizar “qualquer forma de intermediação”.

Não há dúvidas que não existe regra expressa no ordenamento jurídico brasileiro vedando que terceiros efetivem o repasse da parcela direito de arena aos atletas.

No direito português a matéria é tratada no art. 10 da Lei n. 28/1998, que em seu item 2 estabelece que “fica ressalvado o direito de uso de imagem do colectivo dos praticantes, o qual poderá ser objecto de regulamentação em sede de contratação colectiva.”

Ocorre que, no caso em tela, pelo conjunto probatório, verifica-se claramente que o Réu utilizou a intermediação do Clube dos Treze, da Federação Nacional dos Atletas Profissionais de Futebol e ainda do Sindicato dos Atletas de Futebol do Estado do Paraná **para reduzir o percentual mínimo previsto no art. 42 da Lei n. 9.615/98 e para atribuir caráter indenizatório à respectiva parcela.**

A respeito do percentual mínimo de 20%, entendo que este não pode ser objeto de redução por qualquer espécie de acordo, ainda que firmado pela entidade sindical profissional.

Tal conclusão decorre da clara previsão contida na norma acima citada, bem como de toda a interpretação histórica do instituto e dos princípios norteadores do Direito do Trabalho.

Como o próprio Réu aponta em sua defesa, antes do advento da Lei n. 9.615/98 (Lei Pelé), o direito de arena dos atletas profissionais de futebol era regulamentado pela Lei n. 8.672/93 (Lei Zico), que em seu art. 24 estabelecia que:

Art. 24 – Às entidades de prática desportiva pertence o direito de autorizar a fixação, transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo desportivo de que participem.

§ 1º Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a flagrantes do espetáculo desportivo para fins exclusivamente jornalísticos ou educativos, cuja duração, no conjunto, não exceda de três minutos.

Do simples confronto do §1º do art. 24 da Lei n. 8.672/93 com o § 1º do art. 42 da Lei n. 9.615/98, verifica-se que a lei posterior incluiu a

expressão “como mínimo”, numa clara demonstração de que ao menos 20% do valor total negociado pela transmissão dos eventos deve ser repassado em partes iguais aos atletas.

A autorização para existência de convenção em contrário não permitiria nunca a redução de tal patamar, mas apenas a melhoria de tal percentual ou a fixação de um repasse em partes distintas, de acordo com a efetiva participação dos atletas no evento, como, por exemplo, para reduzir/aumentar o valor pago aos jogadores titulares e aos reservas que entram no espetáculo no curso do jogo, ou que o pagamento seja feito de forma única ou parcelada.

Oportuno destacar que o direito de arena só é devido caso ocorra a efetiva comercialização da imagem do evento ou espetáculo pela entidade de prática desportiva, razão pela qual se esta entende que o percentual de 20% é abusivo ou acarreta violação a autonomia de organização e funcionamento das agremiações (art. 217, I, da Constituição Federal de 1988), pode deixar de comercializar aquele direito de que é titular.

O que não parece sequer razoável é que, sob o argumento de que outros clubes descumpram o que estabelece o § 1º do art. 42 da Lei n. 9.615/98, o Réu pretenda furtar-se à aplicação deste preceito com base no princípio da isonomia.

Ora é regra introdutória ao estudo da ciência jurídica que ninguém pode se escusar do cumprimento da lei, principalmente quando se vive em um Estado Democrático de Direito.

O fato de o contrato de trabalho do atleta profissional ter regra específica que o regulamenta não o retira do gênero das relações de trabalho em geral, as quais se aplica o princípio da melhoria da condição social estabelecido no art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Logo, quando a lei estabelece uma denominada parcela mínima a título de retribuição pelo ou em decorrência de um contrato de trabalho, mesmo que exista a previsão de ressalva ao ajuste coletivo em sentido contrário,

a interpretação deve ser justamente que tal pactuação coletiva será justamente para incrementar a condição social do trabalhador e nunca lhe retirar ou mitigar de forma permanente o respectivo patamar mínimo.

A alegação do Réu de que o acordo encontra amparo no inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal de 1988, além de contraditória com todo o restante da defesa que nega o caráter salarial do instituto do direito de arena, também não merece acolhida, pois deve ser interpretada conjuntamente com os demais incisos e com o *caput* do art. 7º da Constituição Federal de 1988, sendo que por se constituir em norma restritiva não permite a simples redução salarial sem qualquer fixação temporal ou mesmo sem qualquer motivação razoável que demonstre a proteção de um bem jurídico mais importante que o próprio salário, como ocorreria em caso de fixação de uma garantia do emprego, o que não se verifica na pactuação firmada pelo Réu.

Nesse sentido também é o entendimento de Eduardo Milléo Baracat:

Não é, todavia, possível, repita-se, a redução do percentual de 20%, ante a clareza da lei. As entidades desportivas, portanto, não têm autorização legal para reduzir o percentual de 20% devido aos atletas profissionais empregados.

Evidentemente, o objetivo da lei foi tutelar o atleta profissional do poder das entidades esportivas e das emissoras de televisão que, caso em contrário, poderiam impor a redução do percentual, isto é, nada impede que em um futuro acordo, fosse reduzido o percentual para 0,0001%, o que significaria a supressão completa do direito de arena. Quanto à base de cálculo, o valor a ser pago é o total da autorização, ou seja, o valor final acordado entre a entidade desportiva e a emissora de televisão. Sobre esse valor deverá incidir o percentual mínimo de 20% a ser rateado entre os atletas profissionais. (A retribuição do direito de arena do atleta

profissional. In: *Suplemento trabalhista LTr*, São Paulo, v. 41, n. 41, 2005, p. 163-167)

Ademais, entendo que o instituto em questão (direito de arena) não se configura em nítida parcela salarial, o que também vedaria a aplicação da norma prevista no inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Oportuna a transcrição, neste particular, dos ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento acerca da definição legal do salário:

A CLT, nesse ponto, não deixa dúvidas ao dispor que salário é o devido e pago diretamente pelo empregador como contraprestação do serviço.

Assim, pela própria natureza do direito de arena, resta evidente que este não se constitui em parcela paga como **contraprestação do serviço**, mas sim **pelo uso da imagem do atleta em espetáculo coletivo**.

Como o art. 42 da Lei n. 9.615/98 apenas estabelece que o percentual de 20% do preço total da autorização será distribuído, parece-me razoável que tal distribuição possa ser feita **tanto pela entidade que adquiriu os direitos de comercialização quanto pela entidade desportiva, ou mesmo por um terceiro, desde que respeitado o percentual mínimo de 20%**.

Tal conclusão decorre inclusive da própria natureza jurídica do instituto, que no meu entendimento **possui natureza remuneratória, com tratamento similar ao instituto das gorjetas obrigatórias (art. 457, § 3º da CLT)**.

A retribuição pelo uso da imagem em espetáculo coletivo não pode se caracterizar como parcela indenizatória, por se constituir em **obrigação decorrente da própria peculiaridade do contrato de trabalho do atleta profissional de futebol (art. 35, inciso I, da Lei n. 9.615/98)**.

Não se verifica a possibilidade de inibir o alegado “dano” pelo uso da imagem, pois o que se retribui na verdade é a participação do atleta no evento ou espetáculo, assim como o seu salário retribui o tempo que o trabalhador está à disposição do seu empregador.

Fábio Menezes de Sá Filho também compartilha deste entendimento, ao concluir que:

Ao se afirmar que percentual do preço total da autorização será repassada aos atletas profissionais, de forma igualitária, não se está diante de uma indenização individual a cada jogador por sua participação na partida de futebol, e sim de uma parcela remuneratória, isto é, de natureza retributiva, por terem contribuído com o espetáculo, visando à proteção da sua voz e imagem. (p. 23)

Entretanto, ressalta-se, desde já, que não se quer dizer que o direito de arena é uma espécie de gorjeta, mas que aquele apenas se equipara a este, para fins legais. Sendo assim, o direito de arena, por falta de definição legal expressa, equipara-se à gorjeta, constituindo-se numa parcela autônoma que compõe a remuneração do atleta profissional. (A titularidade dos direitos vinculados à imagem do empregador futebolista. In: *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 35, n. 136, p. 9-42, out./dez. 2009)

No mesmo sentido é o entendimento já explicitado por este Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, eis a ementa:

TRT-PR-07-07-2009 — ATLETA PROFISSIONAL — DIREITO DE IMAGEM x DIREITO DE ARENA. Entende-se que o direito de imagem e o de arena não se confundem. O primeiro diz respeito ao uso da imagem do atleta recorrente perante terceiros, sociedade, direito próprio e personalíssimo que o permite negociar com a clube sua exploração. O segundo está relacionado à obrigatória exposição a que o atleta se submete nas apresentações públicas, pelas quais faz jus ao recebimento de ao menos 20% do valor arrecadado e distribuído entre os atletas. No direito de arena está incluída a exploração da imagem, mas contratos distintos podem ser celebrados para exploração da imagem do atleta que não durante as competições, contrato de direito de imagem. Logo, a natureza jurídica desta verba é de remuneração. Doutrina e jurisprudência, por analogia, têm atribuído a natureza de remuneração

ao direito de arena, equiparando esta verba às gorjetas que também são pagas por terceiro e que segundo define o art. 457 da CLT, trata-se de parte integrante da remuneração. Sentença que se reforma. (TRT-PR-10639-2006-005-09-00-0-ACO-21465-2009 – 4ª T. – Rel. SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS – Publicado no DJPR em 7.7.2009)

Assim, considerando que se trata de pagamento similar a gorjeta, que também ordinariamente é paga por terceiro, os valores repassados a título de direito de arena devem integrar o conjunto remuneratório e, por conseguinte, ensejar reflexos em férias acrescidas do terço constitucional, 13º salários e FGTS. Aplicação analógica dos termos da Súmula n. 354 do TST.

Tal conclusão decorre ainda da própria legislação vigente, que não exclui de forma expressa o direito de arena do conjunto remuneratório, como se verifica pelo disposto nos incisos do § 9º do art. 28 da Lei n. 8.212/91, que trata de forma taxativa das parcelas que devem ser excluídas do salário de contribuição.

Nem sequer pode se cogitar de aplicação do disposto nos incisos *j* e *v*, pois a parcela em questão em nada se confunde com a **cessão de direitos autorais** e muito menos com a **participação nos lucros e resultados**.

Não que se falar em cessão do uso da imagem do atleta, na forma consagrada na Lei n. 9.610/98, pois a própria legislação atribui à entidade desportiva a titularidade do direito a comercialização da imagem do espetáculo ou evento em que os atletas participarem.

Por fim, não obstante inexistir regra expressa determinando um controle dos jogos disputados e o fornecimento mensal de relação dos jogos e valores devidos individualmente a título de direito de arena, não há dúvidas de que se trata de cumprimento pelo Réu do dever de informação.

Destaque-se que, em regra, sempre que houver uma desigualdade estrutural entre as partes pactuantes, como ordinariamente ocorre no âmbito do Direito do Trabalho,

aquela que estiver em melhor posição, ou seja, **melhor informada ou com mais aptidão para obter as informações, tem o dever de repartir essas com o outro pactuante**.

No ordenamento pátrio, principalmente com o advento da disposição expressa no art. 422 do Código Civil, **tornou-se incontroversa a aplicação do dever de informação aos negócios jurídicos em geral, não havendo pertinência lógica para a exclusão de sua aplicação aos contratos de trabalho**.

O art. 106 do atual Código do Trabalho Português, alterado e republicado pela Lei n. 7/2009 de 12 de Fevereiro de 2009, que pode ser aplicado ao presente caso por força do art. 8º da CLT, estabelece de forma expressa que:

- 1 – O empregador deve informar o trabalhador sobre aspectos relevantes do contrato de trabalho.
- 2 – O trabalhador deve informar o empregador sobre aspectos relevantes para a prestação da actividade laboral.
- 3 – O empregador deve prestar ao trabalhador, pelo menos, as seguintes informações:
 - a) A respectiva identificação, nomeadamente, sendo sociedade, a existência de uma relação de coligação societária, de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, bem como a sede ou domicílio;
 - b) O local de trabalho ou, não havendo um fixo ou predominante, a indicação de que o trabalho é prestado em várias localizações;
 - c) A categoria do trabalhador ou a descrição sumária das funções correspondentes;
 - d) A data de celebração do contrato e a do início dos seus efeitos;
 - e) A duração previsível do contrato, se este for celebrado a termo;
 - f) A duração das férias ou o critério para a sua determinação;
 - g) Os prazos de aviso prévio a observar pelo empregador e pelo trabalhador para a cessação do contrato, ou o critério para a sua determinação;
 - h) O valor e a periodicidade da retribuição;

- i) O período normal de trabalho diário e semanal, especificando os casos em que é definido em termos médios;
- j) O número da apólice de seguro de acidentes de trabalho e a identificação da entidade seguradora;
- l) O instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável, se houver.

No caso, resta evidente que é o Réu quem efetua a negociação dos valores dos direitos de transmissão e celebra eventuais acordos para determinar a forma mais adequada de repasse do percentual mínimo de 20% previsto no art. 42, § 1º da Lei n. 9.615/98, e, por conseguinte, tem acesso a relação de todos os jogos disputados que possuem a sua transmissão comercializada.

V – Dispositivo

Ante o exposto, **acolho parcialmente os pedidos formulados pelo Ministério Público do Trabalho para condenar o Clube Atlético Paranaense a:**

- a) **Abster-se de utilizar qualquer forma de intermediação na negociação ou no pagamento do direito de arena aos seus atletas que acarrete a redução do repasse do percentual mínimo de 20% dos valores recebidos pela transmissão ou retransmissão de imagem de todos os espetáculos ou eventos desportivos de que participem os seus atletas profissionais de futebol, nos exatos termos do art. 42 da Lei n. 9.615/98;**
- b) **Integrar todos os valores recebidos pelos seus atletas profissionais de futebol na forma do § 1º do art. 42 da Lei n. 9.615/98 ao conjunto remuneratório daqueles, com reflexos em férias acrescidas do terço constitucional, 13º salários e FGTS;**

c) Fornecer aos atletas, mensalmente, a relação dos jogos transmitidos por eles disputados, e dos valores devidos individualmente a cada um dos atletas, na forma do art. 42, § 1º da Lei n. 9.615/98, ou do que ficar estabelecido em convenção firmada entre as partes;

O Réu deverá comprovar o cumprimento das obrigações de fazer indicadas nos itens b/c no prazo de 30 dias contados da intimação desta sentença, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 por obrigação descumprida e que será revertida em favor do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador — Lei n. 7.347/85), independentemente do número de empregados prejudicados, na forma do art. 461 do CPC, aplicado ao Processo do Trabalho por força do art. 769 da CLT,

O eventual descumprimento da obrigação de não fazer indicada no item a após o prazo de 30 dias contados da intimação desta sentença, deverá ser comunicado pelo Autor a este juízo e acarretará a aplicação da mesma multa acima fixada.

Observem-se os termos da fundamentação, que desde já constitui parte integrante deste, com as restrições e parâmetros lá estabelecidos.

Custas pelo Réu, no importe de R\$ 200,00, incidentes sobre R\$ 10.000,00, valor provisoriamente atribuído à condenação, sujeitas à complementação.

Cientes as partes (Súmula n. 197/TST).

Cumpra-se. Nada mais.

Curitiba, 16 de Julho de 2010.

WALTER ROSATI VEGAS JUNIOR

Juiz do Trabalho

1ª Vara do Trabalho de Piracicaba – SP

Processo n.: 01564-2008-012-15-00-3

Vistos, etc.

O **Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Piracicaba** ajuíza a presente Ação Civil Pública contra os onze réus nominados na exordial, pretendendo a concessão de medida liminar para os condenar a se abster de procedimentos que venham a impedir o livre exercício do direito de greve, não exijam o trabalho fora do horário e em local habitual onde trabalham, permitir o ingresso de dirigentes sindicais nos locais de trabalho, realização de manifestações pacíficas em frente aos estabelecimentos bancários, permitam a ação dos dirigentes sindicais em conversas individuais ou coletivas, utilização de instrumentos de som, tentativa de convencimento para adesão à paralisação mantendo-se ao lado das portas das agências, declare a competência material da Justiça do Trabalho e suste os interditos proibitórios ajuizados pelos empregadores, notifique o TJSP determinando-se a suspensão das ações de interdito proibitório, determinação da suspensão das decisões de interdito proibitório, arbitramento de multa diária e confirmação em sentença final das medidas acima *inaudita altera pars*, alegando os fatos expostos na exordial.

DECIDE-SE

1. Competência da Justiça do Trabalho e do meio processual adequado

O art. 114, II, da Constituição Federal de 1988 outorga à esta especializada a competência para processo e julgamento de todas as ações que envolvam o exercício do direito de greve. O texto claro da norma constitucional não deixa qualquer dúvida a respeito.

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

II – as ações que envolvam exercício do direito de greve;

Por seu turno, o meio da Ação Civil Pública é pertinente ao caso em tela, em face da amplitude que a medida solicitada toma, sendo perfeitamente cabível o ingresso da medida pelo Sindicato-Autor, na forma do artigo 8º, III, da Constituição Federal de 1988 e art. 5º da Lei n. 7.347/85 e 82, inciso IV, da Lei n. 8.070.

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA MATERIAL. A competência material da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a ação civil pública é estabelecida pela pretensão deduzida em juízo. Assim, se os limites da lide possuem matéria de natureza trabalhista, a competência para julgamento da matéria trabalhista é da Justiça do Trabalho (CF, art. 114), sendo irrelevante que a conduta atribuída ao réu, que teria violado direitos de trabalhadores, possa ter causado ofensa também a direitos de outra natureza, como é o caso de direitos dos consumidores. COMPETÊNCIA FUNCIONAL-TERRITORIAL. A competência para dirimir litígio decorrente de ação civil pública é do Juízo de 1ª Instância do local de ocorrência do dano alegado (art. 2º, da Lei n. 7.347/85). ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DA ENTIDADE SINDICAL. A legitimidade do sindicato para o ajuizamento da ação civil pública para a defesa de direitos ou interesses coletivos da categoria está assegurada pelos arts. 8º, inciso III, e 129, § 1º, da CF, 5º da Lei n. 7.347/85 e 82, inciso IV, do CDC. Acórdão: 4084/06-PATR Processo: 1979-2001-053-15-00-6, DOE: 3.2.2006 Página: 72, Relator: Fany Fajersstein Turma: 11ª C.

2. Do pedido de medida liminar

Segundo a alegação da exordial, os Réus, na qualidade de empregadores, estão procurando impedir a livre manifestação da categoria profissional dos bancários, agindo, inclusive, com o auxílio de força policial, para que os empregados não possam aderir à greve. Além disso, vários bancos tem se utilizado do instrumento inadequado do interdito possessório ou proibitório para subtrair competência da Justiça do Trabalho. Afirma ainda que a Polícia Militar tem sido chamada para impedir as manifestações e que o Sindicato-Autor não utiliza de greve de ocupação, havendo repressão à greve, ameaçados de prisão, e outras medidas constrangedoras do exercício de manifestação e adesão ao movimento grevista.

A situação dos pedidos de interdito proibitório ou possessório já chegou a esta Vara, sendo que nesta tarde, este Juiz já teve oportunidade de despachar a ação de n. 01565-2008-012-15-00-8, remetida do Juízo Cível desta cidade, justificando o temor do Sindicato-Autor.

O fato concreto é que todas as greves de bancários possuem características peculiares, pelo fato de atingir diversos estabelecimentos bancários situados nas diversas cidades da região, sendo um movimento pulverizado em diversos locais em cada cidade. Por outro lado, na data de hoje, já pode ser recebida a notícia de tensão dentro do movimento, conforme notícias dos periódicos locais, até mesmo ocorrendo a possibilidade de votação na assembleia por meio de cédulas, diante do temor de retaliações, conforme notícia publicada na *Gazeta* local.

A greve é, na ótica da Constituição Federal de 1988, antes de tudo um direito. O art. 9º da Carta Política reconhece o direito de greve como direito fundamental, e como tal, tem aplicação mais extensa possível. Porém, antes de direito fundamental, a greve é direito humano, conforme o art. 8º, “d”, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, diploma internacional que assegura o direito

na condição de direito humano, no Brasil vigente com força de norma constitucional, por força do § 2º, art. 5º, da Constituição Federal de 1988, antes da Emenda Constitucional n. 45.

Art. 8º – 1. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir: a) O direito de toda pessoa de fundar com outras sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;

b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais, e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas;

c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas;

d) O direito de greve, exercido em conformidade com as leis de cada país.

Não somente o direito de greve, mas a liberdade sindical também recebe idêntica proteção pelo mesmo diploma, integrando o rol de direitos necessários à constituição do Estado Democrático de Direito proclamado pelo preâmbulo de nossa Constituição.

Por tal motivo, tais direitos não pode encontrar restrições, salvo na ocorrência de abuso desse importante direito, e como aponta a norma internacional, a regulação deve ser tomada pela legislação interna de cada signatário daquele tratado.

No Brasil, aplica-se a Lei N. 7.783/89, a qual regula o direito de greve, e estipula claramente as condições e limites para sua fruição, conforme dispõe o artigo 6º, *verbis*:

Art. 6º São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

I – o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve;

II – a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

§ 1º Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem.

§ 2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento.

§ 3º As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa.

Diante do que dispõe a lei, que regula o exercício de um direito fundamental em uma sociedade democrática como a nossa, justo é o receio de que os integrantes da categoria possam ser cerceados na sua fruição. Mais ainda, os fatos que chegam ao conhecimento do Juízo, principalmente pelas pretensões ajuizadas pelas entidades bancárias, revelam o receio de que este direito possa ser diminuído, ou mesmo aniquilado. Assim, a concessão de medida liminar é de rigor, diante do risco de perecimento de direito, porém dentro de condições estabelecidas pelo diploma legal em comento, restringindo-se, em parte, a pretensão da inicial, para que seja assegurado o direito de greve, bem como o direito de não participar do movimento.

Assim, concede-se liminar, para permitir a livre, porém pacífica, movimentação de dirigentes sindicais e demais integrantes da categoria nas portas dos estabelecimentos bancários e dentro deles, a livre manifestação de pensamento e de opinião de dirigentes sindicais e integrantes da categoria dentro da base territorial do Sindicato-Autor, sem prejuízo de medidas adicionais, nos seguintes termos:

a) todo e qualquer manifestante poderá se dirigir à porta dos estabelecimentos bancários

para externalizar suas opiniões perante os integrantes da categoria e clientes bancários, desde que de modo pacífico e respeitador da individualidade e dignidade humana, não devendo praticar ações ou proferir opiniões agressivas, atos constrangedores, ou qualquer tipo de ameaça a qualquer integrante da categoria ou cliente, ou quem quer que seja, sem obstaculizar, dificultar de qualquer modo, o funcionamento da agência e seu livre ingresso, respeitando o patrimônio do estabelecimento bancário e a ordem pública, sob pena das responsabilidades previstas no ordenamento civil, criminal e trabalhista,

b) toda e qualquer manifestação poderá ser realizada com sistemas de som, desde que não venha causar incômodo ou deteriorar o ambiente do estabelecimento e de suas cercanias, observando níveis de ruído dentro dos parâmetros da legislação municipal, e que não venha a ofender a integridade física ou moral de quem quer que seja, sob a mesma responsabilidade acima,

c) os dirigentes sindicais, em número não superior a 3 (três), por vez, poderão adentrar às agências para prestar esclarecimentos aos demais integrantes da categoria, desde que o façam de modo ordeiro, sem perturbar, constranger ou ameaçar os presentes e o patrimônio da entidade bancária,

d) as entidades bancárias deverão se abster de utilizar-se de quaisquer ações anti-sindicais assim previstas na legislação vigente, bem como na Convenção 98 da OIT, assim como atos que, de algum modo, venham a prejudicar o livre transcorrer do movimento, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia, em caso de descumprimento,

e) as autoridades policiais deverão se abster da repressão das manifestações pacíficas nas portas dos estabelecimentos, que estejam dentro dos parâmetros acima estabelecidos.

As medidas acima poderão ser revistas a qualquer momento, conforme o desenrolar dos fatos.

No que tange aos interditos proibitórios, não cabe a este Juízo promover a suspensão de outros feitos em andamento em outras unidades judiciárias, no entanto, deverão ser informadas as Varas Cíveis das cidades da jurisdição desta Vara, sobre o teor da presente. Oficie-se, também, com urgência, as demais Varas Trabalhistas deste Fórum.

Oficie-se o Comando da Polícia Militar na cidade de Piracicaba, e nas cidades de São Pedro, Águas de São Pedro, Charqueada e Saltinho, com o teor da presente, com urgência.

Intimem-se, com urgência, as Requeridas, para que tomem conhecimento da presente decisão e imediato cumprimento. Da mesma forma, intime-se o Sindicato-Autor.

Após os ofícios, venham os autos conclusos para designação de audiência.

Oficie-se, com urgência, o Ministério Público do Trabalho, para que venha, se assim entender, a integrar a presente lide.

Nada mais.

Piracicaba, 9 de outubro de 2008.

FIRMINO ALVES LIMA

JUIZ DO TRABALHO

28ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS

Processo: 01165-2009-028-04-00-9

Autor: MICHELLE VIEIRA RIBEIRO

Réu: CLINSUL MÃO DE OBRA E REPRESENTAÇÕES LTDA.

RELATÓRIO

MICHELLE VIEIRA RIBEIRO, qualificada na fl. 02, ajuíza ação trabalhista, em 06 de outubro de 2009, contra **CLINSUL MÃO DE OBRA E REPRESENTAÇÕES LTDA.** Dispensado o relatório nos termos do art. 852, I da CLT. Encerradas instrução e audiência, foi determinado pelo Juiz que os autos viessem conclusos para publicação de sentença em Secretaria no dia seis de novembro do ano de dois mil e nove, às 18 h.

Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARES

1. DA INCOMPETÊNCIA MATERIAL

O réu sustenta que a hipótese dos autos não se enquadra dentre aquelas previstas no art. 114 da Constituição Federal, porque a autora não trabalhou em seu favor, mas apenas se candidatou a uma vaga e não foi admitida.

Nos termos do art. 114 da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações oriundas das relações de trabalho. Ainda que a relação de emprego não se haja perfectibilizado entre as partes, resta evidente que a controvérsia se refere à fase pré-contratual da relação, a qual envolve as tratativas entre as partes. Sendo assim, a Justiça do Trabalho é competente para apreciar e julgar o litígio.

Rejeito a preliminar.

MÉRITO

1. DA NÃO CONTRATAÇÃO. DA ATITUDE DISCRIMINATÓRIA. DOS DANOS MORAIS E MATERIAIS

A autora relata que, em 22 de julho de 2009, conversou com a supervisora da CLINSUL dentro do Hospital Fêmina, senhora Magda, a qual lhe informou da existência de vagas no setor de serviços gerais do hospital. Destaca que há mais de cinco anos trabalha nesse setor do Hospital Fêmina, conforme relatório expedido pelo Ministério do Trabalho e Emprego, o qual informa as empresas de limpeza que atuavam nas dependências do hospital. Refere que de posse dessa informação, nesse mesmo dia, dirigiu-se à sede do réu, tendo sido atendida pela senhora Joici, que lhe forneceu a lista de documentos para ser admitida, alcançando, ainda, a requisição do exame admissional. Sustenta que essa conduta evidencia a vontade do réu em contratá-la. Destaca que a preposta Joici informou que havia um prazo para cumprir as exigências, devendo apresentar-se no dia 23 de julho de 2009, às 14h30min, para realizar o exame admissional. Informa que foi atendida e avaliada pelo Dr. Danilo, cujo consultório localiza-se na Av. Brasil, n. 92. Afirma que após a realização do exame, no mesmo dia, retornou à sede da empresa, com os demais documentos solicitados, para a conclusão dos demais procedimentos burocráticos. Alega que a preposta do réu disse que não poderia contratá-la enquanto não fosse efetivado o registro da baixa no contrato anterior anotado em sua carteira profissional, orientando que se dirigisse à Delegacia Regional do Trabalho para que a situação fosse sanada. Aduz que no dia 24 de julho dirigiu-se à Delegacia Regional

do Trabalho, onde foi informada de que essa situação não era óbice para a formalização de um novo contrato de trabalho. Destaca que também tratou com o réu a questão relativa ao vale-transporte, tendo declinado do uso de passagens por motivo de saúde, conforme previsão legal. Diz que no desenrolar desses fatos, no mesmo dia 24.7, a preposta Joici disse que não poderia atendê-la, passando a alegar que não havia mais vaga, o que continuou acontecendo nos dias subsequentes, sempre sob a alegação de que não havia mais vagas. Sustenta que o procedimento adotado pelo réu é, no mínimo, incongruente, fugindo aos parâmetros da normalidade, pois ninguém encaminha um trabalhador que se candidata a uma vaga de emprego para prestar exames médicos, apresentar documentos no departamento pessoal, carteira profissional para anotação, e proceder na abertura de conta-salário, para, só depois de a trabalhadora cumprir todas essas exigências, informar oficialmente que não há mais vagas, quando a verificação de vagas é a primeira coisa que se faz. Assevera que fez os exames e cumpriu as demais formalidades exigidas pelo réu apenas por existirem vagas. Alega que o réu desistiu de contratá-la quando constatou que é soropositiva, o que ocorreu a partir do momento em que apresentou sua carteira de isenção para pagamento de passagens por motivo de saúde. Argumenta que é descabida a alegação de que não havia mais vagas, pois todos esses fatos ocorreram em apenas dois dias, faltando apenas a assinatura em sua carteira profissional, para que começasse a trabalhar. Ressalta que trabalha no Hospital Fêmina há bastante tempo, sendo que muitos de seus colegas e supervisores continuam trabalhando no local, de modo que ninguém ignora sua condição de soropositiva. Afirma que nos dias subsequentes continuou ligando para a CLINSUL, e a resposta continuava sendo que não existiam mais vagas. Alega, contudo, que os funcionários do hospital continuavam sabendo da existência de vagas no setor de limpeza e sobre a procura de pessoal para contratar. Salienta que a legislação

vigente veda qualquer tratamento discriminatório que venha em prejuízo do trabalhador, vedando seu acesso ao emprego ou sua manutenção, sendo farta a jurisprudência nesse sentido. Faz referência à Declaração Universal dos Direitos do Trabalhador, à Constituição Federal e legislação ordinária, citando alguns dispositivos, e sustenta que a conduta do réu, ao barrar sua contratação no momento em que teve conhecimento de ser portadora do vírus HIV, é abusiva, violando direitos personalíssimos e garantias fundamentais com previsão constitucional. Acentua que tem três filhos pequenos e precisa trabalhar para sustentá-los, não podendo concordar com o tratamento discriminatório dispensado pelo réu. Ressalta que essas discriminações contribuem para a marginalização das pessoas e precisam ser desestimuladas, antes que venham causar prejuízos irreparáveis para a sociedade. Informa que não está em benefício previdenciário, tendo sido julgada apta para retornar às suas atividades. Invoca os arts. 5º, incisos V e X da Constituição Federal, e 186 e 927 do Código Civil, postulando o pagamento de indenização pelos danos morais e materiais sofridos.

O réu nega que tenha cancelado a admissão da autora. Relata que a autora candidatou-se para trabalhar na empresa, tendo sido solicitada a realização de exame médico e a documentação necessária à admissão. Diz que após ter sido encaminhada ao exame médico admissional a autora nunca mais compareceu na empresa, não tendo sido garantida qualquer vaga pré-determinada, nem alcançado qualquer documento. Afirma que a funcionária Magda não tem acesso ao controle de vagas no Hospital Fêmina. Alega que acolhe a documentação de todos os candidatos à vagas na empresa, para, posteriormente, se for o caso, proceder a contratação. Aduz que a existência da referida vaga não implica no direito da autora ser contratada, tampouco para trabalhar no Hospital Fêmina, pois se candidatou para trabalhar em uma empresa prestadora de serviços, que possui inúmeros postos de trabalho. Nega qualquer

ato discriminatório, aduzindo que tomou conhecimento de que a autora é portadora do vírus HIV somente com o ajuizamento desta demanda. Ressalta que não solicita qualquer exame médico para esse tipo de averiguação, tanto que a autora teria realizado o exame médico e considerada apta ao trabalho. Sustenta que não estão presentes os pressupostos que caracterizam o dever de indenizar, porque não cometeu qualquer ato ilícito, tampouco a autora comprova ter sofrido dano moral. Reitera que o encaminhamento para exame médico é praxe da empresa para qualquer candidato, não sendo em nenhum momento garantia de vaga imediata. Colaciona acórdãos que tratam do ônus do autor comprovar a ocorrência de abalo moral. Em relação ao dano material, destaca que não foi demonstrada nos autos qualquer despesa da qual tivesse que ser ressarcida, tampouco promessa de lucro a fim de que se cogitasse a existência de dano moral. Por cautela, requer que eventual indenização observe os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

1.1. A pretensão da autora é de ser indenizada por danos decorrentes de uma relação de trabalho que não se consumou por ato discriminatório do réu, em razão de ser portadora da Síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS) vírus HIV, o que resta comprovado pelo documento da fl. 39. A hipótese enquadra-se na chamada responsabilidade pré-contratual.

No caso dos autos, os documentos que acompanharam a petição inicial corroboram a tese de que a autora trabalhou durante anos no Hospital Fêmina, vinculada às empresas terceirizadas que prestavam serviços de limpeza no local. Vejo, inclusive, que a autora foi empregada do réu no período de janeiro a abril/2006, quando saiu da CLINSUL e foi admitida para trabalhar na Múltipla Terceirização Ltda., prestando serviços no Hospital Fêmina (fls. 18/21). Além disso, é incontroverso que no mês de julho/2009 a autora compareceu à sede da CLINSUL para candidatar-se a uma vaga de emprego, tendo sido encaminhada ao

exame admissional, além de receber o documento da fl. 15, intitulado “relação de documentos para admissão”.

Em relação à informação de vagas por parte da funcionária Magda, ouvida como testemunha em juízo, vejo que seu depoimento destoava dos termos da defesa, porque reconhece que há pessoas que falam diretamente com ela para saber a respeito de vagas ou deixar currículo. A testemunha afirma que não recebe currículos no posto, mas orienta as pessoas a ligarem diretamente para a empresa, confirmando, ainda, que o réu entrega documento como o da fl. 15 para os candidatos às vagas de emprego.

No caso da autora, vejo que na relação de documentos para admissão está lançada a data e horário marcado para entrega dos documentos, qual seja, 23 de julho, às 14h30min. É certo que as anotações não foram realizadas pela autora, o que se conclui pelo confronto da caligrafia lançada nesse documento e a assinatura da autora nos documentos das fls. 9/12. Assim, considerando que o réu não impugnou esse documento, presumo que foi a funcionária Joici quem preencheu o nome da autora e marcou a entrega dos documentos.

Ciente dos documentos que deveria entregar na empresa, verifico que a autora providenciou o alvará de folha corrida e o atestado de antecedentes na manhã do dia 23.7.2009, observando o prazo estabelecido pela empresa para entrega dos documentos.

De outra parte, observo que o réu reconhece ter encaminhado a autora para realização do exame admissional, não se mostrando razoável a alegação de que todos os candidatos recebem esse tratamento. O exame admissional costuma ser o último procedimento anterior à contratação, por meio do qual o candidato é considerado apto ou inapto para desenvolver as atividades referentes à função em que busca ser contratado. Destaco que as testemunhas confirmam que o médico da empresa é o Sr. Danilo, cujo consultório localiza-se na Avenida Brasil, n. 92,

por quem a autora relata ter sido atendida e avaliada no dia 23.7.2009, conforme referido na petição inicial.

Não se pode deixar de ressaltar que a prova de atos de discriminação no âmbito do contrato de trabalho é de todo difícil e na maioria das vezes revela-se por indícios e provas indiretas, diante da ausência de publicidade que reveste este tipo de procedimento.

Diante da ausência de provas diretas, é importante observar os vestígios, rastros ou indícios que, indiretamente, levam à formação do convencimento do Juízo. Nesse sentido, salutar é o ensinamento de João Antônio G. Pereira Leite, ao destacar que do que *os vestígios indicam, por relacionamento, atinge-se ao que não é diretamente acessível à percepção, ou seja, presume-se.*

Nesse contexto, firmo convicção de que a autora efetivamente realizou o exame admissional e providenciou os documentos necessários à sua contratação pelo réu, tendo retornado à empresa, quando foi verificada a ausência de anotação de baixa em sua CTPS.

Importante observar que embora tenha sido ouvida apenas como informante, o depoimento de Sandra Claudineia Porto Godoi harmoniza-se plenamente com os fatos narrados na petição inicial e documentos constantes dos autos, tendo acompanhado a autora no preenchimento da ficha para candidatar-se à vaga de emprego, no dia em que foram entregues os documentos e também na Rua Mauá para realizar a baixa em sua CTPS.

Em relação à carteira profissional da autora, observo que a testemunha Jaqueline diz acreditar que Joici tenha olhado o documento, afirmando que fazia isso com todos, questionando os candidatos sobre eventual ausência de baixa do contrato anterior e orientando sobre a forma de resolver. A testemunha afirma expressamente que não há contratação enquanto não há baixa do contrato anterior.

Com base nesses argumentos e na prova produzida, considero que a tese da autora é

bastante verossímil e corroborada pelos elementos dos autos, não sendo razoável que após ter providenciado os documentos requeridos pelo réu, arcando com os custos, e realizado o exame médico, a autora não tenha retornado à sede da empresa, como alega a defesa.

Vale ressaltar que o réu não indica qualquer motivo que justifique a não contratação, limitando-se a alegar que a autora não retornou à empresa, o que, como já dito, não é comprovado e sequer se mostra crível no contexto dos autos. Também não impressiona o juízo o fato de a testemunha Jaqueline não lembrar de a autora ter retornado à empresa para levar os documentos, pois ela afirma que circula pelo local um *número médio* de pessoas, além de não recordar da testemunha da autora, que também estava presente no.

Por fim, cumpre esclarecer que, ao contrário do que alega o réu, o passaporte de isenção da autora constitui forte indício de que seja soropositiva, porquanto a isenção é benefício concedido aos portadores de deficiência auditiva, física, mental ou visual permanente, doentes de HIV em tratamento e menores vinculados à FASC, informação que é de conhecimento público e facilmente obtida na *Internet* ou por meio da EPTC. Considerando que a preposta do réu teve contato com a autora, evidentemente poderia deduzir que a única categoria em que a autora se enquadraria, como portadora de diagnóstico especial, seria como *doente de HIV em tratamento*. Além disso, a prova dos autos evidencia que a autora deixou de ser contratada após a realização do exame médico, no qual, por certo, informou sobre sua doença.

Conforme a lição de Chiovenda, citado por João A. G. Pereira Leite, *quando, segundo a experiência que temos da ordem normal das coisas, um fato é causa ou efeito de outro fato, ou quando acompanha outro fato, nós, conhecida a existência de um deles, presumimos a existência do outro. A presunção é, pois, uma convicção fundada na ordem normal das coisas e que dura*

enquanto não se prova o contrário. A lei chama de presunção aos mesmos fatos com os quais se argumenta a existência de outros fatos, porém com maior propriedade tais fatos se chamam indícios.

Tenho que o contexto dos autos favorece a tese da autora, no sentido de que o réu deixou de perfectibilizar sua contratação porque tomou conhecimento de sua condição de soropositiva. Como já referido, considero que a versão narrada pela autora é mais verossímil que a do réu, devendo prevalecer, na ausência de prova em contrário.

Foge à razoabilidade crer que a autora, possuindo três filhos menores, abrisse mão do emprego ofertado, após providenciar a documentação solicitada e realizar o exame admissional. Nessas circunstâncias, é mais coerente presumir que a não contratação foi opção do réu, tendo em vista, especialmente, as dificuldades do mercado para conseguir nova colocação, ainda mais em relação a trabalhadores com um estado delicado de saúde.

1.2. Não há dúvida, por outro lado, de que o ordenamento jurídico repudia o tratamento discriminatório, mesmo quando se dá de forma velada, que é o que normalmente ocorre em relação aos portadores da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS). Segundo o disposto no art. 3º da Constituição da República, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. A respeito da discriminação, assim leciona Mauricio Godinho Delgado:

Discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada (op. cit., p. 773).

Com o advento da Lei n. 9.025/1995, restou vedada a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por

motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição da República.

Desta forma, embora não exista uma lei específica para a proteção aos soropositivos, a delicada situação do trabalhador portador da síndrome de imunodeficiência adquirida (AIDS) exige a adoção, por analogia, como faculta o art. 8º da CLT, das previsões legais aplicáveis ao abuso de direito, diante dos efeitos produzidos por esta prática. Neste sentido, a doutrina de Arion Sayão Romita, quando assevera que:

[...] por interpretação extensiva ou por aplicação analógica, os preceitos legais que vedam a discriminação por motivos diversos encontram azo para incidência quando o fator de discriminação é o estado de saúde do empregado, sendo mais frequentes as hipóteses de lesões por esforço repetitivo (LER) e as de síndrome de imunodeficiência adquirida (AIDS). (Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 2. ed. p. 310)

No caso dos autos, entendo que ficou demonstrado que a não contratação da autora decorreu de prática discriminatória em face da moléstia que a acomete, o que constitui verdadeira afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade ou da não discriminação. Ao deixar de contratar a autora em razão do seu estado de saúde, o réu cometeu ato ilícito, na medida em que essa prática é vedada pela Constituição da República, que proíbe qualquer forma de discriminação.

1.3. De outra parte, é certo que a não contratação despertou na autora enorme sofrimento e sentimento de rejeição e discriminação, ainda mais se considerarmos sua condição de saúde e o fato de que é mãe de três filhos menores, cujo sustento depende do seu trabalho, bem como por já ter prestado serviços no âmbito do hospital. Ressalto que a autora providenciou

os documentos necessários à sua contratação e realizou o exame médico somente porque o réu mostrou interesse em contratá-la, para depois deixar de fazê-lo, em atitude evidentemente perversa e discriminatória.

Não se pode esquecer que o princípio da boa-fé objetiva impõe às partes o dever de agir lealmente, dentro dos limites da probidade e da confiança que regem todos os negócios jurídicos. Por tudo isso, julgo que a não contratação da autora, sem justificativa plausível, após providenciar a documentação requerida e se submeter aos exames médicos, independentemente da prática discriminatória, já caracteriza, por si só, ofensa ao princípio da boa-fé.

Nos termos do art. 159 do Código Civil, todo aquele que por ação ou omissão voluntária, causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. Importante esclarecer, todavia, que o dano moral não depende da ocorrência de algum prejuízo palpável, implicando, na maior parte das vezes, em prejuízo de ordem subjetiva, cujos efeitos se estendem à órbita do abalo pessoal sofrido pelo ato que lhe ensejou.

No caso dos autos, entendo que a conduta do réu acarretou prejuízos de ordem moral à autora, os quais devem ser reparados.

1.4. No que tange ao valor de indenização por danos morais, entendo que deve levar em conta a gravidade objetiva do dano, a intensidade do sofrimento da vítima, a personalidade e o maior ou menor poder econômico do ofensor e a conjuntura econômica, além de pautar-se pelos princípios da razoabilidade e da isonomia. Acrescento que a indenização por danos morais não deve ser transformada em fonte de enriquecimento, visando apenas a dar alento ao ofendido e desencorajar a repetição de conduta atentatória à dignidade do trabalhador.

Com base nos critérios acima referidos, diante do contexto dos autos, arbitro o valor da indenização por dano moral em R\$ 5.000,00, tendo em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que

atende aos objetivos punitivo/pedagógico/repador da sanção pecuniária e não discrepa do que vem sendo praticado em casos similares.

Registro, ainda, que na fixação do valor da indenização tomei como parâmetro o salário do cargo ao qual a autora se candidatou, por julgar que nele esta representada a condição econômica do ofendido e a capacidade de pagamento do ofensor, bem como o tempo médio de vigência de um contrato de trabalho de prestação de serviços.

Defiro à autora o pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00.

1.4. No que tange ao dano moral, cumpro esclarecer que para que surja o direito à indenização deve existir prova do prejuízo efetivamente sofrido ou do lucro cessante.

No caso dos autos, entendo que a não contratação da autora não gera, por si só, dano material, porque não é possível prever por quanto tempo a autora permaneceria laborando em favor do réu, tampouco há prova de que não tenha obtido outro emprego ou passado a desenvolver alguma atividade remunerada.

Todavia, considero que as despesas da autora na busca dos documentos exigidos pelo réu, devem ser indenizadas, ainda que não tenham sido integralmente comprovadas nos autos.

Considerando que o réu exigiu xerox de vários documentos, fotos, alvará de folha corrida, conforme rol da fl. 15, fixo o valor da indenização por danos materiais no valor de R\$ 50,00.

Defiro à autora o pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$ 50,00.

2. DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

A matéria relativa à forma (critérios) de atualização dos créditos trabalhistas não é própria para o juízo cognitivo, em que as questões *sub judice*, são defendidas sob o aspecto do direito material. A apuração do montante a eles correspondente, ou seja, o *quantum debeatur*, cuja responsabilidade já está atribuída

aos réus é matéria a ser definida na liquidação, na fase de execução da decisão, subordinando-se ao princípio vigente no direito brasileiro, da *lex tempore regit actum*.

Assim, determino que os valores objeto de deferimento na presente decisão sejam corrigidos com juros e correção monetária, observados os percentuais e critérios vigentes à época da liquidação de sentença.

3. DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

A autora declara-se pobre, requer o benefício da Assistência Judiciária Gratuita e a condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios.

O réu impugna a pretensão, ao argumento de que não restam preenchidos os requisitos legais para a concessão da assistência judiciária gratuita e o deferimento de honorários assistenciais. Requer seja observado o disposto na OJ n. 348 da SDI-1 do TST. Quanto ao pedido de honorários advocatícios, sustenta indevido porque o princípio da sucumbência não se ajusta ao processo trabalhista. Na hipótese do Juízo entender devidos honorários advocatícios ao procurador do autor, requer a condenação deste ao pagamento de honorários advocatícios, em valor a ser arbitrado pelo Juízo, proporcional à sucumbência dos pedidos. Alega que os honorários advocatícios são direito do advogado, conforme art. 22 da Lei n. 8.906 de 1994, não podendo ser concedido a um e não a outro, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade. Requer a condenação do autor ao pagamento de honorários advocatícios, invocando, ainda, a Instrução Normativa n. 27 do TST, com relação à sucumbência.

Em face da ampliação da competência da Justiça do Trabalho trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, passo a corroborar do entendimento de que a assistência judiciária, no processo do trabalho, não constitui mais monopólio sindical, aplicando-se também os preceitos da Lei n. 1.060/50, que estão em consonância com os termos do art. 5º, inciso

LXXIV, da Constituição Federal. Nesse sentido, impõe-se admitir que a nova ordem constitucional, ao reconhecer o advogado como essencial à administração da Justiça, acarretou a derrogação, por absoluta incompatibilidade, do disposto no art. 14 da Lei n. 5.584/70. É nesta linha a orientação vertida na Instrução Normativa n. 27, editada pelo Tribunal Superior do Trabalho. Registro, ainda, que não se trata de hipótese de aplicação dos entendimentos das Súmulas n. 219 e 329 do Eg. TST, porque editadas em contexto diverso.

Desta forma, passo a julgar que a concessão do benefício exige apenas a declaração de insuficiência econômica da parte autora, que foi juntada na fl. 10, não existindo prova que afaste a presunção de veracidade. Adoto, neste particular, o entendimento da Orientação Jurisprudencial n. 304 da SDI-I do Eg. TST.

Vale esclarecer, por oportuno, que os honorários deferidos ao autor não decorrem de mera sucumbência, mas do reconhecimento à parte do benefício previsto na Lei n. 1.060/50.

Defiro à autora benefício da assistência judiciária gratuita e condeno o réu a pagar os honorários advocatícios, no percentual de 15% sobre o valor total da condenação.

4. DOS DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

Em face da natureza das parcelas deferidas, não há base de incidência para os recolhimentos previdenciários e fiscais.

5. DAS PROVIDÊNCIAS FINAIS. DA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS

A autora requer a expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho, para comunicar a atitude discriminatória adotada pelo réu, que lhe gerou danos irreparáveis em sua esfera psicológica e social, tratando-se de fato que afronta a sociedade como um todo.

Tendo sido reconhecida a conduta discriminatória do réu, determino que se oficie ao

Ministério Público do Trabalho, com cópia da presente decisão, para que adote as providências que entender cabíveis.

DISPOSITIVO

Ante o exposto:

I – Preliminarmente, rejeito a arguição de incompetência material da Justiça do Trabalho;

II – No mérito, **julgo PROCEDENTE EM PARTE** a ação proposta por **MICHELLE VIEIRA RIBEIRO** contra **CLINSUL MÃO DE OBRA E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, para **condenar** o réu a pagar à autora, segundo se apurar em liquidação de sentença por cálculo, observados os critérios da fundamentação e os limites fixados pela inicial para cada pedido, com os acréscimos legais, que se façam incidentes sobre a condenação:

a) indenização por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00;

b) indenização por danos materiais, no valor de R\$ 50,00.

Concedo à autora o benefício da Assistência Judiciária Gratuita e condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor total da condenação.

O réu deverá arcar com as custas de R\$ 101,00, calculadas sobre o valor da condenação de R\$ 5.050,00. **Publicada em Secretaria na data da qual as partes estavam cientes.** Expeça-se ofício ao Ministério Público do Trabalho. **CUM- PRA-SE** após o trânsito em julgado. **NADA MAIS.**

CINARA ROSA FIGUEIRO

Juíza do Trabalho

Índice Geral

Doutrina

A OIT e o direito do trabalho no Brasil. 1. Os desafios jurídicos da globalização — mundialização. 2. Os antecedentes e as razões do surgimento e da implantação da OIT. 3. A estrutura organizativa da OIT. 4. A estrutura normativa da OIT. 5. A estrutura de controle da OIT. 6. O tribunal administrativo da OIT. 7. A incorporação das normas da OIT ao direito internacional. 8. Algumas situações concretas de aplicação das normas da OIT no direito brasileiro. 9. Referências bibliográficas . 17

O que é Justiça, no espectro filosófico. 1. Introdução. 2. Grécia. 3. Sentido teológico. 4. China e mitologia grega. 5. Direito natural e dimensão política. 6. Dimensão principiológica. 7. Dimensão social. 8. Natureza da punição e justiça. 9. Ótica contemporânea. 10. Considerações finais. 11. Referências bibliográficas 59

A competência da Justiça do Trabalho para ações relativas à previdência complementar fechada. 1. Introdução. 2. Previdência complementar fechada. 3. A previdência complementar fechada e a competência da Justiça do Trabalho. 3.1. O tratamento constitucional da competência da Justiça do Trabalho. 3.2. A causa de pedir e o pedido como elementos definidores da competência material da Justiça do Trabalho. 3.3. Ações judiciais propostas por participantes ou assistidos em razão de plano previdenciário patrocinado por empresa privada. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas . 67

Competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações regressivas acidentárias do INSS. 1. Ação regressiva acidentária do INSS. 2. Controvérsia acerca da competência jurisdicional. 2.1. Entendimento minoritário: competência da Justiça Estadual. 2.2. Entendimento majoritário: Justiça Federal comum. 2.3. Crítica ao

entendimento majoritário. a) Critérios para a definição da competência. b) Natureza jurídica da lide regressiva acidentária. c) Competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações de indenização por danos decorrentes da relação de trabalho. d) Princípio da unidade de convicção. e) Jurisprudência do STF. 3. Conclusão: competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações regressivas acidentárias do INSS. 4. Referências bibliográficas 77

A aparente derrota da Súmula n. 331/TST e a responsabilidade do Poder Público na Terceirização. 1. Intróito. 2. (In)constitucionalidade em abstrato e em concreto. 3. Eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes na ação direta de constitucionalidade. 4. Limites subjetivos. 5. Limites objetivos e os “fundamentos determinantes da decisão” declaratória de constitucionalidade. 6. Efeitos vinculantes dos “fundamentos determinantes da decisão de constitucionalidade” e os vários sentidos da norma. 7. Transcendência dos motivos determinantes. 8. Texto e contexto: precedentes do STF e estudo de casos. 9. ADC n. 16 (art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93). 10. A derrota aparente da Súmula n. 331/TST na ADC n. 16/DF. 11. A cláusula de reserva de plenário e a Súmula n. 331/TST. 12. (Re)posicionamento do Judiciário Trabalhista. 13. Julgamentos do TST pós ADC n. 16. 14. Conclusão. 15. Referências bibliográficas 93

A necessária revisão da Súmula n. 331 do TST diante do novo Código Civil. 1. Introdução. 2. A responsabilidade do tomador de serviços na Súmula n. 331 do TST. 3. A responsabilidade por ato de terceiro no Código Civil de 1916. 4. A responsabilidade por ato de terceiro no Código Civil de 2002. 5. Responsabilidade solidária nas relações de consumo. 6. Tendência da jurisprudência sobre a responsabilidade nas terceirizações. 7. Posição adotada na

I Jornada de Direito e Processo do Trabalho. 8. Conclusões. 9. Referências bibliográficas	115	A prescrição trabalhista e a sucessão de contratos. 1. Introdução. 2. A prescrição e a superveniência de novo contrato na visão tradicional. 3. Uma releitura necessária da norma constitucional. 4. A situação dos safristas. 5. Empregados de empresas prestadoras de serviços. 6. Trabalhadores avulsos. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas	169
Psicologia do testemunho. 1. Considerações iniciais. 2. Percepção. 3. Memória. 4. Expressão do fato. 5. Fidedignidade do testemunho. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas	125	A execução iluminada: o indispensável resgate da efetividade processual. 1. Introdução. 2. Algumas sérias constatações acerca do terreno processual: escavando a história vanguardista da Justiça do Trabalho e planejando o resgate. 2.1. Breves considerações quanto aos princípios do Direito Processual do Trabalho em face das modificações do CPC: furando o solo para resgatar a efetividade. 2.2. As razões do empenho jurídico: as fontes morais e a importância da memória para a aplicação do direito. 3. A efetividade da execução trabalhista: em benefício do credor. 3.1. A controvertida aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC: uma ferramenta de qualidade à salvaguarda da efetividade processual trabalhista. 3.2. A execução planejada nos moldes da efetividade dos direitos trabalhistas. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas	181
Art. 70 da Lei n. 8.666/93 e Súmula n. 331 do C. TST: poderia ser diferente? 1. Introdução. 2. O sentido da supremacia do interesse público sobre o particular. 3. ADC n. 16 e o art. 71 da Lei n. 8.666/93. Súmula Vinculante n. 10. 4. O balizamento de conduta. Boa governança. <i>Accountability</i> . 5. Poderia ser diferente? 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas	133	O trabalhador indígena e o direito à diferença: o caminho para um novo paradigma antropológico no direito laboral. 1. Introdução. 2. Princípio da igualdade e direito à diferença. 3. Da igualdade ao direito à diferença nas relações de trabalho. 4. O índio e o direito à diferença. 5. O trabalho indígena e o direito à diferença. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas	197
Interditos proibitórios e direito fundamental de greve. 1. Interdito proibitório e a competência da Justiça do Trabalho após a EC n. 45/2004. 2. Interdito proibitório: conceito e objeto. 3. Exercício do direito de greve: proteção da posse x tutela da atividade empresarial. 4. Interdito proibitório como ato antissindical: reminiscência das injunções do direito norte-americano. 5. Incompetência das Varas do Trabalho para interditos proibitórios em caso de greve: competência dos Tribunais Trabalhistas para lides coletivas. 6. Existência de instrumento processual próprio e específico na Justiça do Trabalho. 7. Referências bibliográficas	143	Como controlar quem não é visto? Breves reflexões sobre o exercício do poder de vigilância sobre o teletrabalhador e suas implicações jurídicas. 1. Introdução. 2. Origem do teletrabalho. 3. Conceito, classificação e modalidades de teletrabalho. 3.1. Conceito. 3.2. Classificação. 3.3.	
Opção insalubre e perigosa. 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Das atividades insalubres ou perigosas. 2.2. Os processos de interpretação: filológico e lógico. 2.3. Fontes formais do direito do trabalho: aplicabilidade, hierarquia e anacronismo. 2.4. A opção: consciência, liberdade e responsabilidade. 2.5. Princípios: do não retrocesso social; da condição mais benéfica e da norma mais favorável. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas ..	161		

Modalidades. 4. Natureza jurídica. 5. Teletrabalho e subordinação. 6. O poder de direção do empregador no teletrabalho. 7. Limites do poder de controle sobre o teletrabalhador e o direito à intimidade. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas 211

A supremacia do direito natural e a pirâmide normativa kelseniana — considerações em torno de um caso trabalhista. 1. Intróito. 2. Escorço do caso enfrentado. 3. Existência e autoridade ético-jurídica do Direito Natural. 4. Fragilidade da refutação dos positivistas. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas 223

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

Acórdão da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho 233

Sentenças

25ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP 241

2ª Vara do Trabalho de Bagé – RS 249

13ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR 255

1ª Vara do Trabalho de Piracicaba – SP 263

28ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS.. 267

