

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 4491.5

Agosto, 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

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pelo CESIT/UNICAMP. Juiz auxiliar a 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 — As revoluções que fazemos — tributo a Oscar Ermida Uriarte</i>	11
Doutrina	
Sobre as ações regressivas previdenciárias: a competência da Justiça do Trabalho <i>Luciano Athayde Chaves</i>	15
Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus <i>Paula Costa e Silva</i>	39
Da impossibilidade de dispensa desmotivada de empregados públicos das empresas estatais <i>Verena Sapucaia da Silveira</i>	51
Execução de sentença provisória: instrumento de efetividade da execução trabalhista <i>Arnaldo Boson Paes</i>	69
Responsabilidade civil e violência urbana: considerações sobre a responsabilização objetiva e solidária do Estado por danos decorrentes de acidentes laborais diretamente vinculados à insegurança pública <i>Francisco Milton Araújo Júnior e Ney Stany Morais Maranhão</i>	81
O processo psicológico e a obtenção da verdade judicial. O comportamento de partes e testemunhas <i>Lauro Ericksen e Tasso Lycurgo</i>	112
Empregado terceirizado: consequências do acidente de trabalho e da doença profissional <i>Aline Moreira da Costa, Leandro Krebs Gonçalves e Victor Hugo de Almeida</i>	142
Um novo diálogo entre o direito internacional e o direito do trabalho brasileiro: o <i>status</i> jurídico de supralegalidade das convenções da OIT <i>Carlos Antonio Nobrega Filho</i>	162

Contratos internacionais de trabalho	
<i>Georgenor de Sousa Franco Filho</i>	184
Breves apontamentos sobre as <i>class actions for damages</i>	
<i>Flávio da Costa Higa</i>	194
As técnicas de seleção de pessoal realizadas na admissão do trabalhador	
<i>Rúbia Zanotelli de Alvarenga</i>	214
Jurisprudência	
— Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	
— Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho	
Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	229
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região	236
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região	247
Vara do Trabalho de Lorena – SP	253
Sentenças	
5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS	257
1ª Vara do Trabalho de Sete Lagoas – MG	275
1ª Vara do Trabalho de Presidente Prudente – SP	280
Índice Geral	293

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

As revoluções que fazemos — tributo a Oscar Ermida Uriarte

A ordem pública trabalhista ou a ordem pública social sempre admitiu sua modificação por normas heterônomas ou autônomas, coletivas ou individuais, *mais favoráveis ao trabalhador*. Por isso, na verdade, o que hoje se chama flexibilidade é, em geral, a flexibilidade “para baixo”, de desmelhoramento ou *in pejus*.

(URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002. p. 10)

O mundo se modifica rapidamente, em todos os campos, por meio das revoluções que fazemos. No momento, assistimos com vivo interesse a queda de inúmeros ditadores, especialmente no Oriente Médio. As mudanças surgem por força dos cidadãos, que se rebelam e buscam transformar seus Estados em democráticos, nos quais os direitos humanos e sociais sejam respeitados e valorizados.

O Brasil, depois de longo período sob regime ditatorial, pela Constituinte de 1988 transformou-se em um Estado Democrático de Direito, fundamentado em sua Constituição-cidadã, prevalecendo, dessa forma, as instituições democráticas.

O modelo estatal denominado de Estado Democrático de Direito é uma evolução do Estado de Bem-Estar Social, contendo avanços normativos que postulam igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. Em nosso modelo, a valorização da dignidade da pessoa humana como valor e princípio fundamental ganha em importância e em relevo.

Assim, o Estado brasileiro busca valorizar o cidadão brasileiro e principalmente reduzir as desigualdades sociais. É verdade que há um longo caminho a ser percorrido, mas ele está bem delineado na Constituição-cidadã.

Neste cenário, para se buscar o equilíbrio necessário, fundamental é que se tenha um Poder Judiciário forte e independente, garantia da cidadania. Não é demasiado repetir que o Judiciário trabalhista tem papel importante a executar. Reafirme-se que a Constituição Federal de 1988 inovou no papel conferido ao Poder Judiciário no Estado Social e Democrático brasileiro, tendo em vista que impõe um papel ativo desse poder frente ao descaso do Parlamento e do Executivo na implementação dos direitos sociais, da dignidade da pessoa humana e na erradicação da pobreza, como estabelecido no art. 1º, inc. III, e no art. 3º, inc. III, da Constituição Federal.

A magistratura brasileira se renova constantemente e a cada dia está mais envolvida nas questões institucionais e na defesa da democracia e do Estado democrático, sem se descuidar dos assuntos corporativos, como a defesa de suas prerrogativas, a luta por uma

remuneração digna e compatível com a responsabilidade do cargo, demonstrando preocupação em evoluir em suas condições de trabalho e de tornar mais efetiva a jurisdição. Como exemplo, se pode referir a busca para tornar cada vez mais eficiente a execução trabalhista.

Contudo, a apresentação desta edição está destinada a marcar a passagem de um revolucionário no Direito do Trabalho: fazemos uma reverência especial ao Professor Oscar Ermida Uriarte, falecido no dia 7 de junho de 2011, em Montevideo. Ermida fez história em nosso direito e deixou muitos seguidores entre os profissionais do Direito do Trabalho no Brasil e em todo o mundo. Não é demais afirmar que perdemos um grande mestre e um dos mais combativos defensores do direito laboral.

Oscar Ermida Uriarte foi catedrático de Direito do Trabalho da Universidad de La República (Uruguai), funcionário da Organização Internacional do trabalho e membro do Grupo de Los Miércoles, responsável pela releitura crítica das questões sociais e pela linha progressista de concepção e desenvolvimento do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho, deixando uma vasta produção intelectual.

Homens da qualidade de Oscar Ermida Uriarte não desaparecem nunca. As suas ideias e ideais estarão para sempre eternizados em nossas mentes e corações. A sua obra busca um mundo justo e verdadeiramente humano. Foi um ardoroso defensor do sentido humanista que deve permear as instituições do Direito do Trabalho e firme opositor das teorias desregulamentadoras e da desconstrução neoliberal do garantismo laboral.

A grande lição que Oscar Ermida Uriarte nos deixa é que é possível a recuperação do Direito do Trabalho, a sua revalorização e a aplicação da função social dos contratos também nos contratos de trabalho, como forma de contraposição às iniciativas de desconstrução do direito obreiro, impedindo que ações flexibilizadoras danosas ao trabalhador e ao cidadão sejam adotadas.

Concluimos com um convite especial para todos os profissionais do Direito do trabalho, especialmente aos magistrados trabalhistas: que se envolvam cada vez mais na obra e nos ideais de Oscar Ermida Uriarte, atitude fundamental para a concreção do direito social.

Doutrina

Sobre as ações regressivas previdenciárias: a competência da Justiça do Trabalho

Luciano Athayde Chaves^(*)

Resumo:

- ▶ O presente estudo examina o problema da definição do ramo do Poder Judiciário brasileiro competente para conhecer e julgar as denominadas ações regressivas acidentárias, previstas no art. 120 da Lei Federal n. 8.213/1991. A partir da interpretação do art. 109, inciso I da Constituição da República, o texto aborda argumentações sobre o tema, e conclui pela competência da Justiça do Trabalho, forte na tendência verificada no Supremo Tribunal Federal de prestigiar a sua atuação nos temas relacionados com o meio ambiente de trabalho, e também forma de concentrar no mesmo ramo do Poder Judiciário as decisões sobre litígios baseados nos mesmos fatos jurídicos (princípio da unidade de convicção), evitando-se, assim, decisões díspares oriundas de órgãos judiciais distintos.

Palavras-chave:

- ▶ Direito processual do trabalho — competência — ação regressiva acidentária.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
 - ▶ 1.1. A competência material da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45/2004: uma obra em construção pela sociedade de intérpretes da Constituição
 - ▶ 1.2. O problema da definição do ramo do Poder Judiciário competente para o julgamento das ações regressivas acidentárias: a delimitação da investigação
- ▶ 2. Ações regressivas previdenciárias: o problema da definição da competência jurisdicional
 - ▶ 2.1. A retrospectiva opção pela competência da Justiça comum e os precedentes do Supremo Tribunal Federal
 - ▶ 2.2. Da leitura exegética do art. 109 da Constituição e da opção pela competência da Justiça Federal
 - ▶ 2.3. A competência da Justiça do Trabalho para as ações regressivas acidentárias: homenagem ao princípio da unidade de convicção e ao esforço de se construir um tecido jurisdicional harmônico de proteção ao meio ambiente de trabalho

(*) Juiz do Trabalho da 21ª Região (RN). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor de Hermenêutica e Teoria da Argumentação Jurídica e de Direito Processual do Trabalho da UFRN. Membro do Instituto Brasileiro de Direito

Processual (IBDP). Autor, dentre outras publicações, de *A recente reforma no processo comum e os seus reflexos no direito judiciário do trabalho* (LTr, 3. ed. 2007); *Estudos de direito processual do trabalho* (LTr, 2009); e *Curso de processo do trabalho* (Org.) (LTr, 2009).

- ▶ 3. Considerações finais
- ▶ 4. Referências bibliográficas

Abstract:

- ▶ This article aims to analyze the problem of which branch of the Brazilian Judiciary jurisdiction is responsible for judging the “regressive accident actions” as provided by the article 120 of Federal Law 8.213/91. The interpretation and explanation about this theme, explored by the article 109, item I of the Brazilian Federal Constitution, concludes for the jurisdiction of the Labour Court, strong on the Supreme Court interpretation on esteeming its performance on issues about work place environment, and also focusing on the same branch of the Judiciary all the decisions on disputes based on the same legal facts (principle of unity of belief), avoiding different decisions from more than one court.

Resumen:

- ▶ El texto aborda el problema de definir la rama del Poder Judicial responsable para conocer y juzgar las “acciones regresivas de accidentes”, según lo previsto en el artículo 120 de la Ley Federal 8.213/91. El artículo 109, inciso I de la Constitución aborda los argumentos sobre el tema y concluye por la jurisdicción del Justicia de Trabajo, como és fuerte tendência del Tribunal Supremo para sancionar su desempeño en todos los temas relacionados con el ambiente de trabajo, y también como una forma de centrarse en la misma rama las decisiones judiciales sobre los conflictos acerca de los mismos hechos jurídicos (principio de la unidad de convicción), evitando así sentencias dispares de tribunales distintos.

Key-words:

- ▶ Labor procedural law — jurisdiction — regressive accident action.

Palabras-chave:

- ▶ Derecho procesal del trabajo — jurisdicción — acciones regresivas de accidentes.

Apenas o preconceito, característico da jurisprudência da Europa continental, de que o Direito é, por definição, apenas normas gerais, apenas a identificação errônea do Direito com as regras gerais do Direito estatutário e consuetudinário, poderiam obscurecer o fato de que a decisão judicial continua o processo criador de Direito, da esfera do geral e abstrata para a esfera do individual e concreto.

Hans Kelsen⁽¹⁾

(1) In: *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990. p. 136-7.

1. Introdução

1.1. A competência material da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45/2004: uma obra em construção pela sociedade de intérpretes da Constituição

O Direito Processual do Trabalho — e, por conseguinte, a Justiça do Trabalho — convive com uma particularidade umbilicalmente ligada a sua natureza de ramo especializado do Poder Judiciário da União: *a necessidade de conhecimento e delimitação de seu conteúdo competencial*.

Trata-se de um campo importante de estudo, pois sua ontológica posição no cenário da Justiça brasileira está jungida aos limites materiais de atuação.

Sucedendo que, a par da nossa complexa estrutura judiciária, *nem sempre delimitar esse terreno de atuação é matéria que dispensa investigação e polêmica*. Por outro lado, não é essa dificuldade um problema apenas da Justiça do Trabalho. Outros ramos do Poder Judiciário, não raro, se deparam com o mesmo desafio. Por isso, a quantidade de conflitos, positivos e negativos, de competência, que ocupam nossos tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

No caso particular da Justiça do Trabalho, os temas vinculados à definição de sua competência mereceram maior centralidade após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que, ao promover profunda alteração no art. 114 da Constituição Federal⁽²⁾, desencadeou *uma série de mudanças no perfil da Justiça do Trabalho, a meu ver robustecendo seu papel institucional e social*, na medida em que trouxe para os seus domínios uma gama de matérias de nítido cariz trabalhista (e fora do limitado binômio empregado-empregador),

(2) Art. 114 (CF). 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; II – as ações que envolvam exercício do direito de greve; III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

muitas delas que *estavam inexplicavelmente fora da jurisdição laboral brasileira*.

Compõem esse incremento competencial temas como: a) os litígios decorrentes do exercício do direito de greve, inclusive as *reparações civis* decorrentes de atos antissindicais ou outras práticas ilícitas levadas a cabo, por quaisquer dos atores sociais, relativamente aos movimentos grevistas, como também os chamados interditos proibitórios⁽³⁾; b) os *conflitos (inter e intra sindicais)*, inclusive no que toca a eleições sindicais e cobrança de contribuições sindicais⁽⁴⁾;

(3) Reconhecendo essa competência, aresto do Supremo Tribunal Federal: "CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JURISDICCIONAL. 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 579648, Rel. Acórdão: Min^a Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe-043 de 5.3.2009, com efeitos a partir de 6.3.2009). Mais adiante, o mesmo STF deliberou pela edição da Súmula Vinculante (SV) n. 23, de seguinte teor: "a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada."

(4) Indico, sobre esse tema, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: "Após a publicação da EC n. 45/2004, passaram a ser de competência da Justiça do Trabalho as ações de consignação em pagamento de contribuição sindical propostas pelo ora empregador contra diversos sindicatos que disputam a representação da categoria profissional. A modificação da regra prevista no art. 114, III, da CF/1988 tem efeito imediato e atinge o processo em curso, quanto mais se aceite que aquela nova competência não se limita às ações sobre representação sindical, mas sim, também, aos feitos intersindicais e processos que envolvam sindicatos e empregadores ou sindicatos e trabalhadores." (Superior

e c) demandas que envolvem a *atuação dos órgãos de fiscalização do trabalho*, açambarcando não somente as ações que pugnam pela suspensão de ordens de embargo a estabelecimento e anulatórias de autos de infração, como também as *execuções fiscais* das multas aplicadas contra os empregadores⁽⁵⁾.

Merece, no entanto, especial destaque a discussão — e posterior definição — do alcance da competência da Justiça do Trabalho

Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 700.080-RS, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 19.5.2005). DIREITO SINDICAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA E PECUÁRIA - CNA. EC N. 45/04. ART. 114, III, DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. Após a Emenda Constitucional n. 45/04, a Justiça do Trabalho passou a deter competência para processar e julgar não só as ações sobre representação sindical (externa — relativa à legitimidade sindical, e interna — relacionada à escolha dos dirigentes sindicais), como também os feitos intersindicais e os processos que envolvam sindicatos e empregadores ou sindicatos e trabalhadores. 2. As ações de cobrança de contribuição sindical propostas pelo sindicato, federação ou confederação respectiva contra o empregador, após a Emenda, devem ser processadas e julgadas pela Justiça Laboral. 3. Precedentes da Primeira Seção. 4. A regra de competência prevista no art. 114, III, da CF/88 produz efeitos imediatos, a partir da publicação da EC n. 45/04, atingindo os processos em curso, ressalvado o que já fora decidido sob a regra de competência anterior. 5. Diante da incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar o recurso após a publicação da EC n. 45/04, devem ser remetidos os autos ao TST. 6. Agravo de instrumento prejudicado." (Superior Tribunal de Justiça, AI n. 684622 – PR, Rel. Min. Castro Meira, DJU 30.06.2005)

- (5) Também neste ponto, aresto do Superior Tribunal de Justiça. "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 114, VII, DA CF/88, COM A REDAÇÃO DADA PELA EC N. 45/2004. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. Discute-se a competência para julgamento de ação de execução de multa imposta por órgão fiscalizador das relações de trabalho. 2. A Emenda Constitucional n. 45/2004, ao dar nova redação ao art. 114 da Carta Magna, aumentou de maneira expressiva a competência da Justiça Laboral, passando a estabelecer, no inciso VII do retrocitado dispositivo, que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar "as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho". 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 88ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP, o suscitante." (CC n. 64.793/SP, Relª Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 28.03.2007, DJ 30.04.2007, p. 263)

na seara das *ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho*.

Já é hoje de largo conhecimento da comunidade jurídico-trabalhista que o conteúdo do inciso VI, art. 114 da Constituição Federal recebeu do Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, uma interpretação retrospectiva, atrelada a uma tradição de se cometer toda a matéria acidentária à jurisdição comum, como parecia sugerir o art. 109, inciso I, da própria Carta da República.

Em 29 de junho de 2005, ao concluir a *histórica decisão* lavrada no Conflito de Competência n. 7.204-MG (Rel. Min. Ayres Britto), o STF afirmou que a competência para processar e julgar as demandas indenizatórias acidentárias é da Justiça do Trabalho⁽⁶⁾.

-
- (6) Eis a ementa da decisão: "CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-)EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária — haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa —, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC n. 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de

Mais adiante, esse *entendimento foi alargado* para, fazendo superar jurisprudência até mesmo sumulada do Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 366), fixar essa competência mesmo quando a ação for proposta por sucessores do acidentado⁽⁷⁾.

mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC n. 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito n. 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula n. 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho.” (CC n. 7.204, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 09.12.2005)

- (7) “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONSTITUCIONAL. JUÍZO ESTADUAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E TRIBUNAL SUPERIOR. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO. ART. 102, I, O, DA CB/88. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO PROPOSTA PELOS SUCESSORES DO EMPREGADO FALECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA LABORAL. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal dirimir o conflito de competência entre Juízo Estadual de primeira instância e Tribunal Superior, nos termos do disposto no art. 102, I, o, da Constituição do Brasil. Precedente [CC n. 7.027, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 1º.9.95]. 2. A competência para julgar ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, após a edição da EC n. 45/04, é da Justiça do Trabalho. Precedentes [CC n. 7.204, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 9.12.2005 e AgR-RE n. 509.352, Relator o Ministro Menezes Direito, DJ de 1º.8.2008]. 3. O ajuizamento da ação de indenização pelos sucessores não altera a competência da Justiça

Ao final, esse tema foi definitivamente estabilizado pela edição, por parte do mesmo STF, da *Súmula Vinculante n. 25*, assim redigida: “a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004.”

É fundamental perceber que esse ilustrativo rol de novas competências, longe de estar atualmente assentado na mera e literal leitura do art. 114 da Constituição, encontra-se em processo de *densificação pela voz da jurisprudência*, como demonstram as diversas referências e precedentes aqui indicados. É dizer: nos poucos anos que se seguiram à promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, houve um virtuoso processo jurisprudencial de densificação dos preceitos contidos naquele dispositivo constitucional, buscando prestigiar aspectos metodológicos que atualmente orientam a costura jurídica do tecido competencial da Justiça do Trabalho, e cujos traços mais importantes procurarei demonstrar mais adiante neste estudo.

Noutras palavras, e à guisa de introdução: *a competência material da Justiça do Trabalho é uma obra em construção* pela sociedade dos intérpretes da Constituição e da ordem jurídica, para utilizar uma expressão de Peter Häberle⁽⁸⁾.

especializada. A transferência do direito patrimonial em decorrência do óbito do empregado é irrelevante. Precedentes. [ED-RE n. 509.353, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 17.8.2007; ED-RE n. 482.797, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 27.6.2008 e ED-RE n. 541.755, Relator o Ministro César Peluso, DJ de 7.3.2008]. Conflito negativo de competência conhecido para declarar a competência da Justiça do Trabalho.” (CC n. 7.545, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 03.06.2009).

- (8) Cf.: HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

1.2. O problema da definição do ramo do Poder Judiciário competente para o julgamento das ações regressivas acidentárias: a delimitação da investigação

Nada obstante a estabilização da competência material da Justiça do Trabalho no que toca às ações indenizatórias acidentárias propostas pelos trabalhadores e/ou seus sucessores, é preciso considerar que a literatura especializada⁽⁹⁾ e a jurisprudência *ainda não construíram consenso em torno da definição do ramo do Poder Judiciário competente para conhecer e julgar as ações regressivas acidentárias* de que trata o art. 120 da Lei n. 8.213/1991, que diz: “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.”

E, por suposto, se trata de uma *questão de grande relevância jurídica e social*, não somente porque a insegurança relativamente ao aspecto competencial causa dúvida ao jurisdicionado e potencial morosidade na marcha processual (em razão das discussões meramente formais em torno do tema), mas principalmente porque as ações regressivas previdenciárias — em que pese o comando legal existente desde 1991 — ainda estão em seus *primeiros momentos de concreta propositura*, trazendo consigo uma possibilidade de contribuir para uma atuação pedagógica do Estado na redução efetiva dos

superlativos números de acidentes do trabalho no Brasil⁽¹⁰⁾.

Para que tenhamos ideia da dimensão do problema, não é demais trazer à baila os dados do *Anuário Estatístico da Previdência Social* de 2009, que aponta o registro de 723.452 acidentes de trabalho no ano de 2009, sendo 2.496 óbitos no trabalho e 13.047 situações de incapacitação permanente para o labor. Isso representa preocupantes 83 acidentes a cada hora, e uma morte — por acidente no trabalho — a cada 3,5 horas de jornada laboral⁽¹¹⁾.

(9) Sobre esse tema, consultar: CHAVES, Luciano Athayde. *Estudos de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 79, nota 6; BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Acidente do trabalho: competência para o julgamento da ação regressiva, decorrente de culpa do empregador. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 74, n. 5, p. 553-559, maio 2010; MACIEL, Fernando. *Ações regressivas acidentárias*. São Paulo: LTr, 2010; e MARTINEZ, Wladimir Novaes. Ação regressiva do INSS contra as empresas que causaram acidentes do trabalho. In: *Revista LTr*, n. 75, v. 2, 2011, p. 141 e ss; OLIVEIRA, Júlio César de. *Ação regressiva proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social face às empresas*. São Paulo: Conceito, 2011.

(10) De acordo com o Anuário Brasileiro de Proteção (2010. p. 84), as estatísticas sobre acidente do trabalho no Brasil revelam, para o ano de 2007, um número de 359,16 acidentes de trabalho para cada grupo de 100.000 trabalhadores, sendo a taxa de acidentes com óbito em torno de 76,8 para cada grupo de 10.000 trabalhadores, ocupando o Brasil a posição de número 58 no *ranking* dos sinistros com morte no ambiente de trabalho (disponível em: <<http://www.segurancanotrabalho.eng.br/estatisticas/estacidmundo.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2011). Sobre o tema, consultar, ainda, interessantíssima publicação do Ministério do Trabalho e da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego do Rio Grande do Sul, com o título *Análises de acidentes do trabalho fatais no Rio Grande do Sul: a experiência da seção de segurança e saúde do trabalhador*. Trata-se de peculiar e rico relatório estatístico dos acidentes naquele Estado da Federação, mas que também conta com a descrição e a análise de diversos casos concretos (inclusive com iconografia de qualidade relativamente aos ambientes de trabalho onde ocorreram os acidentes).

(11) Do *Anuário*, cito, ainda, a seguinte passagem, que apresenta dados adicionais: “Durante o ano de 2009, foram registrados no INSS cerca de 723,5 mil acidentes do trabalho. Comparado com 2008, o número de acidentes de trabalho teve queda de 4,3%. O total de acidentes registrados com CAT diminuiu em 4,1% de 2008 para 2009. Do total de acidentes registrados com CAT, os acidentes típicos representaram 79,7%; os de trajeto 16,9% e as doenças do trabalho 3,3%. As pessoas do sexo masculino participaram com 77,1% e as pessoas do sexo feminino 22,9% nos acidentes típicos; 65,3% e 34,7% nos de trajeto; e 58,4% e 41,6% nas doenças do trabalho. Nos acidentes típicos e nos de trajeto, a faixa etária decenal com maior incidência de acidentes foi a constituída por pessoas de 20 a 29 anos com, respectivamente, 34,7% e 37,8% do total de acidentes registrados. Nas doenças de trabalho a faixa de maior incidência foi a de 30 a 39 anos, com 33,9% do total de acidentes registrados.” (Disponível em: <www.previdencia.gov.br> Acesso em: 30 abr. 2010).

Em relação aos ramos da atividade econômica mais representativos desses números, a construção civil⁽¹²⁾ e o setor de transporte respondem juntos por aproximadamente 32% da taxa de mortalidade no ambiente de trabalho e 18% das situações laborais de incapacitação permanente para o trabalho.

Esse quadro ainda precisa ser complementado com os custos gerados pelos acidentes. Naquele mesmo ano de 2009, o Instituto Nacional do Seguro Social gastou R\$ 14,2 bilhões em benefícios relacionados com os acidentes de trabalho (auxílio-doença acidentário e aposentadorias especiais decorrentes das condições ambientais do trabalho). A se considerar os custos indiretos dessas situações (assistência médica, quebra de produção, entre outros), esse custo pode atingir R\$ 56,8 bilhões, ou 1,8% do Produto Interno Bruto.

A par das estatísticas e do empírico quadro que ora se vê perante a Justiça do Trabalho sobre esse tema, é razoável afirmar a importância de se *dar concretude a todas as ferramentas disponíveis na ordem jurídica para a construção de um meio ambiente de trabalho hígido e harmônico*, pelo menos o tanto quanto possível.

Nesse contexto, a restituição do que perdido pela Seguridade Social, a título de benefício previdenciário decorrente de acidente, quando presente a culpa do empregador, pode se constituir em meio auxiliar para aquele desiderato, em que pese ser esta restituição, por si só, motivo de polêmica (cf. MARTINEZ, 2011, *passim*), aspecto que não será aprofundado aqui, em razão dos objetivos que estão por ser delineados.

Trata-se, por outro lado, de avançar ainda mais no nosso sistema de proteção ao trabalho, máxime quando a valorização deste constitui

(12) Sobre os sinistros na construção civil, sugiro ao leitor consulta à pesquisa teórica e empírica realizada por Edwar Abreu Gonçalves [*O acidente de trabalho fatal na indústria da construção civil* (Grande Natal: 1990-1999). Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2002. 97 p.].

um dos objetivos da República, nos termos do art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal.

Sublinho, de logo, que nosso sistema possui, pelo menos do ponto de vista normativo, significativos méritos, se considerarmos apenas as ferramentas de prevenção e de reparação aos sinistros laborais e, em contraste, uma observação de Direito Comparado.

Recentemente, tive a oportunidade de fazer uma visita de intercâmbio a tribunais do trabalho em Lisboa⁽¹³⁾, Portugal, cujo sistema de reparação ao acidente de trabalho está totalmente jungido ao que definido na apólice do seguro privado que o empregador é obrigado a contratar em favor dos seus empregados, sequer se cogitando do que previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, inciso XXVIII, onde é assegurado ao trabalhador “um seguro de acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado quando ocorrer em dolo ou culpa”⁽¹⁴⁾.

(13) Essa visita foi proporcionada na programação do 6º Congresso Internacional da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), com o apoio do Centro de Estudos Judiciários de Portugal (CEJ). Na oportunidade, os Magistrados Judiciais portugueses em atuação no Tribunal do Trabalho de Lisboa (órgão de Primeira Instância) explicaram que os casos envolvendo acidentes de trabalho respondem por, aproximadamente, 70% (setenta por cento) de todo movimento processual; e compreendem vários momentos de cognição e decisão, a começar por uma atuação administrativa, conduzida por um Magistrado do Ministério Público, em atuação perante o Tribunal do Trabalho; seguida pela Junta Médica, presidida pelo Magistrado Judicial, a quem também compete conduzir o processo para apuração da natureza do acidente, tendo no polo passivo, de regra, a seguradora.

(14) Sobre o tema, lembra Martinez que, desde 1919 e o Decreto Legislativo n. 3.274 (antes mesma da Lei Eloy Chaves e a criação, portanto, da previdência social), foram as empresas obrigadas a contratar um seguro privado de acidentes de trabalho [modelo adotado, até os dias atuais por Portugal, por exemplo]. A partir de 1967, a contratação obrigatória do seguro contra acidentes de trabalho passou a ser monopólio da autarquia federal. (MARTINEZ, 2011. p. 143). Ainda é relevante sublinhar, como anotou Sebastião Geraldo de Oliveira (*Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2008. p. 355),

O presente estudo tem por objetivo, pois, *investigar e expor argumentos jurídicos aptos a demonstrar que a Justiça do Trabalho é de lege lata o ramo do Judiciário da União competente para conhecer de praticamente todas as causas atinentes ao meio ambiente de trabalho*, inclusive quanto ao acidente do trabalho, sendo possível afirmar-se, desde logo, a hipótese de que também é dela a *competência para conhecer, processar e julgar as ações regressivas acidentárias*.

2. Ações regressivas previdenciárias: o problema da definição da competência jurisdicional

2.1. A retrospectiva opção pela competência da Justiça comum e os precedentes do Supremo Tribunal Federal

O tema da competência para o processamento das ações regressivas previdenciárias tem comportado *diversas e conflitantes interpretações* (inclusive no panorama dos tribunais), que vão desde a afirmação da competência da Justiça Comum Estadual, até se cogitar da competência da Justiça Federal ordinária e, também, da Justiça do Trabalho.

Trata-se, pois, daqueles temas processuais que, aparentemente, repousam numa zona gris, *onde diversas argumentações encontram algum respaldo lógico-formal*.

Nesses casos, parece-me fundamental sempre ter presente, como ponto de partida, a possibilidade de construção de uma argumentação processual mais complexa, que leve em conta não somente os aspectos dogmáticos e legais, mas também — quicá principalmente — *os vetores metodológicos contemporâneos para tratar de questões relacionadas com a harmonia e a correção funcional do Poder Judiciário*, em especial aspectos como o acesso à justiça, a economia processual e a *unidade de convicção*

que, quando da vigência do Decreto n. 24.637/1934, mais precisamente seu art. 12, estava estabelecido que a contratação do seguro exonerava o empregador de qualquer outra indenização de direito comum.

(evitando-se a possibilidade de decisões conflitantes), este último aspecto umbilicalmente vinculado à ideia de segurança jurídica.

A partir da redação do art. 109, I, da Constituição Federal, *firmou-se uma primeira leitura pela competência da Justiça Estadual*:

Art. 109. Aos juizes 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*. (grifei)

(...)

Isso porque a exclusão dos *acidentes de trabalho* nas causas de competência da Justiça Federal aponta a tradição do nosso sistema jurídico-constitucional de atribuir à Justiça Estadual Comum o exame das causas de acidente de trabalho, ainda que presente a União Federal no polo processual.

Essa tradição se deve a uma consideração prática (e histórica) de maior capilaridade da Justiça dos Estados no cenário territorial brasileiro, sem falar de outras considerações de ordem política que orientaram a elaboração das Constituições brasileiras desde 1946, quando a Justiça do Trabalho foi integrada ao Poder Judiciário da União, considerações essas adequadamente delineadas por Sebastião Geraldo de Oliveira, em obra referência sobre o tema das indenizações decorrentes de acidente de trabalho ou doenças ocupacionais (2008, p. 355 e ss.).

Reforça essa tradição constitucional a disposição infraconstitucional consubstanciada no § 2º do art. 643 da Consolidação das Leis do Trabalho: “as questões referentes a acidentes de trabalho continuam sujeitas à justiça ordinária, na forma do Decreto n. 24.637, de 10 de julho de 1934, e legislação subsequente.”

Aqui, é fundamental destacar dois aspectos. O primeiro diz respeito ao decréscimo acentuado do exercício dessa competência

pela Justiça Estadual, máxime a partir da modificação do modelo de reparação adotado pela Seguridade Social nos casos de acidentes de trabalho: transitou-se da indenização para a concessão de benefício de prestação continuada (auxílio-doença acidentário), que ostenta pouca diferença para o próprio auxílio-doença. Essa mudança tem reduzido o número de processos sobre o tema.

O segundo aspecto a ser sublinhado é que a regra excludente de competência de que trata o art. 109, I, da Constituição, quando muito, acaba por afirmar e submeter à Justiça Comum Estadual as causas, envolvendo o segurado (trabalhador acidentado, ou seus dependentes ou sucessores) e a autarquia previdenciária federal, mais especificamente o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS.

Disso cuida a *Súmula n. 501 do Supremo Tribunal Federal*: “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.”⁽¹⁵⁾

Não é demais destacar que esse entendimento sumular tem sido observado pelo STF, como indica o seguinte precedente:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR A CAUSA. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 501 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (AI 722821 AgR, Rel^a Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe-223 26.11.2009, com efeitos a partir de 27.11.2009).

(15) No mesmo sentido, a jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho.” (STJ, Súmula n. 15, Corte Especial, DJ 14.11.1990)

Ainda que comungue da ideia — alimentada no campo da lacuna aparente ou imprópria, e, portanto, de colmatação *de lege ferenda* — de que as condições atuais dessa matéria não mais recomendem a subsistência desse particular deslocamento de matéria federal para a Justiça dos Estados, bem como não desconheça interpretação, de densidade histórico-evolutiva, que afirma a competência da Justiça do Trabalho mesmo para essas causas⁽¹⁶⁾, o certo é que *se trata de competência específica para dirimir conflitos entre o segurado e a autarquia previdenciária*, tendo como pano de fundo o objetivo dever de oferecer uma prestação previdenciária decorrente de um acidente.

Essa atribuição não cogita, por exemplo, o exame da hipótese a que alude a parte final do art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, que envolve a possível conduta culposa *lato sensu* do empregador, mas apenas da relação obrigacional de natureza previdenciária entre o segurado e a autarquia previdenciária federal.

Nada obstante, a competência da Justiça Comum para *também conhecer das ações regressivas já mereceu pronunciamento do Supremo Tribunal Federal*, como se observa do seguinte precedente:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO ACIDENTÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 501 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea *a*, da Constituição da República, contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “EMENTA: PREVIDENCIÁRIO — ACIDENTE DO TRABALHO — AÇÃO REGRESSIVA — INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. 1. A matéria objeto de discussão

(16) Cf., por todos, OLIVEIRA, 2008, p. 356 e ss.

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” (fl. 222).

2. O Recorrente alega que o Tribunal *a quo* teria contrariado o art. 109, inc. I, da Constituição da República. Sustenta que “forçoso aplicar ao caso a regra geral do art. 109, I, CF: será competente a Justiça Federal, pois sucede a participação de autarquia federal na condição de autora” (fl. 228).

Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO.

3. Razão de direito não assiste ao Recorrente.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, “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” (RE 478.472-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJE 1º.6.2007). E: “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. ART. 109, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. 1. As ações acidentárias têm como foro competente a Justiça comum, a teor do disposto no art. 109, I da Constituição Federal, que as excluiu da competência da Justiça Federal. 2. *Reajuste de benefício acidentário*. Competência da Justiça estadual não elidida. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 204.204, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 4.5.2001). 5. Dessa orientação jurisprudencial não divergiu o acórdão recorrido. 6. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557,

caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 3 de junho de 2009. Relª Minª Cármen Lúcia (RE 540970, publicado em DJE-110 15.6.2009, com efeitos a partir de 16.6.2009). (grifei)

Essa decisão monocrática foi hostilizada por meio de agravo regimental, que foi desprovido pela Eg. Primeira Turma do STF, em julgado com a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR A CAUSA. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 501 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (RE n. 540.970 AgR, Relª Minª Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 20.10.2009, DJE-218 de 19.11.2009, com efeitos a partir de 20.11.2009).

Vejam os outros precedentes monocráticos, também da relatoria da Min. Cármen Lúcia, sobre o mesmo tema:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ACIDENTÁRIA: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. SÚMULA N. 501 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÃO RECORRIDA EM DESARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO PROVIDO.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base na alínea *a* do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra decisão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que julgou agravo regimental em agravo de instrumento, nos termos seguintes: “AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INSS. RESSARCIMENTO. 1. Tratando-se de ação indenizatória decorrente de relação de trabalho, na qual a autarquia previdenciária busca o ressarcimento

pelos gastos com os benefícios acidentários concedidos a dependente de empregado da Agravada (pensão por morte acidentária), a competência para processar e julgar é da Justiça do Trabalho, conforme dispõe o art. 114, IX, da CF, com sua redação dada pela Emenda n. 45/2004. 2. Agravo Interno conhecido, mas desprovido” (fl. 155).

2. O Recorrente alega que o Tribunal *a quo* teria contrariado os arts. 109, inc. I, e 114, inc. I, VI e IX, da Constituição. Argumenta que: “a competência para processar e julgar as ações regressivas com base no art. 120 da Lei n. 8.213/91 é da Justiça Federal comum. Não se trata de litígio que envolva relação de trabalho ou descumprimento de normas trabalhistas de segurança, uma vez que a demanda versa tão somente em torno da responsabilidade civil entre a sociedade empregadora e o INSS. Os efeitos educadores em relação ao empregador são reflexos da condenação, não se dirimindo na presente demanda normas de segurança e punição do empregador. Não está sendo aplicada multa pela Delegacia do Trabalho, mas tão somente o ressarcimento ao INSS dos valores pagos pelo benefício concedido em razão da atitude negligente do ora recorrido. O art. 114, I, VI e IX, da CF/88, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, exigem que a questão seja oriunda de uma relação de trabalho. Uma vez que o ressarcimento que se pretende não decorre da relação de trabalho, como exigem os dispositivos constitucionais, mas sim de uma relação jurídica institucional existente entre o INSS e a empresa culpada pelo acidente, relação esta que nasce diretamente da lei previdenciária, resta afastada a competência da Justiça do Trabalho. A autarquia pretende ver-se ressarcida do dano decorrente de ato ilícito, do qual se originou a concessão do benefício paga ao beneficiário. Repita-se: o foco não é a relação de trabalho em si, posto que o INSS não forma nenhum vínculo de emprego ou qualquer tipo de trabalho com as partes. Não se busca qualquer tipo de indenização de origem trabalhista, nem se busca questionar normas trabalhistas de segurança, mas tão somente obter o ressarcimento

dos gastos efetuados com o benefício concedido” (fls. 161).

Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

3. Razão jurídica assiste ao Recorrente. O Desembargador Federal Relator afirmou: “Como já esclarecido na decisão agravada, ainda que a ação originária não tenha por objeto uma relação de trabalho em si, a causa remota de pedir no presente caso é o acidente de trabalho que gerou o pagamento dos benefícios acidentários que o agravante pretende reaver. Com efeito, tratando-se de ação indenizatória decorrente de relação de trabalho, como ocorre no caso dos autos, na qual a autarquia previdenciária busca o ressarcimento pelos gastos com os benefícios acidentários concedidos a dependente de empregado da Agravada (pensão por morte acidentária), a competência para processar e julgar é da Justiça de Trabalho, conforme dispõe o art. 114, IX, da CF, com sua redação dada pela Emenda n. 45/2004” (fl. 152). Conforme se verifica, a decisão recorrida está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assentou a competência da Justiça comum para julgar ações acidentárias. *Incide na espécie a Súmula n. 501 deste Supremo Tribunal*. Nesse sentido: “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, *competete 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” (RE 478.472-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe 1º.6.2007 — grifei). 4. Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º,

do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 22 de dezembro de 2010. Ministra Cármen Lúcia, Relatora (RE n. 630.322, publicado em DJe-031 de 15.2.2011, com efeitos a partir de 16.2.2011).⁽¹⁷⁾

Como se pode observar, esses pronunciamentos — embora ainda não representem jurisprudência dominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal — *firmam interpretação retrospectiva e extensiva*, simultaneamente, ao que já consolidado naquele Tribunal no Verbete Sumular n. 501, sem qualquer imersão no tema acidentário como se visualiza hoje na literatura especializada, e sem tomar em conta o conteúdo da paradigmática decisão do mesmo STF no Conflito de Competência n. 7.204-MG.

Demais disso, o precedente acaba *por equiparar a ação regressiva* (de natureza ressarcitória) *com a ação do segurado em face do Instituto Nacional do Seguro Social*, de natureza previdenciária. *E essa conexão não é exatamente plausível*, se considerarmos a própria evolução na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema acidentário, notadamente à posição firmada a partir do Conflito de Competência n. 7.204-MG, quando restou reconhecida a competência da Justiça do Trabalho para as ações indenizatórias acidentárias (fundadas em direito comum), inclusive aquelas propostas por pessoa distinta do trabalhador, com base no chamado *dano em ricochete*.

A par desses argumentos, *não me parece razoável a tese esposada nos precedentes oriundos dos órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal*, a concluir pela competência da Justiça Comum Estadual, até mesmo porque essa conclusão se distancia da atual tendência verificada naquela Suprema Corte quanto ao problema da resolução harmônica das questões ambientais perante a Justiça do Trabalho, contexto de que não se distancia a ação regressiva acidentária.

(17) É de assinalar que essa decisão ainda não obteve trânsito em julgado, em razão de interposição de agravo regimental pela União Federal, por meio da Procuradoria-Geral Federal (cf. <www.stf.jus.br>).

Afora isso, *tal conclusão também não equaliza o problema da grave lesão à ideia de harmonia judiciária*, baseada na distribuição da competência em ordem a que não tenha a sociedade o dissabor de experimentar, relativamente a uma mesma situação jurídica, decisões discrepantes e antagônicas, como pode suceder a prevalecer aquele entendimento plasmado nos precedentes citados.

2.2. Da leitura exegética do art. 109 da Constituição e da opção pela competência da Justiça Federal

O entendimento de que a competência para conhecer das ações regressivas acidentárias é da Justiça Federal parte de, pelo menos, *duas premissas basilares*: a) a ação regressiva não representa ação envolvendo acidente de trabalho, mas apenas uma pretensão ressarcitória da União em face do responsável pelo acidente e, por conseguinte, pelas despesas levadas a efeito pela Seguridade Social, pelo que estaria descartada a competência da Justiça Comum, já que o segurado-acidentado não é o interessado na causa; b) tratando-se de interesse direto da União e de uma de suas autarquias (o Instituto Nacional do Seguro Social), prevalece a regra geral de competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição da República.

Esse é o entendimento, por exemplo, da Advocacia-Geral da União, como se vê do documento intitulado *Atuação nas ações regressivas acidentárias* (2009), que afirma: “a Justiça Federal da Subseção do foro do domicílio do réu é competente para processar e julgar a ação regressiva acidentária (art. 109, § 1º, da Constituição da República c/c art. 7º da OIC n. 01/09).”⁽¹⁸⁾

(18) Notícia divulgada em abril de 2011 pela assessoria de imprensa da Advocacia-Geral da União dá conta de condenação de empresa, pela 4ª Vara Federal de Natal, Rio Grande do Norte, nos autos de ação regressiva acidentária, por meio da qual a União pugnou pelo ressarcimento daquilo que despendido pelo INSS a título de auxílio-doença acidentário. “De acordo com o Relatório de Investigação de Acidente de Trabalho,

No mesmo sentido é o magistério de Wladimir Novaes Martinez que, em estudo específico sobre o tema, sustenta: a) nas ações regressivas, “não há qualquer conflito entre empregado e empresa, não se justificando a presença da Justiça do Trabalho”; b) “ainda que a ação seja tida como indenizatória, admitida ‘ad argumentandum tantum’, a inequívoca presença da União, representada pelo INSS, arreda de plano a competência da Justiça Estadual”; e c) “diante da maior experiência da Justiça Federal em matéria de prestações previdenciárias, parece indicado que deva ser a Justiça Federal a competente para esses conflitos” (2011, p. 141)⁽¹⁹⁾.

Essa solução também parece a acertada para Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Dispõe o art. 120 da Lei n. 8.213/91 que, em caso de acidente de trabalho causado por negligência do responsável pelo cumprimento das normas de segurança e saúde no trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva dos segurados, a Previdência Social ajuizará ação regressiva contra este

feito pela Delegacia Regional do Trabalho, na situação do acidente existiam fatores de risco que contribuíram para ele, como defeitos mecânicos da máquina. Segundo o relatório, não havia manutenção preventiva no equipamento e o uso da empilhadeira não era controlado. Além disso, esse não foi o primeiro acidente de trabalho por conta do uso irregular de empilhadeiras por funcionários não habilitados na empresa”, afirma o relato da decisão (Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 26 de abr. 2011). Outra notícia divulgada pela AGU destaca que, no dia 28 de abril de 2011, quando se comemora o “dia nacional de combate aos acidentes de trabalho”, instituído pela Procuradoria-Geral Federal, 163 ações regressivas foram ajuizadas [por suposto, digo eu, na Justiça Federal, em harmonia com as orientações da cartilha da AGU a respeito do tema]. Finaliza a notícia, destacando que “durante o ano de 2010, foram ajuizadas 384 ações e em 2009, 488. No total, a PGF já ajuizou aproximadamente 1.250 ações regressivas acidentárias, gerando expectativa de ressarcimento maior do que R\$ 200 milhões” (Disponível em: <www.agu.gov.br> Acesso em: 30 abr. 2011).

(19) Conferir, ainda, a posição convergente de OLIVEIRA, 2011, p. 88 e ss.

(Regulamento, art. 341), não se eximindo o empregador da sua responsabilidade civil pelo fato de ter a Previdência pago prestações decorrentes da incapacidade gerada pelo acidente de trabalho (Regulamento, art. 342). *O foro competente é a Justiça Federal, nos termos do art. 109 da Constituição, já que não se trata da ação em que segurado ou beneficiário postula benefício acidentário* (Manual de direito previdenciário. 8. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 465) (grifos acrescidos).

Os argumentos lançados em prol da competência da Justiça Federal guardam, sem dúvida, certa coerência de argumentação jurídica, mas — num exame metodologicamente mais acurado, apoiado na apuração complexa e atual do panorama competencial atual — *sua conclusão não se mostra robusta diante de outros argumentos que lhes são contrários*.

A regra positiva constante no art. 109, I, da Constituição Federal, por si só, *não pode ser elemento conclusivo para a competência da Justiça Federal em matéria de ações regressivas acidentárias*.

Ora, *a presença da União em um dos polos da ação não traduz um necessário deslocamento de qualquer demanda para a Justiça Federal. A própria ação do segurado contra a Previdência Social corre, como vimos, na Justiça Estadual*.

Mesmo na Justiça do Trabalho, em matéria de cobrança das contribuições sociais e de tributos federais, observa-se a presença da União Federal, por expressa determinação do art. 16, § 3º, II, da Lei n. 11.457/2007⁽²⁰⁾. Logo, *não se trata, para todos os casos, de uma automática determinação de competência ex ratione personae*.

É dizer: *conquanto presente uma regra geral de competência em razão da presença da União*

(20) Sobre os detalhes da representação da União por meio dos órgãos da Advocacia-Geral da União (inclusive meios de intimação) nos feitos atinentes a contribuições sociais e tributos perante a Justiça do Trabalho, ver CHAVES, 2009, p. 88 e ss.

Federal (art. 109, CF), essa mesma regra respira em conforto e harmonia com outras hipóteses em que a presença da União também se dá em outros ramos do Poder Judiciário, seja por força de expressa dicção legal, seja pela regra de exclusão prevista no inciso I do art. 109, assegurando-se, materialmente, *a competência de outros ramos do Poder Judiciário, ainda que a União tenha que intervir nesses feitos*, como autora, assistente ou ré.

Aliás, esse método foi utilizado pelo próprio STF, na multimencionada decisão proferida no CC n. 7.204-MG, ao firmar a competência da Justiça do Trabalho para as causas de indenizações acidentárias, em detrimento de uma primeira avaliação em favor da Justiça Comum Estadual. Prevaleceu o entendimento de que havia que se divisar o que era litígio do segurado em face da autarquia previdenciária daquilo que é a pretensão indenizatória — ainda que fundada no mesmo acidente de trabalho — entre o trabalhador, seus sucessores, herdeiros ou familiares (estes também pelo dano moral próprio em ricochete) em face do empregador.

Outro argumento também merece reparo: a ausência do empregador no polo passivo da demanda, aspecto que seria bastante para afastar a competência da Justiça do Trabalho.

Também aqui *se olvida o atual perfil da Justiça Especializada*. Após a Emenda Constitucional n. 45/2004, não somente foi reiterada a competência para a cobrança das contribuições sociais decorrentes de suas decisões (art. 114, VIII, CF), como também *foram agregadas outras que implicam a presença da União Federal* em um dos polos da demanda. Refiro-me, em especial, àquela atribuição inscrita no inciso VII do art. 114 da Constituição, que trata das ações envolvendo a *fiscalização do trabalho*, que é federal. Causas como a *execução fiscal* para a cobrança de penalidades (onde a União é a autora), a ação ordinária de *anulação de auto infracional* (onde a União é ré), o mandado de segurança em face de autoridades federais que atuam perante os órgãos de fiscalização do

trabalho, dentre outras, constituem empíricas demonstrações de que o novo perfil da Justiça do Trabalho não mais reproduz a clássica visão de que sua competência está jungida às causas nas quais figuram, nos seus polos, empregado e empregador⁽²¹⁾.

Por derradeiro, também me parece frágil o argumento de que é recomendável que as ações regressivas acidentárias sejam examinadas pela Justiça Federal, dada a sua maior experiência em temas previdenciários.

A um, porque *a Justiça do Trabalho, desde a Emenda n. 20, de 1988, exerce competência em matéria previdenciária, inclusive examinando incidências de exação de contribuições federais, atribuição, como já assinalado, hoje assentada no inciso VIII, da Constituição Federal. Essa competência foi reforçada por diversos dispositivos da Lei n. 11.457/2007*⁽²²⁾, que instituiu a Receita Federal do Brasil, e dispôs, em várias passagens, sobre a atuação da Justiça do Trabalho.

A dois, porque a ação regressiva acidentária tem como questão de maior relevo as *circunstâncias do acidente de trabalho*, em ordem a aferir concorrência culposa ou dolosa do empregador ou tomador de serviços no sinistro, hipótese em que o art. 120 da Lei n. 8.213/1991⁽²³⁾

(21) Não é demais lembrar que o inciso I do art. 114 já não mais menciona o “empregador” (como fazia a redação original), assentando que a “relação de trabalho”, de caráter mais amplo, ocupou o lugar da relação de emprego.

(22) Essa previsão superveniente de competência para a Justiça do Trabalho está amparada pelo inciso IX do art. 114 da Constituição Federal, norma em branco que admite sejam agregadas outras atribuições à jurisdição trabalhista mediante lei federal.

(23) A redação do art. 120 da Lei n. 8.213/1991 cogita da responsabilidade de ressarcimento pela empresa em caso de “negligência”, modalidade leve da culpa. Contudo, uma interpretação apropriada da regra conduz à conclusão de que a obrigação de ressarcir está presente em qualquer hipótese de culpa ou dolo: se a obrigação já nasce na culpa *stricto sensu* (modalidade negligência), o que dizer se a empresa agiu com dolo? *A fortiori*, nessas hipóteses de culpa mais grave, delineada até por atos intencionais, subsistirá a obrigação de ressarcir.

autoriza a tutela ressarcitória, forte na premissa de que não deve a sociedade, em que pese o publicismo do Seguro contra Acidentes de Trabalho (SAT), suportar os custos dos benefícios pagos ao acidentado ou a sua família (em caso de óbito ou sequelas graves geradoras de incapacitação, por exemplo), quando não observadas as cautelas legais necessárias atinentes à proteção e higidez do meio ambiente de trabalho.

Não é demais lembrar que essa *obrigação da empresa de proteger o espaço onde o trabalho é desenvolvido decorre de expressa disposição legal*. Refiro-me ao art. 157, inciso I, da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece caber às empresas “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho”. E essa norma, de caráter infraconstitucional, conecta-se a preceito fundamental encaixado no art. 7º, inciso XXII da Constituição, que dispõe ser direito um direito social à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Logo, tenho para mim que, a rigor, essa questão da tutela ressarcitória acidentária *diz muito mais com a ordem jurídico-trabalhista do que propriamente com o universo meramente previdenciário*.

É preciso considerar a proteção do meio ambiente do trabalho como um sistema e, como veremos a seguir, contribui muito mais com o reforço desse sistema a competência da Justiça do Trabalho para examinar e decidir sobre as pretensões deduzidas nas ações regressivas acidentárias.

2.3. A competência da Justiça do Trabalho para as ações regressivas acidentárias: homenagem ao princípio da unidade de convicção e ao esforço de se construir um tecido jurisdicional harmônico de proteção ao meio ambiente de trabalho

As razões e argumentos já lançados até aqui delineiam a robustez da tese que assegura a

competência da Justiça do Trabalho para as ações regressivas acidentárias.

Por primeiro, *é de se afastar a premissa de que o art. 109, inciso I, da Constituição Federal seja óbice para essa atribuição da Justiça Especializada*.

Como procurei expor, a referência às causas acidentárias quando muito se limita a assentar a competência da Justiça Comum Estadual para as demandas propostas pelos segurados, competência essa que segue apenas (e penso que de forma residual) uma tradição constitucional brasileira.

Por outro lado, a presença da União não implica necessário deslocamento da matéria para a Justiça Federal, pois há aspectos da competência da Justiça do Trabalho, em especial após a Emenda Constitucional n. 45/2004, que importam na presença dos órgãos da Advocacia-Geral da União em processos sob o império da Justiça do Trabalho. Assim, *não se trata de afirmação de competência em razão da pessoa*.

E mais: a competência geral da Justiça Federal observa, pela própria dicção do art. 109, I, da Constituição, a exclusão daquelas causas subsumidas à Justiça do Trabalho.

Assim, *a solução do problema da competência não passa pela elementar leitura do art. 109 da Constituição, mas por um exame mais complexo do tema, compreendendo: a) a análise da evolução do tema acidentário na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial após a paradigmática decisão proferida no CC n. 7.204-MG; b) o exame da substância da pretensão deduzida nas ações regressivas acidentárias; e c) a força metodológica da harmonia da jurisdição e da unidade de convicção*, parâmetro que, nos *hard cases*, envolvendo divergências competenciais, tem sido largamente *utilizado pela Suprema Corte*.

O exame da jurisprudência do STF revela como o Tribunal vem prestigiando progressivamente a atribuição da Justiça do Trabalho

em matérias relacionadas com a *proteção ao meio ambiente de trabalho*.

Exemplo eloquente desse diagnóstico evolutivo é a *Súmula n. 736*, do STF, assim redigida: “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.”

Apesar de ser até mesmo intuitivo que essa matéria — que encontra seu repouso normativo na Consolidação das Leis do Trabalho e leis trabalhistas extravagantes — seja própria da jurisdição laboral, a *fixação definitiva dessa premissa competencial foi de grande relevo para catapultar as ações coletivas* de caráter obrigacional inibitórias e cominatórias, colimando a higidez do meio ambiente de trabalho.

Desde a Emenda Constitucional n. 45/2004, no entanto, o tema da competência em matéria acidentária tem ganhado novos ventos, e *na direção da Justiça do Trabalho*, com importantes pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, no que se refere ao alcance do art. 114 da Constituição da República.

Refiro-me, em especial, ao deliberado pelo Plenário no Conflito de Competência n. 7.204-MG, cuja ementa permita-me o leitor novamente reproduzir, dada a sua histórica e paradigmática importância:

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-)EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. Numa primeira

interpretação *do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro*, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. *Revisando a matéria*, porém, o *Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho*. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira *interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores*. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária — haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa —, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC n. 45/2004. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC n. 45/2004, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os

jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito n. 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula n. 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho (CC n. 7.204, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29.6.2005, DJ 9.12.2005). (grifos acrescentados)

A própria ementa da decisão já aponta a importante mudança de orientação da Corte Suprema, inclusive reconhecendo que a jurisprudência até então se firmara de *forma retrospectiva*. É dizer: observando-se os precedentes que não enfocavam apropriadamente a questão da indenização acidentária como expressão da competência própria da Justiça do Trabalho, aspecto apenas reforçado pelo novo art. 114 da Constituição, ao aludir a sua competência para conhecer e julgar os pedidos de danos morais e materiais, ainda que envolvam a aplicação do direito comum, que também é fonte do intérprete na Justiça Especializada, como determina o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho⁽²⁴⁾.

Mais importante ainda é perceber do inteiro teor da decisão que o STF prestigiou o princípio da *unidade de convicção*, pois a Justiça do Trabalho já examina praticamente todas as questões ambientais do trabalho, quadro que pretendo aprofundar mais adiante.

Logo, *para não dispor o Estado-Juiz de modo distinto sobre temas próximos e correlatos*, teria também que conhecer e julgar os pedidos de indenização por danos morais e materiais decorrentes do acidente do trabalho, *inclusive propositos por sucessores, estes até mesmo por danos próprios* (cf.: CC n. 7.545, Min. Eros Grau).

(24) E, a rigor, essa indenização decorre do próprio texto constitucional (art. 7º, XXVIII, CF).

Sobre esse importante vetor metodológico, que atualmente orienta o STF na matéria de repartição de competência, sublinhou o Ministro Cezar Peluso, no *leading case* em destaque: “por conta dos graves riscos de decisões contraditórias, sempre ininteligíveis para os jurisdicionados e depreciativos para a Justiça, *não convém que causas, com pedidos e qualificações jurídicos diversos, mas fundados no mesmo fato histórico, sejam decididas por juízos diferentes*. O princípio, a meu ver, é irretocável e ainda é o que deve presidir a solução da questão da competência neste caso.” (grifos acrescentados)

Forte nessa premissa metodológica, o próprio Ministro Cezar Peluso, naquela mesma assentada, sugere que se deveria alterar sim o art. 109, inciso I da Constituição Federal, *para atribuir definitivamente à Justiça do Trabalho a competência* para concentrar todas as demandas, envolvendo o fato histórico gerador dos conflitos de interesse, qual seja, o *acidente de trabalho*.

E essa manifestação teve lugar em face do reconhecimento da *grande capilaridade e da notória especialização da Justiça do Trabalho no tema*, aspecto de relevo para uma distribuição ágil e justa da prestação jurisdicional.

Para uma síntese: o atual contexto constitucional sugere até mesmo que, *de lege ferenda*, as ações acidentárias propostas pelo segurado em face do INSS sejam também da Justiça do Trabalho, em ordem a se *evitar decisões contraditórias*⁽²⁵⁾.

(25) Um exemplo ajudará a compreender esse diagnóstico: imaginemos que a Justiça do Trabalho decida, num caso concreto, pela existência do acidente de trabalho e conclua pela condenação do empregador ou tomador de serviço em indenização por danos morais e materiais dele decorrentes, admitindo que, para o sinistro, concorreu com dolo ou culpa. De outra banda, a Justiça Comum, nos termos da competência anômala (ainda que histórica) que lhe atribui o art. 109, I, da Constituição Federal, mantém a decisão administrativa do INSS pela denegação do benefício de auxílio-doença acidentário, por não concluir pela existência da natureza acidentária do sinistro. Decisões conflitantes, oriundas de órgãos diversos do Poder Judiciário, em seu desprestígio e em atrito com o princípio da unidade de convicção, tudo o que não deseja o excelso

Isso não quer dizer, por outro lado, que, no caso das *ações regressivas acidentárias*, não se pode reconhecer a competência da Justiça do Trabalho, como o ramo competente, de *lege lata*, isto é, em razão da ordem normativa vigente.

Isso porque o art. 109, I da Constituição, como já indicado neste estudo, não é óbice para bloquear tal conclusão, porquanto a referência à excludente de competência ali consignada — mercê da interpretação histórico-constitucional — apenas se refere à ação movida pelo segurado em face da autarquia previdenciária, não tendo, pois, a força de desqualificar uma conclusão que orienta a migração das ações regressivas para a Justiça do Trabalho.

Noutras palavras, *a cláusula geral do foro da União junto à Justiça Federal* (art. 109, inciso I, CF) *cede lugar à competência material da Justiça do Trabalho* (art. 114, CF), *que exclui aquela regra geral* (art. 109, 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 nos temas em que a ordem normativa revele dúvida ou imprecisão da definição de competência, até porque não faria qualquer sentido permitir que houvesse decisões discrepantes entre dois ramos do Poder Judiciário da União.

Tanto assim o é que o STF assentou ser da Justiça do Trabalho a competência para as ações de indenizações — *baseadas em direito comum* — decorrentes do acidente de trabalho, revendo anterior posicionamento que indicava a Justiça Estadual.

Não é demais sublinhar que essas inovações na competência da Justiça do Trabalho — *homenageadas pelos precedentes do STF* — certamente foram motivadas pela constatação de que as novas matérias estão situadas em um *universo*

Supremo Tribunal Federal em matéria de repartição de competência e de política judiciária. Esse é o quadro que o STF, no CC n. 7.204-MG, sugere alterar pela via da reforma constitucional.

contíguo ao da prestação do trabalho propriamente dita, razão pela qual deveriam ser apreciadas nesse campo do Judiciário, em ordem a preservar o preceito da *unidade de convicção*.

A especialização dos órgãos jurisdicionais justifica-se pelos ideais de celeridade, economia e maior qualidade nos julgamentos; este último aspecto resultado da delimitação dos saberes teóricos e empíricos proporcionados pela atuação específica sobre o mundo do trabalho.

Também traduz a especialização uma exigência do mundo contemporâneo, aplicável a todas as áreas do conhecimento, sendo indiscutível que melhores e mais rápidos são os julgamentos de determinadas classes de conflitos reservados a órgãos específicos do Poder Judiciário⁽²⁶⁾.

É bem verdade que o tema das ações regressivas, conquanto presente na Lei n. 8.213/1991 há bastante tempo, somente há pouco tem merecido atenção da União Federal. Talvez por isso, somente agora o problema da competência tenha recebido luzes e debates.

Há alguns anos, os órgãos da Advocacia-Geral da União, em especial a Procuradoria-Geral Federal (PGF), têm solicitado aos Juízes do Trabalho colaboração para atender ao comando legal indicado no art. 120 da Lei n. 8.213/1991, de modo a instruir o ajuizamento de ações regressivas contra aquelas pessoas condenadas pela Justiça do Trabalho em lides envolvendo saúde, segurança e higiene do trabalho.

A PGF, para esse fim, vem pugnando 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*

(26) Mesmo onde não há uma Justiça do Trabalho organizada e especializada, como em Portugal e Espanha, há, por outro lado, setores da Justiça ordinária especialmente dedicados ao julgamento das causas trabalhistas, acidentárias e previdenciárias (tribunais do trabalho e câmaras sociais, em Portugal; e *juzgados del social e salas do social*, em Espanha).

público pelas despesas efetuadas com a concessão de benefício aos segurados, *decorrentes de culpa ou dolo do tomador de serviços*.

Porém, contrariando todos os argumentos já assentados, a AGU, como assinalado neste estudo, inclina-se pelo aforamento da ação perante a Justiça Federal, em prestígio apenas da regra geral do art. 109, I, CF.

Ocorre que, não sendo a ação regressiva demanda promovida contra a autarquia pelo segurado, e estando o tema — independentemente do seu contexto — *fora da regra geral do art. 109, CF*, parece-me razoável a conclusão de que se trata de matéria relacionada com a competência da Justiça do Trabalho.

Como reforço de argumento, e renovando sistematicamente informações já apresentadas ao longo do texto, relaciono algumas ações que estão na competência da Justiça do Trabalho e que se conectam com os temas do meio ambiente de trabalho:

- a) a ação civil pública, com pedido de prestação de tutela inibitória ou cominatória, para a (re)adequação do meio ambiente do trabalho (Súmula n. 736, STF);
- b) a ação civil pública para imposição de danos morais coletivos, em decorrência de infração à ordem jurídico-ambiental do trabalho;
- c) as demandas judiciais (ações anulatórias de autos infracionais, mandados de segurança, cautelares, execuções fiscais, ações ordinárias, etc.) contra a imposição de penalidades pelos órgãos de fiscalização do trabalho, o que abarca as normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador;
- d) a ação de indenização por danos morais e materiais (cf. CC 7204-MG, Min. Ayres Britto), inclusive as promovidas por herdeiros ou sucessores, ainda que na defesa de direito próprio (danos em ricochete) (cf., por todos, STF, CC 7545-SC, Min. Eros Grau);
- e) as ações que tratam de pedido de pagamento de adicional de insalubridade e periculosidade; e

f) a execução, de ofício, das contribuições sociais decorrentes das decisões proferidas (art. 114, VIII, CF), que inclui a cota referente ao seguro-acidente.

A partir desse quadro, é possível afirmar que, ressalvada aquela específica e expressa competência da Justiça Estadual para as ações movidas pelos segurados contra o INSS (e em relação a qual o STF já apontou a necessidade de mudança do texto constitucional, para afirmar a competência da Justiça do Trabalho), a única demanda que ainda não mereceu a pacífica afirmação perante a Justiça do Trabalho é a ação regressiva acidentária de que trata o art. 120 da Lei n. 8.213/1991.

E essa afirmação é necessária, e não apenas pelos argumentos conceituais e normativos, mas principalmente para se manter a unidade de convicção sobre os temas umbilicalmente ligados à higidez do meio ambiente de trabalho.

Como disse, trata-se de assegurar a expansão metodológica da unidade de convicção nos casos polêmicos de definição de competência jurisdicional, como inequivocamente o é o presente, na linha como vem se posicionamento, metodologicamente, o Supremo Tribunal Federal.

Os exemplos podem ajudar a esclarecer essa necessidade de afirmação da competência da Justiça do Trabalho para as ações regressivas acidentárias:

- a) ao examinar uma ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes do acidente de trabalho ou doença ocupacional, a Justiça do Trabalho, após colher todas as provas (orais, documentais e, na maioria dos casos, prova técnica médico-pericial) acolhe a pretensão, por reconhecer que o empregador ou o tomador de serviços agiu com culpa *lato sensu*, condenando-o a indenizar o trabalhador ou sua família, conforme a natureza do dano e a ocorrência ou não de óbito. Estabilizada a coisa julgada, temos que o aforamento da ação regressiva em outro ramo do Poder Judiciário pode repristinar a discussão da culpa do empregador ou tomador

de serviços, inclusive com a possibilidade de nova instrução probatória, em momento mais distante do sinistro e com mais custos para o jurisdicionado e, nos casos de justiça gratuita, para o próprio Estado. Pior: *pode este novo pronunciamento ser discrepante da decisão da Justiça do Trabalho* que já concluiu pela culpa da empresa, *implicando aquilo que o STF tem procurado evitar: decisões conflitantes sobre semelhantes situações jurídicas;*

b) o órgão de fiscalização do trabalho autua uma empresa por violação culposa às normas de segurança no ambiente de trabalho, cuja consequência foi a ocorrência de acidente de trabalho e o pagamento do benefício previdenciário. Comunicado o fato à Procuradoria Federal, é proposta a ação regressiva noutro ramo do Poder Judiciário... Enquanto isso, discute-se, na Justiça do Trabalho, a pretensão judicial da empresa em ver desconstituído o respectivo auto de infração, em ordem a demonstrar que cumpriu as normas atinentes à higidez do ambiente de trabalho, anulando-se, por conseguinte, a multa imposta. *O mesmo fato jurídico, ainda que com múltiplas consequências, pode ser objeto de decisões oriundas de ramos diferentes do Poder Judiciário?* E se elas forem conflitantes, como responderemos, na ótica da segurança jurídica, aos jurisdicionados?

c) à hipótese anterior, acrescentamos a possibilidade de o trabalhador acidentado ou sua família ajuizar, perante a Justiça do Trabalho, ação de indenização, por danos morais e materiais, em face da empresa, dada a autonomia desse direito diante da prestação previdenciária⁽²⁷⁾. Nessas circunstâncias, parece-me que o aforamento da ação regressiva perante a Justiça Estadual ou Justiça Federal violaria a ideia de harmonia

(27) Súmula n. 229 (Superior Tribunal de Justiça): "O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão." (Segunda Seção, julgado em 08.09.1999, DJ 08.10.1999. p. 126)

judiciária, confrontando o método da unidade de convicção, na exata medida em que abriria as portas para possíveis decisões discrepantes sobre mesmos fatos jurídicos.

Essas hipóteses, sem prejuízos de outras, *precisam ser enfrentadas por qualquer argumentação jurídica apta a concluir pela competência de ramo distinto da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar as ações regressivas acidentárias.*

Por fim, assinalo que a afirmação da competência da Justiça do Trabalho para as ações regressivas tem merecido o exame pela jurisprudência.

No Recurso Extraordinário (RE) n. 621.699-ES, havia o enfrentamento desta matéria competencial, visto que o TRF da 2ª Região fixou a competência da Justiça do Trabalho para a ação regressiva acidentária. Eis a decisão atacada pelo RE:

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL — INSS contra decisão que, no curso de ação ordinária que objetiva o ressarcimento pelos gastos efetuados com benefícios acidentários concedidos, declinou de sua competência para a Justiça do Trabalho, sob o fundamento de que a obrigação objeto da demanda decorre diretamente de vínculo de trabalho, pois relativa a acidente trabalhista.
2. Deve ser negado seguimento ao presente recurso.
3. De fato, ainda que a ação originária não tenha por objeto uma relação de trabalho em si, a causa remota de pedir no presente caso é o acidente de trabalho que gerou o pagamento dos benefícios acidentários que o agravante pretende reaver.

De acordo com a petição inicial copiada às fls. 15/19, o INSS fundamentou seu pedido de ressarcimento na falta de observância pelo empregador das normas de segurança e saúde previstas na CLT, e em outros atos normativos que versam sobre direitos trabalhistas relativos à segurança do empregado, aplicando-se, portanto, *mutatis mutandis*, o Enunciado n. 736 da Súmula do STF, *in verbis*:

“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.”

Desse modo, para o acolhimento ou não do pedido do ora agravante, o magistrado deverá apreciar questões relacionadas ao Direito do Trabalho, motivo pelo qual o juiz da Justiça Especializada estará mais apto para o processamento e julgamento do processo originário. Acresce que, como bem fundamentado pelo magistrado de primeiro grau, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Conflito de Competência n. 7.204/MG, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 9.12.2005, assentou entendimento de que “à luz da segunda parte do inciso I do art. 109 da Constituição Federal, tem-se que as causas de acidente do trabalho em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas, na condição de autora, ré, assistente ou oponente, não são da competência dos juízes federais”.

Apesar de o supracitado entendimento ter sido proferido em demanda ajuizada por empregado em face de empregador objetivando o pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho, o mesmo se aplica ao presente caso, em razão do princípio da unidade de convicção, pelo qual as questões decorrentes de um mesmo fato, ainda que resultem pedidos distintos, devem ser analisadas pelo mesmo juízo.

O mesmo raciocínio utilizado para definir a competência da Justiça do Trabalho nas demandas ajuizadas por empregado contra empregador, que objetivem o pagamento de indenização decorrente de acidente de trabalho, também se aplica às ações que versem sobre o ressarcimento do INSS com os gastos efetuados em função de acidentes de trabalho que, como alegado pelo próprio recorrente, também têm caráter indenizatório (fl. 04), devendo ser mantida, portanto, a decisão ora agravada.

4. Diante do exposto, nego seguimento ao presente agravo, consoante o art. 557, *caput*,

do CPC, e o art. 43, § 1º, II, do Regimento Interno deste Tribunal (Proc. 200850010159016, Rel. Desª Salete Maria Polita Maccalóz, julg. 3.3.2009).⁽²⁸⁾

O RE n. 621.699-ES não obteve trânsito nesse e. STF, em razão de decisão do Presidente do Tribunal, que — em relação à sua tramitação — aplicou o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, devolvendo-o a origem, em razão da Repercussão Geral no RE n. 600.091 que, data máxima vênua, trata de outro assunto, como assinalado acima (competência da Justiça do Trabalho para ações de reparação decorrentes de danos em ricochete, relacionados ao acidente de trabalho)⁽²⁹⁾.

Nada obstante, *esse precedente nos chama a todos a atenção para o grande debate que precisa ser feito em relação ao tema da competência da ação regressiva acidentária*, mercê das posições divergentes.

Quer me parecer, contudo, que *os argumentos jurídicos em favor da competência da*

(28) Não se pode afirmar, contudo, que essa posição é majoritária na própria Justiça Federal. Outros precedentes revelam o dissenso: “AÇÃO REGRESSIVA. ACIDENTE DE TRABALHO. EC 45/04. COMPETÊNCIA JUSTIÇA FEDERAL. Tratando-se de ação de regresso de indenização, a competência para processar e julgar a causa continua sendo da Justiça Federal, ainda que a causa primária da concessão do benefício previdenciário por acidente de trabalho, cuja concessão originou a ação de regresso, seja mesmo uma relação empregatícia.” (TRF 4ª Região. AI n. 200604000125560-SC, 3ª Turma, Relª Vânia Hack de Almeida, jul. 26.06.2006). “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REGRESSIVA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. ACIDENTE DE TRABALHO. INOCORRÊNCIA. Não se aplica a exceção prevista no art. 109, I, da CF à ação regressiva intentada pela autarquia previdenciária para ver-se ressarcida de valores pagos a título de acidente de trabalho. Agravo provido.” (TRF 4ª Região. AI n. 200304010314740, 3ª Turma, Relª Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, jul. 18.05.2004)

(29) “COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA DO TRABALHO. PEDIDOS DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO AJUIZADA PELOS SUCESSORES DO EMPREGADO FALECIDO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.” (RE n. 600.091 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 17.12.2009, DJe-055 de 25.03.2010, com efeitos a partir de 26.03.2010)

Justiça do Trabalho apresentam mais complexidade metodológica e hermenêutica, atendendo várias das expectativas constitucionais — sob o aspecto substancial do tema acidentário e da unidade de atuação da ordem jurídica sobre o meio ambiente de trabalho — e sistêmicas, este último aspecto jungido ao problema da celeridade, harmonia e redução da possibilidade de pronunciamentos díspares baseados na mesma situação jurídica.

3. Considerações finais

Os elementos argumentativos articulados no presente estudo *permitem concluir que o disposto no art. 109, inciso I da Constituição Federal não implica a competência da Justiça Federal para conhecer e julgar as ações regressivas acidentárias*, propostas com base na hipótese autorizadora prevista no art. 120 da Lei n. 8.213/1991.

Também a referência à excludente competencial prevista naquele mesmo dispositivo constitucional, relativamente a acidente de trabalho, *não desloca, excepcionalmente, a competência da ação regressiva proposta pela União Federal para a Justiça Comum dos Estados*, em homenagem à tradição constitucional de cometer a esse ramo do Poder Judiciário a discussão das lides dos segurados em face da autarquia federal previdenciária. Nesse aspecto, procuramos demonstrar que *os precedentes do Supremo Tribunal Federal se valem de interpretação retrospectiva a essa tradição, e extensiva ao contido na sua Súmula n. 501*, em nada considerando o avanço do tema na própria Suprema Corte, do que é referência jurisprudencial emblemática a decisão contida no CC n. 7.204-MG, que estabilizou o dissenso pretoriano quanto à competência para as ações indenizatórias acidentárias, baseadas em direito comum, em favor da Justiça do Trabalho.

Os debates lançados nesse precedente, que é de junho de 2005, *legitimam a argumentação jurídica em favor da afirmação da competência da Justiça do Trabalho também para as ações*

regressivas acidentárias, seja porque a presença da União no polo ativo da demanda não se mostra empecilho, *mas principalmente em respeito e homenagem ao princípio da unidade de convicção*, vetor metodológico que atualmente orienta o Supremo Tribunal Federal nos temas de repartição de competência, em ordem a preservar a sociedade das indesejáveis decisões discrepantes — por ramos distintos do Poder Judiciário — baseadas nas mesmas situações jurídicas.

Ademais, *a Justiça do Trabalho já atua*, com reconhecida celeridade e eficiência, no conhecimento e solução de praticamente todas as ações judiciais envolvendo os *temas relacionados com o meio ambiente de trabalho*.

Trazer a ação regressiva acidentária para o foro onde, muitas vezes, a culpa do tomador de serviço já foi formada por decisão judicial, *reforça a atuação pedagógica do Estado em favor da construção de um meio ambiente hígido e adequado para o trabalho*, assim como pode contribuir, decisivamente, para a *redução das graves estatísticas de acidente de trabalho em nosso país*, números que, longe de nos causar qualquer traço de orgulho, envergonha-nos e nos desafia a construir um cenário de maior efetividade da ordem jurídica.

Para concretizar essa tarefa, precisamos, como dizia Konrad Hesse, atuar com a necessária *vontade de Constituição, tornando o tecido legal de prevenção aos acidentes de trabalho, e o de repressão aos agentes causadores desses acidentes, apto a relevar sua máxima eficácia*, atributo fático-jurídico que demanda a construção de um novo olhar, de uma nova mentalidade e de um novo *ethos*.

4. Referências bibliográficas

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Acidente do trabalho: competência para o julgamento da ação regressiva, decorrente de culpa do empregador. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, v. 74, n. 5, p. 553-559, maio 2010.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 8. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CHAVES, Luciano Athayde. *Estudos de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

GONÇALVES, Edwar Abreu. *O acidente de trabalho fatal na indústria da construção civil* (Grande Natal: 1990-1999). Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Federal do Rio Grande do Norte/Natal, 2002, 97 p.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional — A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

KELSEN. Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

MACIEL, Fernando. *Ações regressivas acidentárias*. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Ação regressiva do INSS contra as empresas que causaram acidentes do trabalho. In: *Revista LTr*, n. 75, v. 2, abr. 2011.

OLIVEIRA, Júlio César de. *Ação regressiva proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social face às empresas*. São Paulo: Conceito, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2008.

Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus

Paula Costa e Silva^(*)

Índice dos Temas:

- ▶ I. A razão da escolha do tema
- ▶ II. Legalidade e gestão no sistema processual civil português
 - ▶ 1. Os (alegados) antecedentes da gestão processual
 - ▶ 2. O art. 265-A do CPCpt e o princípio da adequação processual
 - ▶ 3. O regime processual experimental
 - ▶ 4. A gestão processual na potencial reforma do processo declarativo português
- ▶ III. A gestão processual e o princípio da igualdade
- ▶ IV. A gestão processual no Projecto de Código de Processo Civil brasileiro

I. A razão da escolha do tema

1. Um dos temas na ordem do dia, essencialmente nos espaços enformados pelo princípio da legalidade das formas de processo, é o da eventual mutação de paradigma na construção dos ritos processuais. Estes, ao invés de rigidamente predeterminados pelo legislador, deveriam ser construídos pelo decisor quando lhe é submetida uma pretensão concreta para decisão. Para além de decidir a causa, caber-lhe-ia determinar o *iter* mais adequado a uma célere e justa composição do litígio.

A nova solução surge acoplada a uma quase diabolização dos ritos comuns previstos pelos Códigos do séc. XX. Estes seriam os protagonistas da delonga no julgamento das causas, provocando uma erosão do direito de acção e, acima de tudo, das posições materiais para as quais é demandada tutela.

(*) Professora Catedrática em Ciências Jurídicas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Portugal não escapou a esta tendência. Há pelo menos 15 anos que tem vigência um regime que permite ao juiz adaptar a tramitação processual pré-ordenada pelo legislador para o julgamento da causa. Chega, agora, a vez de, no projecto de Código de Processo Civil brasileiro, se tomar posição sobre este índice de caracterização dos sistemas processuais.

No que concerne à amplitude com que foi consagrado o princípio da gestão processual, há uma divergência significativa entre a solução proposta pela Comissão encarregue de apresentar um projecto de Código de Processo Civil e a solução que veio a ser aprovada no Senado. Esta circunstância, aliada à similitude entre os sistemas processuais civis brasileiro e português e à experiência adquirida em Portugal, desde a entrada em vigor do art. 265-A CPC.pt, determinou-nos na escolha do objecto da presente intervenção.

II. Legalidade e gestão no sistema processual civil português

1. Os (alegados) antecedentes da gestão processual

2. Começaremos a nossa exposição relativa ao sistema processual civil português partindo de um passado próximo. Atendendo ao tema deste artigo e à data de entrada em vigor das regras que contemplaram o princípio da gestão processual, não se justificaria um recuo a tempos remotos.

Centremo-nos nas lições de professor João de Castro Mendes, de 1986. Ali escrevia este Autor:

O princípio da legalidade das formas processuais pode ser visto em dois domínios; quanto à estrutura e marcha geral do processo e quanto à forma de cada acto processual, em particular.

Quanto ao esquema da marcha do processo, (...), o nosso processo civil é (...) em regra um processo rígido — a marcha do processo é fixada na lei.⁽¹⁾

Castro Mendes apoia-se no pensamento de Manuel de Andrade que já anteriormente afirmava, nas Noções elementares de processo civil, que o princípio da legalidade das formas processuais “tem decisiva preponderância entre nós”⁽²⁾.

As duas passagens transcritas deixam transparecer a existência de excepções à fixação rígida dos termos do processo por lei. No entanto, a conclusão central que delas decorre é a de que o processo civil português se sujeitava ao princípio da legalidade das formas processuais.

Esta conclusão, que não se estranhará atendendo à matriz evolutiva do nosso processo civil, não era inconsequente. Com efeito, sendo alterada a sequência de actos pré-ordenada pelo legislador, poderia surgir uma invalidade

processual: assim sucedia sempre que se praticava um acto que a lei não previa ou quando se omitia um acto, cuja prática a lei impunha e desde que a alteração da ordem processual tivesse influência decisiva na decisão da causa.

2. O art. 265-A do CPCpt e o princípio da adequação processual

3. Em 1996, viria a acontecer, no plano legislativo, uma alteração de paradigma no sistema adjectivo português. Com efeito, entrava em vigor uma regra⁽³⁾ que não só não tinha qualquer paralelo nos sistemas adjectivos do espaço de *civil law*, como para a qual não se encontra explicação aprofundada no preâmbulo dos diplomas que a consagraram⁽⁴⁾. Referimo-nos ao art. 265-A CPCpt. Dispunha e dispõe, ainda hoje, esta regra:

Art. 265º-A

Princípio da adequação formal

Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

Afirmava-se na doutrina que o art. 265-A teria um campo operativo por excelência, o da cumulação objectiva inicial quando aos pedidos correspondessem formas de processo distintas. Nestes casos e porque estivesse presente alguma das causas de conexão objectiva⁽⁵⁾,

(3) A entrada em vigor do art. 265-A ocorre num contexto legislativo complexo, constando a sua consagração, numa versão originária, do Decreto-lei n. 329-A/1995, de 12 de dezembro, e a alteração para a redacção que veio a entrar em vigor do Decreto-lei n. 180/1996, de 25 de setembro.

(4) Assim, BRITO, Pedro Madeira de. O novo princípio da adequação formal. In: AAVV, *Aspectos do novo processo civil*, Lex, Lisboa, 1996, 31-69 (31).

(5) De acordo com o art. 30/1 e 2 do CPC.pt, podem ser deduzidos por um ou por diversos autores contra um ou diversos réus vários pedidos discriminados quando entre estes pedidos exista uma relação de prejudicialidade ou de dependência, quando os pedidos tenham a mesma causa de pedir ou se fundem em factos substancialmente idênticos ou quando a decisão da causa

(1) *Direito processual civil*. 1º Volume, revisto e actualizado. Lisboa: AAFDL, 1986. n. 33. II.A.

(2) *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1979. p. 386.

justificativa do julgamento e decisão conjunta de diferentes objectos processuais, competiria ao juiz escolher a tramitação que melhor se ajustasse à instrução e decisão de todos eles.

Apesar das suas potencialidades, não se conhecem casos de aplicação do art. 265-A. Esta circunstância nos levou a afirmar que, com a consagração do princípio da adequação processual, se operou uma revolução no papel: a prática judiciária nunca absorveu este princípio.

3. O regime processual experimental

4. Possivelmente, foi esta a razão para a entrada em vigor do Regime Processual Experimental, aprovado pelo Decreto-lei n. 108/2006, de 8 de Junho.

Sobre este diploma nos pronunciámos em outro lugar. Concluímos, então, que apesar da sua alegada novidade, o princípio que ele visava pôr em vigor — o princípio da gestão processual — tinha antecedentes bem longínquos no ordenamento jurídico português. Na verdade, compulsada a Ordem do Juízo, de D. João III, lê-se que “E ante de a (lei sobre a nova ordem do juízo) mandar goardar geralmente em todos os meus Reynos e Senhorios a mandey praticar em minha corte e casa da sopricaçam pera da pratica della se poder veer a brevidade e proveito que se della seguia (...)”⁽⁶⁾.

5. O Decreto-lei n. 108/2006 tem um ambicioso âmbito de aplicação. Segundo o seu art. 1º, ele aplicar-se-á a todas as acções declarativas cíveis a que não corresponda processo especial e a acções especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos.

Numa primeira leitura do diploma, o regime processual criado surge como autossuficiente: em lugar algum se estabelece que a legislação

dependa da interpretação e aplicação de regras jurídicas ou de cláusulas contratuais substancialmente análogas.

(6) Lei ou Ordenação da Ordem do Juízo do Senhor Rei João III, de 5 de Julho de 1526, em que se limita a Ord. ant. do Senhor Rei D. Manoel, Livro I. Tít. 65 § ult.

processual civil geral é subsidiariamente aplicável, dificilmente se chegando a uma conclusão positiva quanto a esta aplicação já que o regime experimental não pode ser qualificado como um processo especial.

Juntando o que se dispõe no art. 1º com a conclusão acabada de alinhar, dir-se-ia que o novo diploma procedera a uma revogação do Código de Processo Civil na parte respeitante à tramitação do processo comum. Igualmente estaria revogado o regime publicado em anexo ao Decreto-lei n. 269/1998, de 1 de setembro, na parte relativa à acção declarativa especial para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos (arts. 1 a 5 do anexo).

No entanto, não é isto que (talvez apenas por ora) se verifica num duplo sentido. O RPE tem, simultaneamente, um campo de aplicação mais restrito do que aquele que resulta do seu art. 1º e um campo de aplicação mais vasto do que aquele que resulta daquele preceito.

6. O RPE, se foi pensado como podendo ter uma aplicação universal a todo o processo declarativo cível comum, tem o seu campo aplicação restringido a quatro tribunais: Juízos de competência especializada cível do Tribunal da Comarca de Almada, Juízos Cíveis do Tribunal da Comarca do Porto, Juízos de pequena instância cível da Comarca do Porto e Juízos de competência especializada cível do Tribunal da Comarca do Seixal (cf. Portaria n. 955/2006, de 13 de setembro). Dir-se-á que é uma mera restrição no espaço. Seria se o RPE fosse aplicado tanto a processos da competência de juízos, quanto a processos da competência de varas. No entanto, não é isto que sucede. O RPE e ao invés do que dispõe a própria lei, veio a ser inicialmente aplicado a processos que são tramitados em tribunais que não absorvem a litigiosidade cível de grande complexidade.

Nada a opor à opção do legislador: foi absolutamente ponderada. No entanto, se alguma relação se puder estabelecer entre o valor da causa e a complexidade de um processo, deverá

ponderar-se a expansão do RPE que, apesar de ter anunciadamente um campo universal de aplicação (aquele que resulta do art. 1.º do diploma) vem tendo uma aplicação residual. E há que ter em atenção que ao terem-se escolhido para este ensaio os tribunais que teriam maior pendência se confinou a experiência a tribunais em que há claramente um litígio padrão ou tipo de frequência.

7. Mas o RPE tem, também, um campo de aplicação mais vasto do que aquele que resulta do seu art. 1.º.

Com efeito, dispõe o art. 17, que o regime constante dos arts. 3.º (forma dos actos) e 6.º (agregação de acções) se aplica “às acções declarativas a que corresponda processo especial”. Compreende-se a dificuldade do legislador: querendo apresentar um diploma com coerência sistemática (as matérias seguem a clássica ordem *princípios, actos, processo*) depois de ter definido o seu âmbito de aplicação (acções a que não corresponde processo especial) quis aplicar parte do regime implementado a acções que expressamente exclui do seu âmbito de aplicação.

8. O Decreto-lei n. 180/2006 pode, sem referência às suas disposições finais e transitórias, ser dividido em quatro partes.

Numa primeira, e depois de definido o seu campo de aplicação, o diploma encabeça o juiz num designado “dever de gestão processual” (cf. art. 2.º). Este desdobra-se em outros deveres, sendo expressamente tipificados: o dever de adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa; o dever de adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visa atingir; o dever de garantir que, no processo, não são praticados actos inúteis; o dever de recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório; o dever de adopção dos mecanismos de agilização processual previstos na lei.

Numa segunda parte, sob a epígrafe “actos em geral”, preveem-se regras especialmente aplicáveis à *forma dos actos* — num reforço da preparação de um processo civil em que os

actos são, não apenas comunicados por via electrónica, mas também praticados por via electrónica — *distribuição* — ao invés do que sucede nos processos tramitados de acordo com o rito comum, em que a distribuição é feita, de acordo com o art. 214 do CPC, duas vezes por semana, nos processos a que é aplicado o RPE a distribuição é diária, constituindo uma nova espécie na distribuição — à *citação edital* — releva, aqui, particularmente a publicação de anúncio (?) em página informática de acesso público — à *agregação de acções* e à *prática de actos em separado*.

Na terceira parte, o diploma regula o processo e o conteúdo de alguns actos processuais.

A quarta parte prevê a antecipação do julgamento da causa principal em providência cautelar.

10. Uma das novidades do RPE consistirá na concessão de poderes ao juiz que lhe permitem adequar o procedimento, adaptar a forma e o conteúdo dos actos, o dever de garantir que, no processo, não são praticados actos inúteis, o dever de recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório e o dever de adopção dos mecanismos de agilização processual previstos na lei.

Estabelecendo uma comparação com o dever de gestão constante do Código de Processo Civil, verifica-se que o dever de adequação é consagrado em ambos os diplomas. E em nenhum deles se inova já que este princípio fora já consagrado nas Ordenações Manue-linas (1, 44, 43-45) e Filipinas (1, 65, 7, 23, 25, 73), se bem que contra ele se tenha insurgido alguma doutrina. É curioso observar que Chaves e Castro abre a sua obra sobre a reforma do processo civil com uma citação de Treillard segundo a qual “(i) *l faut dans le procès une marche fixe qui ne permette pas l'arbitraire dans l'instruction, parce qu'il serait bientôt suivi de l'arbitraire dans de jugement*”⁽⁷⁾.

(7) CASTRO, Chaves e. *Estudos sobre a reforma do processo civil ordinário portugez, desde a propositura da acção até à sentença de primeira instância*. Dissertação inaugural

Já quanto ao regime experimental, surge-nos uma dúvida quanto ao momento em que o juiz exercerá este poder-dever. Com efeito, o diploma estabelece uma tramitação paradigmática. Se bem compreendemos o regime estatuído, o processo será concluso ao juiz findos os articulados. Querera isto dizer que é somente a partir do saneador e de acordo com o decidido nesse saneador que o juiz adequará o procedimento? Não seria possível supor uma adequação mais precoce, nomeadamente mediante interposição de uma audiência após a entrega da petição e que permitisse uma imediata discussão da causa para que a contestação fosse automaticamente depurada?

O mesmo sucede com o dever de garantir que, no processo, não são praticados actos inúteis, bem como com o dever de recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório. Neste sentido, dispõe o art. 265 do CPC.

Mais duvidosa pode ser a consagração do dever de adaptar a forma e o conteúdo dos actos. Pensamos, porém, que apesar da diferença de redacção, o art. 138 do CPC, em articulação com o dever de adequação, impõe actuação equivalente àquela que o RPE prevê.

Dever que tem somente consagração no RPE é o de adopção dos mecanismos de agilização processual. Serão estes aqueles que o próprio regime novo consagra.

11. Não obstante o reforço dos poderes de adequação (cf. art. 2^o-a) do RPE), não fica todo o processo na dependência do rito concretamente instituído pelo juiz⁽⁸⁾. Isto porque

para o Acto de Conclusões Magnas. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1866. Atendendo à data da sua publicação, esta obra é muitíssimo relevante tendo em vista próxima publicação do Código de Processo Civil de 1876.

(8) Supomos que um dos índices mais interessantes de analisar pela monitorização respeita a aplicação efectiva do poder de adequação. Para além da relevância do apontamento das situações em que o juiz, desviando-se da tramitação mínima prevista no RPE. Até agora e pelos dados constantes do relatório da Direcção-Geral de Política da Justiça, foi já possível compreender que o primeiro desvio consistirá na necessidade de proferimento de despacho liminar de

o legislador não deixou de prever uma tramitação. Esta comportará as fases que conhece o processo comum de declaração, nas suas formas ordinária e sumária; exactamente porque elas fazem falta se o processo atingir a sua máxima complexidade. Porém, e como em qualquer procedimento, mesmo aquele que é regulado pelo Código de Processo Civil, as fases só serão percorridas, em concreto, se os resultados processuais as justificarem. Todo o processo é plástico e elástico: todo ele se adapta ao caso concreto e todo ele comporta apenas as fases que, uma adaptação do tipo legal abstracto, se mostrarem necessárias.

12. Numa clara opção de ruptura com o regime vigente nas formas mais solenes do processo comum, um dos traços do RPE consiste em restringir os casos em que pode haver resposta à contestação. Segundo o art. 8/2, o autor apenas pode responder à contestação apresentada pelo réu se este houver deduzido reconvenção ou se a acção for de simples apreciação negativa.

De fora, fica a finalidade típica da resposta à contestação: a resposta às excepções deduzidas pelo réu. Se bem que não disponhamos de dados estatísticos sobre este ponto, arriscaremos que se nem em todas as acções é deduzida reconvenção, na maioria (esmagadora, até) delas são deduzidas excepções. Consubstanciando estas, por definição, a articulação de matéria de facto nova, impõe o princípio do contraditório que sobre elas tenha a parte direito de resposta. No RPE, este não é exercido por meio da resposta à contestação.

Ficam duas perguntas: qual o momento típico de resposta às excepções?

A lei não dá uma solução inequívoca a esta interrogação. Poderia pensar-se que a escolha do momento e do meio mediante o qual o contraditório há de ser exercido em matéria

aperfeiçoamento. Intervenção judicial a que não se faz alusão no RPE, acaba por se revelar adequada nas circunstâncias em que tem lugar no apodado de rígido, pesado e arcaico processo comum.

de excepções ficam na dependência dos poderes gerais de direcção e de adequação do processo pelo juiz.

No entanto, dois dados contradizem esta solução.

Por um lado, dispõe o art. 10/1 que, recebidos os articulados, o juiz profere despacho saneador onde conhece imediatamente de todas as excepções dilatórias e nulidades processuais suscitadas pelas partes. No mesmo saneador, deve, também, o juiz conhecer, de imediato, de todas as excepções dilatórias e nulidades processuais que sejam de conhecimento officioso.

Por outro, prevê o mesmo art. 10/2a) que o saneador tenha como função complementar, nos casos em que não seja possível nele conhecer do mérito da causa, a definição da ordem do juízo. A liberdade de conformação do decisor é, de algum modo, direccionada: se houver que assegurar o exercício do contraditório, ordenará o juiz a convocação de uma audiência preliminar.

13. Registam-se algumas perplexidades sob a forma de perguntas.

Pergunta-se: como pode o juiz conhecer de excepções ou de nulidades se estas foram alegadas pelo réu na contestação e se sobre elas ainda não houve momento destinado ao contraditório do autor? Se o saneador é proferido, findos os articulados, se nestes não há resposta a excepções, pergunta-se: como pode o juiz conhecer de excepções no saneador se ainda não houve contraditório? Pode o juiz, numa reprimenda das decisões-surpresa, conhecer de excepções ou de nulidades de conhecimento officioso sem sobre elas assegurar o contraditório das partes? Foi intenção do RPE revogar, neste aspecto, uma das mais adequadas soluções implementadas aquando da reforma do processo declarativo? O art. 3/3 do CPC, na sua actual redacção, não deve valer nos processos tramitados segundo o Decreto-lei n. 108/2006?

Pergunta-se: o contraditório que deve ser assegurado na audiência preliminar apenas atinge a matéria da excepção peremptória?

E a resposta à matéria da excepção peremptória é dada quando e em que acto? Não podendo ser no saneador, já previamente proferido, sê-lo-á na sentença final?

Dir-se-ia que todas as questões suscitadas encontram resposta no princípio da adequação. No entanto, lembre-se que o momento privilegiado para que o decisor dite qual a ordem do juízo é o da audiência preliminar e que esta é realizada depois do saneador. E lembre-se, também, que apesar de minimalista, o legislador instituiu um procedimento, uma ordem, uma sequência.

Por fim, deixe-se mais uma interrogação: cabendo resposta à contestação por ter o réu deduzido pedido reconvenicional, pode o autor usar a sua resposta à contestação para responder à matéria das excepções? Se bem que já se possam intuir os argumentos de inconstitucionalidade material da proposta que avançamos por violação do princípio da igualdade, diremos que não pode deixar de dar-se resposta positiva a esta questão. Com efeito, o princípio da concentração e do aproveitamento máximo dos actos, no sentido da sua utilização para o máximo de funções que possam desempenhar, hostilizam uma solução que imponha, por um lado, uma resposta à contestação para resposta ao pedido reconvenicional, e uma audiência preliminar, destinada ao exercício do contraditório sobre a excepção. Aliás, o facto de o réu poder fundar o pedido reconvenicional numa excepção (cf. art. 274/2a) do CPC) demonstra como a própria defesa do autor impõe uma resposta conjunta às duas matérias.

14. O RPE veio regular alguns actos em particular, modelando-os em termos que permitem supor uma maior agilidade do procedimento.

Sem qualquer pretensão de exaustividade, sublinhe-se a possibilidade de apresentação de depoimento por escrito⁽⁹⁾, a faculdade de

(9) Se já a troca de um colectivo de juizes por um gravador dá que pensar quanto à valoração da prova constituída, pergunta-se se deve considerar-se que a percepção

apresentação de acta de inquirição por acordo de todas as testemunhas, a limitação das causas de adiamento da audiência ao justo impedimento da parte ou do mandatário não presentes⁽¹⁰⁾, com a concessão ao juiz do poder de inquirir as testemunhas arroladas pela parte, cujo mandatário falta à audiência, a produção de alegações sobre o aspecto de facto e de direito conjuntamente e sem interposição de uma resposta à base instrutória⁽¹¹⁾.

15. Particular referência nos merece a simplificação extrema da sentença. Acolhendo regimes já vigentes nas formas menos solenes do processo comum de declaração, o legislador esbate uma das funções cruciais da Justiça, especialmente quando se criam mecanismos de dissuasão de recurso aos tribunais: o restabelecimento da paz social. Ora, esta só se restabelece, se as partes forem persuadidas de que perante os factos arrolados e considerados provados pelo tribunal, a solução acolhida é a única possível. A sentença é o acto mediante o qual o juiz deve lograr esta persuasão. Assim como incumbe às partes criar no espírito do julgador a convicção de que têm razão, incumbe

do tribunal e a convicção que forma durante o depoimento de uma testemunha são irrelevantes. Não se diga que o juiz pode determinar a renovação do depoimento na sua presença, assim se garantindo a fidedignidade da prova. Uma coisa são as circunstâncias de que o juiz experiente se apercebe num depoimento prestado à sua frente, outra, aquilo de que pode aperceber-se olhando para um papel.

- (10) Atendendo a que a parte e o seu mandatário têm prazo para alegar e provar o justo impedimento e atendendo a que a possibilidade de informar atempadamente o tribunal, antes da audiência, de que a não comparência da parte ou do seu mandatário se devem a uma causa daquela natureza, pergunta-se: se o tribunal não for informado, mas ainda assim se verificar que houve justo impedimento para a não comparência da parte ou do seu mandatário, uma vez realizada a audiência, será esta anulada?
- (11) Pergunta-se: que eficácia e que razoabilidade terão alegações de direito que sustentam uma solução jurídica sem que a parte saiba qual a matéria de facto que o tribunal considera provada? Pressupõe-se que a parte defenda, nestas alegações, exactamente o que disse nos articulados? Se assim for, para que serve esta alegação?

ao juiz, a quem está reservada a função jurisdicional, convencer as partes de que a decisão é justa. Fazê-lo, pressupõe fundamental, não sumariamente, mas cabalmente a decisão proferida. E não pode se esquecer de que, para além de ter uma função de persuasão, a fundamentação tem ainda a relevantíssima função de objectivar a convicção do tribunal: o próprio juiz se deve convencer da bondade da sua decisão exactamente porque a consegue fundamentar de modo cabal.

Por outro lado, entendemos condenável a prática do espartilhamento da decisão sobre a matéria de facto. Se o juiz pode discriminar os factos que considera provados e aqueles que considera não provados por remissão para os articulados, pergunta-se: como se faz a interconexão da fundamentação da decisão sobre a matéria de facto com a remissão de modo a que a parte apreenda o sentido daquela decisão? A sentença passa a assemelhar-se aos títulos de crédito, com literalidade por referência.

Igualmente duvidosa se apresenta a solução contida no art. 15/3 do RPE. Aí se dispõe, como regra, que a sentença seja ditada de imediato (supõe-se que logo que findem as alegações de facto e de direito e na audiência) para a acta. Somente se o caso for de *manifesta* complexidade (a lei não se basta com a complexidade⁽¹²⁾, esta há de ser manifesta), pode o juiz proferir a decisão ulteriormente e já depois de finda a audiência. Pergunta-se: se o juiz acabou de assistir à produção da prova e de ouvir as alegações de facto e de direito, quando procede ao exame crítico de todas as provas? Pensamos que é ir longe demais afirmar que “o juiz pode necessitar de algum tempo — curto — para ordenar ideias”, sendo assim “admissível que o juiz interrompa por alguns momentos a audiência (meia hora, uma hora)”⁽¹³⁾. Só o

(12) GOUVEIA, Mariana França. *Regime processual experimental anotado*. Coimbra: Almedina, 2006. sub art. 15º, n. 4.

(13) GOUVEIA, Mariana França. *Regime processual experimental anotado*, p. 145.

decisor concretamente colocado perante a necessidade de praticar o acto de decisão terá como ajuizar se precisa de meia, de uma ou de várias horas para decidir. Se o juiz, quando entra na sala de audiências, ainda não sabe que factos vão ser provados ou não, sendo a causa complexa, mas não manifestamente complexa, que decisão dita? Uma que já trazia projectada fosse qual fosse a matéria de facto em que se fundaria? A propósito do contraponto da celeridade, cumpre recordar uma das mais relevantes alterações introduzidas no processo per libellos, representativa de uma ruptura com o processo formular: a redução da sentença a escrito, afirmando-se que *sententia quae dicta fuerit, cum scripta non esset, nec nomen quidem sententiae habere mereatur*.

Prudência merece, também, a faculdade de mera remissão para a fundamentação de acórdão de uniformização de jurisprudência, com indicação do local da sua publicação em jornal oficial. Ainda é cedo para vermos os resultados concretos desta solução, implementada entre nós. O risco do apagamento das especificidades do caso concreto foi já apontado.

16. Os dados estatísticos oficiais que permitem extrair ilações quanto ao real impacto da consagração de um regime de gestão processual obrigatória sobre a duração das acções não são encorajadores. Os tempos de duração dos processos tramitados segundo o RPE, se comparados com aqueles que são os tempos de duração dos processos a que se aplicam formas de processo comum menos solenes, como seja o processo sumário de declaração, não são significativamente inferiores. Por outro lado, verifica-se uma tendência de alongamento da duração média dos processos tramitados em tribunais que aplicam o RPE.

A grande frustração que a leitura destes dados estatísticos pode esconder é a de se terem gorado as expectativas de quem imaginou que uma simplificação processual, acompanhada de um forte poder de gestão, seria uma espécie

de panaceia para a morosidade da Justiça. A realidade mostra que assim não é.

No entanto, supomos que não é esta a forma correcta de olhar para o novo regime processual. A incapacidade de reduzir drasticamente os tempos de duração dos processos não justifica, só por si, o abandono do novo paradigma. Se ele se revelar mais adequado à tutela das posições materiais substantivas, então, ainda que com um eventual custo de tempo, ele deve ser aceito como bom.

4. A gestão processual na potencial reforma do processo declarativo português

17. Mas o sistema processual português não conheceu, ainda e com o RPE, o seu pico de evolução no que respeita à consagração de um princípio de gestão processual. Com efeito, aquela que, há meses, foi anunciada como a nova reforma do processo de declaração (e que poderá estar, por razões que não conseguimos descortinar, condenada ao esquecimento), mantendo em vigor o art. 265-A, acima transcrito, ao qual se acrescentava um n. 2⁽¹⁴⁾, viria pôr em vigor um novo art. 265-B, com o seguinte conteúdo:

Art. 265^o-B

Princípio da gestão processual

1. O juiz dirige activamente o processo, determinando, após audição das partes, a adopção dos mecanismos de simplificação e agilização processual que, respeitando os princípios da igualdade das partes e do contraditório, garantam a composição do litígio em prazo razoável.

2. Com fundamento na simplicidade da matéria litigiosa, pode o juiz determinar officiosamente, após audição das partes, que o processo siga, nas fases subsequentes aos articulados, a tramitação correspondente à forma sumária.

3. Se o autor propuser que o processo siga a forma sumária e o réu a tal se oponha, cabe ao juiz decidir a forma de processo aplicável.

(14) Disporia este n. 2: "Não é admissível recurso da decisão prevista no número anterior."

4. Não é admissível recurso das decisões proferidas ao abrigo do disposto nos números anteriores.

18. Importando para o sistema central uma regra vigente num subsistema periférico, tinha a proposta a clara intenção de consagrar, ao lado do princípio da adequação, um regime de simplificação processual. Como vimos, nesta assentava parte do RPE, uma vez que, para além de impor ao juiz que escolhesse a sequência processual mais adequada à composição do litígio, previa regras de simplificação de actos processuais por referência à solenidade de que estão rodeados quando e, em rigor, se lhes aplica a forma ordinária de processo comum.

III. A gestão processual e o princípio da igualdade

19. O RPE suscitou várias apreciações de conformidade constitucional. No contexto deste estudo, interessa-nos somente a questão material que um regime baseado no princípio da gestão processual pode suscitar: a da eventual violação do princípio da igualdade por falta de uniformidade dos ritos processuais que levam à decisão de causas similares⁽¹⁵⁾.

Esta questão foi levantada em diversos procedimentos de controlo sucessivo de constitucionalidade do RPE, sendo definitivamente julgados pelo Tribunal Constitucional português. Nas suas alegações, as partes afirmaram reiteradamente que, num Estado de Direito, não poderia admitir-se um sistema processual que não garantisse a igualdade de todos aqueles que submetem pretensões semelhantes à decisão judicial. Deste ponto de vista, só a estrita observância do princípio de legalidade das formas de processo seria compatível com a isonomia.

(15) Desconsideraremos, aqui, a alegada desconformidade do RPE, por violação do princípio da igualdade, atendendo à limitação geográfica da sua aplicação. Aderimos, neste ponto, à posição expressa pelo Tribunal Constitucional, no seu acórdão n. 69/2008, de 31 de janeiro de 2008, acessível em: <www.dgsi.pt>.

O Tribunal Constitucional negou sempre a existência de uma desconformidade constitucional entre o RPE e a Constituição, demonstrando que a concessão de poderes de gestão processual ao juiz da causa não implica, por si só, violação do princípio da igualdade. E supomos poder afirmar, sem reservas, que, ao assim decidir, decidiu bem. Basta-nos pensar que há sistemas processuais de *common law*, informados *ab origine* pelo princípio da gestão processual e pouco habituados a ritos processuais prefixados, que têm vigência em espaços geográficos que não poderão deixar de ser considerados Estados de Direito. Se assim é, seguramente que não se poderá fazer decorrer, em linha recta, da consagração positiva de um princípio de gestão processual uma violação da ideia de Estado de Direito por violação do princípio da igualdade.

20. Mas mais. É absolutamente evidente que há razões substanciais, justificativas da compatibilidade entre a ideia de Estado de Direito e a estruturação de um sistema processual em torno do princípio de gestão processual. Lembre-se de que a igualdade não é uma igualdade meramente formal, mas uma igualdade substancial. Esta precisão impõe que se criem estatutos de desigualdade se as situações a regular forem desiguais. Nestes casos, será mediante a criação de estatutos de desigualdade que se criará a igualdade substancial.

Dir-se-á que a invocação do princípio da igualdade substancial não resolve o verdadeiro problema. Este reside na possibilidade de se percorrerem ritos diferentes na decisão de causas que, afinal, apresentam fortes semelhanças entre si. Aqui não haveria desigualdade de partida que tivesse de ser corrigida mediante a criação de formas diferenciadas. Aliás a igualdade imporia que a decisão de pretensões semelhantes sobreviesse de procedimentos exactamente iguais.

Se é evidente que pode suceder que pretensões semelhantes sejam decididas depois de percorridos ritos diferenciados, tudo estará

em saber se esta diferenciação de ritos tem necessariamente uma influência negativa no conhecimento e na decisão da causa. A forma — nomeadamente quando sob esta palavra se quer referir à sequência de actos processuais previstos para a decisão de uma causa —, que é antecipadamente conhecida, oferece uma segurança às partes: antes de instaurada a causa, estas representarão exactamente o que deve ser feito até que se chegue à decisão de mérito. Convenhamos que esta segurança é meramente aparente. Como já dissemos acima e escrevemos em outro lugar, nenhuma forma vale por si e nenhuma sequência processual é rígida. No fundo, os ritos que encontramos previstos nas legislações processuais, são meros indicadores da sequência que deve ser percorrida; são tipos orientadores. Mas cada processo em si concitará a prática de todos os actos, mas exclusivamente a prática dos actos, necessários à decisão da concreta causa. O processo, já enquanto tipo legal, é elástico. E a sua elasticidade bem se compreende quando se pensa que a forma/tramitação não é um fim em si mesma; ela está orientada à decisão de uma causa. A finalidade marca o rito e não o inverso.

Se a gestão processual incrementa a insegurança inicial das partes quanto aos actos cuja prática será ordenada pelo juiz para que a causa seja decidida, não pode dizer-se que esta insegurança seja inoportuna ou incompatível com as suas expectativas. Acima da forma, está o princípio da acção. E a acção tem uma finalidade: permitir que haja uma composição justa e tão célere do conflito. Se esta composição ocorre por meio de um ou de outro tipo de sequência, é relativamente neutro. Desde que, na estruturação dos procedimentos, se respeitem os princípios processuais fundamentais — igualdade e contraditório amplo —, qualquer forma será adequada se por intermédio dela se cumprirem os fins a que serve.

Dir-se-á que as afirmações antecedentes iludem o real problema: não estando o juiz obrigado a respeitar uma tramitação que lhe é

imposta pelo legislador, tenderá ele a construir uma forma qualquer, exactamente aquela que lhe parecer a mais ajustada à composição do conflito. E, nesta variação entre sequências, ordenadas à decisão de pretensões equivalentes, pode discernir-se uma violação do princípio da igualdade.

Duas observações quanto a esta linha de argumentação. Em primeiro lugar, é evidente que a estruturação de um sistema processual em cima do princípio da gestão processual incrementa a responsabilidade de todos os intervenientes processuais. O decisor tem de cumprir mais uma tarefa para além daquelas que lhe estão tipicamente destinadas em sistemas enformados pelo princípio da legalidade das formas: ele tem não apenas de decidir a causa, como também de estabelecer a sequência mais adequada à justa e breve composição. Mas este aumento de responsabilidade pode ser perfeitamente compatível com o estado de maturidade da magistratura de um sistema em que visa implementar-se uma solução que requer o cumprimento de uma tarefa a mais. Se assim for, não procederão argumentos que assentem nos riscos de um arbítrio da decisão. Contra o erro judiciário haverá sempre mecanismos de reacção. Se, ao determinar a estrutura processual, o juiz estabelecer uma tramitação desadequada, às partes deverão ser conferidos meios que lhes permitam provocar o controlo desta sua decisão. E se, no final, se concluir que foi suprimida a prática de actos necessários à correcta decisão da causa — *v. g.*, porque foram suprimidos actos de instrução, vindo a decisão a julgar a acção ou a defesa improcedentes por falta de prova quando foi a sequência determinada pelo juiz a impedir que essa prova se realizasse — a decisão será frágil por violação do princípio da acção.

Em segundo lugar, supomos que o princípio de igualdade não impõe nem que as sequências processuais sejam rigidamente pré-ordenadas pelo legislador, nem que a decisão de pretensões idênticas resulte de estruturas processuais

exactamente iguais. A igualdade não há-de ser vista a partir de uma perspectiva atômica, acto de sequência a acto de sequência. Ela há-de ser prefigurada a partir das finalidades que presidem ao processo. Se se concluir que, apesar da diversidade de estruturas, as partes tiveram idênticas faculdades de persuasão do decisor e de demonstração dos factos que fundamentam a acção e a defesa, a igualdade estará preservada.

21. No fundo, a maior dificuldade dos sistemas tipicamente submetidos ao princípio da legalidade reside na habituação dos diferentes operadores judiciários a um novo paradigma, partindo-se, naturalmente, de uma resistência inicial. Descobrem-se imediatamente os riscos que o contraparádigma aparentemente não oferece. Num sistema em que todos estão habituados a tramitar pretensões segundo estruturas pré-ordenadas, alegações como a insuportabilidade da surpresa quanto ao rito processual ou como a possível erraticidade das decisões judiciais proferidas ao abrigo do poder de gestão surgem de imediato. A mudança radical é sempre difícil de absorver, levantando fortes resistências.

Esta circunstância poderá justificar a razoabilidade da solução votada no Senado quanto à amplitude dos poderes de gestão processual no futuro Código brasileiro. Quem pugnava por mais, sentirá que a opção é acanhada. Mas, como sempre acontece na vida, o indivíduo, confrontado com a ruptura, tem dificuldade em a absorver. Subitamente ele não sabe como fazer aquilo que dele é demandado. Resistirá e tenderá, até, a interpretar as novas soluções de modo a nelas encontrar aquilo que sempre conheceu. E estes factores humanos são cruciais no sucesso de qualquer reforma pelo que o são quando essa reforma depende estritamente de factores humanos. Por isso, será mais avisado que o legislador, sabendo onde quer chegar, programe a reforma com larga antecedência, fazendo-a por etapas. E, se parte de um estado de coisas muito afastado do objectivo que tem em vista, deverá contabilizar o tempo de adaptação daqueles que deverão

concorrer para a realização dos objectivos que a reforma se propõe. Convenha-se que pedir a um operador judiciário que, ao longo de uma larga carreira, conviveu com o princípio da legalidade das formas que, subitamente, aplique poderes de gestão processual, será desadequada opção política.

Mas como ficaram, afinal, os poderes de gestão conferidos ao juiz no projecto de novo Código de Processo Civil brasileiro?

IV. A gestão processual no Projecto de Código de Processo Civil brasileiro

22. A Comissão de especialistas incluiu no seu Projecto de Código algumas disposições relevantes em matéria de gestão processual. Lia-se no art. 107, do Capítulo I (Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz) do Título VI (Do juiz e dos auxiliares da Justiça):

Art. 107 – O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)

V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa.

No art. 151 da Secção I, do Capítulo I (Da forma dos actos processuais) do Título VIII (Dos actos processuais), lia-se:

Art. 151 – Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.

§ 1º Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.

Na exposição de motivos, escrevia a Comissão:

Na mesma linha, tem o juiz o poder de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa.

A fonte de inspiração para esta nova solução legal, que visava consagrar um princípio de gestão processual em sentido forte, foi, segundo a própria Comissão, o processo civil inglês. Apoiando-se na solução constante da regra 1.4 das CPR, que prevê os *case management powers* a Comissão.

23. Porém, a regra ordenada a consagrar o princípio da gestão processual em sentido forte — o art. 107 do projecto — não foi viabilizada no Senado. O Relator justificou a supressão dos poderes de gestão processual com a seguinte alegação:

A Emenda n. 15 merece acolhimento parcial. Como já registrado, a previsão do art. 107, V, foi um dos pontos mais criticados do projeto, já que, tal como posto, permite ao Juiz alterar, de acordo com seu entendimento, qualquer fase do processo. Segundo a maioria, na prática, isso pode permitir que cada juiz faça o seu “Código”, o que pode gerar insegurança jurídica. Por isso, a regra realmente deve ser alterada. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental fica limitada a duas hipóteses: aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova.

Nessa sequência, o art. 107 do projecto veio a ser alterado, passando a ter a seguinte redacção:

Art. 118 – O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)

V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”.

A versão do inciso V é radicalmente distinta daquela que fora proposta pela Comissão redactora do projecto, no seu art. 107. O juiz deixa de ter poderes de gestão processual em sentido forte, detendo, apenas, o poder de dilatar prazos processuais e o poder de alterar a ordem de produção dos meios de prova.

24. Dir-se-á que a solução final do futuro Código de Processo Civil brasileiro nasce desajustada do seu tempo. No plano do Direito positivo e olhando-se para experiências estrangeiras, seria possível consagrar solução bem mais arrojada. A gestão processual conhece em outros espaços uma dimensão incomparável com aquela com o novo Código a consagrará.

Mas, como acima dissemos, se a solução da Comissão pode ser totalmente justificada num plano científico e, mesmo, quando pensada para ser posta em vigor em tribunais expressamente preparados para um novo paradigma, talvez que a sua aplicação universal e imediata levantasse mais problemas do que aqueles que visaria resolver. Vale a pena lembrar o velho ditado: “Prudência e caldos de galinha nunca fizeram mal a ninguém.” Ou, numa versão possivelmente mais erudita, “*Vorsicht ist die Mutter der Porzellanliste.*”

Lisboa, Março de 2011

Da impossibilidade de dispensa desmotivada de empregados públicos das empresas estatais

Verena Sapucaia da Silveira^(*)

Resumo:

- ▶ O presente estudo visa a analisar os efeitos da incidência do regime jurídico-administrativo sobre o ato de dispensa de empregados públicos pelas empresas estatais. A abordagem do tema foi procedida a partir do método dedutivo, por meio da pesquisa doutrinária, especificamente, na seara constitucional, administrativa e juslaboral, bem como do exame da legislação e da investigação jurisprudencial brasileira aplicável à temática. Dentre os aspectos examinados, foram delineados os principais aspectos do regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como os princípios que integram o regime administrativo. Em seguida, procedeu-se ao esboço das premissas que conduzem à conclusão de que as empresas estatais submetem-se ao regime jurídico-administrativo. Por fim, a pesquisa pretendeu demonstrar que há um perfeito enquadramento do ato de rescisão de contratos empregatícios pelas empresas públicas e sociedades de economia mista na concepção de ato administrativo, de modo a infirmar de nulidade as dispensas desmotivadas, na medida em que o arcabouço principiológico próprio do Direito Administrativo impõe que estas estejam calcadas em motivos justos, razoáveis e impessoais, obedecendo a um devido processo legal que sobreleve o contraditório e a ampla defesa.

Palavras-chave:

- ▶ Empresas estatais — regime jurídico-administrativo — dispensa de empregados públicos.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Regime jurídico das empresas estatais
- ▶ 3. Caráter essencial das empresas estatais
- ▶ 4. Regime jurídico-administrativo
- ▶ 5. Da incidência do regime jurídico-administrativo sobre o ato de dispensa de empregados públicos pelas empresas estatais

(*) Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pelo *Jus Podivm*.

- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

A função administrativa corresponde ao conjunto de atividades voltadas à gestão de interesses coletivos. Dentre as modalidades de exercício da função administrativa, desponta a descentralização, em que pessoas jurídicas são criadas pelo Estado para auxiliá-lo no desempenho dos cometimentos administrativos.

As empresas estatais — epíteto designativo das empresas públicas e as sociedades de economia mista — são entidades integrantes da Administração Descentralizada ou Indireta. Não obstante assumam a forma de pessoas jurídicas de Direito Privado, não se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Isso porque tais entidades representam instrumentos de atuação do Estado: este as criará quando assim lhe parecer conveniente à consecução do interesse público, bem como fixará as atividades que justificam sua existência e das quais, portanto, não poderão se afastar.

Na qualidade de entidades auxiliares do Poder Público, cuja dinâmica orienta-se para o atendimento de necessidades coletivas, é natural que o regime jurídico-administrativo opere com força derogatória sobre o Direito Privado.

Assim é que, apesar de o vínculo que liga as empresas estatais a seus agentes ser empregatício — contratual, portanto —, a disciplina celetista sofre os influxos do aparato principiológico do regime jurídico-administrativo.

Ilustra essa assertiva o preceito constitucional que estabelece a exigência de prévia aprovação em concurso público para a investidura em emprego público. Sendo o ingresso nas estatais informado pelo Direito Público, deste também devem dimanar as diretrizes disciplinadoras da dispensa de seus empregados públicos.

Desta forma, o presente estudo, utilizando-se do modelo teórico-aplicado, destina-se não

apenas à construção de um modelo ou teoria, mas, também, à proposição de soluções para a prática hodierna, pretendendo demonstrar que o ato resilitório de contrato empregatício nas empresas públicas e sociedades de economia mista, consubstanciando típico ato administrativo, deve se dar de forma motivada, em decorrência da aplicação do regime jurídico-administrativo. Para tanto, valer-se-á do método dedutivo, por meio da pesquisa doutrinária nas searas constitucional, administrativa e trabalhista, bem como do exame da legislação aplicável, e da investigação jurisprudencial brasileira, conforme um método baseado na heurística.

Tendo isso em vista, será estudado o regime jurídico aplicável às empresas estatais, bem como os princípios que compõem o regime administrativo. Em seguida, demonstra-se o perfeito enquadramento do ato de rescisão de contratos empregatícios pelas empresas públicas e sociedades de economia mista na concepção de ato administrativo, de modo a infirmar de nulidade as dispensas desmotivadas, na medida em que o arcabouço principiológico próprio do Direito Administrativo impõe que estas estejam calcadas em motivos justos, razoáveis e impessoais, obedecendo a um devido processo legal que sobreleve o contraditório e a ampla defesa.

2. Regime jurídico das empresas estatais

As empresas públicas e sociedades de economia mista, como instrumentos de atuação do Estado, podem assumir incumbências de ordens diversas: exploração de atividade econômica ou prestação de serviços públicos.

É importante realçar que apenas excepcionalmente pode haver o desempenho de atividade econômica pelo Estado: quando presentes motivos de segurança nacional ou de relevante

interesse coletivo, na forma do *caput* do art. 173 da Lei Maior.

No caso das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, é natural que seu regime jurídico se aproxime mais daquele incidente sobre as empresas privadas. A índole de seu objeto social e a necessidade de evitar posição vantajosa em relação às empresas privadas, de modo a distorcer o regime de mercado, fazem com que, na disciplina das entidades empresarias do Estado exploradoras de atividade econômica, as normas do Direito Privado manifestem-se em significativa medida.

É por isso que a Constituição da República, no inciso II do § 1º de seu art. 173, determina a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista que exerçam atividade econômica ao regime jurídico próprio das empresas privadas, na forma do disposto na lei que estabelecer seu estatuto jurídico.

No entanto, a leitura deste preceptivo, se feita de maneira isolada, pode conduzir a uma conclusão inexata. Deve-se valer do método lógico-sistemático para, conjugando o teor deste dispositivo a outros constantes do próprio texto constitucional, atingir-se a essência normativa hegemônica no tocante ao regime jurídico das empresas estatais.

Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, por dedicarem-se ao desempenho de atividade pública propriamente dita, recebem, em largo espectro, a carga disciplinadora imanente ao regime jurídico-administrativo.

Em todo caso, a despeito de se tratar de empresa estatal exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviço público, uma interpretação atenta ao sentido harmônico da Constituição revela que aspectos primordiais do regime jurídico-administrativo alcançam ambos os tipos de entidades empresariais do Estado. Isso porque a Carta Magna, em vários dispositivos, faz alusão às empresas públicas e às sociedades de economia mista sem distinguir entre as que desempenham atividade econômica e as que prestam serviços públicos.

Não tendo o texto constitucional feito qualquer diferenciação nesse particular, pode-se dizer que o regime jurídico das empresas estatais, sejam elas atuantes no campo econômico ou no dos serviços públicos, pelo menos no que diz respeito a estes preceitos, apresenta ampla medida de homogeneidade. Vejam-se alguns dos dispositivos constitucionais que guiam a essa conclusão⁽¹⁾.

De início, deve-se sobrelevar o teor do art. 37, *caput*, que enuncia a submissão da Administração Direta, Indireta e Fundacional aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O inciso II deste artigo estabelece que a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos é pressuposto inarredável para a investidura em cargos ou empregos na Administração Direta ou Indireta.

O inciso XVII estende a vedação de acumular cargos públicos prevista no inciso XIV para os empregos e funções, inclusive nas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

No inciso XIX, impõe-se a necessidade de lei específica para autorizar a criação de empresa pública, sociedade de economia mista e de fundação. O inciso XX, por sua vez, declara que também depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias destas entidades, bem como a participação de qualquer delas em empresa privada.

No art. 49, X, fixa-se como da competência do Congresso Nacional fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, incluindo os da Administração Indireta.

O art. 71, II, determina que compete ao Tribunal de Contas o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por

(1) Para tanto, vale-se da sistematização procedida por Celso Antônio Bandeira de Mello em MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 201-204, pelo primor e concatenação lógica com que o tema é tratado, além de consubstanciar o entendimento adotado por este trabalho.

dinheiros, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta, inclusive as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal.

No inciso III deste dispositivo, dispõe-se também competir ao Tribunal de Contas a apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na Administração Direta e Indireta, inclusive as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal.

O art. 5º, LXXIII ainda atribui legitimidade a qualquer cidadão para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio público ou a entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico ou artístico.

Destarte, a leitura conjugada dos preceptivos constitucionais referidos mostra que não há como se cogitar serem equiparados os regimes das empresas privadas e o das empresas estatais, ainda que estas atuem como exploradoras de atividade econômica. Isso porque o texto harmônico da Constituição aponta para a existência de um regime híbrido, que mescla o padrão regulamentador do Direito Privado com influências do regime jurídico-administrativo.

Daí a atecnia contida no art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição de 1988: empresas públicas e sociedades de economia mista, mesmo quando voltadas à exploração de atividade econômica, não se sujeitam ao regime próprio das empresas privadas.

De fato, o sentido de uma regra constitucional não é captado tão somente pelas palavras que formam seu conteúdo; faz-se necessário proceder à sua compreensão harmoniosa, levando em conta o contexto articulado das demais disposições que compõem o conjunto normativo em que se encarta.

Assim é que as normas constitucionais supracitadas aplicam-se, indistintamente, a todas as estatais, em virtude do caráter essencial subjacente à própria razão de sua existência jurídica, conforme se analisará na sequência.

3. Caráter essencial das empresas estatais

As empresas estatais constituem, em seu cerne, instrumentos de atuação do Estado. Caracterizando-se como entidades auxiliares do Poder Público, sua dinâmica orienta-se para a consecução de interesses transcendentais aos meramente privados⁽²⁾.

O caráter de entidades essencialmente instrumentais ao desempenho de misteres estatais determina a diretriz principiológica que deve ser aplicada às estatais. Na irretocável lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁽³⁾:

(...) a personalidade de Direito Privado que as reveste não passa de um expediente técnico cujo préstimo adscreeve-se, inevitavelmente, a certos limites, já que não poderia ter o condão de embargar a positividade de certos princípios e normas de Direito Público cujo arredamento comprometeria objetivos celulares do Estado de Direito.

Com efeito, a adoção de personalidade jurídica de Direito Privado por tais entidades tem em mira a facilitação da atuação do Estado em determinadas áreas de forma mais versátil, sem os entraves e óbices burocráticos que permeiam o proceder das pessoas de Direito Público.

Corroborando esse entendimento, Hely Lopes Meirelles assinala que⁽⁴⁾:

Na verdade, as empresas estatais são instrumentos do Estado para a consecução de seus fins, seja para atendimento das necessidades mais imediatas da população (serviços públicos), seja por motivos de segurança nacional ou por relevante interesse coletivo (atividade econômica). A personalidade jurídica de Direito Privado é apenas a forma adotada para lhes assegurar melhores condições de eficiência, mas em tudo e por tudo ficam

(2) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 194.

(3) *Op. cit.*, p. 195.

(4) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 364.

sujeitas aos princípios básicos da Administração Pública. Bem por isso, são consideradas como integrantes da Administração indireta do Estado.

Vê-se, portanto, que, não obstante se travestirem de pessoas jurídicas de Direito Privado, às estatais não se aplica o regime tipicamente imperante para aquelas, sob pena de comprometimento de suas funções e escopos essenciais.

No escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁽⁵⁾: (...) tais pessoas nunca se sujeitam inteiramente ao direito privado. O seu regime jurídico é híbrido, porque, sob muitos aspectos, elas se submetem ao direito público, tendo em vista especialmente a necessidade de fazer prevalecer a vontade do ente estatal, que as criou para atingir determinado fim de interesse público.

Sua personalidade jurídica não tem o condão de desvirtuar o propósito para o qual foram criadas, qual seja, o de secundar o Estado no exercício da função administrativa. É a finalidade destas entidades que deve ditar o regime jurídico que sobre elas incide, não o envoltório que apresentam. Do contrário, a forma prevaleceria sobre a substância.

Nessa linha, Toshio Mukai afirma que o Direito Administrativo se aplica à Administração Indireta em toda sua plenitude. Aduz que a personalidade privada atribuída pelo legislador às empresas públicas *lato sensu* não pode prevalecer, em razão do caráter público que lhes é insito. Trata-se de forma jurídica destituída de valor transcendental. Desse modo, é sempre o regime jurídico-administrativo que se lhes impõe, já que a forma de Direito Privado não condiz com a realidade jurídica da missão afeta a tais entidades⁽⁶⁾. A Administração não pode se subtrair às suas obrigações valendo-se formas de Direito Privado⁽⁷⁾.

(5) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 418.

(6) MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, 2004. p. 225.

(7) *Op. cit.*, p. 253.

De mais a mais, quando o Estado procede à criação de uma pessoa jurídica de Direito Privado, nesta se fazem presentes quase todas as regras que envolvem as pessoas públicas: sua instituição deve ser autorizada por lei; o fim que as preside não é o lucro; não podem se afastar do fim para o qual foram criadas; sujeitam-se ao controle estatal; por derradeiro, a ordem jurídica lhes confere algumas prerrogativas inerentes ao regime público⁽⁸⁾.

É compreensível que assim seja; se o Estado necessita de uma pessoa jurídica para exercer determinada atividade, ele a coloca no mundo jurídico e dele a retira quando lhe pareça conveniente ao interesse coletivo; ele fixa os fins que ela deve perseguir, sem os quais não se justificaria a sua existência; para obrigá-la a cumprir seus fins, o Estado exerce sobre ela o controle estabelecido em lei; e ainda, para que ela atinja esses fins, ele lhe outorga, na medida do que seja necessário, determinados privilégios próprios do Poder Público.⁽⁹⁾

Deveras, ainda quando as estatais praticam atividade econômica, o que preside a atuação nessa área é, ineludivelmente, o interesse público, haja vista a disposição do *caput* do art. 173 da Carta Magna, segundo o qual somente por motivo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo é dado ao Estado explorar a atividade econômica.

Exercendo as empresas públicas e as sociedades de economia mista atividades situadas no campo do interesse público, assistir-se-ia a séria ameaça às garantias dos administrados e ao uso dos recursos públicos se lhes fosse conferida a liberdade inerente às empresas privadas.

Os preceptivos constitucionais que se aplicam, de forma indistinta, a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista traduzem percalços jurídicos ante uma eventual

(8) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 417.

(9) *Op. cit.*, p. 417.

ação descomedida do Estado no desempenho de misteres administrativos por intermédio de tais entidades. A incidência dessas normas tem por escopo o respeito às garantias dos administrados e o resguardo do interesse público, aspectos que constituem a própria substância de um Estado de Direito.

Diante disso, não pode restar dúvidas de que se aplica às empresas estatais prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividade econômica, em maior ou menor grau, respectivamente, o regime jurídico-administrativo, tema este que será objeto do próximo capítulo. Antes, porém, deve-se fazer uma breve incursão acerca do regime de pessoal das empresas públicas e sociedades de economia mista.

4. Regime jurídico-administrativo

Constituem os princípios cânones que informam a compreensão da ordem jurídica. São proposições fundamentais que alicerçam e embasam um sistema, provendo-lhe validade.

O Direito Administrativo possui um conjunto de princípios que lhe são peculiares, consubstanciadores do que se designa como regime jurídico-administrativo. Trata-se de postulados que norteiam a conduta do Estado no exercício da função administrativa.

De acordo com Hely Lopes Meirelles⁽¹⁰⁾:

Por esses padrões é que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e o zelo dos interesses sociais.

A Constituição Federal de 1988 elencou, em seu art. 37, os princípios que devem inspirar

(10) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88.

o modo de agir dos órgãos componentes da Administração Pública direta e indireta, os quais serão sucintamente delineados a seguir.

O princípio da legalidade traduz a subordinação absoluta do administrador à lei. Só haverá conduta válida se pautada em norma integrante do sistema jurídico.

Para o particular, vige a regra segundo a qual tudo que não está proibido em lei está permitido, o que significa que ele é, em regra, livre. Para a Administração, ao revés, a legalidade é o respaldo obrigatório para qualquer conduta sua. Só há conduta válida se pautada em norma integrante do sistema jurídico. Trata-se de princípio específico do Estado de Direito, em que a vontade da Administração é a que decorre da lei.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, é corolário do preceito isonômico e impõe que a Administração, em suas relações, não proceda de forma discriminatória, privilegiando uns em detrimento de outros.

Em verdade, como a lei deve respeitar a isonomia, na forma do preceituado no art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Constituição, e a função administrativa é subserviente àquela, faz-se mister que também a Administração se curve ao preceito isonômico, sob pena de desvio de finalidade.

Já o princípio da moralidade administrativa representa um plexo de valores éticos que estabelece o padrão de conduta que deve orientar a atuação administrativa, segundo os parâmetros eleitos pela coletividade. É um *standard* que se impõe na atuação da Administração, reforçando a noção de que seus atos devem se conformar aos padrões da instituição pública e atender ao bem comum.

Deve-se mencionar, ainda, o princípio da publicidade, que impõe uma atuação transparente por parte da Administração Pública, a fim de que os administrados possam controlar a legitimidade da conduta administrativa.

Por fim, o art. 37, *caput*, da CF, arrola o princípio da eficiência, correspondente à organização racional da estrutura administrativa para que suas atividades sejam prestadas com presteza, celeridade e economicidade.

Há princípios que, malgrado não constem do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, apresentam-se como diretrizes que compõem o regime jurídico-administrativo, possuindo tanta importância quanto os acima elencados, tanto que sua existência é pacificamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência.

Dentre eles, cumpre pontuar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o qual impõe a prevalência do primeiro sobre o segundo em caso de embate. É deste princípio que decorrem as prerrogativas da Administração Pública, não se podendo olvidar que o uso destas consubstancia dever-poder, uma vez que a atividade administrativa equivale a exercício de função.

O princípio da indisponibilidade do interesse público, por seu turno, quer significar que a Administração, como representante do interesse público, não pode dele dispor, mas tão somente zelar por sua consecução no desempenho de seus cometimentos.

De acordo com escólio de Dirley da Cunha Júnior⁽¹¹⁾:

Na Administração Pública, os bens e interesses públicos não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Ao contrário, cumpre ao administrador o dever de protegê-los nos termos da finalidade legal a que estão adstritos.

Especial destaque merece o princípio da motivação, o qual exige que a Administração indique os motivos de fato e de direito de suas decisões. Atualmente, não há mais espaço para a cizânia doutrinária a respeito do âmbito de aplicação desse princípio, sendo certo que deve ser aplicado a todos os atos administrativos,

sejam eles vinculados ou discricionários. Quanto a este princípio, todavia, reserva-se maior espaço para sua abordagem no tópico derradeiro, em que será correlacionado diretamente à temática central.

Finalmente, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, quando aplicados ao âmbito da Administração, impõem que as decisões administrativas sejam justas e equânimes, de modo a não gerar restrições desnecessárias e abusivas a seus destinatários. Trata-se da faceta substancial da cláusula do devido processo legal.

É nesse sentido que o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.784/1999 prevê que nos processos administrativos, serão observados, entre outros, os critérios de adequação entre meios e fins, sendo vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Contudo, o *due process* também merece aplicação na ordem administrativa em seu aspecto formal. Nesse caso, o devido processo legal aparece como um superprincípio, um princípio-síntese, pois congrega em seu conceito diversos princípios constitucionais que, em seu conjunto, asseguram o acesso a uma ordem jurídica justa, a exemplo do contraditório e da ampla defesa.

5. Da incidência do regime jurídico-administrativo sobre o ato de dispensa de empregados públicos pelas empresas estatais

Desde o estabelecimento do sistema do FGTS na ordem jurídica brasileira, a regra geral no âmbito privado tem sido a dispensa desmotivada, ou seja, sem um motivo juridicamente relevante. A causa da ruptura consiste, nesse modelo, na mera vontade do empregador, configurando o que se denomina de denúncia vazia do contrato empregatício.

A dispensa desmotivada pelo empregador “confere, infelizmente, a essa modalidade de

(11) CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Salvador: JvsPodivm, 2008. p. 40.

ruptura do contrato empregatício o estatuto jurídico de simples exercício de um poder potestativo pelo empregador — próximo ao absoluto (...)”⁽¹²⁾.

Todavia, quando a posição de empregador é ocupada pelo Estado, esse quadro muda de tom. Situando-se num dos polos da relação empregatícia uma entidade estatal, a relação jurídica se publiciza, ensejando a aplicação dos princípios atinentes à Administração Pública.

É bem verdade que o regime de pessoal das empresas públicas e sociedades de economia mista é o celetista, o que determina a natureza contratual do liame travado com seus agentes, de modo que o Estado realmente assume posição de empregador.

Sem embargo, essa relação é permeada por preceitos do Direito Público, ensejando a incidência de uma disciplina peculiar aos empregados públicos. Referindo-se à fórmula regulamentadora das relações empregatícias firmadas no âmbito das empresas estatais, Ney José de Freitas escreveu que:

(...) não ocorre, em caráter de exclusividade, a incidência de normas constantes da legislação trabalhista, mas, também o influxo, com força derogatória, de normas de direito público que colorem a relação jurídica com timbres diferenciados, pontuando o vínculo com as peculiaridades do interesse público.⁽¹³⁾

Na mesma linha, manifestou-se Marlúcia Lopes Ferro⁽¹⁴⁾:

(...) a sociedade de economia mista, quando despede empregado do seu quadro de pessoal, afasta-se do regime jurídico público. Assim, apesar de estar jungida às regras trabalhistas, está de igual forma obrigada pelos

princípios da Administração Pública e pelos princípios que regem o processo administrativo, daí por que encontrar-se obrigada a motivar o referido ato (...).

Corrobora essa assertiva o quanto disposto no art. 37, II, da Carta de 1988, que determina que a investidura em emprego público depende da prévia aprovação em concurso público.

Essa norma é corolário do princípio da isonomia dos administrados e, particularmente, do princípio da impessoalidade, o qual deve ser aplicado a todas as entidades integrantes da Administração Indireta, por expressa disposição constitucional.

Não sendo livre o ingresso de empregados públicos, sua dispensa deve, do mesmo modo, sofrer condicionamentos. Com efeito, o Estado não se transforma em empregador comum somente porque trava relação empregatícia. Havendo derrogação da disciplina celetista quanto à investidura em empregos públicos, a dispensa de pessoal pelas empresas estatais também deve ser regida pelo Direito Público.

Nesse sentido, merece destaque trecho do voto do Ministro Néri da Silveira, proferido no julgamento do RMS n. 21.485/DF pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

Penso que, em matéria de rescisão de contrato de trabalho, embora caiba compreender, na perspectiva do empregador, que este, em princípio, pode despedir o empregado não estável, discricionariamente, desde que lhe pague o que cabível pela rescisão imotivada, na órbita da função pública, não parece viável admitir, em favor de quem detenha o poder, a seu talante, rescindir contrato de trabalho, sem causa, porque se trata, aí, de ato administrativo cuja prática nunca se legitima com abuso ou excesso de poder. Se um empregado foi admitido na função pública, após concurso público, satisfazendo a todos os requisitos de ingresso, não cabe entender, tão somente porque o regime jurídico do emprego seja o da CLT, que a Administração possa, sem qualquer causa, rescindir o vínculo e despedir o servidor, com os ônus daí decorrentes. (RMS n. 21.485/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, 1ª.9.1992)

(12) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 1.022.

(13) FREITAS, Ney José de. *Dispensa de empregado público & o princípio da motivação*. 1. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2009. p. 103.

(14) FERRO, Marlúcia Lopes. *Sociedade de economia mista & despedida imotivada*. São Paulo: LTr, 2007. p. 39.

Na realidade, o regime jurídico-administrativo informa toda conduta administrativa, constituindo a tônica da atuação estatal. Nas palavras de Ney José de Freitas, há “uma atração fatal entre a presença do estado e a incidência imediata do regime jurídico-administrativo”⁽¹⁵⁾.

Sobre o tema a Suprema Corte assim se posicionou:

Mandado de segurança: cabimento: ato de autoridade: dispensa de servidor público por decreto presidencial. A atividade estatal é sempre pública, ainda que inserida em relações de direito privado e sobre elas irradiando efeitos; sendo, pois, ato de autoridade, o decreto presidencial que dispensa servidor público, embora regido pela legislação trabalhista, a sua desconstituição pode ser postulada em mandado de segurança. (...) (MS n. 21.109/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, 8.5.1991)

Sendo assim, a ruptura de contratos empregatícios pelas empresas públicas e sociedades de economia mista revela-se como típico ato administrativo. É que este consubstancia manifestação de vontade emanada de agente da Administração Pública (e tais entidades compõem a estrutura administrativa descentralizada). Ademais, o ato é regido pelo Direito Público e deve gerar efeitos jurídicos voltados à consecução do interesse público. Perfazem-se, assim, todos os critérios essenciais para a configuração do ato administrativo.

Como ato administrativo que é, a dispensa de empregados públicos no âmbito das empresas estatais deve ser motivado. A motivação corresponde à justificativa do ato praticado. Consiste na exposição escrita dos pressupostos fáticos que conduziram à realização do ato, atestando, assim, que efetivamente ocorreram. Diz respeito, portanto, às formalidades do ato administrativo, de modo a possibilitar o exame de sua legalidade.

(15) FREITAS, Ney José de. *Dispensa de empregado público & o princípio da motivação*. 1. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2009. p. 106.

A Lei n. 9.784/1999, em seu art. 50, dispõe que todos os atos administrativos, sem qualquer distinção, devem ser motivados. Note-se que este preceito não distingue entre atos administrativos vinculados e discricionários quando prega a obrigatoriedade de sua motivação.

Atualmente, o princípio da motivação encontra-se consagrado na doutrina e jurisprudência, o que torna obsoleto o debate acerca da extensão de sua aplicabilidade — se alcança somente os atos vinculados ou apenas os discricionários —, sendo certo que concerne a todos os atos administrativos, como maneira de se viabilizar o controle da legalidade destes.

Outrossim, o inciso X do art. 93 da Carta Magna preceitua que todas as decisões administrativas dos Tribunais serão motivadas. Ora, se o Poder Judiciário, no exercício atípico da função administrativa, deve motivar suas decisões, com mais razão deve-se defender a exposição dos fundamentos de fato e de direito que levaram o Executivo, no exercício da função que lhe é inerente, a decidir de determinada forma.

A motivação dos atos administrativos decorre do próprio princípio do Estado Democrático de Direito. Nos dizeres de Eugênia Giovanna Simões Cavalcanti⁽¹⁶⁾:

Faz parte dos regimes democráticos a tomada de decisão do administrador de forma racional e motivada, como meio de resguardar os administrados de decisões arbitrárias e de garantir o exercício da boa administração, cabendo ao administrador, como representante do povo, demonstrar a legalidade e a justiça de suas decisões.

Desse modo, a motivação dos atos administrativos passa a representar não apenas uma exigência de ordem jurídica, mas também

(16) CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões. *A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos face à Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-15-JULHO-2008-EUGENIA%20GIOVANNA.PDF>> Acesso em: 29 set. 2010, p. 14.

política, porquanto tenha a Administração o dever jurídico e político de justificar ao administrado as razões de ter praticado determinado ato. De par com isso, faz-se mister que esta explicação seja convincente, logrando aceitação social, já que o consenso é a noção chave da democracia⁽¹⁷⁾.

Simões Cavalcanti também atenta para o caráter instrumental do princípio da motivação. Isso porque ele se afigura como meio relevante de se verificar se o ato administrativo está em consonância com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, permitindo aferir a existência de eventual desvio de poder ou de finalidade⁽¹⁸⁾.

De par com isso, impende sobrelevar o caráter instrumental do princípio da motivação. Isso porque, estando esposadas as razões de fato e de direito que conduziram o agente a realizar o ato administrativo, pode-se verificar se este prestou observância aos demais princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Percebendo o cariz instrumental do princípio da motivação, Marlúcia Lopes Ferro leciona que⁽¹⁹⁾:

A motivação do ato e sua publicidade permitem a verificação da atividade exercida pelos poderes públicos em todos os seus aspectos: legalidade, moralidade, impessoalidade, competência, razoabilidade, proporcionalidade. É forçoso concluir-se que a inexistência de motivação, ou motivação falha, implicam inconstitucionalidade e inquinam o ato de nulidade.

Por isso, defende-se, neste trabalho, a impossibilidade de dispensa desmotivada dos empregados públicos pelas empresas estatais. A partir da aplicação dos princípios que compõem o regime jurídico-administrativo, em

especial dos princípios da motivação, da impessoalidade, do devido processo legal e da razoabilidade e proporcionalidade, propugna-se que, para a validade do ato rescisório do contrato de trabalho nas empresas públicas e sociedades de economia mista, afigura-se necessário um motivo justo e razoável, sempre deferente ao interesse público (o que é verificado por meio da motivação do ato), bem como um processo administrativo em que se assegure a ampla defesa e o contraditório.

O que aqui se consigna está em consonância com o enunciado no art. 50, inciso I, da Lei n. 9.784/1999, de acordo com o qual devem ser motivados os atos administrativos que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses. Logo, consubstanciando a dispensa um ato que afeta o direito fundamental ao trabalho do empregado público, a necessidade de sua motivação resulta de disposição expressa da ordem jurídica.

Infelizmente, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho aceita a despedida imotivada dos servidores das empresas estatais:

OJ-SDI1-247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. I – A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade; (...)

Não obstante esse entendimento firmado pelo TST, já encontra guarida no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho a tese da necessidade de motivação do ato de ruptura contratual do vínculo trabalhista dos empregados públicos, com fulcro, essencialmente, na incidência dos princípios administrativos sobre as empresas estatais:

SÚMULA N. 3, DO TRT DA 9ª REGIÃO: “Administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista) subordinam-se às normas de direito público (art. 37, da CF/88), vinculada à motivação da dispensa

(17) *Op. cit.*, p. 14.

(18) *Op. cit.*, p. 16.

(19) FERRO, Marlúcia Lopes. *Sociedade de economia mista & despedida imotivada*. São Paulo: LTr, 2007. p. 73.

de empregado público.” (IUI n. 7/2000 – julgado em 16.4.2001 – Publicado no DJ-PR em 04/2001 – 30.4.2001 e 2.5.2001 – AC. n. 12.835/01, publ. 18.5.2001)

EMPREGADO PÚBLICO CELETISTA — DISPENSA IMOTIVADA — IMPOSSIBILIDADE. A empresa pública, entidade estatal ligada à administração indireta, submete-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, por força do art. 173, § 1º, da Constituição da República, mas não está, em razão disso, isenta de observar os princípios de direito administrativo, dentre eles os da legalidade e da motivação, aplicáveis aos atos administrativos em geral (art. 37 da CF/88). Considerando-se que a contratação de seus servidores só pode se dar por meio de concurso público, em decorrência da sujeição de seus atos aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, também o ato de dispensa (que, a princípio, é um ato arbitrário) deve ser motivado, pois quem não tem liberdade para contratar também não a tem para dispensar. Por essa razão, a dispensa sem motivação não tem validade. (TRT 3ª da Região, 00445-2002-041-03-00-9 – RO, Rel. Juiz Convocado José Marlon de Freitas, 20.9.2002)

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPREGADO PÚBLICO. DISPENSA. ATO DISCRICIONÁRIO. Ainda que não se entenda que os servidores públicos celetistas, ocupantes de empregos públicos, gozem da estabilidade no serviço público, a dispensa daqueles deve ser precedida de inquérito/processo administrativo, nos termos da Súmula n. 21 do C. STF. E o ato deve ser motivado. A dispensa de servidor público reveste-se da qualidade de ato administrativo, lembrando que são princípios constitucionais da Administração Pública, a moralidade, a impessoalidade, a legalidade e a publicidade. Assim, o ato administrativo deve ser sempre motivado e precedido de processo administrativo, em que fique assegurada a ampla defesa. Isto se aplica às empresas públicas e sociedades de economia mista que integram a Administração Indireta. O desligamento de servidor público não é livre, porque no

âmbito público não se está gerindo negócio particular, onde prevalece o princípio da autonomia da vontade; prepondera o interesse de toda a coletividade, cuja gestão sempre reclama adstrição à finalidade legal preestabelecida, exigindo, pois, transparência, respeito à isonomia e fundamentação satisfatória para os atos praticados. É forçoso reconhecer que a dispensa imotivada, típica e clássica do direito trabalhista implica ausência de qualquer vinculação e/ou participação do empregado para contribuir para seu afastamento. Isto não cabe na prática de um ato administrativo, como a dispensa de um servidor público. Daí porque, a despedida de empregado público demanda apuração regular de suas insuficiências ou faltas, com direito à defesa, e no caso de providências amplas de enxugamento pessoal, prévia divulgação dos critérios que presidirão as dispensas, a fim de que se possa conferir a impessoalidade das medidas concretamente tomadas. (TRT da 3ª Região, 0084100-32.2009.5.03.0140 RO, Rel. Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal, 10.2.2010)

SERVIDOR CELETISTA. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. A falta de lei disciplinando as hipóteses em que o ente administrativo poderá dispensar seu empregado público, seria razoável se aceitar o rompimento contratual em caso de cometimento de falta grave ou acúmulo ilegal de cargos, empregos ou funções, mas nunca a dispensa sem justa causa, ainda mais, se esta estiver sem a motivação. (TRT da 5ª Região, Proc. n. 0055900-32.2005.5.05.0291 – RO, Ac. n. 006237/2007, Relª Desembargadora Vânia Chaves, 1ª Turma, DJ 26.3.2007)

Também na doutrina encontra eco a noção de imprescindibilidade de motivação do ato de rescisão de contratos de emprego público no âmbito das empresas estatais. Alice Monteiro de Barros, criticando o entendimento esposado na OJ n. 247 da SDI-1 do TST, aduz⁽²⁰⁾:

(20) BARROS, Alice Monteiro. Contrato de Emprego do Servidor Público. In: SOARES, José Ronald Cavalcante (Coord.). *O servidor público e a Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 25.

Ora, a dispensa imotivada do servidor empregado desprestigia o concurso público, meio colocado à disposição do Administrador Público para se obter moralidade e eficiência no concurso público. Se não bastasse, a motivação não dificulta o ato da dispensa, ao contrário, legitima-o.

Observe-se que a Lei n. 4.717/1965 determina a nulidade dos atos praticados quando inexistentes os motivos, o que se verifica quando a matéria de fato ou de direito em que se fundamenta o ato é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido (art. 2º, parágrafo único, alínea *d*).

Desse modo, não apenas a inexistência de motivo, mas também a incongruência entre este e a providência tomada ensejam nulidade. O motivo deve ser a premissa da qual decorra logicamente a conclusão, ou seja, é preciso que se estabeleça nexo de causalidade entre as razões invocadas e o ato praticado.

Trata-se de manifestação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade (dimensão substancial do devido processo legal), ao qual também deve obedecer o ato administrativo de dispensa de pessoal das estatais. Assim sendo, sempre que houver desajuste lógico entre os fundamentos invocados pelo administrador e o resultado do ato, no caso, a dispensa de empregado público, este será acoimado de ilegal, em face da violação aos mencionados princípios.

Haverá vício, ainda, em caso de falsidade do motivo, ou seja, quando as premissas de fato ou de direito suscitadas pelo administrador não corresponderem ao motivo que, de fato, desencadeou a prática do ato. Também nesse caso, o ato será maculado de nulidade.

Se por um lado é verdade que a omissão legislativa na disciplina da dispensa de empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista enseja a atuação discricionária do administrador, calcada num juízo de conveniência e oportunidade, não se pode olvidar que a conduta dessas entidades deve

estar sempre voltada a satisfazer com excelência o interesse público.

Consoante escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de fato, a discricionariedade encontra campo de aplicação nos espaços deixados pela lei. Consigna, no entanto, que quando a lei é omissa, o administrador deverá decidir de acordo com os princípios extraídos do ordenamento jurídico.

Em igual sentido, Juarez Freitas defende que, no caso dos atos discricionários, o agente público emite juízos decisórios de modo a permitir a coexistência exitosa dos valores projetados no sistema, conferindo-lhes a máxima concretização⁽²¹⁾. É que “somente se admite a discricionariedade legítima se motivadamente vinculada aos princípios constitucionais”⁽²²⁾. Assim, os atos administrativos e as respectivas motivações só se legitimam se juridicamente alinhavados com o arcabouço principiológico do Direito Administrativo, particularmente com as diretrizes do art. 37 da CF.

Destarte, a omissão da lei quanto à disciplina da dispensa de servidores pertencentes aos quadros das empresas estatais não dispensa o agente administrativo da observância de princípios como o da motivação, impessoalidade, devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade.

A discricionariedade não é suficiente para retirar os atos que contêm essa marca da esfera de controle do Poder Judiciário. Este controle pode recair sobre os motivos do ato, vale dizer, sobre os fatos que precederam sua elaboração, bem como sobre a finalidade, a qual se constata, em sentido amplo, no interesse público. Atendendo o ato administrativo a fim diverso, restará configurado desvio de poder e, por via de consequência, a nulidade do ato.

(21) FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 33-34.

(22) *Op. cit.*, p. 48.

Por essas razões, os atos de competência discricionária são, sob certo aspecto, aqueles que mais densamente precisam ser sindicados, na busca da melhor solução (...) para, nas fronteiras da juridicidade, coibir os nefandos erros e as motivações destituídas da mínima consistência.⁽²³⁾

O controle jurisdicional dos atos administrativos, portanto, afigura-se necessário para garantir a contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo.

A motivação da dispensa de servidores das estatais permite, ainda, aferir se o administrador respeitou o princípio da impessoalidade, segundo o qual a Administração deve rechaçar atuações que reverenciem interesses privados, propiciadoras de perseguições e favoritismos⁽²⁴⁾. Trata-se, inclusive, de meio de evitar a burla ao concurso público, uma vez que a resilição desmotivada do contrato empregatício pelas estatais pode dar vez a situações em que a dispensa do empregado vise, tão somente, à contratação de candidatos apadrinhados, classificados em posição inferior.

Em casos tais, evidencia-se a vulneração também do princípio da supremacia do interesse público, diante da subjugação deste a interesses particulares dos administradores.

A respeito da necessidade de motivação dos atos administrativos, salutar colacionar lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁽²⁵⁾:

Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são “donos da coisa pública”, mas simples gestores de interesses de toda a

coletividade, esta sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, “todo poder emana do povo (...)” (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, *caput*), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a “cidadania” (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam.

Com efeito, a Administração não dispõe de poderes, mas de deveres-poderes, os quais evidenciam que a atividade administrativa constitui, em verdade, exercício de função. E o desempenho da função administrativa quer significar justamente que os poderes conferidos à Administração subordinam-se ao cumprimento do interesse público.

É por isso que a expressão poder potestativo, por encarnar uma noção de poder quase absoluto, mostra-se imprópria no âmbito das relações em que entidade estatal ocupa um dos polos. Nesse sentido, Ney José de Freitas ensina que⁽²⁶⁾:

O poder potestativo, como concebido no direito do trabalho, não cabe onde comanda a denominada relação de administração. O administrador público, na condição de gestor da *res publica*, não detém liberdade para agir de acordo com a sua vontade que, aliás, é irrelevante no que se refere aos empregados públicos, pois estes são servidores do Estado e não da pessoa do administrador público, como ocorreria numa relação de natureza privada.

A dispensa desmotivada, como manifestação do poder potestativo do empregador, não encontra campo de aplicação nas empresas estatais, uma vez que estas submetem-se ao regime

(23) FREITAS, Juarez. *Discricionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40.

(24) Nesse sentido: FREITAS, Juarez, *op. cit.*, São Paulo: Malheiros, 2007. p. 58.

(25) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 402.

(26) FREITAS, Ney José de. *Dispensa de empregado público & o princípio da motivação*. 1. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2009. p. 133.

jurídico-administrativo, devendo sua atuação ser orientada pelo interesse coletivo. É este que deve ditar o ato de rescisão dos vínculos empregatícios nas empresas públicas e sociedades de economia mista, não o livre talante do administrador público.

Diante do laconismo do ordenamento positivo acerca da dispensa do pessoal das empresas públicas e sociedades de economia mista, pode-se tomar como parâmetro o quanto contido na Lei n. 9.962/2000, que disciplina o regime de emprego do pessoal da Administração Federal direta, autárquica e fundacional. Esse diploma normativo, em seu art. 2º, reforça o mandamento constitucional sobre a necessidade de realização de certame público para a contratação de empregados públicos.

No art. 3º, elenca as hipóteses autorizadoras da rescisão de contrato de trabalho:

Art. 3º O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses:

I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;

II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal;

IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

Da análise do dispositivo legal, pode-se inferir que as situações que permitem o rompimento do liame empregatício pela Administração Federal direta, autárquica e fundacional constituem rol *numerus clausus*, insuscetível

de ampliação pela mera vontade administrativa. A importância da menção a este preceito está em que as hipóteses nele listadas revelam que é o interesse público que deve guiar a conduta administrativa quando do rompimento do contrato empregatício.

Explica-se: o inciso I dispõe que a prática de qualquer das condutas contidas no art. 482 da CLT possibilita a dispensa do empregado. De fato, o comportamento do agente da Administração que se enquadrar em uma das situações descritas no tipo celetista indica o desajuste entre a referida conduta e o caráter público do múnus que exerce.

O inciso II, por seu turno, nada mais faz que ratificar a regra constitucional que veda a cumulação de cargos, empregos e funções públicas, de forma que, o agente que burlar tal proibição, poderá ser dispensado.

No inciso III, há dicção no sentido de que a necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, pode ensejar o ato resilitório do liame empregatício. Convém frisar, no entanto, que os cortes de pessoal no âmbito da Administração por motivo de contenção de despesas deve obedecer a critérios objetivos e impessoais, para que não haja tratamento privilegiado ou detrimetoso de tal ou qual empregado.

Por derradeiro, o inciso IV enumera como hipótese que possibilita a dispensa de empregado público a insuficiência de desempenho deste, observado o direito a recurso administrativo. Sabendo-se que a Administração Pública deve estar voltada ao atendimento das necessidades coletivas, é certo que o desempenho precário de um servidor prejudica toda a coletividade, de modo que sua dispensa, nesse caso, será sim presidida pelo interesse público.

Todas as situações supramencionadas constatarem padrões normativos que podem ser transpostos analogicamente para as empresas estatais. Faz-se mister, entretanto, observar o devido processo administrativo, com exceção, talvez das hipóteses dos incisos II e III, em

que a razão do ato resilitório é objetivamente aferível ou reside em fato externo ao comportamento do empregado, respectivamente. Quanto aos demais casos, porém, deve incidir, com todo vigor, o princípio do devido processo legal, assegurando ao empregado público um procedimento ordenado, com direito ao contraditório e à ampla defesa, no momento de sua dispensa.

Portanto, se o ato resilitório do contrato empregatício não tiver sido motivado por parte da empresa estatal ou se o motivo se mostrar falso ou incongruente, o empregado poderá recorrer ao Poder Judiciário. Se este verificar a nulidade da dispensa por vício quanto ao motivo, determinará a reintegração do empregado público, a fim de restabelecer o *status quo ante*. Idêntica providência deve ser tomada em caso de desvio de finalidade — quando o ato de dispensa não for presidido pelo interesse público — e de inobservância do princípio do devido processo legal, da razoabilidade e proporcionalidade.

Propugnando o direito à reintegração do empregado público que for despedido sem que se cumpra um devido processo administrativo, confira-se trecho de autoria de Celso Antônio Bandeira de Mello⁽²⁷⁾:

Logo, para despedir um empregado, é preciso que tenha havido um processo regular, com direito à defesa, para apuração da falta cometida ou de sua inadequação às atividades que lhe concernem. Desligamento efetuado fora das condições indicadas é nulo. O empregado, se necessário, recorrerá às vias judiciais trabalhistas, devendo-lhe ser reconhecido o direito à reintegração, e não meramente à compensação indenizatória por despedida injusta.

Há parecer da lavra do Consultor da União Obi Damasceno Ferreira, no sentido de que o servidor admitido por concurso público, apesar

de regido pela CLT, não pode ser dispensado sem motivação, de forma que o ato resilitório assim praticado será nulo, ensejando a reintegração do interessado no emprego. Destaca-se o seguinte excerto do referido parecer⁽²⁸⁾:

A dispensa do emprego, como todo o ato administrativo, há de ser motivada, ainda que se cuide de relação regida pela CLT, implicando sua falta, sem dúvida, invalidade do ato, até mesmo por se configurar, na hipótese, abuso de poder. No âmbito da Administração Pública, ao contrário do que se verifica na atividade privada, não é admissível venha a autoridade, a seu talante, rescindir sem causa contrato de trabalho, máxime considerando tratar-se de servidor admitido por concurso e detentor em seus assentamentos de boas referências funcionais, como consta do processo.

Por tudo quanto foi exposto, preconiza-se que a dispensa de empregados públicos pelas empresas estatais, como ato administrativo que é, encontra-se sob a égide do regime jurídico-administrativo, de modo que sobre ele incidem os princípios que informam a conduta da Administração, em especial os da motivação, da impessoalidade e do devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade.

A aplicação desse arcabouço principiológico sobre o ato resilitório de contratos empregatícios nas empresas públicas e sociedades de economia mista aponta para a impossibilidade de que a dispensa se dê de forma desmotivada, porquanto esta deve ser presidida por motivos razoáveis e impessoais, sempre deferentes ao interesse público, respeitando um *iter* administrativo que assegure a ampla defesa e o contraditório.

6. Considerações finais

Diante do exposto, foi possível extrair as seguintes conclusões sistematizadas atinentes ao tema, conforme a seguir expandido:

(27) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 221-222.

(28) Parecer n. AGU/DF-01/95. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8243>>.

1. Quem exerce função administrativa circunscreve-se a satisfazer interesses públicos. É dizer: os órgãos, agentes e entidades incumbidas da função administrativa recebem da ordem jurídica certas prerrogativas cujo uso, entretanto, deve estar assujeitado ao atendimento dos interesses públicos, daí se dizer que detêm, em verdade, dever-poder.

2. As empresas públicas e sociedades de economia mista, conhecidas como empresas estatais, são pessoas jurídicas de direito privado criadas mediante autorização legal que, integrando a Administração Pública Indireta, voltam-se à prestação de serviços públicos ou, presentes certos requisitos, à exploração da atividade econômica.

3. Nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica, o regime jurídico se aproxima mais daquele incidente sobre as empresas privadas. A índole de seu objeto social e a necessidade de evitar posição vantajosa em relação às empresas privadas fazem com que, na disciplina das entidades empresariais do Estado exploradoras de atividade econômica, as normas do Direito Privado manifestem-se em significativa medida.

4. No tocante às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, por dedicarem-se ao desempenho de atividade pública propriamente dita, recebem, em largo espectro, a carga disciplinadora imanente ao regime jurídico-administrativo.

5. Em todo caso, uma interpretação atenta ao sentido harmônico da Constituição revela que aspectos primordiais do regime jurídico-administrativo alcançam ambos os tipos de entidades empresariais do Estado. Isso porque a Carta Magna, em vários dispositivos, faz alusão às empresas públicas e às sociedades de economia mista sem distinguir entre as que desempenham atividade econômica e as que prestam serviços públicos, o que demonstra substancial homogeneidade de seus regimes jurídicos.

6. As empresas estatais constituem, em seu cerne, instrumentos de atuação do Estado. Caracterizando-se como entidades auxiliares do Poder Público, sua dinâmica orienta-se para a consecução de interesses transcendentais aos meramente privados.

7. Com efeito, a adoção de personalidade jurídica de direito privado por tais entidades tem em mira, principalmente, a facilitação da atuação do Estado em determinadas áreas de forma mais versátil. Ainda quando as estatais praticam atividade econômica, o que preside a atuação nessa área é, ineludivelmente, o interesse público. Por isso, aplica-se às empresas estatais prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividade econômica, em maior ou menor grau, respectivamente, o regime jurídico-administrativo.

8. O regime jurídico-administrativo é composto por postulados que norteiam a conduta do Estado no exercício da função administrativa.

9. O princípio da motivação exige que a Administração indique os motivos de fato e de direito de suas decisões. Trata-se da exposição escrita dos pressupostos fáticos que conduziram à realização do ato, atestando que efetivamente ocorreram. Diz respeito, assim, às formalidades do ato administrativo, de forma a possibilitar o exame de sua legalidade, daí a importância de se faça presente em todas as espécies de ato administrativo.

10. Quanto ao princípio da motivação, faz-se mister sobrelevar seu caráter instrumental. É que ele se apresenta como meio importante de se aferir se o ato administrativo está em consonância com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

11. Havendo derrogação da disciplina celetista quanto à investidura em empregos públicos, a qual deve ser feita por concurso público, a dispensa de pessoal pelas empresas estatais também deve ser regida pelo Direito Público. Com efeito, o Estado não se transforma em empregador comum somente porque trava relação empregatícia.

12. A ruptura de contratos empregatícios pelas empresas públicas e sociedades de economia mista revela-se como típico ato administrativo. É que este consubstancia manifestação de vontade emanada de agente da Administração Pública (já que tais entidades compõem a estrutura administrativa descentralizada). Ademais, o ato é regido pelo Direito Público e deve gerar efeitos jurídicos voltados à consecução do interesse público.

13. Defende-se que a dispensa de empregados públicos pelas empresas estatais, como ato administrativo que é, encontra-se sob a égide do regime jurídico-administrativo, de modo que sobre ele incidem os princípios que informam a conduta da Administração, em especial os da motivação, da impessoalidade e do devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade.

14. A incidência dessa diretriz principiológica em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista importa na impossibilidade de dispensa desmotivada, na medida em que o ato resilitório no âmbito de tais entidades deve ser presidido por motivos razoáveis e impessoais, sempre deferentes ao interesse público, respeitando um *iter* administrativo que assegure a ampla defesa e o contraditório.

15. Se o ato resilitório do contrato empregatício não tiver sido motivado por parte da empresa estatal ou se o motivo afigurar-se falso ou incongruente, o empregado poderá recorrer ao Poder Judiciário. Se este verificar a nulidade da dispensa por vício quanto ao motivo, determinará a reintegração do empregado público, a fim de restabelecer o *status quo ante*. A mesma medida deve ser adotada em caso de desvio de

finalidade — quando o ato de dispensa não for ditado pelo interesse público — e de inobservância do princípio do devido processo legal, da razoabilidade e proporcionalidade.

7. Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro. Contrato de emprego do servidor público. In: SOARES, José Ronald Cavalcante (Coord.). *O servidor público e a Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 17-28.

CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões. *A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos face à Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-15-JULHO-2008EUGENIA%20GIOVANNA.PDF>> Acesso em: 29 set. 2010.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Salvador: JvsPodivm, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRO, Marlúcia Lopes. *Sociedade de economia mista & despedida imotivada*. São Paulo: LTr, 2007.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Ney José de. *Dispensa de empregado público & o princípio da motivação*. 1. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, 2004.



Execução de sentença provisória: instrumento de efetividade da execução trabalhista^(**)

Arnaldo Boson Paes^(*)

Índice dos Temas:

- ▶ 1. (In)justiça em números
- ▶ 2. A execução de sentença provisória do art. 475-O do CPC
- ▶ 3. Aplicação do art. 475-O do CPC no processo do trabalho
- ▶ 4. Especificidades da execução de sentença provisória no processo do trabalho
 - ▶ 4.1. Instauração *ex officio*
 - ▶ 4.2. Penhora em dinheiro
 - ▶ 4.3. Dispensa de caução
- ▶ 5. A execução de sentença provisória na pendência das diversas espécies recursais
 - ▶ 5.1. Pendência de recurso extraordinário ou de agravo de instrumento para admiti-lo
 - ▶ 5.2. Pendência de recurso de agravo de instrumento em recurso de revista
 - ▶ 5.3. Pendência de recurso ordinário ou de agravo de instrumento para destrancá-lo
 - ▶ 5.4. Pendência de recurso interposto em face de decisão proferida na execução
- ▶ 6. Execução de sentença provisória de obrigação de fazer
- ▶ 7. Inexigibilidade da multa do art. 475-J do CPC na execução de sentença provisória
- ▶ 8. Referências bibliográficas

1. (In)justiça em números

O direito à tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5º, XXXV) foi reforçado pelo direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF,

art. 5º, LXXVIII). No processo do trabalho, o tema da tutela jurisdicional efetiva assume contornos dramáticos e complexos e o maior desafio reside na falta de efetividade da execução trabalhista.

Segundo o relatório *Justiça em Números* do Conselho Nacional de Justiça, para o ano de 2009, na Justiça do Trabalho existiam 1.972.784 execuções pendentes (excluídos precatórios e RPVs). Em toda a Justiça do Trabalho, o relatório indicou que a Meta 2 foi alcançada, com o julgamento de todos os processos na

(*) Desembargador do TRT/PI. Mestre (UFC/CE e UCLM/Espanha). Doutorando em Direito (PUC/SP e UCLM/Espanha). Professor da FAP Teresina.

(**) Texto originalmente apresentado no Seminário sobre Execução Trabalhista, realizado em 10 de dezembro de 2010, pela Escola Judicial do TRT/5, na cidade de Itabuna, BA.

fase de conhecimento até dezembro de 2005. Mostrou, entretanto, que nas varas há um congestionamento de 66,8% na fase de execução, 78% maior em comparação à fase conhecimento. Em relação aos números de 2008, houve aumento da taxa de congestionamento na fase de execução, que era de 59,6%.

A baixa produtividade na fase de execução decorre de múltiplas razões: o direito do trabalho, em regra, não se cumpre espontaneamente; a execução é real e sua concretização exige atos materiais de transferência patrimonial do executado para o exequente; negligenciamento teórico e jurisdicional em relação à fase de execução. Isso tudo, aliado a outros fatores, faz com que a maioria das execuções não tenha solução. Daí falar-se em execuções frutíferas ou infrutíferas, execuções possíveis ou impossíveis e execuções prováveis ou improváveis.

Geralmente figuram como executados micros e pequenas empresas, que possuem duração frágil e fugaz e na hora da execução frequentemente não há bens ou pelo menos suficiência de bens para garantir o crédito trabalhista. Assim, depois de uma luta de vários anos, percorrendo instâncias e esperando a solução de recursos, o trabalhador vê seu direito perder-se nas mãos da burocracia e da ineficiência do aparelho jurisdicional.

Nesse cenário, resulta indispensável potencializar a execução de sentença provisória como instrumento de efetividade da execução trabalhista. Isso implica a necessidade de conferir eficácia prática às sentenças, de modo que possa produzir resultados concretos. Por certo, não se defende a eliminação total dos recursos, na medida em que a solução reside em conciliar os valores da duração razoável, para que se preste à atividade jurisdicional em tempo útil, e a segurança das partes, para garantir o direito aos recursos.

O grande problema, portanto, está na distribuição do tempo do processo igualmente entre as partes. Recorrer e restringir são valores que informam o processo contemporâneo.

Saber dosá-los num tempo razoável constitui sua principal missão. Portanto, nem a incorribilidade absoluta nem a recorribilidade plena, mas um razoável equilíbrio, que balanceie o direito da parte de tentar corrigir o suposto erro que viu na sentença e o direito do vencedor de receber aquilo que lhe foi reconhecido, garantindo a imediata, plena e efetiva prestação jurisdicional (SILVA, 2007, p. 20-25).

Objetivando distribuir de forma equânime o tempo de duração do processo, permitindo igualmente a interposição do recurso e a produção de efeitos da sentença, foi instituída a execução de sentença provisória. Destarte, surge a possibilidade de dar consequências jurídicas ao provimento jurisdicional mediante a convocação do executado para cumprir a sentença, ainda que pendente de recurso, posto que “o tempo deve ser repartido, no curso do procedimento, de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado” (MARINONI, 1999, p. 26-27).

Destaca-se então a execução de sentença provisória regulada pelo art. 475-0 do CPC. Na observação de Luciano Athayde Chaves (2007, p. 49), “Na Justiça do Trabalho, onde a legislação admite a execução provisória somente até a penhora (art. 899, *caput* da CLT), as normas do Código, que deverão ser adotadas por supletividade, dão um alento à jurisdição executiva, que poderá avançar um pouco mais”. Este o objeto central da exposição, com análise crítica da jurisprudência atual do Tribunal Superior do Trabalho.

2. A execução de sentença provisória do art. 475-0 do CPC

No processo, se não há recursos, obtém-se a coisa julgada e encerra-se a controvérsia, iniciando-se a fase de cumprimento da decisão. Mas se há recurso, surge o problema dos efeitos da decisão. Para conciliar o problema, os sistemas processuais consagram os efeitos devolutivo e suspensivo dos recursos. Efeito devolutivo tem todo recurso, pois devolve à instância *ad quem* a decisão impugnada. No

suspensivo, não se atribui nenhum efeito, ou seja, nada se executa. A coisa litigiosa “aguarda” a decisão da instância superior, (SILVA, 2007, p. 26-27).

O que caracteriza a execução de sentença provisória é uma certa presunção em favor do direito do autor, podendo este promover a execução sob certas limitações. O réu não sofrerá a execução definitiva, pois a situação, enquanto pender recurso, pode ser modificada. Entre a execução definitiva e a provisória, procura-se um balanceamento. A execução provisória dá efeito à decisão, mas sem submeter o réu a uma execução sem o trânsito em julgado da decisão (SILVA, 2007, p. 28-33).

Nesse aspecto, impende reconhecer que:

Não existe diferença ontológica entre execução provisória e a definitiva, tendo em vista que a provisoriedade é do título executivo e não do procedimento executivo. O fato de a decisão judicial poder sofrer algum tipo de reforma pelos tribunais é que determina o caráter não definitivo da execução (CORDEIRO, 2009, p. 858)⁽¹⁾.

Portanto, ambas se processam de maneira idêntica, divergindo apenas na natureza do título.

Diz o art. 475-I, § 1º, do CPC: “É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.” Já o art. 587, do CPC, dispõe: “É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739).”

Assim, não há execução definitiva se pende recurso; e não há qualquer diferença entre as execuções provisórias por motivo de distinção

entre os recursos: recurso de efeito suspensivo, nenhuma execução; recurso sem efeito suspensivo, permitida, não obstante e apenas, a execução provisória. Parece claro então que a execução provisória não é execução contrária ao Direito. Faz-se segundo a norma processual adequada. E existe em todos os sistemas processuais (SILVA, 2007, p. 31).

Com a Lei n. 10.444/2002, a execução de sentença provisória no processo comum já havia sido substancialmente aperfeiçoada. A Lei n. 11.232/2005, além de aprofundar ainda mais o instituto, reformou profundamente o processo de execução, modificando o próprio conceito de sentença e instituindo o processo sincrético⁽²⁾. Com o art. 475-O do CPC, o microsistema de execução de sentença provisória ficou assim estruturado:

Art. 475-O – A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

§ 1º No caso do inciso II do caput deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada:

(1) O mesmo autor desenvolve o tema em A execução provisória trabalhista e as novas perspectivas diante da Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005. In: *O Trabalho em Revista*, Curitiba, n. 119, p. 3.680-3.698, jan. 2007. Encarte.

(2) Para um estudo no âmbito do processo civil, cf. HERTEL, Daniel Roberto. A execução provisória e as inovações da Lei n. 11.232/05. In: *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, v. 54, n. 348, p. 53-65, out. 2006.

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

3. Aplicação do art. 475-O do CPC no processo do trabalho

A aplicação no processo do trabalho do disposto no art. 475-O do CPC não apenas é possível, como se impõe como meio de fortalecimento da efetividade da execução trabalhista. O dispositivo aprofundou ainda mais a execução de sentença provisória, permitindo atos alienatórios e levantamento de dinheiro até mesmo sem caução. Esse microsistema mais se justifica no processo do trabalho, pois representa importante instrumento para minimizar o efeito da interposição de recursos meramente protelatórios e assim dá exequibilidade imediata à decisão, permitindo ao trabalhador o acesso ao crédito alimentar.

No processo do trabalho, o art. 899 da CLT diz que os recursos “terão efeito meramente devolutivo”, acrescentando ser “permitida a execução provisória até a penhora”. Portanto, não excluiu a executividade, mas limitou-a até a penhora (SILVA, 2007, p. 34). A expressão “até a penhora”, no entanto, não “estabelece um limite intransponível para a continuidade do procedimento executório” (CORDEIRO, 2009, p. 856). Isso porque a expressão “teve apenas a finalidade de esclarecer o conteúdo da execução provisória e a impossibilidade, na época, de permitir a prática de atos de transferência patrimonial” (CORDEIRO, 2009, p. 858).

Na contemporaneidade, a limitação desaparece diante do marco normativo do processo comum, aplicável subsidiariamente em face

da configuração de lacuna axiológica ou ideológica, que “surge da superação, pelos valores sociais, da forma de solução encontrada pela norma positiva”. Portanto, possível a supressão dessas lacunas, mediante a interpretação integrativa, de modo que o processo do trabalho possa incorporar as normas do processo comum, preservados, no entanto, seu perfil peculiar e as especificidades dos seus elementos típicos (FAVA, 2010, p. 70-75).

Nesse sentido, o Enunciado n. 69 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada no Tribunal Superior do Trabalho entre 21 e 23 de novembro de 2007:

ENUNCIADO N. 69: EXECUÇÃO PROVISÓRIA. APLICABILIDADE DO ART. 475-O DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO.

I – A expressão “... até a penhora...” constante da Consolidação das Leis do Trabalho, art. 899, é meramente referencial e não limita a execução provisória no âmbito do direito processual do trabalho, sendo plenamente aplicável o disposto no Código de Processo Civil, art. 475-O.

II – Na execução provisória trabalhista é admissível a penhora de dinheiro, mesmo que indicados outros bens. Adequação do postulado da execução menos gravosa ao executado aos princípios da razoável duração do processo e da efetividade. III – É possível a liberação de valores em execução provisória, desde que verificada alguma das hipóteses do art. 475-O, § 2º, do Código de Processo Civil, sempre que o recurso interposto esteja em contrariedade com Súmula ou Orientação Jurisprudencial, bem como na pendência de agravo de instrumento no TST. (grifo nosso)

A aplicabilidade da execução de sentença provisória do processo comum foi reafirmada na Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho, promovida pela ANAMATRA — Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, realizada entre 24 e 26 de novembro, na cidade de Cuiabá — MT. O Enunciado n. 22 assim dispõe:

1. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ART. 475-O DO CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL (CPC). APLICABILIDADE AO PROCESSO

DO TRABALHO. FORMA DE MINIMIZAR O EFEITO DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS MERAMENTE PROTETÓRIOS E CONCEDER AO AUTOR PARTE DE SEU CRÉDITO, QUE POSSUI NATUREZA ALIMENTAR. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é omissa no tocante à possibilidade de liberação de créditos ao exequente em fase de execução provisória, sendo plenamente aplicável o art. 475-O do CPC, o qual torna aquela mais eficaz, atingindo a finalidade do processo social, diminuindo os efeitos negativos da interposição de recursos meramente protetórios pela parte contrária, satisfazendo o crédito alimentar. 2. O art. 475-O do CPC aplica-se subsidiariamente ao Processo do Trabalho.

Portanto, a execução de sentença provisória do processo comum pode perfeitamente ser transportada para o processo do trabalho, embora com os ajustes necessários, pois completa a execução provisória trabalhista, aperfeiçoando-a para torná-la um instrumento a serviço da maior efetividade da execução. Essa compatibilidade é reconhecida pelo TST no seguinte precedente:

RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ART. 475-O DO CPC. COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. A regra e o princípio constitucionais da razoável duração do processo e da efetividade da jurisdição (art. 5º, LXXVIII, CF) tornam compatíveis com o processo do trabalho os novos dispositivos processuais civis favorecedores da celeridade, eficiente e efetiva prestação jurisdicional, tal como o recente art. 475-O do CPC reformado. Em par com essa fonte constitucional inovadora e heurística (por si só bastante), o art. 475-O do CPC é de aplicabilidade no processo do trabalho em face do permissivo contido no art. 769 da CLT e também porque a natureza do crédito trabalhista se compatibiliza com normas de índole protetiva que busquem o aperfeiçoamento dos procedimentos executivos, com o objetivo de se alcançar de forma efetiva a satisfação dos créditos reconhecidos judicialmente. A finalidade social da norma é inquestionável, possibilitando a diminuição do impacto

sofrido pelo trabalhador que é dispensado sem a percepção de todos os direitos adquiridos ao longo do pacto laboral e é impedido de obter recursos financeiros para suprir necessidades básicas em virtude das várias medidas processuais disponibilizadas às partes, que permitem seja protelado o pagamento das verbas deferidas em juízo. A absorção, pelo processo do trabalho, das regras processuais civis, naquilo que tornam a execução mais rápida e eficaz, tem respaldo ainda em outro texto constitucional que, no art. 100, § 1º-A, reconhece expressamente a natureza alimentar dos créditos trabalhistas. Nesse sentido, *é nítida a harmonia entre a norma contida no art. 475-O do CPC e o sistema processual trabalhista especializado*. Recurso de revista não conhecido. (Processo: RR n. 163640-69.2008.5.03.0139 – Data de Julgamento: 4.8.2010, Rel. Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13.8.2010) (grifo nosso)

Majoritariamente, o TST entende inaplicável, conforme precedente abaixo:

(...) EXECUÇÃO PROVISÓRIA — APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PROCESSO DO TRABALHO DO ART. 475-O DO CPC — NÃO CABIMENTO — INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 769 E 899 DA CLT. I – É lugar comum na doutrina e na jurisprudência que, para aplicação subsidiária do Processo Civil ao Processo do Trabalho, a teor do art. 769 da CLT, é imprescindível não haver no âmbito do processo trabalhista norma específica que regule determinada situação que o seja naquele, e mesmo assim desde que a norma alienígena guarde compatibilidade com a sua estrutura procedimental. II – Nesse sentido, *observa-se do art. 899, caput, da CLT disposição expressa de os recursos terem efeito meramente devolutivo, permitida a execução provisória até a penhora, indicativa de que, ultimada a constrição judicial, não há margem para o prosseguimento de atos de expropriação, quer os que impliquem a deflagração da alienação judicial do bem que o tenha sido, quer os que envolvam a liberação de eventual depósito em dinheiro*. III – Traga-se ainda à colação o teor cogente do § 1º do

art. 899 da CLT, segundo o qual, no caso de a condenação corresponder a 10 vezes o salário mínimo regional, os recursos interponíveis o devem ser mediante o recolhimento da respectiva importância, a qual, no entanto, só será liberada a favor da parte vencedora por simples despacho do juiz, após o trânsito em julgado da decisão recorrida. IV – Diante desse expressivo conjunto normativo, *revela-se juridicamente inviável cogitar-se da aplicação subsidiária do art. 475-O e seus parágrafos do CPC. Nem mesmo ao fundamento de ser importante — que a jurisprudência trabalhista cristalize e absorva — antes que seja consumida pela poeira do tempo — tudo aquilo que seja moderno e eficaz...* V – É que o intuito de imprimir celeridade à execução trabalhista não pode se contrapor aos preceitos legais que a regulam, a fim de se prevenir a indesejável consequência de ela convolar-se numa ordem jurídica fragmentada e desconexa, inteiramente descompromissada com o novo paradigma do Direito do Trabalho, que se irradia para o Processo do Trabalho, de preservação da empresa como fonte de renda e de emprego. (Processo: RR n. 124300-79.2007.5.03.0131 – Data de Julgamento: 10.11.2010 – Rel. Ministro: Antônio José de Barros Leven-hagen – 4ª Turma – Data de Publicação: DEJT 19.11.2010) (grifo nosso)

A tese da inaplicabilidade do art. 475-O do CPC tem sido sistematicamente reiterada pelo TST. No último julgamento sobre a matéria, ocorrido em 17 de fevereiro de 2011, proferido nos *E-ED-RR n. 34500-47.2007.5.03.0064*, relatora ministra Maria Cristina Peduzzi, foi reafirmado o entendimento de que a execução de sentença provisória possui disciplina própria no âmbito do processo do trabalho — o art. 899 da CLT —, que limita a execução provisória à penhora, excluindo, assim, a legislação processual civil. A decisão da SDI-I reformou o acórdão regional no ponto em que facultou ao exequente levantar, do depósito que existe nos autos, quantia até 60 salários mínimos. O julgamento foi por maioria, com a divergência aberta pelo ministro Augusto César Leite de Carvalho.

4. Especificidades da execução de sentença provisória no processo do trabalho

4.1. Instauração ex officio

No processo civil, a execução depende de iniciativa da parte interessada, não sendo possível a instauração *ex officio* pelo juiz (CPC, art. 475-O, I). No processo do trabalho, por força dos arts. 879 e 878, que estabelecem a iniciativa do juiz para o procedimento de liquidação e também para o procedimento de execução, a execução de sentença provisória deve ser instaurada *ex officio*⁽³⁾. Reforça essa possibilidade a natureza inquisitorial do processo do trabalho, em que os juízos “terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas” (CLT, art. 765).

O art. 475-O, I, do CPC, pelo qual “corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido” não se impõe como óbice à execução *ex officio* de sentença provisória. Portanto, independentemente de qualquer requerimento da parte, devem ser iniciados de ofício os atos executórios. Não sendo o caso de formação de autos apartados, a execução *ex officio* não demanda formalidades. Sendo a hipótese de formação de autos apartados, cabe à Secretaria tomar a iniciativa, extraindo as peças necessárias (CPC, art. 475-0, § 3º)⁽⁴⁾. Como geralmente o reclamante goza dos benefícios da justiça gratuita, a despesa correrá por conta da União.

O TST parece admitir a execução provisória *ex officio*, ao dispor que “(...) o ordenamento jurídico brasileiro resguarda ao magistrado o

(3) Em sentido contrário, cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 833.

(4) A carta de sentença conterá as seguintes peças: I – sentença ou acórdão exequendo; II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; III – procurações outorgadas pelas partes; IV – decisão de habilitação, se for o caso; V – facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias.

poder de promover, de ofício, a execução provisória do julgado. Recurso de revista não conhecido (...).” (Processo: RR n. 147840-85.2007.5.23.0007 – Data de Julgamento: 10.6.2009 – Rel. Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga – 6ª Turma – Data de Publicação: DEJT 19.6.2009)

A instituição de ofício da execução de sentença provisória foi admitida na Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho, nos termos do Enunciado n. 15:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. INSTAURAÇÃO DE OFÍCIO. A execução provisória poderá ser instaurada de ofício na pendência de agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de recurso de revista.

4.2. Penhora em dinheiro

A jurisprudência do TST fixou-se na vedação de penhora em dinheiro quando se tratar de execução de sentença ainda pendente de recurso, ao estabelecer na *Súmula n. 417, item III, que* “Em se tratando de execução provisória, fere direito líquido e certo do impetrante a determinação de penhora em dinheiro, quando nomeados outros bens à penhora, pois o executado tem direito a que a execução se processe da forma que lhe seja menos gravosa, nos termos do art. 620 do CPC”.

Esse tem sido o maior entrave à aplicação no processo do trabalho do art. 475-O do CPC. Afirma-se, com fundadas razões, que a súmula provocou o aniquilamento da execução provisória na Justiça do Trabalho. De fato, vários argumentos demonstram o equívoco da súmula: inexistência de diferença ontológica entre execução de sentença definitiva e provisória; a lei estabelece o rol de preferências do art. 655 do CPC; há apenas um momento processual para a penhora, não se fazendo nova penhora com o trânsito em julgado da decisão; a dívida trabalhista deveria ocupar lugar privilegiado na hierarquização das obrigações do devedor (FAVA, 2010).

Ademais, o item III da Súmula n. 417 do TST, aprovada pela Resolução n. 137, publicada no

DJ de 22, 23 e 24.8.2005, encontra-se superado pelo art. 475-O do CPC, instituído com a reforma da Lei n. 11.232, de 22.12.2005. A tese da superação da jurisprudência sumulada do TST prevaleceu nos debates realizados durante a Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho promovida pela ANAMATRA. Eis o teor do Enunciado n. 21:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENHORA EM DINHEIRO. POSSIBILIDADE. É válida a penhora de dinheiro na execução provisória, inclusive por meio do Bacen Jud. A Súmula n. 417, item III, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), está superada pelo art. 475-O do Código de Processo Civil (CPC).

No mesmo sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA ON-LINE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. *Não fere direito líquido e certo a determinação judicial de bloqueio on-line para penhora em dinheiro (Sistema BACEN-JUD). A observância da ordem gradativa estabelecida no art. 655 do CPC (art. 882, CLT) emerge como matéria de ordem pública, de observância obrigatória pelas partes e magistrado, ainda quando se trate de execução provisória. A garantia do devedor no sentido do processamento da execução menos onerosa não possui força de subverter, por si só, todo um procedimento contemplado em lei não sujeito aos interesses das partes, mas sim da necessidade de se dar cumprimento aos princípios da celeridade e economia processual. Da mesma forma que existe preceito legal amparando o devedor (art. 620, do CPC) há também o que ressalva os interesses do credor (art. 612 do CPC), o qual determina que a realização/efetivação da execução seja processada no interesse do credor. O item III da Súmula n. 417 do TST encontra-se superado pelo novel art. 475-O, acrescido ao CPC pelo art. 4º da Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, segundo o qual mesmo em execução provisória, é admissível o levantamento de dinheiro sob certas condições.* Nesse sentido, decisão do próprio TST. (AIRR n. 2161/2006-138-03-41.3 – 1ª Turma do TST – Rel. Ministro Lélío Bentes Corrêa – Publicação: DEJT 17.4.2009) Se é admissível o levantamento

em dinheiro, admissível é também a penhora de dinheiro ainda que em execução provisória. (MS n. 00079-2009-000-22-00-5 – Rel. Des. Arnaldo Boson Paes – TRT da 22ª Região – Tribunal Pleno – julgado em 15.7.2009 – DJT 5.8.2009) (grifo nosso)

4.3. Dispensa de caução

De acordo com o art. 475-O, III, do CPC, sujeitam-se à caução os seguintes atos: a) o levantamento em dinheiro; b) a prática de atos que importem alienação de propriedade; e c) atos dos quais possa resultar grave dano ao executado. A caução deve ser: a) suficiente e idônea; b) arbitrada pelo juiz; e c) prestada nos autos. Por sua vez, dispõe o § 2º que a caução pode ser dispensada: “I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo — o exequente demonstrar situação de necessidade.”

Além da natureza alimentar do crédito e sua proveniência de ato ilícito, há duas condições para a dispensa da caução: a) uma, de natureza meramente quantitativa, fixada discricionariamente pelo legislador: 60 salários mínimos; b) outra, de natureza subjetiva, diz respeito à pessoa do exequente, a quem a lei atribuiu o ônus de provar “situação de necessidade” para poder levantar a quantia. No tocante à situação de necessidade, não deve o juiz exigir prova robusta dessa circunstância, sendo suficiente meros indícios e evidências da situação de necessidade.

Logo, até 60 salários mínimos a prestação jurisdicional é definitiva. O exequente recebe o valor ou pode praticar atos alienatórios para apurá-lo. A execução continua seu curso e não deixa de ser provisória. Só que a provisoriedade consistirá na possibilidade de o exequente ter de devolver a quantia que recebeu. Assim, se houver penhora em dinheiro, o juiz autorizará o levantamento da quantia até 60 salários mínimos. Se não for feita em dinheiro, autorizará os atos expropriatórios para obtê-la. Havendo reversão da decisão, as partes serão

restituídas ao estado anterior, apurando-se os prejuízos nos próprios autos, seguindo-se os atos executórios (CPC, art. 475-0, II).

No tocante ao argumento que o executado jamais receberá de volta a quantia levantada no caso de provimento do recurso, esse aspecto não obsta a liberação de valores. A vontade do legislador foi equilibrar entre as partes os riscos do processo. Se o empregador corre o risco de não receber de volta o dinheiro levantado, também corre idêntico risco o empregado de nunca ter o dinheiro quando a execução se prolonga e a empresa desaparece, resultando em execuções infrutíferas, em que os autos vão para o arquivo provisório e de lá seguem para o arquivo definitivo sem nenhum resultado efetivo para o trabalhador.

5. A execução de sentença provisória na pendência das diversas espécies recursais

5.1. Pendência de recurso extraordinário ou de agravo de instrumento para admiti-lo

O art. 899 da CLT garante a execução provisória a qualquer recurso, a qual, na sistemática anterior ao art. 475-O do CPC, ia até a penhora. Já o § 2º do art. 893 afirma não haver prejuízo à execução na pendência de recurso extraordinário. Este dispositivo funciona como espécie do art. 899. E, nessa condição, não apresentou qualquer restrição, resultando daí a conclusão de que é definitiva a execução na pendência de recurso extraordinário para o STF, ou de agravo de instrumento para des-trancá-lo.

Posição esta dotada por Valentim Carrion (1999, p. 758-759): “A execução de sentença, pendente o recurso extraordinário, é definitiva no processo do trabalho. Deve continuar prevalecendo o entendimento da velha Súmula n. 228 do STF, específica exegese da CLT, art. 893, § 2º (...) O entendimento de que a execução não se interrompe pela interposição do recurso

extraordinário ou de agravo de instrumento permite o prosseguimento da longa caminhada, inclusive com o julgamento dos embargos e de seus recursos, e a alienação de bens, até o efetivo depósito...”

Eis o conteúdo da citada Súmula n. 228 do STF: “Não é provisória a execução na pendência de recurso extraordinário, ou de agravo de instrumento destinado a fazê-lo admitir.” Jurisprudência restritiva, entretanto, considera provisória a execução na pendência de recurso extraordinário ou de agravo de instrumento para liberá-lo:

EMENTA: PENDÊNCIA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. O art. 467 do CPC somente considera ocorrido o trânsito em julgado quando a sentença não mais se encontra sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. Dessa forma, a previsão estatuída no art. 497 do mesmo diploma legal, no sentido de que o recurso extraordinário não impede a execução de sentença, deve ser compreendida no sentido de apenas autorizar a execução provisória, mas não a definitiva, única ilação cabível em sede de interpretação sistemática. *Inaplicável ao caso a Súmula n. 228 do STF (“não é provisória a execução na pendência de recurso extraordinário, ou de agravo destinado a fazê-lo admitir”), editada sob a égide do CPC de 1939 e que a própria Corte já entendeu superada. No mesmo sentido, consolidou-se a jurisprudência trabalhista, de que “não há direito líquido e certo à execução definitiva na pendência de recurso extraordinário, ou de agravo de instrumento visando a destrancá-lo.” (OJ n. 56 da SDI2/TST). Agravo de petição a que se nega provimento, mantida a decisão de primeiro grau que indeferiu a pretensão da exequente de conversão da execução em definitiva, com a consequente liberação de valores nos autos. (Processo: 00458-2006-138-03-00-7 AP – AP – Data de Publicação: 1º.10.2009 – DEJT – Página: 70 – Órgão Julgador: Setima Turma – Relatora Alice Monteiro de Barros) (grifo nosso)*

5.2. Pendência de recurso de agravo de instrumento em recurso de revista

O art. 475-O, § 2º, II prevê ainda a dispensa de caução “Nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao STF ou ao STJ” (art. 544).

Essa regra, apesar da falta de referência ao TST, aplica-se à execução de sentença provisória no processo do trabalho. Além da similitude da natureza extraordinária dos recursos, pesa o fato de as estatísticas indicarem a remota possibilidade de reversão dos acórdãos regionais. Sendo assim, a prestação jurisdicional plena na pendência de AI para destrancar recurso de revista, sem necessidade de caução, foi medida acertada, estatisticamente correta e favorece a efetividade da execução trabalhista.

O dispositivo estabelece que a dispensa da caução não se dará “quando possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação”. O risco é que a situação processual se reverta, com o provimento ao agravo de instrumento para subir o recurso travado e, neste, seja modificado o acórdão regional. Cumpre ao magistrado realizar juízo de ponderação, avaliando a plausibilidade da reversão, considerando sobretudo os precedentes consolidados do TST. Por certo, não parece razoável liberar o dinheiro quando a decisão objeto de execução provisória contraria súmula, orientação jurisprudencial ou iterativos precedentes do TST.

O precedente abaixo do TRT da 5ª Região confirma o entendimento:

MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. LEVANTAMENTO DE DINHEIRO SEM NECESSIDADE DE CAUÇÃO. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE PREVISTA NO INCISO II DO ART. 475-O DO CPC. *Por força do inciso II, do art. 475-O, do CPC, de aplicação supletiva ao Processo do Trabalho, é possível, em execução provisória, o levantamento de dinheiro, sem caução, quando pende agravo de instrumento junto ao Tribunal Superior do Trabalho, salvo*

quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. Assim, constatando-se que o agravo de instrumento interposto contra decisão que denegou seguimento ao recurso de revista tem poucas chances de ser provido, deve-se aplicar a regra acima mencionada para determinar a liberação integral dos valores incontroversos. Justamente porque o c. TST tem, reiteradas vezes, reputado incabível recurso de revista contra o deferimento de indenização por danos morais porque o acerto, ou não, da decisão implicaria revolvimento de fatos e provas, em manifesta ofensa ao entendimento traçado na Súmula n. 126 do c. TST, mormente quando o montante arbitrado — R\$ 50.000,00 — afigura-se razoável e proporcional, não destoando daquele que é fixado por outros Tribunais em casos semelhantes. (Processo n. 0000227-78.2010.5.05.0000 MS – Ac. n. 016045/2010 – Relatora Desembargadora Dalila Andrade, Subseção II da SEDI, DJ 24.5.2010) (Ggrifo nosso)

5.3. Pendência de recurso ordinário ou de agravo de instrumento para destrancá-lo

Como o recurso ordinário (e todos os demais recursos) possui efeito apenas devolutivo, o juiz iniciará a execução provisória e poderá de pronto autorizar o levantamento da quantia de até 60 salários mínimos do depósito recursal. Se este for menor, o juiz autorizará o levantamento do valor existente e prosseguirá na execução provisória para obter o restante. Pode inclusive usar o Bacen-Jud enquanto flui o prazo das contrarrazões recursais. O excesso, caso haja, permanecerá nos autos. Semelhante procedimento adotará após o julgamento do recurso ordinário e pendente julgamento do recurso de revista recebido, na medida em que este é dotado também de efeito meramente devolutivo (SILVA, 2007, p. 103-104).

5.4. Pendência de recurso interposto em face de decisão proferida na execução

Independente do meio impugnativo assegurado ao executado — impugnação ao

cumprimento da decisão (CPC, art. 475-L) ou embargos à execução (CLT, art. 884), a oposição à execução não implica mais suspensão automática dos atos executórios. A suspensão, justificada pela antiga redação do art. 741 do CPC, estendia desde a interposição dos embargos à execução até o trânsito em julgado da decisão que os julgava, incluindo o julgamento do agravo de petição pelo Tribunal. Com o art. 475-L, a suspensão depende de apreciação pelo juiz, que considerará a efetiva probabilidade de êxito da impugnação. A suspensão, quando deferida, alcançará exclusivamente os valores e matérias objeto da resistência (CPC, arts. 475-R e 739, § 3º).

Por sua vez, a CLT, art. 897, § 1º exige que o agravante delimite justificadamente as matérias e os valores impugnados, dispondo, ademais, que fica “permitida a execução imediata da parte remanescente até o final, nos próprios autos ou por carta de sentença”. Essa regra foi incorporada pelo CPC, art. 475-L, § 2º. Por força desse novo regramento, cumpre conferir plena funcionalidade ao dispositivo, exigindo o atendimento do pressuposto objetivo específico para admissibilidade do agravo de petição, bem como determinar de ofício a execução do remanescente, com o imediato levantamento de dinheiro ou a prática dos atos de transferência patrimonial.

Lembrando que a parte incontroversa está sujeita à execução definitiva, a parte controvertida, que foi objeto do recurso, está sujeita à execução provisória. Mesmo aqui não há óbice ao levantamento de dinheiro, porquanto, com a redação do art. 475-O do CPC, o juiz pode aplicar *ex officio* o § 2º, I, permitindo o levantamento do valor depositado até o limite de 60 salários mínimos. Por isso mesmo, haverá execução definitiva de uma parte e execução provisória com prestação jurisdicional definitiva de outra, ou seja, ambas favorecendo o recebimento imediato, se não de tudo, pelo menos de parte do valor objeto da execução.

6. Execução de sentença provisória de obrigação de fazer

Plenamente possível a execução de obrigação de fazer fundada em sentença provisória. Nesse aspecto, o art. 899 da CLT, ao referir-se à limitação da execução até a penhora, encontra-se superado, seja em virtude da revogação da OJ n. 87 da SDI-II, seja pela superveniência do art. 475-O do CPC. Ademais, inconfundíveis os institutos da execução provisória e da antecipação de tutela, porquanto a efetivação desta sujeita-se a procedimento específico, observando, no que couber, os arts. 461, §§ 4º e 5º, e 461-A do CPC. Nesse sentido, o precedente abaixo:

MANDADO DE SEGURANÇA — EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER RELATIVA À INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO — POSSIBILIDADE. A regra do art. 899 da CLT que estabelece como ponto-limite da execução provisória a formalização da penhora, não pode servir de sustentáculo para estancar a execução provisória de obrigação de fazer, cujo objetivo é adiantar atos executórios, garantindo a mínima efetividade à decisão. Mormente porque o referido dispositivo destina-se à execução de obrigação de pagar, modalidade que autoriza a constrição judicial para fazer face ao crédito proclamado, não incidindo sobre as execuções de obrigação de fazer ou não fazer, aplicando-se, portanto, a regra geral do art. 587, CPC, que não faz qualquer distinção entre as diversas espécies de obrigações exequíveis, permitindo, portanto, a execução provisória da obrigação de fazer. Ao revés, o art. 899, caput, da CLT deve ser cotejado com o art. 876 que confere eficácia executiva às decisões das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo, permitindo-se a execução imediata do julgado sem excepcionar o tipo de obrigação, mas apenas impondo limitações. Segurança concedida. (MS n. 10120-2006-000-22-00-9 – Rel. Desembargador Arnaldo Boson Paes – TRT da 22ª Região – Tribunal Pleno – julgado em 15.8.2006 – DJT 19.9.2006) (grifo nosso)

Este também o entendimento do TST:

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SENTENÇA DEFINITIVA CABIMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. *Se se tem admitido a antecipação de tutela de obrigação de fazer, que é uma decisão interlocutória, revogável a qualquer tempo, sujeita apenas à cognição sumária, com muito mais razão se deve admitir a execução provisória de obrigação de fazer, pois esta constitui comando de uma sentença, ato mais importante do processo e praticado após cognição exauriente.* (Carlos Henrique Bezerra Leite, in *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 640) *Esta Corte já se posicionou no sentido de que a mera ordem de reintegração não caracteriza perigo de dano irreparável, uma vez que o empregador se beneficia do trabalho prestado pelo empregado reintegrado, ao qual é devida a respectiva contraprestação. Cabível, portanto, a tutela antecipada com execução provisória da referida obrigação de fazer.* Divergência apta não demonstrada. Revista não conhecida, no item. (TST-RR n. 652700-27.2000.5.17.5555 – Data de Julgamento: 4.2.2009 – Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa – 3ª Turma – Data de Publicação: DEJT 13.3.2009) (grifo nosso)

7. Inexigibilidade da multa do art. 475-J do CPC na execução de sentença provisória

No TST, os debates iniciais indicavam a aplicação do art. 475-J do CPC no processo do trabalho. Nesse sentido, os seguintes precedentes: 1ª T. – RR n. 135800-87.2006.5.13.0006 – Red. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho – DEJT 04.12.2009; 6ª T., RR n. 21400-14.2007.5.01.0021 – Mauricio Godinho Delgado – DEJT 7.5.2010. No entanto, recentemente a matéria foi objeto de pacificação na SDI-I, prevalecendo o entendimento de que “A CLT traz parâmetros próprios para a execução, especificamente no tocante à forma e ao prazo para cumprimento da sentença condenatória ao pagamento de quantia certa.

Não, há, portanto, lacuna que justifique a aplicação do direito processual civil neste aspecto” (SDI-I – E-RR n. 66500-95.2008.5.03.0022 – Horácio Pires, j. 23.9.2010, DEJT 8.10.2010).

Admitida a incidência do art. 475-J do CPC, é inexigível a multa respectiva na execução de sentença provisória. A multa foi instituída com a finalidade de penalizar aquele que visa a retardar a satisfação do crédito reconhecido no título judicial. Há uma imposição legal para pagamento voluntário, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de sanção correspondente a 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Ainda que haja controvérsia sobre a necessidade ou não de intimação do devedor para o pagamento, predomina o entendimento de que a multa é inexigível na execução de sentença provisória. Essa conclusão baseia-se em três pontos: a) o termo *a quo* para pagamento é o trânsito em julgado; b) há preclusão lógica para o pagamento diante da manifestação da vontade de recorrer; e c) a realização do pagamento implica a desistência tácita do recurso.

8. Referências bibliográficas

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: RT, 1995.

CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. Cumprimento provisório das sentenças trabalhistas. In: CHAVES, Luciano Athayde. *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. A execução provisória trabalhista e as novas perspectivas diante da Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005. In: *O Trabalho em Revista*, Curitiba, n. 119, p. 3.680-3.698, jan. 2007. Encarte.

FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. A aniquilação da execução provisória no processo do trabalho por imposição da Súmula n. 417, III, do Tribunal Superior do Trabalho. In: *LTr: Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 74, jan. 2010.

HERTEL, Daniel Roberto. A execução provisória e as inovações da Lei n. 11.232/05. In: *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, v. 54, n. 348, p. 53-65, out. 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT, 1999.

SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.

Responsabilidade civil e violência urbana: considerações sobre a responsabilização objetiva e solidária do Estado por danos decorrentes de acidentes laborais diretamente vinculados à insegurança pública

Francisco Milton Araújo Júnior^(*) e Ney Stany Morais Maranhão^(**)

Resumo:

- ▶ Há um considerável crescimento de pleitos judiciais centrados na apreciação de acidentes de trabalho diretamente ligados à violência urbana (assaltos, sequestros, etc.). Praticamente, em todas essas demandas, ocorre o reconhecimento da absurda leniência estatal em prover segurança pública minimamente eficiente. Como a ideia vigorante, no campo da responsabilidade civil, segue no diapasão do contínuo fomento de construções jurídicas que busquem proteger, ao máximo, a vítima de danos, defendemos, neste texto, à luz da axiologia constitucional, a responsabilização objetiva e solidária do Estado, dentro da própria demanda trabalhista, naqueles especiais casos que envolvam danos reconhecidamente provindos de intoleráveis índices de violência urbana praticados em determinadas localidades.

Palavras-chave:

- ▶ Acidente de trabalho — violência urbana — responsabilidade civil do Estado — ação trabalhista.

(*) Juiz Federal do Trabalho do TRT da 8ª Região (PA/AP). Titular da 2ª Vara Federal do Trabalho de Marabá/PA. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Higiene Ocupacional pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Colaborador da Escola Judicial do TRT da 8ª Região (PA/AP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social “Cesarino Júnior” (IBDSCJ). Autor do livro: *Doença ocupacional e acidente de trabalho: análise multidisciplinar*. São Paulo: LTr, 2009.

(**) Juiz Federal do Trabalho Substituto do TRT da 8ª Região (PA/AP). Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito

Material e Processual do Trabalho pela Università di Roma – La Sapienza. Professor dos Cursos de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA) e da Faculdade do Pará (FAP). Professor Colaborador da Escola Judicial do TRT da 8ª Região (PA/AP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social “Cesarino Júnior” (IBDSCJ) e do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA). Autor do livro: *Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional*. 7ª Obra da Coleção “Professor Rubens Limongi França”. São Paulo: Método, 2010.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Rumos contemporâneos do direito: ampla proteção da pessoa humana e garantia de máxima tutela da vítima
- ▶ 3. Aspectos contemporâneos da vivência humana: a delicada questão da insegurança pública
- ▶ 4. (In)segurança pública: (in)eficiência estatal e reparação de danos
- ▶ 5. Violência urbana e acidente de trabalho: uma perigosa simbiose
- ▶ 6. Violência urbana, ação indenizatória trabalhista e responsabilização do Estado: abordagem de caso concreto
- ▶ 7. Considerações finais
- ▶ 8. Referências bibliográficas

“Estas coisas vos tenho dito para que tenhais paz em mim. No mundo, passais por aflições; mas tende bom ânimo; eu venci o mundo.”

Jesus Cristo⁽¹⁾

1. Introdução

Já há algum tempo, percebemos, nos átrios forenses, um considerável crescimento de pleitos judiciais centrados na apreciação de acidentes de trabalho diretamente ligados à violência urbana. É o que se dá, por exemplo, quando determinados trabalhadores, no desempenho de suas atividades profissionais, tornam-se vítimas de ações criminosas. São inúmeras situações de assaltos e sequestros, dentro de empresas ou em plena via pública, que têm trazido nocivas repercussões no meio ambiente de trabalho⁽²⁾.

(1) ALMEIDA, João Ferreira de (trad.). *Bíblia sagrada*. 2. ed. rev. e atual. 2. ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil (SBB), 2007. Evangelho de João, Capítulo 16, Versículo 33.

(2) A respeito, dentre inúmeras outras, destacamos as seguintes notícias: “TST condena Bradesco a pagar por dano moral funcionária que sofreu 4 assaltos. A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) manteve decisão da Justiça do Trabalho do Maranhão que reduziu de R\$ 1 milhão para 260 salários mínimos o valor da indenização por dano moral a ser paga pelo Bradesco S/A (na qualidade de sucessor do BEM — Banco do Estado do Maranhão) a uma empregada lotada na agência de Imperatriz (MA) que sofreu quatro assaltos (...). O acórdão do TRT/MA afirmou não restarem dúvidas de que a bancária foi gravemente afetada em sua

Essa realidade tem suscitado relevantes questionamentos. Ora, em face desse perverso

saúde pelos fatos ocorridos nas dependências do banco e necessitou de tratamento psiquiátrico, acompanhamento psicossocial por tempo indeterminado e medidas socioterápicas, como terapia ocupacional e desenvolvimento de habilidades sociais com vistas a sua recuperação médica e psicossocial, conforme recomendado no parecer médico anexado aos autos. Mas, para o Regional, a condenação em danos morais não pode ser nem em valor ínfimo, a ponto de parecer desprezível ao ofensor, nem tão elevada, a ponto de comprometer a saúde financeira da empresa. Na ação na qual pediu a indenização de R\$ 1 milhão, a bancária contou que nos três primeiros assaltos exercia a função de caixa (em 1995, 1997 e 1998) e foi abordada diretamente por bandidos armados. No quarto assalto (em 2000), na condição de supervisora de posto (PAB) em Vila Nova dos Martírios (MA), foi abordada em sua residência e levada ao posto pelos ladrões. Em nenhuma das quatro oportunidades havia porta giratória nos locais de trabalho. Em um dos assaltos, ocorrido no PAB do BEM na Prefeitura de Imperatriz, não havia sequer vigilante próprio do banco, mas tão somente o vigia da Prefeitura. Ela relatou que, após os assaltos, não houve qualquer alteração na estrutura de vigilância das agências, de modo a evitar os crimes (RR 2999/2005-012-16-00.7).” (Fonte: <www.tst.jus.br> Acesso em: 22 ago. 2009). “Danos Morais: Banco é condenado em R\$-100 mil por não adotar medidas de segurança. Ao reconhecer a negligência do Banco ABN Amro Real S/A, por não adotar medidas de segurança na agência em que um bancário sofreu dois assaltos e uma tentativa de sequestro, e em consequência desenvolveu síndrome do pânico, a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho arbitrou o valor de R\$ 100 mil de indenização por danos morais.” (Fonte: <www.tst.jus.br> Acesso em: 19 jul. 2010).

quadro, porventura haveria amparo jurídico para a fixação de responsabilização do Estado, em ações indenizatórias trabalhistas cujos danos inequivocamente decorrem da incúria estatal no cumprimento de seu dever de garantir uma segurança pública efetiva? Nesse tipo de causa, até que ponto o Estado desponta como responsável pela reparação dos prejuízos, materiais e morais, perpetrados ao trabalhador? São esses os questionamentos que servirão de norte para o alavancar desta nossa singela reflexão.

Antes de invadir o cerne da questão, reputamos relevante pontuar, ainda que em apertada síntese, algumas das premissas jurídicas que dão lastro ao nosso raciocínio. Vejamos.

2. Rumos contemporâneos do direito: ampla proteção da pessoa humana e garantia de máxima tutela da vítima

Atualmente, diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana tem ocupado não mais uma simples posição de destaque. Muito além disso, tem sido alcançada mesmo a um *status* jurídico privilegiadíssimo, de sorte a figurar como o epicentro axiológico da ordem constitucional brasileira⁽³⁾ e a base central de fundamentação da ordem jurídica internacional. Em verdade, a dignidade da pessoa humana é hoje considerada o pressuposto filosófico de qualquer regime jurídico civilizado e das sociedades democráticas em geral⁽⁴⁾.

No concernente ao direito constitucional pátrio, vale o destaque de que a dignidade da pessoa humana é verdadeiramente a pedra angular do ordenamento jurídico brasileiro, porquanto erigida à honrosa qualidade de *fundamento* de nossa República Federativa (CF,

art. 1º, inciso III). Demais disso, nossa Constituição também expressamente: (i) adotou o postulado da igualdade substancial (CF, art. 3º⁽⁵⁾); (ii) firmou que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (CF, art. 5º, § 2º); (iii) sublinhou que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (CF, art. 5º, § 1º); e, ainda, (iv) asseverou que a proteção dos direitos há de se dar não apenas quando da lesão, senão que também quando da simples *ameaça* de lesão (CF, art. 5º, inciso XXXV⁽⁶⁾).

Ora, tais dispositivos devem ser focados à luz de uma interpretação sistêmica, partindo-se do pressuposto inarredável de que a principiologia que neles se encarna representa um genuíno mandado de otimização (Alexy), ou seja, *uma incontornável diretriz normativa de promoção e defesa da dignidade humana, na maior amplitude fática possível*⁽⁷⁾. Somente assim, na perspectiva desse esmerado constructo, será factível a edificação de um *espaço público de plena e genuína afirmação da dignidade humana*⁽⁸⁾.

(3) SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 59.

(4) BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 235.

(5) Constituição Federal, art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

(6) Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

(7) A expressão “mandado de otimização” está diretamente ligada à atribuição de força normativa aos princípios, constituindo um relevante contributo teórico de Robert Alexy. Com esse termo, o afamado jusfilósofo alemão quer dizer que os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90).

(8) LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade*

Como corolário, assoma o *princípio da solidariedade social*, extraído basicamente da ousada previsão constitucional atinente à paulatina construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I). Dentro dessa

constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21. Como se percebe, nosso ordenamento jurídico, sob esse prisma, consagra uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana. Com a palavra Gustavo Tepedino, o paladino dessa visão, *verbis*: "... A tutela da pessoa humana, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), não se satisfaz com as técnicas ressarcitória e repressiva (binômio lesão-sanção), exigindo, ao reverso, instrumentos de proteção do homem, considerado em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou extracontratual, de direito público ou de direito privado. Assim é que, no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercido a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade. Nesta direção, não se trataria de enunciar um único direito subjetivo ou classificar múltiplos direitos da personalidade, senão, mais tecnicamente, de salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica, quer mediante os específicos direitos subjetivos (previstos pela Constituição e pelo legislador especial — saúde, imagem, nome etc.), quer como inibidor de tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que não atenda à realização da personalidade (...). Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento" (grifamos). (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47-50). Essa extraordinária formulação teórica já está devidamente sedimentada na doutrina pátria. É o que se vê do Enunciado n. 74 da IV Jornada de Direito Civil (2006), assim gravado: "Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação."

perspectiva, o Direito — como ensina Francisco Amaral — se desvencilha de sua tradicional função repressiva e se encaminha para funções de natureza organizatória e promocional, traçando novos padrões de conduta e promovendo a intensa cooperação entre os indivíduos na realização dos objetivos da sociedade contemporânea⁽⁹⁾.

Por essa visão, impõe-se um novo paradigma na ciência do Direito, no que se refere, mais precisamente, ao comportamento das pessoas em geral. Se antes vigorava a *autonomia da vontade* nua e crua, na esteira do Estado Liberal, depois passando à *autonomia privada*, com alguma influência de justiça material, na esteira do Estado Social, contemporaneamente, viceja o *solidarismo constitucional*, ligado à essência do Estado Constitucional de Direito, onde o foco se volta não ao mero *sujeito* de direito, abstratamente considerado, senão que ao *cidadão*, historicamente centrado e concretamente situado, de modo a, abrindo mão da então clássica visão individualista, passar a enxergar na solidariedade um destacado *valor* que considera os direitos individuais não mais debaixo de uma perspectiva egoísta, mas à luz dos interesses de toda a comunidade⁽¹⁰⁾.

O resultado do alinhamento dessas perspectivas é que a defesa da pessoa humana passa a ser o centro da atenção, a ponto de esses *novos pilares axiológicos* de nosso Estado Democrático

(9) Apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 121. Daniel Sarmiento, com acerto, afirma que "quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira 'construir uma sociedade justa, livre e solidária', ela não apenas está enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo." (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 295).

(10) DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 540-541.

de Direito exigirem uma profunda revisão, reconsideração e reestruturação do sistema como um todo, à luz dos princípios constitucionais da *dignidade humana* e da *solidariedade social*⁽¹¹⁾.

Exatamente para se adequar a esse amplo movimento constitucional tendente a salvaguardar a dignidade da pessoa humana, o Direito Civil tem fugido de seu clássico viés patrimonial, passando a abrigar conceitos e valores essencialmente existenciais. Exsurge, com isso, o chamado *Direito Civil-Constitucional*⁽¹²⁾, que, no âmbito específico da responsabilidade civil, tem favorecido a assimilação da irresistível tendência contemporânea de se pautar pela busca da *efetiva tutela da vítima* e pela *garantia da real reparação de todo e qualquer dano injusto* que porventura lhe tenha recaído⁽¹³⁾.

(11) HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 116-117.

(12) A nosso ver, a expressão "Direito Civil-Constitucional" quer se referir ao fato de que, atualmente, todo o Direito Civil, desde suas estruturas mais clássicas, há de ser analisado, sem prejuízo de sua autonomia científica, com uma postura hermenêutica fiel à Constituição. Ou seja: não há como manusear e pensar o Direito Civil sem previamente ajustá-lo ao foco constitucional. Logo, a locução não é usada sob um prisma *formal* (alcançando apenas algumas regras e institutos), senão que *material* (alcançando a própria inteligência de todo o ramo cível, em si mesmo considerado). Não se cuida de apenas aceitar a chegada da Constituição ao Direito Civil (ou a partes dele), mas, acima de tudo, reconhecer que o próprio Direito Civil, em si, hodiernamente, reformulou-se, ajustou-se, transformou-se, de modo a não mais se poder sequer racionar um Direito Civil alheio à prévia incidência axiológica constitucional, pena de afronta à soberania popular legitimamente cristalizada na Carta de 1988. E, nisso, por certo, também está inserida a teoria da responsabilidade civil.

(13) Nesse sentido, pela clareza e precisão das colocações, são valiosas as palavras de Eugênio Facchini Neto, *in verbis*: "Até o final do Século XIX, o sistema da culpa funcionara satisfatoriamente. Os efeitos da revolução industrial e a introdução do maquinismo na vida cotidiana romperam o equilíbrio. A máquina trouxe consigo o aumento do número de acidentes, tornando cada vez mais difícil para a vítima identificar uma 'culpa' na origem do dano e, por vezes, era difícil identificar o próprio causador do dano. Surgiu, então, o impasse: condenar uma pessoa não culpada a reparar

Como exemplos concretos desse fluir humanista no específico campo da reparação de danos, podemos apontar, dentre outros, a *crescente objetivação da responsabilidade civil*, intimamente ligada ao ocaso científico da culpa, enquanto *único* fundamento da responsabilidade civil. Nesse quadro, ganha fôlego, em paralelo ao paradigma da *culpa*, a teoria do *risco*, sendo evidente, nessa nova fase, "o objetivo de superar o *individualismo*, que marca a noção de culpa, em favor de uma visão mais *solidarista* da responsabilidade civil"⁽¹⁴⁾. O

os danos causados por sua atividade ou deixar-se a vítima, ela também sem culpa, sem nenhuma indenização. Para resolver os casos em que não havia culpa de nenhum dos protagonistas, lançou-se a ideia do risco, descartando-se a necessidade de uma culpa subjetiva. Afastou-se, então, a pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. Percebe-se que o fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação e não interior e subjetivo, como na imposição da pena (...). Destarte, o foco atual da responsabilidade civil, pelo que se percebe de sua evolução histórica e tendências doutrinárias, reside cada vez mais no imperativo de indenizar ou compensar dano injustamente sofrido, abandonando-se a preocupação com a censura do seu responsável. Cabe ao direito penal preocupar-se com o agente, disciplinando os casos em que deve ser criminalmente responsabilizado. Ao direito civil, contrariamente, compete inquietar-se com a vítima (...). Houve a participação do legislador neste movimento renovador, como indicam as leis sobre acidentes de trabalho e sobre acidentes ferroviários que foram então sucessivamente promulgadas, nas quais a teoria da responsabilidade objetiva encontrou guarida. Mas foi sobretudo a jurisprudência, mormente a francesa, que desempenhou ativo papel no alargamento dos limites da responsabilidade civil, no intuito de, cada vez mais, proteger as vítimas." (FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no Novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 177-178 e 181).

(14) CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 154. José Jairo Gomes bem sintetiza essa questão quando assevera que "a concepção que ganhou força e pavimentou a nova estrada foi a teoria da responsabilidade sem culpa, objetiva, fundada na ideia de risco. Note-se, porém, que não se quis alijar a culpa do cenário jurídico, a despeito da extrema

efeito direto dessa nova forma de ver as coisas é uma incisiva mudança de ângulo na responsabilidade civil, cujo giro conceitual vai, agora, do *ato ilícito* para o *dano injusto*⁽¹⁵⁾, do *lesante* para a *vítima*⁽¹⁶⁾.

Outra tendência está na crescente *flexibilização técnica do nexa causal*. O passar dos tempos tem sido acompanhado por um profícuo aprimoramento das teorias que versam sobre a causalidade, cuja fluidez decorre do constante confronto com circunstâncias que ousam desafiar o senso de justiça que reside em cada coração humano, em especial no coração do julgador, desembocando em uma abordagem doutrinária e jurisprudencial que tem buscado *flexibilizar*, por assim dizer, o nexa de causalidade, de modo a garantir, na prática, a efetiva reparação das vítimas de danos⁽¹⁷⁾.

Já a *potencialização fática da efetiva reparação* do lesionado é outra característica verificada

vagueza desse termo, sendo reconhecidamente impossível fixar-lhe conteúdo certo. O que se pôs em foco, antes, foi a sua insuficiência para reger as situações trazidas pela nova realidade social que despontava. Combatia-se, na verdade, pelo reconhecimento de uma outra base para a responsabilização dos autores de danos, que, para fugirem do dever de indenizar, no mais das vezes se abrigavam sob a velha bandeira da culpa. Assim, pretendia-se que culpa e risco fossem os polos da nova teoria da responsabilidade civil” (GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 230).

- (15) Registre-se, a propósito, que por *dano injusto* há de se entender como aquele assim qualificado “tanto por haver sido injustamente causado como pelo fato de ser injusto que o suporte quem o sofreu” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 354).
- (16) GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 293.
- (17) Não sem razão Anderson Schreiber afirma que “a postura eclética das cortes no que tange à aferição da relação de causalidade revela, de fato, que os magistrados têm se preocupado mais com os resultados concretos a serem alcançados, que com a técnica empregada em seus julgamentos” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 242-243).

defronte dessa sadia ambiência constitucional que introduziu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III) e viu no princípio da solidariedade uma noção objetiva conformadora das instituições jurídicas (art. 3º, inciso I). A preocupação, hoje, é evitar ao extremo as fatídicas ocasiões de ausência de reparação, sobressaindo, dessa vigorosa tendência, a crescente autorização quanto à fixação de um precioso vínculo de *solidariedade* entre os responsáveis pela reparação, elo esse que, sabe-se, reduz sobremaneira as possibilidades da vítima sair irressarcida do infortúnio, em face da maior amplitude de acervo patrimonial reservado ao cumprimento de uma possível tutela ressarcitória de dano. É o que se vê, por exemplo, do disposto no art. 942, *caput, in fine*, do Código Civil de 2002, quando reza que se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Como se vê, a ideia vigorante, no campo da responsabilidade civil, é justamente o de contínuo fomento a construções jurídicas que busquem proteger, ao máximo, a vítima de danos. O foco saiu do *ofensor* (e sua *culpa*, com ênfase na proteção de seu *patrimônio*) e passou para a *vítima* (e seu *dano*, com ênfase na reparação de seu *prejuízo*), mergulhando a responsabilidade civil, por inteiro, na valiosa axiologia constitucional, traçando uma linha intelectual altamente comprometida com valores existenciais⁽¹⁸⁾.

Fácil perceber que o eixo gravitacional dessa mudança tem como epicentro o *princípio da dignidade da pessoa humana*, fundamento da

-
- (18) Como bem destaca Roger Silva Aguiar, “a responsabilidade civil (...) permaneceu como a última trincheira do patrimonialismo, amarrada à preservação econômica do ofensor, muitas vezes em detrimento da dignidade da pessoa humana da vítima, e cega à realidade social”. E arremata o insigne autor: “... a responsabilidade civil ultrapassa definitivamente sua verve patrimonialista, para adotar um modelo no qual os valores existenciais possuem primazia.” (AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 72-73).

República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III), cujo maior reflexo, no estuário civilista, tem sido a constante humanização de todos os seus institutos, incluindo, como se denota, a própria teoria da responsabilidade civil, cujas características atuais apontam para o desiderato de *maximizar a plena reparação da vítima*⁽¹⁹⁾.

3. Aspectos contemporâneos da vivência humana: a delicada questão da insegurança pública

Considera-se como *segurança pública* a garantia, promovida pelo Estado, de uma convivência social isenta de ameaças de violência, de modo a resguardar que todo e qualquer cidadão goze plenamente dos direitos assegurados na Constituição Federal⁽²⁰⁾. Todavia, diante da hodierna realidade brasileira, a certeza que fica é a de que o Estado, decididamente, tem sido assaz ineficiente no cumprimento desse seu dever de prover segurança pública, nada obstante seja essa uma incumbência que lhe recai por força de inexorável imperativo constitucional (CF, art. 144).

Vivemos momentos difíceis. Assustadores índices de violência nos enclausuram em nossas próprias residências. O sentimento de vulnerabilidade não se desvanece, onde quer que nos encontremos. Zygmunt Bauman, com inteira razão, relata que essa incômoda “ubiquidade do medo” faz com que a sensação de insegurança seja hoje tão profunda e rotineira que, ainda quando ausente qualquer ameaça concreta, nossas reações continuam sendo

típicas de quem está mortalmente de frente com o perigo⁽²¹⁾.

O recrudescimento da violência urbana e da criminalidade, em especial nas grandes cidades brasileiras, é uma triste característica do século XXI, marcada pela ocorrência de um desemprego de matiz estrutural, com a maciça presença de tráfico de drogas e de armas, negócios clandestinos, grandes aglomerados populacionais e rígidas autoridades informais, cuja atuação, no mais das vezes, anula o gozo de direitos civis dos mais comezinhos⁽²²⁾.

Os efeitos desse horrendo cenário atingem em cheio nosso cotidiano. Há alguns dias, apenas em um bairro da capital paraense, no espaço de pouco mais de duas horas, foram efetuados quatro assaltos a ônibus urbanos, nos quais sete homens conseguiram levar a renda dos veículos, aproveitando a pouca movimentação de pessoas nas ruas da Grande Belém, no feriado de *Corpus Christi*⁽²³⁾. Notícias como “800 assassinatos foram registrados, este ano, na Região Metropolitana de Belém. No ano passado, houve 772 homicídios. Em 2009, 831 pessoas perderam a vida até setembro. Ou seja, ocorreram noventa e duas mortes a cada mês, ou três por dia (um a cada oito horas)”⁽²⁴⁾ ou “os crimes contra o patrimônio na capital paulista aumentaram nos três trimestres deste ano em comparação com igual período de 2008. Os roubos de veículos lideraram o ranking e cresceram 19,84%. Já o latrocínio (roubo seguido de morte), crime contra a vida, com 79 ocorrências, subiu 54,9% e superou os 69 casos de 2008. (...) houve aumento de 11,03% nos roubos registrados na capital

(19) Para um estudo mais aprofundado dessas e de outras tendências contemporâneas da responsabilidade civil, confira-se: MARANHÃO, Ney Stany Moraes. *Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional*. Coleção em Homenagem ao Professor Rubens Limongi França (7ª Obra). São Paulo: Método, 2010. p. 178-212.

(20) CAMPOS, Wlamir Leandro Mota. *Os números da violência urbana no Brasil no século XXI*. Fonte: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1663/Os-numeros-da-violencia-urbana-no-Brasil-no-seculo-XXI>> Acesso em: 14 jul. 2010.

(21) BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 9.

(22) MOTA, Mauricio. *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 511.

(23) Fonte: <<http://www.orm.com.br/amazoniajornal/interna/default.asp?modulo=831&codigo=474202>> Acesso em: 14 jul. 2010.

(24) Fonte: <<http://www.orm.com.br/projetos/oliberal/interna/default.asp?codigo=443225&modulo=247>> Acesso em: 17 nov. 2009.

paulista de janeiro a setembro deste ano, em relação a igual período de 2008. O roubo de carga cresceu 19,74% e o furto, 10,39%⁽²⁵⁾, tornaram-se extremamente comuns em todo território nacional, constituindo um fenômeno que a sociedade tem acompanhado um tanto quanto consternada.

O pior é que em algumas regiões os índices de violência são ainda mais elevados, em razão de concentrar grandes bolsões de miséria, como é o caso das áreas atingidas pelos portentosos projetos de exploração mineral na Amazônia, que não apenas atrai vultosos investimentos, como também numeroso contingente populacional com expectativa de oportunidade de trabalho. Entretanto, como nem todos têm essa expectativa atendida, surge um sem-número de pessoas desempregadas que, pelas circunstâncias, buscam meios de sobrevivência no trabalho informal, na prostituição ou mesmo na criminalidade⁽²⁶⁾.

4. (In)segurança pública: (in)eficiência estatal e reparação de danos

Essa vexatória discrepância entre as previsões normativas e a realidade cotidiana já tem suscitado diversos questionamentos judiciais onde o debate, expressamente, gira em torno da ineficiência estatal na garantia da segurança pública, invocando-se, dentre outros argumentos, a escrachada ofensa ao *princípio da eficiência* (CF, art. 37, *caput*, com redação

conferida pela EC n. 19/1998). Tais demandas detêm o manifesto propósito de buscar, a favor do autor, a efetiva reparação civil por danos diretamente ligados à incúria do poder público no cumprimento desse importante dever constitucional.

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

A doutrina é praticamente uníssona em afirmar que, diante do texto constitucional, a responsabilidade do Estado é claramente *objetiva*, baseada apenas no *risco administrativo*⁽²⁷⁾, ou seja, prescinde de qualquer aferição do elemento subjetivo culpa por parte do agente estatal para que se fixe a obrigação de indenizar. Essa linha tem se repetido desde a Constituição Federal de 1946⁽²⁸⁾, demonstrando que, quanto à reparação de danos, pelo menos no que tange à arena estatal, há longa data a discussão saiu da ótica individualista da culpa e passou a ser encarada como genuína temática de direito público, merecendo solução, pois, mediante a aplicação de prodigiosos critérios materiais de *justiça distributiva e solidariedade social*⁽²⁹⁾.

(25) Fonte: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20091031/not_imp459221,0.php> Acesso em: 17 nov. 2009.

(26) Nesse sentido, confira-se a seguinte notícia: "(...) registros mostram que na área de influência da Vale, no sudeste paraense (municípios de Marabá, Parauapebas, Canaã dos Carajás, Eldorado dos Carajás, Curionópolis, Ourilândia do Norte e Tucumã), as mortes por causas violentas aumentaram em 23% de 2007 para 2008, considerando os corpos que passaram pelo Instituto Médico Legal (IML) de Marabá. No ano de 2008, os municípios de Marabá e Parauapebas foram os que mais registraram mortes por assassinato. Marabá saltou de 187 assassinatos, em 2007, para 266, em 2008, e Parauapebas, saltou de 62, em 2007, para 94, em 2008." Fonte: <<http://www.cptnac.com.br/?system=news&action=read&id=3161&eid=277>> Acesso em: 17 jul. 2009.

(27) Registramos que partimos do pressuposto teórico de que a teoria do *risco administrativo* não se confunde com a teoria do *risco integral*, já que esta é tão abrangente que sequer admite hipóteses excludentes do dever de indenizar. A respeito da distinção, confira-se, por todos: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 623-624.

(28) CF/1946, art. 194. "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes."

(29) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 623-624. José dos Santos Carvalho Filho assere que a adoção da teoria da responsabilidade objetiva no direito público foi assentada no maior poder jurídico, político e econômico do Estado em relação ao administrado, tendo

De todo modo, sempre foi prevalecente entre os estudiosos a proposição de que a simples competência genérica de garantidor da segurança pública não implicaria, por si só, a responsabilização do Estado por todo e qualquer dano, o que representa assertiva razoável, porquanto, nada obstante a segurança pública seja dever do Estado e direito de todos (CF, art. 144), essa atividade estatal, como de resto acontece com qualquer outra, há de ser exigida dentro de padrões normais de conduta da autoridade pública⁽³⁰⁾.

Outrossim, campeia nos sítios doutrinários verdadeira polêmica quanto a se saber se tal espécie de responsabilidade (objetiva) também seria aplicada para as hipóteses de *omissão* estatal. Nesse campo, vigora como tese majoritária o entendimento de que, em casos de omissão estatal, a responsabilidade seria *subjetiva*, por falta do serviço público (*faute du service public* — o serviço não funcionou, funcionou tarde ou foi ineficiente)⁽³¹⁾. Entendemos, porém, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, foi taxativo ao pontuar a responsabilidade *objetiva* para os danos praticados pelo Estado, em nenhum momento fazendo qualquer distinção entre ato *comissivo* ou *omissivo*⁽³²⁾, mesmo porque a *omissão* também é uma

que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades, de tal sorte que “os postulados que geraram a responsabilidade objetiva do Estado buscaram seus fundamentos na justiça social, atenuando as dificuldades e impedimentos que o indivíduo teria que suportar quando prejudicado por condutas de agentes estatais” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 452).

- (30) MOTA, Maurício. *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 517.
- (31) “Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço” (STF, RE n. 369.820, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 27.02.2004).
- (32) CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 251.

modalidade de conduta humana plenamente passível de provocar danos⁽³³⁾ — por vezes, aliás, em intensidade até bem maior que o próprio ato positivo em si.

Ainda assim, impõe-se verificar se essa omissão estatal não seria meramente *genérica*, ou seja, dentro de uma postura pública inserida em um patamar razoável de conduta, já que, em se concluindo de outra forma, o Estado surgiria como uma espécie de “segurador universal”⁽³⁴⁾, o que decerto inviabilizaria o funcionamento do Poder Público. Quer dizer: a responsabilidade estatal por ato omissivo só se imporá naqueles casos de omissões *específicas*, ou seja, reiteradas, verdadeiramente desarrazoadas e socialmente indesculpáveis.

Ora, não temos qualquer dúvida em afirmar que a *segurança pública*, no Brasil, em determinadas localidades, atingiu níveis de total desrespeito a padrões mínimos de cidadania. Em determinadas regiões, a contumaz omissão do Estado em garantir um mínimo de segurança à população constitui fato que chega às

(33) GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol. III: Responsabilidade Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 29.

(34) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 898. A respeito, confira-se a seguinte ementa: “Responsabilidade civil do Estado. Lesão em vítima causada por bala perdida. Dever de segurança do poder público. Omissão genérica. 1. Não se pode, com arrimo no art. 37, § 6º, da CRFB, conferir ao Estado a qualidade de segurador universal, uma vez que o referido dispositivo constitucional não consagrou a teoria do risco integral. 2. Somente restaria caracterizado o nexo de causalidade entre o dano e a inação estatal na hipótese de omissão específica do Poder Público, a qual pressupõe ter sido este chamado a intervir, ou se o disparo tivesse ocorrido por ocasião de confronto entre agentes estatais e bandidos, o que não restou comprovado na hipótese. 3. Ainda que se perfilhasse o entendimento de que no caso de omissão a responsabilidade do Estado é subjetiva, não se tem por caracterizada a culpa, se não comprovada a ausência do serviço ou sua prestação ineficiente, vez que não se pode esperar que o Estado seja onipresente. 4. Provimento do primeiro recurso. Prejudicada a segunda apelação.” (TJE-RJ. Apelação Cível n. 2007.001.63327. 2ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Heleno Nunes. Julgamento em 19.12.2007)

raias da irresponsabilidade, ao cúmulo do absurdo, proporcionando, além de direta afronta ao texto da Constituição Federal (art. 37, *caput* [princípio da eficiência], e art. 144), também dura agressão a normas internacionais cujo núcleo axiológico foi reconhecidamente abraçado pelo Brasil, tais como: i) a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, que em seu art. III garante a toda pessoa, como membro da sociedade, o “direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”; ii) a *Declaração Americana de Direitos*, que em seu art. 1º estabelece que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa”; iii) e a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, que reza em seu art. 4º que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”.

Aliás, é justamente aqui, na seara da segurança pública, nomeadamente em suas repercussões penais, o campo que mais tem propiciado ao Poder Judiciário momentos de intensa reflexão sobre os contornos da responsabilidade estatal por omissão, a ponto de insuflar, nos últimos tempos, uma importante revisão crítica de pensamento. É o caso das malfadadas “balas perdidas”, cuja discussão perdura intensamente acesa, sendo que os julgados, no particular, têm se portado ora premiando a gritante ineficiência estatal⁽³⁵⁾, ora tutelando a vítima do injusto prejuízo que lhe acometeu⁽³⁶⁾.

(35) Embargos infringentes. Responsabilidade Civil. Ação Policial. Bala perdida. Nexa causal improvado. Improcedência do Pedido. Provimento do Recurso. A responsabilidade do Estado, ainda que objetiva em razão do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, exige a comprovação do nexa de causalidade entre a ação ou omissão atribuída a seus agentes e o dano. Não havendo nos autos prova de que o ferimento causado à vítima tenha sido provocado por disparo de uma das armas utilizadas pelos Policiais Militares envolvidos no tiroteio, por improcedente se mostra o pedido indenizatório (...), por mais trágico que tenha sido o ocorrido na vida do autor postulante. Recurso Provido (TJE-RJ. Embargos Infringentes. n. 2006.005.00292, 1ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Maldonado de Carvalho. Julgado em 30.01.2007).

(36) “O art. 5º, X, da Lei Maior positivou o princípio impositivo do dever de cuidado (“neminem laedere”) como norma de conduta, assegurando proteção à

Com a profundidade de sempre, leciona Daniel Sarmento, *in verbis*:

(...) não basta que os Poderes Públicos se abstenham de violar tais direitos, exigindo-se que eles os *protejam ativamente contra agressões e ameaças providas de terceiros. Além disso, caberá também ao Estado assegurar no mundo da vida as condições materiais mínimas para o exercício efetivo das liberdades constitucionais, sem as quais tais direitos, para os despossuídos, não passariam de promessas vãs.* Ademais, o Estado tem o dever de formatar seus órgãos e os respectivos procedimentos de um modo que propicie a proteção e efetivação mais ampla aos direitos fundamentais. (...) o seu direito à vida, ameaçado por constantes tiroteios e balas perdidas, exigem não uma abstenção, mas um *comportamento ativo dos Poderes Públicos, que têm obrigação de intervir para proteger os direitos humanos destes sofridos cidadãos.* (...) a alusão à segurança, como direito fundamental social (art. 6º da CF), induz à

integridade patrimonial e extrapatrimonial de pessoa inocente, e estabelece como sanção a obrigação de reparar os danos, sem falar em culpa. A CRFB/1988, em seu art. 37, § 6º, prestigiou a Teoria do Risco Administrativo como fundamento para a responsabilidade civil do Estado, seja por ato ilícito da Administração Pública, seja por ato lícito. A troca de disparos de arma de fogo efetuada entre policiais e bandidos, conforme prova dos autos, impõe à Administração Pública o dever de indenizar, sendo irrelevante a proveniência da bala.” (TJE-RJ. Apelação Cível n. 2007.001.32436, 9ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Julgado em 04.09.2007). Registre-se que essa preocupação com a tutela da vítima de danos injustos está ganhando contorno tão acentuado que já há caso em que a própria Administração Pública, “sensibilizada” com a situação, tomou a iniciativa de ofertar indenização a familiares de vítima de bala perdida, independentemente de qualquer deliberação judicial e mesmo ficando demonstrado, por perícia, que o fatídico projétil não partiu de quaisquer das armas usadas por Policiais Militares no momento da operação. Foi o que ocorreu recentemente com o Estado do Rio de Janeiro, com relação ao caso do menino Wesley Andrade, de 11 anos, morto ao ser atingido por uma bala perdida quando se encontrava em plena sala de aula... A respeito, confira-se: <www.jusbrasil.com.br> Acesso em: 27 ago. 2010.

ideia de que o Estado tem não apenas a missão política, mas também o dever jurídico de agir no plano social para proteger os indivíduos da violação de seus direitos fundamentais por atos de terceiros.⁽³⁷⁾ (grifamos)

Quanto ao detalhe da *omissão específica e reiterada no terreno da segurança pública*, cuida-se de parâmetro relevante e que a jurisprudência, paulatinamente, vem sedimentando no campo da responsabilização do poder público por danos injustos perpetrados à vítima. Merece transcrição trecho de acórdão onde essa nuance é enfatizada:

No caso em julgamento, restou comprovado que o autor foi atingido por “bala perdida” oriunda de guerra entre traficantes, quando conduzia seu veículo pela Estrada Grajaú-Jacarepaguá, do que resultou a paralisia dos seus membros inferiores. Ora, é sabido que a aludida via é reputada de alta periculosidade, eis que cercada por favelas dominadas pelo tráfico de entorpecentes, sendo certo que, na ocasião do disparo, restou apurada a existência de tiroteio entre bandidos dos morros Cotios e Cachoeirinha, objetivando o controle dos pontos de venda de drogas (fls. 20). *De fato, a omissão específica quanto ao policiamento na referida região é fato público e notório, tratando-se de zona de alto risco, na qual é frequente tanto o confronto entre traficantes, como falsas blitz, revelando a insuficiência de medidas administrativas eficientes capazes de evitar danos como o sofrido pelo autor.* Com efeito, tal situação somente confirma a responsabilidade do réu, pela falha no dever de prestar uma segurança pública minimamente eficiente (...). *A frequência com que tais fatos ocorrem na cidade, em especial no local em que o autor foi atingido, torna específica e abusiva a omissão estatal, no que pertine à prestação de segurança pública, afastando a imprevisibilidade e a inevitabilidade que, em regra, serve para justificar a ausência de responsabilidade e afastar a sua obrigação*

(37) SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 107 e 136.

de indenizar. Neste sentido, vale observar que, *de forma análoga, a jurisprudência evoluiu, em dado momento, para admitir a responsabilização das empresas de ônibus, por assaltos ocorridos em certos trechos, cuja frequência pressupõe a previsibilidade e inevitabilidade do fato.*⁽³⁸⁾ (grifamos)

Na doutrina, Flávio Tartuce, dentre muitos outros nomes de relevo, também já percebeu que o campo da segurança pública reclama imediata atenção especial, no que refere à teoria da reparação civil. Segue seu desabafo, *in verbis*:

Ora, se a responsabilidade civil tem um intuito pedagógico — ou punitivo, como querem alguns —, deve trazer impacto àquele que não está fazendo a *lição de casa*. E pode-se dizer que, no quesito segurança — como também em outros —, o Estado não vem cumprindo as suas obrigações assumidas perante a sociedade. A sua conduta, nessa área, pode ser tida como *socialmente reprovável*. *Desse modo, deve ser imediatamente revista e repensada a aplicação da tese da responsabilidade civil do Estado por omissão, e, portanto, subjetiva e dependente de culpa, nos casos de falta de segurança.*⁽³⁹⁾ (grifamos)

Finalmente, em 2008, decisão da mais alta Corte de Justiça do país, o Supremo Tribunal Federal (STF), inflamou os debates, lançando luzes de justiça social em tão polêmico assunto. No julgamento, ficou assentado, como baliza teórica, que *a omissão estatal, quando permanente e reiterada, em relação à determinada região geográfica, de modo a configurar grave ineficiência do poder público no seu dever de prover segurança pública, impõe o ressarcimento da vítima de dano injusto, independentemente de*

(38) Rio de Janeiro. 5ª Vara da Fazenda Pública. Ação Ordinária n. 2003.001.008532-9. Autor: Otacilio Carvalho França. Réu: Estado do Rio de Janeiro. Juiz: Gustavo Bandeira. Sentença proferida em 18.03.2005. Fonte: MOTA, Mauricio. *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 546.

(39) TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Vol. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 310 e 477.

culpa do ente estatal. Sem delongas, vejamos os principais trechos desse histórico *decisum*:

O Tribunal, por maioria, deu provimento a agravo regimental interposto em suspensão de tutela antecipada para manter decisão interlocutória proferida por desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que concedera parcialmente pedido formulado em ação de indenização por perdas e danos morais e materiais para determinar que o mencionado Estado-membro pagasse todas as despesas necessárias à realização de cirurgia de implante de Marcapasso Diafragmático Muscular — MDM no agravante, com o profissional por este requerido. Na espécie, o agravante, que teria ficado tetraplégico em decorrência de assalto ocorrido em via pública, ajuizara a ação indenizatória, em que objetiva a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo custo decorrente da referida cirurgia, “que devolverá ao autor a condição de respirar sem a dependência de respirador mecânico”. (...) *Entendeu-se que restou configurada uma grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado de Pernambuco, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas, o que também ocorreria em diversos outros Estados da Federação*. Em razão disso, o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se demitir das consequências que resultariam do cumprimento de seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço. Ressaltou-se que situações configuradoras de falta de serviço podem acarretar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, considerado o dever de prestação pelo Estado, a necessária exigência de causa e efeito, ou seja, a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima, e que, no caso, estariam presentes todos os elementos que compõem a estrutura da responsabilidade. Além disso, *aduziu-se que entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças*

públicas, e o interesse fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário, senão de dar primazia ao último. Concluiu-se que a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao agravante, que inclusive poderia correr risco de morte, o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, *implementando-se, com isso, o direito à busca da felicidade, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana*.⁽⁴⁰⁾ (grifamos)

Como se percebe, vingou o compromisso com a elevada carga axiológica que irradia da Constituição Federal. *Vida, solidariedade, eficiência, dignidade humana e felicidade* são as palavras-chave do acórdão — e, também, as palavras-chave do Direito contemporâneo. Não se cuida de presumir *culpa*, mas de presumir *responsabilidade*, sendo esse — o caso da responsabilidade civil estatal — um bom exemplo de aplicação prática da famosa teoria da *responsabilidade pressuposta*, construída pela insigne professora Giselda Hironaka⁽⁴¹⁾.

(40) STA 223, AgR/PE. Relatora originária: Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Celso de Mello. Julgado em 14.04.2008 (Informativo n. 502 do STF).

(41) “Para essa nova forma de pensar a responsabilidade civil do Estado, entra em cena o conceito de *responsabilidade pressuposta*, tão bem desenvolvido por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. É preciso visualizar novos horizontes para a responsabilidade civil, muito além da discussão da culpa (responsabilidade subjetiva) ou da existência de riscos (responsabilidade objetiva). Nesse contexto, deve-se pensar, antes de qualquer coisa e em primeiro lugar, em indenizar as vítimas, para depois verificar, em segundo plano, quem foi o culpado ou quem assumiu os riscos de sua atividade. Em algumas situações a exposição de outrem ao risco ou ao perigo pressupõe a responsabilidade, como no caso da atividade de *ser Estado*. Essa é a essência, em nossa opinião, da responsabilidade pressuposta. A partir dessa ideia, os danos assumem o papel fundamental na teoria geral da responsabilidade civil. Do ponto de vista das categorias jurídicas, anteriormente, poder-se-ia pensar ser inviável que a existência de danos pudesse gerar a responsabilidade civil sem que tivesse muito clara a

A ênfase migra — reiteramos — do *ofensor* para o *lesionado*, notabilizando-se o profundo desejo hodierno de reduzir ao máximo o número de vítimas irressarcidas afetadas por danos injustos, prestando-se, com isso, efetiva tutela à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e lançando mais um contributo para o lento processo de construção de uma sociedade efetivamente solidária (CF, art. 3º, I)⁽⁴²⁾.

5. Violência urbana e acidente de trabalho: uma perigosa simbiose

Dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT) mostram que cerca de dois milhões de trabalhadores morrem, por ano, vítimas de acidentes e doenças do trabalho, número que ultrapassa a média anual de mortes em acidentes de trânsito, guerras e doenças infectocontagiosas⁽⁴³⁾. O Brasil figura entre os recordistas mundiais em infortúnios laborais. Segundo informações do Ministério da Previdência e Assistência Social, no ano de 2000 foram concedidos 2.949.149 (dois milhões, novecentos e quarenta e nove mil e cento e quarenta e nove) benefícios previdenciários

existência do nexo de causalidade. A tese não mais prospera na realidade contemporânea com base na ideia de *responsabilidade pressuposta*." (TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Vol. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 477) (grifos no original). Para mergulhar nessa belíssima tese, confira-se a valiosa obra já muitas vezes aqui citada: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

- (42) Daniel Sarmento, com acerto, afirma que "quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira 'construir uma sociedade justa, livre e solidária', ela não apenas está enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo" (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 295).
- (43) Fonte: <<http://www.issa.in/Resources/Conference-Reports/Seoul-Declaration-on-Safety-and-Health-at-Work>> Acesso em: 23 set. 2008.

e no ano de 2007 foram concedidos 4.173.350 (quatro milhões, cento e setenta e três mil e trezentos e cinquenta), o que corresponde a um aumento de 141,51%, ressaltando que 53,33% (cinquenta e três vírgula trinta e três por cento) desses benefícios se referem à aposentadoria por invalidez, pensão por morte, auxílio-doença e auxílio-acidente, o que equivale a 2.225.648 (dois milhões, duzentos e vinte e cinco mil e seiscentos e quarenta e oito) ocorrências apenas no ano de 2007⁽⁴⁴⁾.

Estatísticas do Ministério da Previdência e Assistência Social de 2008 demonstram que as ocorrências dos infortúnios laborais *continuam crescendo no país*, com o aumento de 13,4% (treze vírgula quatro por cento) em relação aos dados de 2007, elevando os custos do INSS em 14,1% (quatorze vírgula um por cento) com as concessões de auxílio-doença e em 23,1% (vinte e três vírgula um por cento) com as concessões de auxílio-acidente⁽⁴⁵⁾.

Mas o que assusta não é só a *quantidade* de acidentes de trabalho. Também causa espanto a *qualidade* de alguns desses eventos lesivos, cuja complexidade fática e confluência de fatores têm demandado do julgador uma requintada apreciação crítica, impondo-lhe a sensibilidade para perceber *novos componentes* que, até bem pouco tempo, passavam facilmente despercebidos da vista judicante.

Nessa esteira, o que temos notado, muito claramente, nesse cenário de assombrosa evolução de acidentes do trabalho, é que um específico

- (44) Fonte: <http://www.previdenciasocial.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_13.asp> Acesso em: 21 set. 2008. Estatísticas do Ministério da Previdência e Assistência Social de 2008 demonstram que as ocorrências dos infortúnios laborais continuam crescendo no país, com o aumento de 13,4% (treze vírgula quatro por cento) em relação aos dados de 2007, elevando os custos do INSS em 14,1% (quatorze vírgula um por cento) com as concessões de auxílio-doença e em 23,1% (vinte e três vírgula um por cento) com as concessões de auxílio-acidente. Fonte: <http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_091028-191015-957.pdf> Acesso em: 27 dez. 2009.
- (45) Fonte: <http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_091028-191015-957.pdf> Acesso em: 27 dez. 2009.

fator externo e qualitativo tem alcançado gradual destaque no campo do meio ambiente laboral: a *violência urbana*. Cremos que chegou mesmo o tempo dessa vertiginosa elevação dos índices de violência urbana, para além de ser encarada como simples dado comprometedor do nível da expectativa de vida nacional⁽⁴⁶⁾, também passar a merecer especial atenção científica dos juslaboralistas, desta feita enquanto inserida no patamar de *novo fator de afetação da integridade física e mental do trabalhador*.

Veja-se que são elementos nocivos à integridade do trabalhador alguns agentes *físicos* (v. g., ruídos, calor, umidade), agentes *químicos* (substâncias químicas e poeiras minerais) e agentes *biológicos* (micro-organismos, vírus e bactérias), consoante o disposto na Norma Regulamentadora n. 15 (Portaria n. 3.214/1978). Da mesma forma, também já são considerados como tais alguns agentes *ergonômicos* (utilização de ferramentas, máquinas e dispositivos inadequados, inseguros ou desconfortáveis) e mesmo *psíquicos* (v. g., circunstâncias relativas às condições de trabalho, pressão mental, temores relacionados com o *status* profissional), nestes incluídos eventos traumáticos ocorridos no ambiente laboral, como *assaltos no trabalho*. É o que constatamos da leitura do Anexo II do Regulamento da Previdência Social, mais particularmente no Grupo V da CID-10 [Transtornos Mentais e do Comportamento Relacionados com o Trabalho], Item

(46) O desempenho do Brasil no *ranking* do Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento Humano (PNUD) é empurrado para baixo pelo índice relacionado à expectativa de vida. O País alcançou no último relatório, divulgado em 04 de outubro de 2009, a 75ª colocação de desenvolvimento humano entre um grupo de 182 países. Mas, quando se analisa apenas a expectativa de vida, essa colocação cai para 81ª. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a expectativa de vida do brasileiro é 72,57 anos, sendo bastante inferior à de países como a Argentina (75,2 anos), Chile (78,5 anos), Costa Rica (78,7 anos) e até do que a do Vietnã (74,3 anos) em razão dos altos níveis de violência no Brasil. Fonte: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20091006/not_imp446394,0.php> Acesso em: 13 nov. 2009.

VIII (Reações ao *Stress* Grave e Transtornos de Adaptação [F43.-]: Estado de “Stress” Pós-Traumático [F43.1])⁽⁴⁷⁾.

Todavia, nada obstante essa última previsão — assaltos no trabalho —, propugnamos que a *violência urbana* passe a integrar, expressamente, o quadro de agentes psíquicos, não apenas, de forma implícita, como fator acarretador de estresse pós-traumático, como se viu alhures, mas, expressamente mesmo, enquanto fator prévio, independente da ocorrência de assalto, intrinsecamente gerador — por se incorporar às próprias condições em que determinados serviços são prestados — de um nível de pressão tal que, em algumas hipóteses, desponta reconhecivelmente agressivo do meio ambiente laboral e da saúde e segurança do trabalhador⁽⁴⁸⁾.

Com efeito, ressoa incontestemente que essa flagrante incúria estatal em prover segurança pública eficiente tem assolado mais diretamente algumas categorias profissionais específicas, tais como aquelas que, de alguma forma, exercem suas atividades laborais em âmbito externo ou realizam sua prestação de serviços em atividades empresariais altamente visadas por meliantes, podendo ser citados os frentistas de postos de gasolina, motoristas, vigilantes, bancários, dentre muitos outros⁽⁴⁹⁾.

(47) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Acidentes do trabalho: doenças ocupacionais e nexos técnico epidemiológico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 136. Nesse mesmo viés de ampla proteção da dignidade humana do trabalhador, ampliando o leque de fatores de risco ligados a abalos emocionais, destaque-se o Projeto de Lei n. 7.202, de 2010, que tenciona equiparar a acidente de trabalho “a doença decorrente de ofensa moral ao empregado no exercício de sua atividade”. Fonte: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/781622.pdf>> Acesso em: 29 jul. 2010.

(48) A respeito das principais psicopatologias do trabalho, incluindo o *estresse* como agente causador de danos ao obreiro, confira-se: ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton. *Doença ocupacional e acidente de trabalho: análise multidisciplinar*. São Paulo: LTr, 2009. p. 98-135.

(49) A Federação Nacional dos empregados em postos de combustíveis e derivados de petróleo já tem manifestado preocupação com assaltos em postos de gasolina. De acordo com um dos Diretores do sindicato, “tanto os frentistas quanto os proprietários de postos

Observe-se o caso do trabalhador de uma instituição bancária que desempenha funções administrativas no escritório jurídico da empresa, localizado no bairro dos Jardins, na capital paulista, ou aquele motorista que realiza entrega de produtos alimentícios nas áreas centrais das capitais brasileiras, de modo geral, exercem atividade laboral compatível com o grau de risco aceitável pelo senso comum. Porém, algumas circunstâncias especiais proporcionam aos respectivos trabalhadores o exercício do labor com elevado grau de risco quando, por exemplo, em razão da necessidade do serviço, o bancário do setor administrativo passa a desempenhar suas atividades na área interna da agência bancária que é comumente alvo de *assalto* ou o motorista passa a entregar mercadorias em áreas urbanas com elevados índices de *latrocínio* ou a utilizar rodovias com grande fluxo de *roubo de carga*. A respeito de

e os clientes, sentem-se inseguros quanto ao risco de assaltos, por isso, é este o momento de fazermos algo de benéfico para a categoria". Fonte: <http://www.fecombustiveis.org.br/index.php?option=com_clipping&task=nota¬aid=7824> Acesso em 14 jul. 2010. Já o vice-presidente para assuntos jurídicos e institucionais da Federação Nacional das Empresas de Segurança e Transporte de Valores (Fenavist), Sr. Salmen Kamal Guazale, afirma que a falta de segurança pública compromete o trabalho das empresas de segurança privada, asseverando que "não podemos ser ingênuos e esquecer o caos que está a segurança pública". Na avaliação do presidente da Confederação Nacional dos Vigilantes (CNTV), os vigilantes de bancos não têm condições dignas de trabalho, já que "o trabalhador não conta com a ajuda das empresas de vigilância quando passa por situações de estresse e distúrbios emocionais". Fonte: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2262010/representantes-de-empresas-e-bancos-criticam-seguranca-publica>> Acesso em: 14 jul. 2010. O Jornal "O Liberal", de Belém do Pará, recentemente trouxe como matéria de capa a seguinte notícia: "*Assalto semeia trauma em bancos. Onda de ataques provoca transtornos psicológicos em dezenas de bancários.*" Ao destacar as repercussões negativas provocadas por essas intermináveis ondas de violência, a reportagem noticia que "desde 2008, 50 funcionários foram encaminhados pelo Sindicato dos Bancários do Pará e Amapá para tratamento psicológico. Todos por apresentarem transtornos pós-assalto". Fonte: Jornal *O Liberal*. Caderno "Atualidades", Belém (PA), edição de 22 de agosto de 2010, p.15.

exemplos concretos, colocamos, por amostragem, os seguintes julgados:

Frentista. Vítima de assalto. Negligência da empregadora na adoção de medidas de segurança. Dano moral configurado. É notório que postos de gasolina são alvos frequentes de assaltos, pela vulnerabilidade e facilidade de abordagem aos frentistas, que normalmente carregam razoável quantidade de numerário para viabilizar o desempenho de suas atividades, sendo que ações criminosas deste porte ocorrem em maior número no período noturno, devido à pouca movimentação e o número reduzido de empregados. Portanto, compete ao empregador, sabendo dos riscos que envolvem o seu empreendimento, adotar a diligência necessária e razoável para evitar ou reduzir os riscos inerentes ao trabalho, nos termos do art. 7º, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, sendo insuficiente a tese de que a Segurança Pública compete ao Estado. Conforme essas premissas, a inobservância da reclamada no que tange ao seu poder geral de cautela, submetendo seu empregado a trabalhar sozinho como frentista durante jornada noturna em posto de gasolina sem a iluminação necessária, caracteriza a ilicitude de sua conduta, ensejando a indenização por dano moral, mormente quando constatado nos autos que o reclamante foi baleado na cabeça em decorrência de assalto ocorrido durante a sua jornada de trabalho, sendo sequer necessária a prova da repercussão do dano na órbita subjetiva do autor, que está implícita na própria gravidade da ofensa (dano "*in re ipsa*"). Inteligência dos arts. 186 e 927 do Código Civil em conjunto com o art. 7º, inciso XXII, da CF/88. (TRT 3ª Região, 2ª Turma, RO 00013-2009-045-03, Relator: Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira, Data de Publicação: 20.5.2009)

Responsabilidade do empregador. Morte do empregado. Assalto à mão armada. É responsável o empregador por danos morais no caso de assalto à mão armada, a ônibus da empresa, que resultou na morte do empregado. A falta de uma política interna de segurança na empresa desatende ao art. 7º, XXII da Magna Carta e configura negligência

como elemento de culpa no dano sofrido pelo empregado (art. 7º, XXVIII, CF). (TRT 8ª Região. 2ª Turma. Relator: Desembargador Luiz Albano Mendonça de Lima. RO 1369-2008-016-08-00-7. Julgamento: 26.8.2009)

Dano moral. Assalto à mão armada. Agência bancária. Comprovou-se nos autos o assalto à mão armada, na agência bancária do reclamado, ficando o reclamante refém dos assaltantes, sob agressão e ameaça de morte. O direito de indenizar no campo do Direito do Trabalho é aplicado em razão da subordinação jurídica, isto é, o dano moral decorre do constrangimento sofrido em razão de estar em serviço por conta alheia e sofrer prejuízo em lugar e em defesa do patrimônio do empregador. (TRT 8ª Região, 2ª Turma, Relator designado: Desembargador Luiz Albano Mendonça de Lima. RO 0099300-64-2009-003-08-00-3. Julgamento: 30.6.2010)

Recorde-se, por oportuno, que a intrínseca amplitude legal que cuida da matéria tem servido como importante elemento facilitador da configuração do *acidente de trabalho*, ainda que nesses casos onde o evento lesivo guarde ligação direta com a violência urbana. Aliás, como se sabe, para a ocorrência do acidente laboral sequer mesmo é necessário que o trabalhador esteja rigorosamente laborando ou efetivamente esteja nas dependências da empresa, bastando que o obreiro, de alguma forma, encontre-se, direta ou indiretamente, inserido no *contexto empregatício*⁽⁵⁰⁾.

(50) Note-se, por exemplo, que a lei toma como acidente de trabalho aquele evento sofrido pelo trabalhador, ainda que fora do local e horário de trabalho, quando em viagem a serviço da empresa ou quando do percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado (Lei n. 8.213/91, art. 21, inciso IV, alíneas c e d). Da mesma forma, também considera acidente laboral aquele sofrido pelo trabalhador no local e horário de trabalho, em consequência de ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho, ou mesmo quando decorrente de ato de pessoa privada do uso da razão (Lei n. 8.213/91, art. 21, inciso II, alíneas a e d). Essa importante facilitação ofertada pela lei, no que respeita à configuração técnica de eventos como acidente de trabalho, é legitimada pelos nefastos efeitos geralmente desencadeados por

A segura conclusão que se extrai é que, nas delicadas hipóteses de assalto a trabalhador, quando imerso em suas atividades laborais, tais eventos, à luz dessas disposições normativas e em ocorrendo a incapacidade laboral⁽⁵¹⁾, certamente configuram genuíno *acidente de trabalho*, com todas as repercussões legais pertinentes. Não resta dúvida, portanto, de que *é plenamente possível o reconhecimento jurídico de acidente de trabalho decorrente da insegurança pública*.

Outra coisa, porém, é a possibilidade de se exigir do empregador a reparação de possíveis danos decorrentes desses eventos, ainda quando diretamente ligados à violência urbana e à insegurança pública. De qualquer modo, vale dizer que, aqui, não há de se exigir que o fato se configure acidente de trabalho, tecnicamente falando, bastando que haja tão somente alguma espécie de *prejuízo* (CF, art. 5º, incisos V e X⁽⁵²⁾), não importando a qualidade (material ou imaterial) ou a extensão (atingindo a capacidade laborativa ou não), e desde que, óbvio, este dano esteja de alguma forma ligado à tomadora dos serviços, seja por *culpa (lato sensu)* (CF, art. 7º, inciso XXVIII⁽⁵³⁾) (responsabilidade

um acidente laboral, cujo fatídico raio de alcance não se restringe ao mero âmbito pessoal e profissional da vítima, senão que também invade seu âmbito familiar e, não raro, atrai péssimas repercussões para a sociedade como um todo, que, no mínimo, terá um de seus integrantes vivenciando estado não harmônico, a demandar intenso apoio e proteção.

- (51) Lei n. 8.213/91, art. 19, *caput*: “Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”
- (52) CF/88, art. 5º, inciso V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.” Inciso 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.”
- (53) CF/88, art. 7º, inciso XXVIII: “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”

civil *subjetiva*), seja pelo *risco* induzido pela atividade praticada (CC, art. 927, parágrafo único) (responsabilidade civil *objetiva*)⁽⁵⁴⁾.

Entretanto, o reconhecimento de responsabilidade do empregador pela reparação de danos (materiais e morais) diretamente jungidos à violência urbana ainda é assunto pouco debatido na doutrina, circunstância que se reflete no campo jurisprudencial, onde vigora acirrada polêmica. Não raro essa responsabilidade sequer é reconhecida, regra geral enxergando o evento como uma hipótese excludente do nexo de causalidade (força maior, caso fortuito, fato da vítima ou fato de terceiro)⁽⁵⁵⁾. Noutros, a obrigação patronal de indenizar acaba se fundando, em algum ponto, no fator *culpa*⁽⁵⁶⁾. Já para alguns julgados, cada

vez mais comuns, a responsabilização é reconhecida simplesmente com lastro nos *riscos* ligados à atividade laboral⁽⁵⁷⁾.

Particularmente, no nosso sentir, a ocorrência do infortúnio nas circunstâncias de risco laboral, em razão da natureza do trabalho ou das condições especiais da prestação do serviço ocasionadas pela insegurança pública, suscita o implacável reconhecimento da responsabilidade objetiva fixada no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, sendo que a existência do nexo de causalidade entre o risco da atividade

(54) CC/2002, art. 927, parágrafo único: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

(55) “Assalto. Indenização por danos morais e materiais. Exposição do empregado a risco. Alegada negligência do empregador quanto à adoção de medidas de segurança. Improcedência do pleito. A culpa por assaltos em postos de gasolina ou em qualquer outro estabelecimento, ainda que resulte em violência ao trabalhador pela ação de bandidos, não pode simploriamente ser imputada aos empregadores, visto que não são responsáveis por políticas públicas necessárias para impedir ou amenizar a ensandecida escalada de violência no país. Este deletério mal, dada a complexidade e gravidade do problema, aliás, de nível mundial, resulta de antigas e acumuladas causas, em cujo contexto todos nós somos vítimas e não agentes, obviamente.” (TRT 3ª Região, 9ª Turma, RO 0065700-2009-046-03, Relator Convocado: Juiz João Bosco Pinto Lara, Data de Publicação: 25.11.2009).

(56) “GERENTE. ASSALTO À AGÊNCIA BANCÁRIA. DANO MORAL. Os assaltos praticados nas agências bancárias não constituem fatos imprevisíveis, principalmente porque acontecem com certa habitualidade. As provas testemunhais, colhidas nestes autos, confirmam a frequência desses assaltos na agência de Jacundá (PA). A segurança proporcionada aos empregados é somente um resquício de todo o aparato dispensado à proteção de seu patrimônio material. Os empregados se beneficiam de certa proteção, na medida em que se encontram inseridos na esfera de proteção do patrimônio financeiro (no caso, dentro da agência). Fora desse contexto não usufruem de qualquer espécie de segurança. Nessa quadra, o Banco Bradesco foi

negligente ao não garantir uma maior e melhor segurança, culpando somente o Poder Público por um risco que também deveria assumir por ser inerente aos riscos do negócio, nos termos do art. 2º da CLT. Não demonstra que, pelo menos, se empenhou em minimizar esse tipo de violência ao qual estavam sujeitos seus empregados, principalmente, aqueles que desempenham funções de confiança e responsabilidade, como a exercida pelo reclamante que era o gerente da agência.” (TRT da 8ª Região, 1ª Turma, Relatora: Desembargadora Rosita de Nazaré Sidrim Nassar. RO 00452-2008-107-08-00.6. Julgamento em 14.07.2009).

(57) “Dano moral. Assalto. Funcionária de posto de gasolina mantida sob a mira de arma de fogo. Responsabilidade objetiva do empregador. A competência institucional do Estado de garantir a segurança pública (art. 144, da CF) e a circunstância de o assalto ser alheio à vontade do empregador, não elidem a responsabilidade objetiva prevista no art. 2º, § 2º, da CLT e art. 927, parágrafo único, do CC. A atividade desenvolvida pelos postos de gasolina atrai a cobiça dos meliantes, em razão do alto volume de dinheiro gerado diariamente nesse tipo de empreendimento e pela exposição e facilidade de acesso a esse numerário, exigindo do empregador a garantia da integridade física e psíquica dos seus funcionários e da própria clientela. Os danos psicológicos a que é submetido o refém mantido como escudo humano sob a mira de arma de fogo são inegáveis. A violência do ato em si reside em retirar da pessoa a ideia, mesmo que infundada, de segurança dantes existente. A instauração do pânico naqueles minutos cruciais decorre da exposição do trabalhador a riscos para os quais não concorreu. Parte integrante dos custos do negócio, as providências tendentes a reduzir os riscos no ambiente de trabalho devem ser geridas não só com mira no fator financeiro, mas, sobretudo, na preservação do bem maior das pessoas que transitam e laboram no local. Dano moral reconhecido.” (TRT da 2ª Região, 8ª Turma, Relator: Desembargador Rovirso Aparecido Boldo, RO 01563200840202005 (Ac. 8ª T. 20091104143), Julgamento em 23.02.2010).

e o evento lesivo é suficiente para originar o dever reparatório do empregador pelo dano sofrido pelo obreiro, de modo a ter que emitir a CAT (Comunicação de Acidente do Trabalho), como também reparar civilmente o empregado, independente da natureza da conduta (lícita ou ilícita)⁽⁵⁸⁾.

(58) Como é fácil perceber, malgrado não seja o tema central deste artigo, não pudemos deixar de consignar essa nossa firme convicção no sentido de que o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, é, de fato, plenamente aplicável nos casos de acidente de trabalho e doença ocupacional. Estamos com Gustavo Filipe Barbosa Garcia, para quem “a incidência da responsabilidade objetiva também é uma forma legítima e válida de *melhoria da condição social do trabalhador*” (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Acidentes do trabalho: doenças ocupacionais e nexos técnico epidemiológico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 84) (Grifo no original). Dentro dessa perspectiva, segue o conteúdo do *Enunciado n. 377* da IV Jornada de Direito Civil (2006), que dispõe: “O art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco.” O mesmo se dá no que respeita às reflexões levadas a efeito durante a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho (2007), cujo *Enunciado n. 37* reza: “Responsabilidade Civil Objetiva no Acidente de Trabalho. Atividade de Risco. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores”. Registre-se, também, que a mesma doutrina tem destacado, com inteira pertinência, que, caso o acidente de trabalho ou a doença ocupacional decorra de danos ao meio ambiente do trabalho — como pensamos ser a hipótese da omissão específica e reiterada do Estado no cumprimento do seu dever de prover segurança pública minimamente eficiente, que constitui fator de considerável afetação do meio ambiente laboral —, a responsabilidade patronal seria também *objetiva*, mas desta feita não por força de interpretação construtiva, senão que por decorrência direta de expressa previsão constitucional (arts. 200, VIII, e 225, § 3º). Nessa vereda, confira-se o *Enunciado n. 38* da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho (2007), assim redigido: “Responsabilidade Civil. Doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho. Nas doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador é objetiva. Interpretação sistemática dos arts. 7º, XXVIII, 200, VIII, 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81.”

Mas o que pretendemos sublinhar, com toda essa exposição, não é a discordância doutrinária e jurisprudencial a respeito da responsabilidade do empregador para aqueles casos de acidentes de trabalho propiciados pela insegurança pública. Nosso foco, aqui, não está no que se vê de *diferente*, mas sim o que todos (doutrina e jurisprudência) parecem ter de *comum* em seus arrazoados: a premissa, quase sempre explícita, que reconhece o total descaso estatal com a segurança pública, tangente a determinadas localidades e regiões. De fato, muito embora cada julgado destoe entre si, por exemplo, quanto à tese da responsabilização ou não do *empregador* pelos prejuízos porventura advindos aos seus empregados em casos que tais, por outro lado, não há como negar que, em essência, *todas as decisões partem do mesmo reconhecimento da absurda leniência estatal em prover segurança pública minimamente eficiente*.

Percebamos bem: se já se está ao ponto de reconhecer a responsabilidade do empregador cujas atividades empresariais colocam seus empregados em situação de risco, para fazer frente com as lesões a eles perpetradas, *por que motivo também não se autorizaria demandar o próprio Estado, com vistas a garantir o reconhecimento da mesma responsabilidade, diante da sua incúria no resguardo da segurança pública, quando tal omissão se revelar específica, reiterada e inadmissível, e constituir causa necessária e eficiente de acidente laboral suscitado na ambiência da violência urbana?* Não seria essa uma construção intimamente relacionada com aqueles vetores axiológicos que têm exigido a máxima proteção da vítima, para que, ao fim e ao cabo, a própria dignidade humana reste preservada? Não podemos olvidar que, à vista dessa contextura, quase sempre o patrimônio de uma empresa pode ser recomposto, todavia, os abalos físicos e psicológicos perpetrados não raro acompanham o trabalhador ao longo de todo o restante de sua trajetória existencial... É coisa gravíssima.

Perceba-se, por oportuno, que qualquer cidadão, enquanto consumidor, tem para si

o resguardo de uma reparabilidade plena em suas relações *consumeristas*, pela responsabilização solidária de todos aqueles que participem da cadeia de consumo (CDC, art. 7º, parágrafo único)⁽⁵⁹⁾. Da mesma forma, na esfera *cível* há semelhante alinhamento protetivo, quando reza que se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação (CC, art. 942, *caput*, *in fine*).

Ora, a dignidade humana não se destina ao *trabalhador*, ao *consumidor* ou ao *contratante*. Destina-se, na verdade, a todo e qualquer ser humano, *pouco importando que papel esteja exercendo na tessitura social*. Se for assim, então por que cargas d'água esse mesmo cidadão, enquanto trabalhador, não tem para si o mesmo direito de ver enlaçados, por uma responsabilidade também solidária, todos aqueles que participam da cadeia trabalhista diretamente propiciadora do evento lesivo (o empregador, por *culpa* ou pelo *risco*, e o Estado pela *omissão reiterada e irresponsável* em garantir segurança pública com um mínimo de eficiência)? Trata-se, portanto, de apenas ver

aplicada, no campo *juslaboral*, mais uma diretriz contemporânea da teoria da responsabilidade civil, inclusive já plenamente consagrada no direito brasileiro: *a potencialização fática da efetiva reparação, materializada, aqui, na responsabilização solidária de todos aqueles que propiciaram a lesão injusta*. Nada há de surreal nisso. Afinal, se os pressupostos da reparação agora se assentam em valores solidaristas, então que o dever de reparar também seja solidarizado...⁽⁶⁰⁾.

Ora, os altos índices de insolvência na esfera dos créditos trabalhistas, a triste facilidade com que determinadas empresas se “esvaem” do palco jurídico-obrigacional, bem assim diante da magnitude dos bens jurídicos aqui tutelados — de regra, *vida e saúde emocional* —, compõem um cenário que demanda a plena garantia de reparação desses danos injustos, *desta feita pelo reconhecimento da responsabilidade civil do máximo de pessoas possíveis, dentre aquelas que efetivamente tenham participado do evento lesivo — seja por ação, seja por omissão —, a serem envolvidas por um vínculo obrigacional de necessário matiz solidário*.

Nem se diga que essa espécie de responsabilidade é algo novo no campo do Direito do Trabalho. Para bem mais que a aplicação das já conhecidas previsões legais, amparando a responsabilidade solidária dos pertencentes a grupos econômicos (CLT, art. 2º, § 2º⁽⁶¹⁾; Lei n. 5.889/1973, art. 3º, § 2º⁽⁶²⁾), a doutrina

(59) CDC, art. 7º, parágrafo único: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.” No bojo do mesmo diploma, podemos citar, como outros exemplos dessa assertiva, os seguintes artigos: CDC, 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”; CDC, art. 25, § 1º: “Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores”; CDC, art. 25, § 2º: “Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.” Esse código é tão avançado que Jorge Pinheiro Castelo o denomina de “direito comum da pós-modernidade” (CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade*: a CLT, o CDC e as repercussões do Novo Código Civil. São Paulo: LTr, 2003. p. 213).

(60) SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 248.

(61) CLT, art. 2º, § 2º: “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, *solidariamente responsáveis* a empresa principal e cada uma das subordinadas.” (grifamos)

(62) Lei n. 5.889/73, art. 3º, § 2º: “Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem

juslaboral já vem invocando essa modalidade de responsabilização para outro recanto onde a fragilidade do trabalhador tem se revelado não menos absurda: na *terceirização* de serviços, ainda quanto reputada como *lícita* (terceirização de *atividade-meio*)⁽⁶³⁾. Nesse campo, não são poucas as abalizadas vozes que têm propalado a urgência na mudança do contido na Súmula n. 331 do TST⁽⁶⁴⁾, que, ao fixar a responsabilidade meramente *subsidiária* para

grupo econômico ou financeiro rural, serão *responsáveis solidariamente* nas obrigações decorrentes da relação de emprego.” (grifamos)

- (63) “A prática tem demonstrado que os serviços terceirizados são os que mais expõem os trabalhadores a riscos e, por consequência, a acidentes ou doenças, pois se referem a empregos de baixo nível remuneratório e pouca especialização, que dispensam experiência e treinamento. Por outro lado, as empresas de prestação de serviços são criadas com relativa facilidade, sem necessidade de investimento ou capital, porque atuam simplesmente intermediando mão de obra de pouca qualificação e de alta rotatividade. Como ficam na inteira dependência das empresas tomadoras de serviços e enfrentam a concorrência, nem sempre leal, de outras empresas do ramo, dificilmente experimentam crescimento próprio ou solidez econômica, sendo frequentes as insolvências no setor. Com isso, acabam aceitando margens de lucro reduzidas, sacrificando, para sobreviver, as despesas necessárias para garantia da segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 92).
- (64) TST/Súmula n. 331: “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974). II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a personalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a *responsabilidade subsidiária* do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também

o tomador dos serviços terceirizados, segue na contramão de uma das mais contundentes tendências da teoria da reparação de danos, consagrada em campos outros do direito, mas incrivelmente ainda repelida, sem qualquer justificativa, na seara do Direito do Trabalho⁽⁶⁵⁾.

Estamos certos de que é por este caminho que precisamos trilhar. A máxima concretização da dignidade humana vai requerer do operador do Direito que abandone seu estado de letargia intelectual, passando a exercitar construções jurídicas plenamente fiéis aos caros valores existenciais fixados na Constituição Federal de 1988. Mais particularmente no caso do juslaboralista, cuida-se de se prestigiar uma postura tendente a conferir, por via de consequência, a máxima efetividade do próprio Direito do Trabalho, em seu núcleo principiológico mais basilar: *a proteção do trabalhador*⁽⁶⁶⁾. Não sem

do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.6.1993).” (grifamos)

- (65) “No caso da terceirização lícita, parece interessante tornar solidária a responsabilidade. (...) A nosso ver, a opção por uma responsabilidade solidária, e não apenas subsidiária, teria dois aspectos positivos. De um lado, inibiria a terceirização, ou pelo menos levaria a empresa cliente a escolher com mais cuidado o fornecedor. De outro, como pondera Souto Maior, poderia simplificar a agilizar as execuções.” (VIANA, Márcio Túlio. As várias faces da terceirização. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; DELGADO, Mauricio Godinho; PRADO, Ney; ARAÚJO, Carlos (Coords.). *A efetividade do direito e do processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 83-84).
- (66) Como um bom exemplo de apreciação judicante que leva a sério a Constituição Federal, primando por uma análise sensível à principiológica do Direito do Trabalho e permeada pelo desejo de promover a dignidade humana do trabalhador, confira-se o seguinte julgado: “RESPONSABILIDADE SÓCIO-AMBIENTAL-TRABALHISTA LATO SENSU. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO E ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE VAI ALÉM DO CAPÍTULO V, DO TÍTULO II, DA CLT, QUE TRATA DAS NORMAS DE SEGURANÇA E DE MEDICINA DO TRABALHO. EXPANSÃO CONCEITUAL. SEQUESTRO DE EMPREGADO DE BANCO E DE SUA ESPOSA PARA FACILITAR A PRÁTICA DE CRIME DE ROUBO EM AGÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A Constituição é o mais importante conjunto harmônico de princípios, de normas e de institutos, no universo do Direito, porque institui a nação e o seu povo, ao mesmo tempo

razão foi justamente esse mesmo ardente desejo, consistente na busca de obrigações jurídicas

em que constitui o respectivo Estado, estabelecendo as suas bases fundamentais, a sua organização político-administrativa, assim como os seus poderes. Não bastam as comemorações do vigésimo aniversário da Constituição, que parece serão muitas, sem que se otimize a sua efetividade, sob pena de patrocínio, ainda que indireto, da sua desconstituição. O art. 225 da CF estatui que todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, pouco importando que se trate do meio ambiente ecológico, *stricto sensu*, ou *lato sensu*, e no qual se inclui o meio ambiente do trabalho, local onde a maioria das pessoas passa grande parte de suas vidas. A leitura interior e exterior, bem como a compreensão da norma constitucional devem ter em mira a sua maior efetividade possível, a fim de que os cidadãos possam realmente sentir os efeitos do Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, e individuais, a liberdade, a segurança, e o bem estar, sendo certo que, em sede constitucional, um dispositivo não despotencializa nenhum outro aprioristicamente. (...) Não é tolerável que o direito à cidadania, à dignidade, à integridade física e mental, à segurança, seja violado de forma tão contundente, sem que se impute responsabilidade a quem explora a atividade econômica e nenhuma medida adotou para reduzir os riscos a esse tipo de violência, mormente se se levar em consideração a teoria do risco, prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, pouco importando a natureza desse risco, isto é, se à saúde ou à integridade física e psíquica do empregado. Garantir a segurança, a integridade física e mental do empregado, é obrigação da empregadora, constituindo-se cláusula contratual implícita, pois, se ela se cerca do cuidado de manter o cofre onde é depositado o dinheiro fechado sob sete chaves, além de pesada guarda, deveria também se preocupar um pouco com a segurança dos trabalhadores, que vêm a cada dia sendo mais e mais alvo de criminosos, quando detêm algum segredo da empresa. O lucro e o homem estão em polos opostos na sociedade pós-moderna, mas o direito proporciona instrumentos aptos à aproximação deles, estabelecendo inclusive a teoria do risco, meio caminho entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, por intermédio da qual aquele que almeja o lucro do exercício de determinada atividade econômica com o concurso de empregados deve indenizar os danos físicos e psíquicos que estes sofrem em virtude do cargo que ocupam. (...) O desespero do Reclamante, a sua dor, a sua insegurança e a sua humilhação, foram mais profundos por saber que a sua esposa também estava sequestrada e sofrendo o mesmo tipo de constrangimento físico e psíquico. Cada pessoa é ímpar. Algumas são mais fortes, emocionalmente mais firmes do que outras, mas isso não exclui a lesão. O dano decorreu do sequestro em si e do pavor que acometeu o Reclamante, em

mais justas, no tocante à prevenção e reparação de acidentes laborais, um dos principais fatores de impulso para a formação do Direito Social e do seu consequente Estado Social⁽⁶⁷⁾.

A realidade atual das relações laborais, caracterizada principalmente pela elevação na complexidade das atividades profissionais, pelo frequente desrespeito das condições mínimas de segurança, saúde e higiene pelos empregadores e, ainda, pelo risco causado pelos elevados índices de violência urbana, vem propiciando o aumento dos infortúnios trabalhistas e da insegurança no meio ambiente laboral, o que impulsiona cada vez mais a busca de mecanismos jurídicos que possibilitem a efetiva proteção e/ou reparação dos bens jurídicos (patrimonial, moral e estético) do trabalhador. Como vimos, uma valiosa alternativa, nessa ótica, seria a responsabilização do Estado, dentro da própria demanda trabalhista, em casos que envolvam danos reconhecidamente provindos de intoleráveis índices de

sua angústia, por si próprio e pelo fato de saber que também a sua esposa havia sido sequestrada, sem com ela ter o menor contacto durante o período em que o crime foi cometido. Assim, a lesão do reclamante projetou-se para além do receio de perder a própria vida, atingindo-o, no íntimo, com maior intensidade pelo medo de que sua esposa sofresse alguma outra agressão mais forte e contundente. Exigir-se que o Autor revelasse grandes transtornos de ordem psicológica, para que somente com essas anomalias pudesse aflorar a indenização a título de dano moral, seria negligenciar a proteção conferida a todos os cidadãos nos termos já assinalados, fazendo dele verdadeiro super-homem. Aliás, a pós-modernidade insiste em querer tornar as pessoas mais fortes do que elas realmente são, principalmente quando se trata de colaboração com os fatores da produção. Responsabilidade socioambiental-trabalhista que se reconhece para deferir a reparação por dano moral, oriundo do contrato de trabalho." (TRT 3ª Região, 4ª Turma, RO 00285-2007-045-03-00-8, Relator: Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault, Data de Publicação: 19.07.2008).

(67) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Os princípios do direito do trabalho e sua negação por alguns posicionamentos jurisprudenciais. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *O mundo do trabalho*. Vol. 1: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p. 227.

violência urbana praticados em determinadas localidades.

Vejamos, agora, uma situação real onde essa tese foi efetivamente aplicada.

6. Violência urbana, ação indenizatória trabalhista e responsabilização do Estado: abordagem de caso concreto

A título de exemplo de infortúnio laboral decorrente da insegurança pública, podemos citar o caso real estampado em processo que tramita na MM. 2ª Vara Federal do Trabalho de Marabá/PA, sob o n. 01467-2009-117-8-3, em que o trabalhador, no desempenho regular da atividade de entrega de produtos alimentícios para determinada empresa na região sudeste do Estado do Pará, foi abordado por assaltantes na estrada e, em razão do pouco dinheiro encontrado, os criminosos o trancaram no veículo e incendiaram o caminhão, vindo o trabalhador a morrer carbonizado. Nesse processo, o Estado foi indicado no polo passivo, como corresponsável pelos tristes danos praticados, mercê de sua inércia em garantir um mínimo de segurança pública nas estradas do sul e sudeste do Pará.

É certo que o Estado, antes de discutir se tinha ou não responsabilidade pelas lesões aqui esposadas, fez desde logo um ataque frontal ao próprio *processo*, enquanto instrumento público de resolução de conflitos, consubstanciado mediante alegação da *incompetência material* da Justiça do Trabalho para processar e julgar esse tipo de causa. A ventilação, todavia, claramente não procede.

É que, conforme resta cediço, a competência material, como toda e qualquer temática de ordem *processual* — no caso, pressuposto processual objetivo —, há de ser medida à luz do articulado na petição inicial (CPC, art. 87, *ab initio*⁽⁶⁸⁾), mais precisamente por meio da *causa de pedir* e do *pedido* ali expostos⁽⁶⁹⁾. Ou seja,

(68) CPC, art. 87, primeira parte: “Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta (...)”

(69) STF, CC n. 7.165, Relator: Ministro Eros Grau, DJU 22.09.2004; STJ, CC n. 15.566/RJ, Relator: Ministro

como, segundo a tese aqui defendida, o que se pretende é a responsabilização do Estado por danos decorrentes da *relação de trabalho*, mais precisamente decorrentes de um *acidente de trabalho*, não há dúvidas da competência da Justiça Obreira para enfrentar a questão, seja em face de clara disposição constitucional (art. 114, VI⁽⁷⁰⁾), seja diante de incontornável diretriz jurisprudencial (STF/Súmula Vinculante n. 22⁽⁷¹⁾), pouco importando, no caso, que esse contexto laborativo seja qualificado pelo circunstancial da *violência urbana*.

Aqui, convém fazer um importante registro: ao mencionar que a competência da Justiça do Trabalho dar-se-ia quando envolvendo lide entre empregado e empregador, pretendeu o Supremo Tribunal Federal apenas diferenciar o caso daquelas ações acidentárias movidas pelo empregado (enquanto segurado) em face do INSS (enquanto segurador), cuja competência permanece com a Justiça Comum Estadual. Com isso, queremos acentuar o fato de que em momento algum a súmula proíbe que na ação indenizatória, fundada em danos decorrentes

Salvio de Figueiredo Teixeira, Julgamento: 13.03.1996. Confira-se, também, a seguinte ementa: “COMPETÊNCIA. AFERIÇÃO. ELEMENTOS DA DEMANDA. A competência do órgão jurisdicional é determinada a partir dos elementos da demanda concretamente concebida, partes, causa de pedir e pedido. Estes elementos devem ser analisados na mesma medida da proposição, não importando se o demandante o fez com correção ou não, mas simplesmente tendo-se em vista a maneira que dispôs ao órgão, uma vez que a falta de acuidade na combinação dos elementos com que acionou o Poder Judiciário pode implicar improcedência dos pedidos, mas não o deslocamento da competência.” (TRT da 5ª Região (BA), 1ª Turma, RO 0165100-48.2009.5.05.0221, Relator: Desembargador Edilton Meireles. DJ/BA de 07.07.2010).

(70) CF, art. 114, inciso VI: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.”

(71) STF, Súmula Vinculante n. 22: “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004.”

de acidente do trabalho, além do empregador, também seja chamada ao cenário processual outra pessoa, estranha à relação contratual trabalhista — no caso, o Estado —, quando tomada por corresponsável pela reparação dos prejuízos.

Perceba-se, a propósito, que o art. 114, inciso I, da Carta Magna, com a redação impressa pela EC n. 45/2004, já não mais restringe os limites competenciais da Justiça Especializada Obreira a um debate que necessariamente deva envolver os dois principais atores da relação de emprego (“trabalhadores e empregadores”), como sempre firmara a tradição constitucional brasileira (foco nos *integrantes* da relação jurídica — matiz *subjetivo*), mas, de forma bem mais ampla, exige agora que tais ações sejam simplesmente “oriundas da relação de trabalho”, sem qualquer restrição, pois, quanto aos sujeitos envolvidos (foco na *natureza* da relação jurídica — matiz *objetivo*)⁽⁷²⁾.

O Estado, na demanda em análise, também fez duro ataque à *ação*, trazendo à baila controvérsia sobre sua *legitimidade* de ser parte (*legitimatío ad causam* passiva). Mas, cuidando-se de mera questão processual — ligada a uma das condições da *ação* —, a aferição da pertinência ou não da composição do polo passivo vai depender tão só da análise do conteúdo da petição inicial, ou seja, tendo em conta, simplesmente, as próprias alegações nela contidas. Neste terreno, o que importa é a *afirmação* do autor, e não a correspondência entre essa afirmação e a realidade, o que já constitui problema de mérito⁽⁷³⁾.

(72) “(...) o novo Texto Constitucional preenche uma omissão de que ressentia a disciplina da competência material da Justiça do Trabalho: os litígios da *relação de emprego* e que *não* envolvam os seus sujeitos.” (DALAZEN, João Oreste. A reforma do Judiciário e os novos marcos da competência material da Justiça do Trabalho no Brasil. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 153). (grifos no original)

(73) MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Vol. 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006, p. 181. Vale o registro de que essa concepção, lastreada

Ora, se a petição inicial trabalhista traz em seu bojo toda uma densa articulação que, ao fim, expressamente, denuncia a responsabilização do Estado pelos danos decorrentes de acidente de trabalho diretamente afeto a um desarrazoado grau de violência urbana, não há como reputar o Estado parte ilegítima na demanda, residindo justamente nessas linhas o fator suficiente para legitimar sua presença no debate processual.

Como é fácil inferir, a apreciação da legitimidade para agir, aqui, não deve tocar em aspectos nucleares da pretensão, cingindo-se a apenas a perscrutar se, em tese, processualmente falando, a *ação* tem condições de receber um exame de fundo. Logo, debates como o eventual sucesso probatório das alegações ou mesmo a eventual pertinência da tese devem ficar, neste momento, fora de cogitação, porquanto discussões umbilicalmente jungidas ao mérito da demanda.

No que tange ao mérito, mais precisamente quanto à responsabilidade estatal em si, também é terreno comum a alegação de existência de *fatores de elisão do nexo de causalidade*, apontando o assalto, por exemplo, como uma hipótese de força maior/caso fortuito ou fato exclusivo de terceiro, figuras que, acaso reconhecidas, a rigor, importariam em necessário afastamento do dever de reparação⁽⁷⁴⁾. Entretanto, como

na chamada teoria da asserção, teoria da *prospettazione* ou teoria da verificação *in statu assertioni*, é prestigiada pela maioria esmagadora dos processualistas, tais como Alexandre Câmara, Kazuo Watanabe, Flávio Luiz Yarshell, Leonardo Greco, José Carlos Barbosa Moreira, José Roberto dos Santos Bedaque, Sérgio Cruz Arenhart, Leonardo José Carneiro da Cunha, Araken de Assis, Marcelo Abelha Rodrigues, dentre outros. A exceção está com Cândido Rangel Dinamarco. A respeito, confira-se: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 181-184.

(74) Consoante clássica doutrina, são apontados como fatores que rompem o nexo causal o fato exclusivo da vítima, o fato exclusivo de terceiro, o caso fortuito e a força maior. A respeito, confira-se, por todos: TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Vol. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 365-374.

vimos em linhas transatas, a tônica jurídica hoje está centrada no pleno resguardo da dignidade humana, pelo que, mesmo esses fatores, classicamente reputados como excludentes do liame de causalidade, têm sido cada vez mais flexibilizados com o claro fito de se conferir *máxima tutela da vítima*.

Perceba-se, a respeito do *caso fortuito*, que, inspirados na especialidade da relação consumérista, doutrina e jurisprudência vêm tecendo nos últimos anos sutil distinção entre *fortuito externo* e *fortuito interno*⁽⁷⁵⁾. A respeito, leciona Schreiber:

Por consistir em risco ligado à atividade do sujeito responsável, o fortuito interno tem sido considerado insuficiente para o afastamento da relação de causalidade entre a atividade desenvolvida e o dano, mesmo quando imprevisível e irresistível. Em outros termos: aos tradicionais requisitos da imprevisibilidade e irresistibilidade do caso

(75) Quando trata da responsabilidade do transportador, ensina Sergio Cavalieri Filho: “Entende-se por *fortuito interno* o fato imprevisível, e, por isso, inevitável, que se liga à organização da empresa, que se liga com os riscos da atividade desenvolvida pelo transportador. O estouro de um pneu do ônibus, o incêndio do veículo, o mal súbito do motorista etc. são exemplos do *fortuito interno*, por isso que, não obstante acontecimentos imprevisíveis, estão ligados à organização do negócio explorado pelo transportador. (...) O *fortuito externo* é também fato imprevisível e inevitável, mas estranho à organização do negócio. É o fato que não guarda nenhuma ligação com a empresa, como fenômenos da Natureza – tempestades, enchentes etc.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 322). Sobre o tema, Mauricio Mora ensina que “a noção de *fortuito interno* aplica-se ao dano causado por fato inerente ao risco que determinada atividade, pelas características que lhe são próprias, deva suportar. Desta forma, o *fortuito interno* surge como exceção que não exclui a responsabilidade por fugir à regra da inevitabilidade. O *fortuito interno* diferencia-se do externo no prisma subjetivo: o que é razoavelmente inesperado para o homem comum, o acaso, deve ser previsto por determinados agentes, pois sua ocorrência gera danos que deveriam ter sido evitados. Já o *fortuito externo* englobaria os casos que têm em comum a característica da inevitabilidade” (MOTA, Mauricio. *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 521).

fortuito, tem-se acrescentado esta terceira exigência — a externalidade ou externidade do caso fortuito, sem a qual se conserva a responsabilidade⁽⁷⁶⁾.

(76) SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 66-67. A respeito, confira-se o teor da Súmula n. 94 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “Cuidando-se de *fortuito interno*, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar.” Seguem alguns julgados que tratam do tema: “Direito processual civil e do consumidor. Recurso especial. Roubo de talonário de cheques durante transporte. Empresa terceirizada. Uso indevido dos cheques por terceiros posteriormente. Inscrição do correntista nos registros de proteção ao crédito. Responsabilidade do banco. Teoria do risco profissional. Excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços. Art. 14, § 3º, do CDC. Ônus da prova. Segundo a doutrina e a jurisprudência do STJ, o fato de terceiro só atua como excludente da responsabilidade quando tal fato for inevitável e imprevisível. O roubo do talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco não constituiu causa excludente da sua responsabilidade, pois trata-se de caso *fortuito interno*. Se o banco envia talões de cheques para seus clientes, por intermédio de empresa terceirizada, deve assumir todos os riscos com tal atividade. O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC. Recurso especial provido” (REsp n. 685.662/RJ, Recurso Especial 2004/0122983-6. 3ª Turma. Data do Julgamento: 10.11.2005. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicação: DJ de 05.12.2005, p. 232). “Recurso especial. Dano moral. Inclusão indevida em cadastro restritivo de crédito. Abertura de conta corrente e fornecimento de cheques mediante fraude. Falha administrativa da instituição bancária. Risco da atividade econômica. Ilícito praticado por terceiro. Caso *fortuito interno*. Revisão do valor. Violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Recurso parcialmente provido. 1. Inescondível a responsabilidade da instituição bancária, atrelada ao risco da própria atividade econômica que exerce, pela entrega de talão de cheques a terceiro, que mediante fraude, abriu conta bancária em nome do recorrido, dando causa, com isso e com a devolução do cheque emitido, por falta de fundos, à indevida inclusão do nome do autor em órgão de restrição ao crédito. 2. Irrelevante, na espécie, para configuração do dano, que os fatos tenham se desenrolado a partir de conduta ilícita praticada por terceiro, circunstância que não elide, por si só, a responsabilidade da instituição recorrente, tendo em vista que o panorama fático descrito no acórdão objurgado revela a ocorrência do chamado caso *fortuito interno*. 3. A verificação da suficiência

Nota-se, pois, que a distinção entre *fortuito interno* e *fortuito externo*, considerada em si mesma, veio para injetar mais equidade e justiça ao tema, pois responsabiliza o agente naqueles casos em que, embora imprevisível e inevitável, o fato lesivo, a priori, *pode ser perfeitamente visualizado dentro daquele natural grau de risco insito à sua própria atividade*. No caso aqui destacado, o argumento serve não apenas para imputar à empresa reclamada a responsabilização pelos danos ocorridos, enquanto agente que se beneficia dos riscos que sua atividade naturalmente impõe ao obreiro (CC, art. 927, parágrafo único), como também ao Estado, que, quase sempre sonolento, da mesma forma expõe o mesmo cidadão-trabalhador a um diferenciado grau de vulnerabilidade, porquanto se vê forçado a enfrentar, cotidianamente, as temidas estradas do sul do Pará, cuja reiterada omissão estatal em garantir segurança por certo há de ser considerada como causa necessária e eficiente para a ocorrência do evento lesivo e para a reparação do dano perpetrado (CF, art. 37, § 6º). Afinal de contas, como bem destaca Mauricio Mota, “se a sociedade pós-moderna é uma sociedade de riscos, incumbe aos agentes o controle do gerenciamento do risco. *Agravado este além do limite aceitável pela comunidade, a conduta se torna passível de ser atribuída como causadora do dano pela agravação do risco*”.⁽⁷⁷⁾ (grifamos)

da conduta do banco no procedimento adotado para abertura de contas, além de dispensável, na espécie, demandaria reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado no âmbito do recurso especial, à luz do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. 4. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tornando possível, assim, a revisão da aludida quantificação. 5. Recurso conhecido em parte e, no ponto, provido, para reduzir a indenização a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), no limite da pretensão recursal.” (REsp n. 77.4640/SP, Recurso Especial 2005/0136304-0. 4ª Turma. Data do Julgamento: 12.12.2006. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Publicação: DJ de 05.02.2007, p. 247)

(77) MOTA, Mauricio. *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 537-538.

Com relação ao *fato ou culpa exclusiva de terceiro*, já há mesmo expressa disposição legal mencionando, no caso dos *contratos de transporte*, que a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida na hipótese de culpa de terceiro (CC, art. 735⁽⁷⁸⁾). Isso quer dizer, por exemplo, que caso o acidente entre um ônibus e um caminhão tenha decorrido diretamente por imprudência deste último, por ter invadido a contramão de direção, as vítimas que estavam no coletivo deverão se voltar contra a empresa transportadora. Assim se tem entendido porque “o fato culposo de terceiro se liga ao risco do transportador, relaciona-se com a organização de seu negócio, caracterizando o *fortuito interno*, que não afasta a sua responsabilidade”⁽⁷⁹⁾.

Dentro dessa perspectiva, cai por terra a tese de que a ação do meliante constituiria fato exclusivo de terceiro, vez que, ao se injetar um grau de risco diferenciado à dinâmica laborativa do trabalhador, seja porque essa dose especial de adrenalina é imanente ao exercício de suas atividades (risco da atividade — CC, art. 927, parágrafo único), seja porque essa acentuada vulnerabilidade decorre de uma funesta apatia estatal (CF, art. 37, § 6º), decerto a ação criminosa se insere dentro dos riscos naturais ao desenvolvimento do negócio e/ou dentro dos riscos administrativos propiciados pela negligência estatal, de tal sorte que os eventuais prejuízos (morais e materiais) causados ao obreiro de modo algum devem ficar irressarcidos, havendo de ser necessariamente repassados para quem lucra com o empreendimento empresarial e/ou se omite no cumprimento de seu mister institucional.

Vale consignar, ainda, que a *força maior*, na esfera trabalhista, é objeto de disciplina própria, bem específica mesmo. Veja-se que a

(78) CC, art. 735: “A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”

(79) CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 325.

temática do contrato de trabalho é tão especial, por envolver crédito de feição alimentar, que, mesmo na hipótese de força maior, a Consolidação das Leis do Trabalho, destoando frontalmente do que é clássico em outros campos do Direito — onde de regra essa figura é tomada como fator excludente de causalidade —, longe de afastar, *impõe responsabilidade* pelo pagamento de verbas, apenas fixando, em contrapartida, como medida de equidade, que essa obrigação só alcança *metade* dos valores então devidos (CLT, art. 502⁽⁸⁰⁾). Ora, não seria razoável crer na flexibilidade do nexo causal ao ponto de, mesmo nas extremadas hipóteses de típica força maior, ainda assim impor o dever de reparar, com modulação equitativa do *quantum* indenizatório de acordo com o caso concreto (CC, art. 944, parágrafo único⁽⁸¹⁾), aplicando, por analogia, essa preciosidade legislativa, de há muito impregnada pelo ardente desejo hodierno de conferir máxima tutela à vítima de danos injustos?...⁽⁸²⁾

(80) CLT, art. 502: “Ocorrendo motivo de *força maior* que determine a extinção da empresa, ou de um dos estabelecimentos em que trabalhe o empregado, é assegurada a este, quando despedido, uma indenização na forma seguinte: I – sendo estável, nos termos dos arts. 477 e 478; II – não tendo direito à estabilidade, *metade* da que seria devida em caso de rescisão sem justa causa; III – havendo contrato por prazo determinado, aquela a que se refere o art. 479 desta Lei, reduzida igualmente à *metade*.” (grifamos)

(81) CC, art. 944, parágrafo único: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

(82) A respeito, vale conferir a percuciente argumentação de José Affonso Dallegre Neto, *in verbis*: “... na esfera do direito do trabalho, em face de seu conteúdo tutelar e mais social do que os contratos civilistas, o dano do empregado ocorrido no ambiente do trabalho, ainda que decorrente de força maior ou caso fortuito, não exime, por completo, o empregador. Assim, ao nosso crivo, por aplicação analógica dos arts. 501 e 502, II, da CLT, a indenização deverá ser fixada pela metade. (...) se de um lado o empregador não concorreu para o dano motivado por um evento inevitável e imprevisível, de outro lado está o empregado que foi vítima de um dano manifestado durante a execução do contrato de trabalho e que merece ser reparado, máxime porque o empregador, quando decide explorar alguma atividade econômica, assume os riscos dela decorrentes, nos termos do art. 2º da CLT. Com

Como é fácil inferir, a flexibilização do nexo causal representa um engenhoso desdobramento técnico do sentimento constitucional de proteção da dignidade humana, no caso bem refletido naquelas situações em que a vítima se vê lesada em circunstâncias que, de uma forma ou de outra, têm alguma ligação com a atividade (ação ou omissão) do agente causador do dano⁽⁸³⁾.

efeito, diante desse conflito axiológico, aplica-se o princípio da proporcionalidade, reduzindo-se pela metade a indenização a ser paga pelo agente empregador, conforme já havia previsto o legislador trabalhista em situação similar envolvendo rescisão do contrato por força maior, *ex vi* do art. 502 da CLT.” (DALLEGRE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 401). Segundo Sebastião Geraldo de Oliveira, “o raciocínio, sem dúvida, merece consideração, especialmente porque está em sintonia com a tendência da objetivização da responsabilidade civil do empregador ou mesmo da responsabilidade sem culpa” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 155).

(83) Aqui, costuma-se sempre citar a advertência de Silvio Rodrigues, *in verbis*: “A excessiva severidade dos tribunais, na admissão do caso fortuito como exonerador de responsabilidade, principalmente em um país como um nosso em que o seguro de responsabilidade é pouco difundido, pode aumentar enormemente o número de casos em que o agente, embora agindo sem culpa, causa dano a outrem e é obrigado a indenizar. Tal solução, como já foi apontado, em muitos casos apenas transferirá a desgraça da pessoa da vítima para a pessoa do agente, este também inocente e desmerecedor de tão pesada punição.” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. 4: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 176) A crítica, porém, precisa ser encarada *cum grano salis*, à luz de cada hipótese concreta. Ainda com relação à flexibilização do nexo causal, em atenção aos interesses da vítima, importa também trazer à ribalta, para o enriquecimento da discussão, o que Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ao focar o direito italiano, chama de *apreciação ex post das medidas assecuratórias de minoração de perigos e riscos*, nas atividades caracterizadas pela exposição natural a perigo, destacando a ilustre autora que, quanto à necessidade de se demonstrar a causalidade entre o dano e a atividade perigosa, também aqui por mais das vezes “a carga probatória permanece em elevado grau de dificuldade de ser realizada, tendo em vista a diversidade e a complexidade das *mise en danger*. Em auxílio das vítimas, e por conta destas dificuldades apontadas, a jurisprudência, então, tem admitido a produção

Finalmente, nos autos em foco, *quanto à demonstração da omissão específica e reiterada do Estado do Pará*, no que toca ao seu dever de prover segurança pública minimamente eficiente nas estradas do sul e sudeste do Pará, a ex-empregadora, por meio do depoimento de seu representante legal, desde logo reconheceu que o obreiro desempenhava suas atividades em rodovia com grande incidência de roubos de cargas e que o veículo utilizado possuía cofre interno onde eram armazenados documentos e cheques recebidos de clientes, restando incontroverso, portanto, que a empresa realizava a exposição da vida do trabalhador ao perigo da violência.

Veja-se, a propósito do *ranking* nacional da violência, que estatísticas apontam a região sudeste do Estado do Pará como um dos locais de maior prática de violência do país, com destaque para o município de Marabá, indicado como o 11º município mais violento do Brasil, principalmente em razão da grande ocorrência de homicídios dolosos⁽⁸⁴⁾. Aliás, a grave situação de violência no sudeste do Estado do Pará também foi atestada em recente

da prova por meio de constatação *ex post* da periculosidade, realizada de tempo em tempo, e sob a ótica da simples intensidade do dano ocorrido, na espécie. Esta apreciação *ex post* (...) não favorece, pois, a concretização de prova liberatória ou exoneratória do dever de indenizar. Quando este é o percurso seguido pelo julgador, a responsabilidade é assim reconhecida não porque o demandado não tenha adotado as medidas, mas sim pela só circunstância de que o exercício da atividade se revela perigoso, estabelecendo, assim, um elo causal com o dano. O caráter diligente das medidas preventivas adotadas não é levado em plena consideração. (...) Não é incomum, portanto, que a jurisprudência constate, primeiro, a produção do dano intenso, e, depois, o caráter perigoso da atividade, construindo a ponte causal necessária *a posteriori* e realizando o imprescindível nexo, de trás para frente. A reparação não será justificada, em casos assim, por uma verdadeira *mise en danger*, mas talvez mais pela expectativa de se obter uma reparação ao direito prejudicado da vítima." (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 311).

(84) Fonte: <<http://www.orm.com.br/oliberal/interna/default.asp?modulo=2518codigo=323183>> Acesso em: 23 jul. 2009.

pesquisa sobre os Índices de Homicídios na Adolescência, publicada no jornal *O Estado de S. Paulo*, onde se vê que “na região Norte, o município de Marabá (PA) registra a situação mais grave pela pesquisa em termos de vidas perdidas na adolescência, com o Índice de Homicídios na Adolescência de 5,2 mortes em cada grupo de mil. A cidade foi a única da região a registrar média superior a cinco”⁽⁸⁵⁾.

Verifica-se, desse modo, uma crescente nos índices de violência no sul e sudeste do Estado do Pará, nacionalmente reconhecida em estudos e estatísticas, demonstrando, às claras, que na região em que o trabalhador foi assassinado vigora escandalosa ineficiência do Poder Público no combate a ações criminosas, o que proporciona inadmissível violação do texto da Constituição Federal (art. 37, *caput* [princípio da eficiência], e art. 144) e do texto da Constituição Estadual (art. 193), dentre muitas outras diretrizes normativas já aqui mencionadas.

Exsurgiu patente, pois, nesse caso concreto, não só a responsabilização *patronal*, em face dos riscos da atividade, mas também a responsabilização *estatal*, decorrente da omissão específica e reiterada em cumprir seu dever constitucional de garantir segurança pública minimamente eficiente, no que refere às estradas das regiões sul e sudeste do Pará, cuja incúria, infelizmente, vem ceifando a vida ou maculando a saúde mental de inúmeros trabalhadores, em pleno *habitat* laboral⁽⁸⁶⁾.

(85) Fonte: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,cidades-mais-violentas-para-jovens-estao-no-sudeste,406095,0.htm>> Acesso em: 23 jul. 2009. Ressalte-se que nessa pesquisa os Índices de Homicídios na Adolescência de cidades como a região metropolitana de Belo Horizonte (MG) é de 4,0 mortes em cada grupo de mil, no entorno de Vitória (ES) é de 4,3 mortes em cada grupo de mil e na região metropolitana do Rio de Janeiro (RJ) é de 4,9 mortes em cada grupo de mil, o que demonstra que os números de violência na cidade de Marabá e região são superiores àqueles verificados nos grandes centros urbanos do Brasil.

(86) Naquele caso concreto, segue o específico trecho da sentença que reconheceu a responsabilização do Estado do Pará: “Assim, por restar demonstrado nos

7. Considerações finais

O direito não é apenas uma técnica; é uma ciência e é uma arte; é a virtude na perseguição do justo.

João Baptista Villela⁽⁸⁷⁾

Roger Silva Aguiar acertou em cheio: a responsabilidade civil é um diamante que os juristas não se cansam de lapidar⁽⁸⁸⁾. Verdadeiramente, esse é um campo jurídico em permanente construção, de modo a nos fazer crer que o alcance de uma justa dogmática da reparação de danos sempre representará, no fundo, uma silenciosa luta cotidiana... Nessa sutil labuta, a motivação que nos compele reside na hoje (re)vigorante ideia de um contínuo fomento a construções jurídicas que busquem proteger, ao máximo, a vítima de danos. Justamente à luz dessa premissa, propugnamos a responsabilização *objetiva e solidária* do Estado por danos decorrentes de acidentes laborais diretamente vinculados à insegurança pública.

Como a população, em determinados temas, já não mais se reconhece no aparelho estatal que

autos que os crescentes aumentos da violência no sul e sudeste do Estado do Pará e o respectivo assassinato do *de cujus* encontram-se diretamente relacionados com a omissão e a deficiência do serviço de segurança pública nas rodovias estaduais, bem como considerando a violação pelo terceiro reclamado, Estado do Pará, das determinações legais fixadas no art. 1º, inciso III, e art. 144, da Constituição Federal, art. 193, da Constituição do Estado do Pará, art. 1º, da Declaração Americana de Direitos, e art. 4º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o MM. Juízo reconhece que o terceiro reclamado, Estado do Pará, responde subsidiariamente pela condenação pecuniária atribuída, no presente processo, a primeira reclamada, SOUZA E NASCIMENTO LTDA. – ME” (2ª Vara Federal do Trabalho de Marabá/PA [TRT da 8ª Região], Processo n. 1467.2009.117.08.00.3, decisão proferida e publicada em 30.07.2009, pelo Exmo. Juiz Titular daquela unidade jurisdicional, Dr. Francisco Milton Araújo Junior). Registre-se que, no caso judicial ora destacado, a responsabilidade reconhecida a desfavor do Estado foi de caráter meramente *subsidiário* apenas por força dos vinculantes limites da exordial (CPC, arts. 128 e 460).

(87) *Apud* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 125.

(88) AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 32.

a governa, irrompe uma oportuna “brecha de legitimação” (Paul Ricouer)⁽⁸⁹⁾, bastante para, no nosso sentir, viabilizar uma excepcional interferência judicial no sistema, tendente a pressionar a que o agente estatal volte a níveis básicos de eficiência, em prol do bem comum.

Logo, no terreno da segurança pública, impõe-se que o Poder Judiciário assumira postura diferenciada, essencialmente pró-ativa, na árdua defesa do direito social à segurança pública, mais particularmente, em nosso contexto, na busca de sua máxima concretização no âmbito da realidade juslaboral. Não se pretende, com isso, que o Judiciário assumira a função de protagonista absoluto, “mas sim que seja um efetivo contrapeso à função desempenhada pelos demais poderes, considerando os direitos fundamentais que os cidadãos possuem”⁽⁹⁰⁾.

No tocante a essa específica discussão, pensamos que é preciso ter coragem para avançar. A proteção dos direitos fundamentais de segunda geração, dentre os quais está inserido o direito à segurança, impõe atuação do Judiciário em mares nunca dantes navegados. E nem se venha com a velha cantilena da dita ofensa ao dogma da separação de poderes, pois esse direcionamento jurídico-político está plenamente legitimado pela avassaladora força normativa que subjaz na Constituição Federal, comprometida que está com a máxima efetividade dos direitos fundamentais⁽⁹¹⁾.

É tempo de ousar. Afinal de contas, ao constranger o Estado a garantir uma segurança pública minimamente eficiente, estaremos, na verdade mesmo, em essência, pavimentando terreno para a eficácia não apenas do *direito à*

(89) GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 282.

(90) DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. Coleção Professor Gilmar Mendes. Vol. 4. São Paulo: Método, 2007. p. 135.

(91) JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 97.

segurança, mas da própria *segurança do Direito*, considerado como um todo⁽⁹²⁾.

De tudo o que foi exposto, concluímos, enfim, que, à vista desse considerável crescimento de pleitos judiciais centrados na apreciação de acidentes de trabalho diretamente ligados à violência urbana (assaltos, sequestros, etc.), onde quase sempre ocorre o reconhecimento da absurda leniência estatal em prover segurança pública minimamente eficiente, o operador do Direito há de se pautar na ideia vigorante, no campo da responsabilidade civil, consistente no contínuo fomento a construções jurídicas que busquem proteger, ao máximo, a vítima de danos.

Em sendo assim, defendemos, neste texto, à luz da axiologia constitucional, o reconhecimento jurídico do acidente de trabalho decorrente da insegurança pública, de modo que a violência urbana passe a integrar, expressamente, o quadro oficial de agentes psíquicos prejudiciais ao meio ambiente do trabalho.

Pugnamos, por fim, nessa mesma linha tuitiva, pela responsabilização *objetiva e solidária* do Estado, dentro da própria demanda trabalhista, naqueles especiais casos que envolvam danos reconhecidamente provindos de intoleráveis índices de violência urbana praticados em determinadas localidades.

8. Referências bibliográficas

AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, João Ferreira de (trad.). *Bíblia sagrada*. 2. ed. rev. e atual. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil (SBB), 2007.

(92) VIANA, Emílio de Medeiros. Políticas públicas de combate à violência urbana. Direito à segurança pública e a possibilidade de controle judicial. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 173.

ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton. *Doença ocupacional e acidente de trabalho: análise multidisciplinar*. São Paulo: LTr, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMPOS, Wlamir Leandro Mota. *Os números da violência urbana no Brasil no século XXI*. Fonte: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1663/Os-numeros-da-violencia-urbana-no-Brasil-no-seculo-XXI>> Acesso em: 14 jul. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do Novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

DALAZEN, João Oreste. A reforma do Judiciário e os novos marcos da competência material da Justiça do Trabalho no Brasil. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. Coleção Professor Gilmar Mendes. Vol. 4. São Paulo: Método, 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no Novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol. III: Responsabilidade Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Acidentes do trabalho: doenças ocupacionais e nexos técnico epidemiológico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.
- GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (Org.). *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- JORNAL O LIBERAL. Caderno “Atualidades”, Belém (PA), edição de 22 de agosto de 2010.
- LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARANHÃO, Ney Stany Morais. *Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional*. Coleção em homenagem ao professor Rubens Limongi França (7ª Obra). São Paulo: Método, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Vol. 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MOTA, Mauricio. *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. 4: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Os princípios do direito do trabalho e sua negação por alguns posicionamentos jurisprudenciais. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *O mundo do trabalho*. Vol. 1: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2009.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Vol. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VIANA, Emílio de Medeiros. Políticas públicas de combate à violência urbana. Direito à segurança pública e a possibilidade de controle judicial. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.
- VIANA, Márcio Túlio. As várias faces da terceirização. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; DELGADO, Mauricio Godinho; PRADO, Ney; ARAÚJO, Carlos (Coords.). *A efetividade do direito e do processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

Sítios consultados

- <<http://www.tst.jus.br>>
- <<http://www.orm.com.br/amazoniajornal/interna/default.asp?modulo=831&codigo=474202>>
- <<http://www.orm.com.br/projetos/oliberal/interna/default.asp?codigo=443225&modulo=247>>
- <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20091031/not_imp459221,0.php>
- <<http://www.cptnac.com.br/?system=news&action=read&id=3161&eid=277>>

<<http://www.issa.in/Resources/Conference-Reports/Seoul-Declaration-on-Safety-and-Health-at-Work>>

<http://www.previdenciasocial.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_13.asp>

<http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_091028-191015-957.pdf>

<http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20091006/not_imp446394,0.php>

<http://www.fecombustiveis.org.br/index.php?option=com_clipping&task=nota¬aid=7824>

<<http://www.jusbrasil.com.br> >

<<http://www.orm.com.br/oliberal/interna/default.asp?modulo=2518codigo=323183>>

<<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,cidades-mais-violentas-para-jovens-estao-no-sudeste,406095,0.htm>>

<<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/781622.pdf>>

O processo psicológico e a obtenção da verdade judicial. O comportamento de partes e testemunhas

Lauro Ericksen^(*) e Tasso Lycurgo^(**)

Resumo:

- ▶ Este artigo investiga a obtenção da verdade por meio dos interrogatórios e testemunhos, que é um dos mais destacados tópicos da psicologia, o qual serve de apoio ao implemento do processo judicial. Seu objetivo geral consiste em fazer uma breve constituição dos fatores que mais influenciam a emissão do testemunho. Para isso, apresenta conceitos psicológicos da *Gestalt* (Psicologia da Forma) que auxiliam na compreensão da dinâmica do fornecimento de informações por parte dos indivíduos. Com essa base psicológica, traça-se o objetivo específico de se adentrar na sistemática da obtenção da verdade judicial por meio do interrogatório. Metodologicamente falando, tendo por base a dinâmica do ato processual de colher os testemunhos, são estudadas as sete classes de perguntas principais que podem ser feitas para que a verdade seja obtida. Ademais, analisa-se como é possível, com o auxílio de técnicas psicológicas, atingir o grau máximo de sinceridade nas respostas dos interrogados. Obtém-se, como resultado, uma matriz que servirá de apoio para elevar a *performance* profissional dos magistrados, os quais, ao se valerem do estudo técnico da psicologia das formas, poderão lograr maior êxito na obtenção da verdade em interrogatórios judiciais.

Palavras-chave:

- ▶ Psicologia das formas — interrogatórios — testemunhos — processos psicológicos — classes de perguntas — obtenção da verdade.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Fatores constitutivos do testemunho
 - ▶ 2.1. Fatores de influência na percepção de acontecimentos

(*) Professor e Advogado (OAB/RN). Mestrando em Filosofia (UFRN). Graduado em Direito (UFRN) e em Tecnologia de Controle Ambiental (IFRN).

(**) Professor Adjunto da UFRN e Advogado (OAB/RN). Realizou Pós-doutorado em Teorias da Democracia

(UFPB). Doutorado em Estudos Educacionais — Lógica (UFRN). Mestrado em Filosofia Analítica (University of Sussex, Reino Unido). Graduação em Direito (URCA) e em Filosofia (UFRN). Página Acadêmica: <www.lycurgo.org>.

- ▶ 2.2. Influência da tendência afetiva no processo de percepção
- ▶ 2.3. Influência do hábito na percepção
- ▶ 3. Fatores capazes de mudar a evocação de memórias
 - ▶ 3.1. Importância da repressão na evocação das lembranças ligadas a uma tendência afetiva desagradável ou imoral
 - ▶ 3.2. Fatores que influenciam o ato de expressão do testemunho
 - ▶ 3.3. Principais diferenças entre o testemunho dado por relato espontâneo e o obtido por interrogatório
- ▶ 4. A metodologia da busca da verdade judicial: os elementos fundamentais inseridos no contexto do procedimento dos interrogatórios
 - ▶ 4.1. As classes de perguntas mais importantes nos interrogatórios judiciais
 - ▶ 4.2. Os mecanismos para se atingir o grau máximo de sinceridade nas respostas em interrogatórios judiciais
 - ▶ 4.3. Causas mais comuns da inexatidão do testemunho
 - ▶ 4.4. Influência do tipo de personalidade na classe do testemunho
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

Para a obtenção do que costumeiramente se denominou de “verdade judicial” é necessário que alguns processos psicológicos sejam analisados de forma cautelosa. Apenas as normas positivadas nos códigos jurídicos não são suficientes para abarcar todas as nuances dos testemunhos fornecidos pelos agentes processuais. É necessário que o magistrado e demais auxiliares estejam suficientemente inteirados desses processos de ordem psicológica para que possam compreender e melhor se portar diante de situações que exijam a prática de narrativas e de exposição de testemunhos.

Desta feita, na segunda seção deste trabalho, serão postos em análise quais os fatores que constituem a estrutura psicológica do testemunho. A fundamentação para tal ocupação se sustém no fato de que se faz necessário o estudo psicológico de como se organiza a narrativa e os elementos de relato presentes em um testemunho. Tem-se que perscrutar as variações ambientais e individuais de conservação e evocação de memórias para que se observe como se dá

esse processo de guarda e resgate dos elementos materiais narrativos.

A partir dessa estruturação mínima, poder-se-á tratar pormenorizadamente dos fatores que influenciam essas estruturas perceptivas. O primeiro ponto a ser revolido nessa análise diz respeito aos fatores de influência calcados na teoria da psicologia das formas, a qual, mediante a oposição figura-fundo, determina as diferentes possibilidades de finalização do “processo gestáltico”.

A seguir, será abordada a questão da influência afetiva na formação da percepção. Esse tópico é de fundamental importância, uma vez que ele é responsável pela demonstração de como algumas memórias podem ser deformadas em pseudomemórias, as quais findam por conduzir a experimentações falseadas da realidade, tal como ocorre com as ilusões e com as alucinações enfrentadas por alguns sujeitos em seus relatos.

O terceiro tópico dessa mesma seção trabalha a questão do hábito como agente de influência na percepção do indivíduo. Nesse sentido, o

presente tópico trabalha em cima da ideia de que a apreensão da realidade não é algo objetivamente possível, apenas o que se pode almejar é conseguir uma caricatura subjetiva dos acontecimentos presenciados.

De forma que os elementos já presentes na memória do indivíduo, captados por meio do hábito, findam por ser a maior forma de constituição de relatos. Ou seja, o hábito forma a percepção de maneira que o próprio passado vivenciado é mais influente que o presente na formação testemunhal.

A seção seguinte trata da questão da evocação de memórias e os fatores que podem influenciar tal processo psíquico. No primeiro tópico dessa seção, será abordada a problemática da repressão de memórias como mecanismo de defesa do sujeito para com elementos desagradáveis do resgate de lembranças.

No tópico subsequente, aborda-se os fatores que influenciam o ato de expressão no testemunho. Para tanto, partindo-se de uma abordagem fenomenológica, explicita-se quais são os elementos de distorção presentes no discurso testemunhal. No último tópico dessa seção, promove-se o delineamento comparativo entre os testemunhos obtidos por interrogatório judicial e os relatos obtidos espontaneamente, observando suas propriedades genéricas e específicas com enfoque nas suas semelhanças e diferenças.

A quarta seção do presente trabalho volta-se para a metodologia da busca da verdade judicial, com o escopo de perscrutar os elementos determinantes nos procedimentos de interrogatórios judiciais.

O tópico inicial dessa seção trata da questão das perguntas a serem utilizadas durante os interrogatórios. Esse tópico aborda todas as sete classes de perguntas possíveis, escrutinando seus elementos mais evidentes, como grau de sugestão intrínseco e condição de parcialidade.

O tópico seguinte não tratará mais de como conseguir obter a sinceridade nos depoimentos e declarações nos interrogatórios, ele se foca

em como aumentar o grau de sinceridade nas emissões já obtidas. Nessa perspectiva, analisar-se-á os métodos possíveis de aquisição de uma maior certeza nas assertivas exaradas. O terceiro tópico buscará analisar as quatro causas mais usuais de inexatidão dos testemunhos, abordando, assim, o hábito, a sugestão, a transposição cronológica e a tendência afetiva como causas dessa deformação discursiva.

2. Fatores constitutivos do testemunho

O testemunho de alguém deve ser entendido como uma narrativa daquilo que o indivíduo conseguiu perceber do que estava a se passar e transcorrer diante de si. Ou seja, essa narrativa, inicialmente, não pode ser tida como algo que se coloca como fundamentalmente escorada em uma conclusão mental do indivíduo que recorra a elementos extrínsecos desvinculados com a sua “realidade”.

Partindo desse breve delineamento, pode-se asseverar que existem alguns fatores, de naturezas diversas, que influenciam a percepção do indivíduo no que tange à retenção dos fatos que ele próprio foi capaz de presenciar. Esses fatores foram pensados e estatuídos pelo psiquiatra cubano Emílio Mira y López (1967, p. 159), a partir da revisão bibliográfica das obras de Neumann, Kräpelin, Binet e Stern, os pioneiros nesse ramo de estudo desde a década de 40.

Mira y López coloca que existem cinco fatores determinantes no testemunho de qualquer pessoa acerca de um acontecimento qualquer. O primeiro deles é o *modo* como essa pessoa percebeu esse acontecimento.

Esse fator depende, por sua vez, de condições (ou elementos) externas e internas. Cita-se como principal elemento externo da percepção o próprio ambiente em que se localiza o indivíduo. O ambiente pode ser externo, uma rua ou uma praia, por exemplo, ou interno, um quarto ou uma sala.

Ademais, as variações do ambiente externo influenciam a percepção do sujeito (CUTLER,

2009, p. 17), isto é, sua percepção varia em função do clima (se faz chuva ou sol), do período do dia (manhã, tarde ou noite) e da iluminação ambiente (a percepção varia até em função da natureza da iluminação, caso a iluminação seja de mesma intensidade, optometricamente falando, ela variará caso a iluminação seja provida por meios artificiais ou naturais).

A percepção do indivíduo também será definida em função de suas condições internas. Assim, a percepção variará se o observador tiver deficiências em sua acuidade visual ou auditiva, aliás, caso uma dessas acuidades seja comprometida, é possível que ele possua até mesmo outra acuidade com maior sensibilidade. Por exemplo, caso o sujeito seja cego, é possível que sua acuidade auditiva seja deveras mais aguçada, algo que influenciará de sobremaneira a sua percepção dos fatos por ele presenciados.

O segundo fator diz respeito ao modo como a memória do indivíduo conserva o que ele observou. Para abordar esse fator, deve-se ter em conta o conceito de memória como sendo “a faculdade de reproduzir conteúdos inconscientes” (JUNG, 1991, p. 8). Nesse sentido, a memória é um processo desencadeado por sinais, informações recebidas pelos sentidos, que despertam a atenção do sujeito. Se não houver esse despertar da atenção, a informação não será deflagrada para a consciência do indivíduo e a memória permanecerá inativa em seu estado mental inerte.

Esse fator de conservação e reconhecimento consciente de informações na memória por meio de um relato é algo puramente neurofisiológico, influenciado por condições orgânicas e do funcionamento desse intrincado processo mnêmico.

Saliente-se que a capacidade neurofisiológica diz respeito apenas à simples capacidade de reter os acontecimentos na memória, isso não significa que a aquisição dessa informação dentro do aglomerado inconsciente seja algo meramente biológico. Nesse caso, revolve-se

elementos diversos do funcionamento biofísico do indivíduo, relacionando-se, portanto, com elementos emocionais e psicológicos, os quais serão mais bem explanados em tópico vindouro, momento em que se tratará da influência afetiva e emotiva na recuperação de memórias.

Essas últimas observações conduzem ao terceiro fator, que se relaciona com a capacidade de o indivíduo de evocar o fato observado. Neste ponto, há uma característica mista intrínseca a esse fator, de natureza propriamente psico-orgânica, podendo intervir, comumente, em mecanismos psíquicos como a repressão e a censura.

Assim sendo, é usual que, na tentativa de evocar os fatos que devem ser narrados no testemunho, haja a atuação de mecanismos psicológicos de repressão e censura do próprio agente narrador. Esses processos devem ser analisados criteriosamente. Como já dito, eles serão objetos de estudo especificado, haja vista que eles são imprescindíveis no processo de aquisição da verdade judicial.

O quarto fator constitutivo do testemunho é o grau de sinceridade nas assertivas da testemunha. Esse é tido como um fator puramente psíquico, tanto que para que ele possa ser bem analisado é necessário que se recorra a alguns elementos da psicologia experimental para que o quadro de sinceridade apresentado possa ser descortinado em termos mais objetivos.

O quinto e último fator diz respeito ao modo como se pode expressar o fato observado. Entra em pauta aqui o “grau de precisão expressiva” da sua narrativa, a fidelidade e clareza com que o sujeito é capaz de descrever suas impressões, fazendo-se compreender pelas pessoas. Esse item, um dos mais relevantes, é, talvez, um dos menos estudados.

A Psicologia tem (ou ao menos deveria ter) por obrigação estudar cada um desses fatores, de forma isolada, para, posteriormente, poder confrontá-los, em face do testemunho propriamente dito, com a realidade e a verdade dos

fatos testemunhados. Com esse escopo elucidativo, foram adotados alguns métodos de estudo.

O primeiro desses métodos é o quantitativo. Ele procura, essencialmente, mensurar a intensidade dos estímulos sofridos pela testemunha para avaliar a compatibilidade da sua narrativa com o quadro da realidade que para ela se apresentou. Primeiramente, tentou-se definir qual o grau de intensidade que certo estímulo deveria atingir para que se fosse capaz de alterar a percepção. Em seguida, os estudiosos passaram a tentar delimitar quais seriam as diferenças específicas entre dois estímulos para que de ambos pudessem exsurgir percepções diferentes da realidade, dito de outra forma, como dois estímulos, ainda que parecidos, poderiam dar origem à duas concepções realísticas diversas.

O outro método de estudo é baseado em análises de ordem qualitativa. Desta maneira, ele procurava avaliar a influência de percepções anteriores e coexistentes às observações (por meio do contraste e da adaptação de quadros testemunhais). Também foram aferidas por esse método as variações dos tipos de percepção de pessoa a pessoa, principalmente nas hipóteses em que as acuidades sensoriais entre os indivíduos poderiam ser bastante variáveis, como nos casos de acromatopsia (não distinção de cores), daltonismo (quadro clínico que o paciente não consegue enxergar a cor verde e a cor vermelha), surdez parcial e disestesia (parcial perda do tato) e os territórios sensoriais por meio do quais um indivíduo poderia ter melhor percepção.

No que diz respeito às memórias, em suas duas fases, a de conservação e a de evocação, realizaram-se, semelhantemente, estudos quantitativos e qualitativos. Os estudos de natureza quantitativa tiveram por escopo estabelecer as “curvas do esquecimento” — algo denominado por Mira y López (1967, p. 160) como “embotamento de lembranças neutras — e o “esquecimento forçado” que se observam nas lembranças emocionais.

Nesse ponto, é importante trazer à baila os ensinamentos de Fiorelli e Mangini (2010, p. 21),

que comentam que não há consenso entre os estudiosos quanto à hipótese de que questões ou lembranças dolorosas são preferencialmente esquecidas. Assim, pode-se ter a ideia que há outras situações que são preferencialmente esquecidas, mesmo que não façam alusão à questões dolorosas para aqueles que estão a proferir sua narrativa, e também que as questões dolorosas podem ser por eles lembradas, mesmo que haja tentativa em não rememorar-las.

Outro ponto a ser tangenciado nessa abordagem diz respeito à relevância das memórias a serem evocadas. É sabido que o critério de relevância é de grande importância para a facilidade no resgate das memórias. Desta feita, ainda que o critério de relevância seja circunstancial, situacional e mediado pelas emoções, é fácil perceber um grave acontecimento é fácil de ser lembrado.

A diferença básica é como o indivíduo lidará com essa lembrança. Por exemplo, nos casos de vítimas de um assédio sexual, algumas pessoas conseguem superá-lo facilmente (mesmo que ainda consigam lembrar-se do fato), ao passo que outras atribuem uma maior relevância a tal fato não conseguindo sequer rememorar-lo sem abalos psicológicos, sem que passem novamente pela experiência traumatizante, ou seja, isso variará em função não propriamente da relevância dada ao fato, uma vez que isso se liga diretamente à possibilidade de se evocar essa lembrança, e sim em função de como foi o tratamento dispensado às pessoas que foram vítimas de um infortúnio dessa magnitude.

Já os estudos qualitativos, por seu turno, tenderam a estudar as deformações dessas duas classes de lembrança, algo denominado pelos estudiosos de “pseudomemória”. Esse estudo pelo método que se enfoca nas características qualitativas do objeto abordado possui um grande interesse do ponto de vista forense, uma vez que as elucubrações acerca desse tema conduzem ao entendimento de que pode haver declarações e narrativas que, ainda que sejam exaradas de boa-fé pelos indivíduos

interrogados, podem ser errôneas, ou não ter uma completa correspondência com a realidade, mesmo que essa discrepância não seja algo deliberadamente feita pelo narrador do testemunho.

2.1. Fatores de influência na percepção de acontecimentos

Os mecanismos de percepção da realidade são estudados nos meandros da psicologia há bastante tempo, de maneira que uma miríade de teorias foram formuladas no intuito de explicar melhor o seu funcionamento. Todavia, no início do século XX, percebeu-se que as teorias meramente analíticas, que dominavam o cenário intelectual até então, não eram suficientemente elaboradas para responderem a todos os quadros teóricos e experimentais tendentes a prover uma explicação consistente sobre tais mecanismos.

Nesse contexto, surgiu a chamada psicologia da forma (do original, em alemão, *Gestaltpsychologie*). Fundamentada na dualidade figura-fundo, a pedra angular (*cornerstone*) dessa teoria consiste em afirmar que “uma forma é outra coisa ou algo mais que a simples soma de suas partes” (GUILLAUME, 1960, p. 8). Ou seja, as percepções, por serem eminentemente subjetivas, não podem ser tratadas como uma simples adição das propriedades de cada um dos seus elementos.

Mesmo que se somem todos esses elementos constitutivos da realidade, de forma detida e bastante acurada, não se pode chegar à totalidade de eventos comutados em uma “vivência”, o conjunto perceptivo subjetivo que se iguala à própria figura psicológica. Isto porque a premissa básica dos mecanismos perceptivos se foca na organização de fatos, percepções, comportamentos ou fenômenos, e não os aspectos individuais de que são compostos, que os define e lhes dá um significado específico e particular (PERLS, 1988. p. 17). Ou seja, a particularização de eventos, em sua retomada perspectiva, não conduz à visualização da realidade em sua totalidade subjetiva.

Assim sendo, como também compreende Mira y López (1967, p. 161), a experiência psíquica é algo complexo na qual não há uma simples mistura ou justaposição de elementos realísticos, o que há, na verdade, é uma fundição de vários elementos afetivos, emocionais e intelectuais, que concorrem, de maneira aritmeticamente indissociável para a formação de uma vivência, ou seja, essa fusão elementar finda por constituir um ato psíquico, dinâmico, global, e em sua completude estrutural, irredutível.

Outro ponto a ser destacado nessa perspectiva macroelementar da psicologia da forma é que ainda que possam ser determinados alguns “esquemas perceptivos”, isto é, uma repetição mínima de elementos que se apresentam de forma costumeira em uma determinada apreensão da realidade, os estudiosos desse tema assentam que tais formas esquemáticas, ainda assim, são sempre subjetivas e pessoais.

Deste modo, ainda que seja possível, até experimentalmente, traçar um perfil básico e objetivo das reações perceptivas a certa situação fática, o desenrolar dessa percepção sempre variará em função da compreensão eminentemente subjetiva envolvida nesse contexto (WEINER; FREEDHEIM; GOLDSTEIN, 2003, p. 57). Por mais que se tente ater a percepção e monitoramente do sujeito a uma configuração preestabelecida do seu entendimento, a conclusão a essa tentativa sempre resultará em uma percepção subjetiva dos acontecimentos expostos.

Como dito anteriormente, o principal conceito abordado pela psicologia da forma são os elementos de figura e de fundo, os quais, mediante procedimentos e envolvimento de natureza psicológica, opõem-se para formar a percepção do sujeito acerca da realidade que o circunda.

Essa oposição de figura/fundo foi inicialmente abordada por Fritz Perls e depois implementada por vários outros psicólogos, como Rubin, Lewin e Koffka, que abrangeram o espectro de atuação do fundo para englobar elementos

extravisuais na sua conceituação, expandindo seu campo de atuação (JOSLYN, 1977, p. 304). Assim sendo, como uma lição propedêutica desse assunto, a melhor forma de se explicar a oposição de fundo e figura se apresenta por meio da exemplificação.

Tome-se por ponto de partida a situação hipotética de que haverá um determinado evento festivo e que três pessoas foram convidadas e irão a este evento com diferentes motivações. Um dos convidados irá apenas com o intuito de se locupletar com os comes e bebes fornecidos gratuitamente. Outro convidado irá à festa apenas para encontrar com a sua namorada. Por fim, o terceiro convidado irá ao festejo apenas para fazer-se presente ao evento, ou seja, apenas comparecerá por uma imposição social a ele atribuída.

O primeiro dos convidados, ao chegar ao ambiente da festa, percebe todo o requinte e sofisticação do local, com vários tapetes persas e quadros de artistas famosos. Nesse local, várias pessoas conversam e riem de forma amistosa e descontraída ao som de uma agradável e suave música ambiente. Logo que adentra ao recinto, a atenção desse convidado se foca em um dos cantos da sala em que há uma grande variedade de bebidas e vários copos de cristal. Para lá, ele se dirige. Chegando perto, um garçom lhe oferece uma dose de uísque em um copo cheio de gelo, oferta que ele prontamente aceita e, em seguida, saboreia o primeiro gole.

Para esse indivíduo, o ambiente da festa, a decoração, a música que lá tocava, as pessoas que interagem socialmente, e tudo mais, apenas funcionou como fundo. Em sua constituição psicológica, previamente dirigida para o consumo festivo, apenas as bebidas eram a sua figura. Movido pelo interesse em beber, foi até elas, e foi servido, satisfazendo, assim, a sua vontade inicial.

Essa foi a breve descrição do seu processo gestáltico, o qual envolve a oposição da figura para com o fundo, a partir do interesse de

alguém. No momento em que o interesse é satisfeito, fecha-se a *gestalt*.

Ainda nessa linha exemplificativa, imagine-se um segundo convidado, para essa mesma festa (ou seja, mesmo ambiente que o primeiro exemplo), que compareceu ao evento apenas com o intuito de encontrar sua namorada.

Nesse caso, seu olhar se dirigirá, preferencialmente, ao rosto das pessoas. Depois de alguns minutos de busca, o indivíduo vê, de longe, a sua namorada. Vai ao seu encontro e a abraça. Nesse momento a sua *gestalt* também se fecha, afinal, o seu único intento era encontrá-la em meio à multidão que compareceu ao evento festivo no qual eles marcaram o encontro.

No último exemplo a ser dado, o sujeito foi ao mesmo evento festivo que os demais, anteriormente citados, foram. Todavia, este último só compareceria à festa para “marcar presença”, em outros termos, apenas iria ao evento para não desapontar a pessoa que o convidou. De modo, que a sua vontade é de apenas encontrar a pessoa que lhe fez o convite e em seguida ir embora.

Bastante cansado por um dia de trabalho estafante, esse convidado entra no mesmo ambiente com o intuito de cumprimentar o dono da festa, e logo após fazê-lo, sente-se desincumbido da obrigação de permanecer no local e rapidamente sai. Assim fecha-se a sua *gestalt*.

A partir dos contornos traçados nas análises dos três exemplos dados, pode-se anotar, tal como bem destaca Paul Guillaume (1960, p. 44), que só há percepção de objeto se existirem diferenças de intensidade entre as excitações provenientes das diversas partes do campo (fundo). Ou seja, o objeto sensível de cada um dos sujeitos só existe em relação a um certo fundo, onde ocorrem as interações que podem ser captadas e percebidas pelos indivíduos que com ele interagem.

O fundo, como objeto, pode ser constituído de pessoas ou de excitações complexas e heterogêneas. Não há uma predeterminação do que

pode ou não ser utilizado pelo sujeito como figura e/ou como fundo, essas determinações não estão colocadas *a priori* em sua mente.

O papel ou a função de cada um desses objetos poderá variar em função da própria intenção do agente, de maneira que algo que em uma dada percepção é figura, pode passar a ser o fundo de uma percepção subsequente, e vice-versa, não há uma predeterminação de figuras e de fundos. O que é possível de ser estabelecido propriamente em uma percepção é apenas a diferença subjetiva entre o objeto (figura) e o fundo.

Deste modo, pode-se dizer que há uma congruência a ser abstraída da oposição figura-fundo, que é o próprio processo de fechamento da *gestalt*. Ou seja, por mais que haja uma indissociável “constância” (GUILLAUME, 1960, p. 49) entre a qualidade sensível local e o excitante local adstrito ao fundo do quadro perceptivo, é sempre possível de se compreender que algo deve ser galgado, finalizado ou encerrado pelo sujeito para que a figura e o fundo estejam fundidos de uma maneira tal que a forma se complete, ou seja, que seu ato psíquico e dinâmico se encontre perfeito naquilo em que ele se propôs.

Outro fator que deve ser observado no estudo da influência perceptiva de acontecimentos diz respeito ao grau de fadiga psíquica em que se encontra o indivíduo perceptor. Esse é um fator deveras importante nesse segmento, uma vez que ele condiciona a acuracidade (precisão) e a extensão da percepção gestáltica.

Nesse horizonte, é fácil compreender porque uma mesma pessoa sofre com variações em sua capacidade de apreensão de estímulos, dependendo da hora do dia (disfunções horárias). Assim, é percebido pelos psicólogos experimentalistas que no período matutino, essa capacidade de percepção tende a ser maior, diminuindo com o passar do dia.

Notou-se também que esse grau de percepção também diminui nos momentos em que o indivíduo está sob influência da digestão.

Esse fato é explicado fisiologicamente em virtude de esse ser o momento em que seu organismo destina grande parte das suas reservas sanguíneas e energéticas para promover a nova aquisição de nutrientes por meio do processo digestivo, havendo a consequente liberação de íons de hidrogênio na corrente sanguínea, algo que pode ocasionar sonolência e diminuição dos estados de alerta, fatos esses que conduzem, ineroxavelmente, à diminuição da capacidade perceptiva.

Outros desdobramentos concretos também podem ser retirados dessas perspectivas variáveis a partir dos fatores de influência na percepção do indivíduo. O primeiro deles a ser comentado diz respeito à questão do gênero. Isto é, a generalização ou a especificidade de uma percepção varia em função do gênero do indivíduo que está a narrar tal situação perceptiva.

Os homens têm mais capacidade do que as mulheres para a percepção geral de uma situação. As mulheres, porém, percebem com mais exatidão os detalhes.

O relato narrativo de um homem, portanto, melhor descreverá o quadro mais abrangente do que foi por ele observado, de modo que uma maior quantidade de elementos genéricos podem ser descritos, bem como também a referência espacial dos acontecimentos será mais acurada nos homens. Ou seja, elementos métricos de distância, intensidade luminosa e intensidade sonora são melhores percebidos pelos indivíduos do sexo masculino.

As mulheres, de outra banda, não são tão boas em narrar a perspectiva ampla dos acontecimentos, nem possuem uma boa captação espacial dos fatos como os homens. Todavia, elas são capazes de fornecer maiores detalhes dos fatos narrados. Sabem dar minúcias de alguns elementos descritivos que, para a maioria dos homens, seriam fatos ou acontecimentos despididos e totalmente sem importância para a formação do quadro geral narrativo. Assim, é comum que as mulheres não saibam dizer se

o som do ambiente estava intenso ou fraco⁽¹⁾, muito embora sejam hábeis ao dizer exatamente o conteúdo de uma conversa que elas tenham escutado naquela ocasião, podendo até mesmo dizer o assunto conversado com detalhes e outras especificações mais aprofundadas.

Outra constatação concreta acerca da análise das capacidades perceptivas dos indivíduos em suas narrativas é afeita à determinação que os momentos iniciais e finais de um acontecimento tendem a ser percebidos com maior exatidão do que os intermediários.

Assim, é mais comum que o indivíduo preste mais atenção, e, portanto, retenha mais informações, nos momentos de início e de término de um acontecimento qualquer. O interregno desse momento geralmente se desenrola sem que muita atenção seja dispensada, afinal, é comum que o raciocínio tente captar, de maneira finalística, as parcialidades tidas como essenciais, ou seja, como começa e como termina algo. Como esse algo se desenvolve, usualmente, não é muito importante, pois é apenas uma etapa intermediária entre aquilo que foi iniciado (importância reflexiva do momento) e como aquilo é finalizado (importância teleológica do momento).

A terceira constatação concreta a ser elencada faz referência ao fato que em igualdade de condições, as impressões visuais tendem a ser testemunhadas com mais facilidade do que as acústicas. Ademais, as impressões vinculadas aos outros sentidos tendem a ser ainda mais vagas que aquelas percebidas pela acuidade visual ou acústica (sonora) do indivíduo perceptor.

Apesar de ser bastante difícil estabelecer um critério de validade objetiva entre as diversas formas de percepção, basicamente porque as unidades de medida de um sentido são diferentes de outro sentido, há de se pressupor

que haja uma constatação mínima de semelhança entre os sentidos para que essa observação seja minimamente profícua em seus fins de variação perceptiva.

Partindo dessa premissa, tem-se que os sujeitos (principalmente os do sexo masculino) tendem a valorizar as impressões adquiridas pela expressão visual dos objetos. Essa não é nenhuma novidade no campo da psicologia (nem na filosofia), afinal desde a Idade Moderna o filósofo empirista inglês David Hume (2008, p. 35), ao tratar da questão dos sentidos em suas obras, já enunciava que a visão é capaz de prover uma ideia do movimento real dos corpos e, por essa razão, sobrepõe-se às demais formas de percepção.

Até mesmo na filosofia da linguagem ordinária, um ramo da filosofia já afeita ao século XX, tem proposições semelhantes acerca da visão. Segundo as elucubrações de John Austin (1962, p. 16), o criador da teoria dos atos de linguagem, a visão também é um dos sentidos mais fortes, tanto que não há como se promover uma distinção entre percepção direta e indireta desse sentido. Ou seja, não há uma visão indireta que vá influenciar de modo eminente os próprios sentidos.

Exemplificativamente, o referido filósofo coloca que não há diferença de percepção entre algo que é visto “diretamente” por um observador e essa mesma coisa que é vista por meio de um periscópio por outro observador. É comum que se diga que esse segundo observador viu determinado objeto “indiretamente”, no entanto, o que Austin pontua é que não há nenhuma mediação nessa percepção, ela é tão direta quanto aquela efetuada no primeiro exemplo.

Ainda que exista uma oposição de expressões no senso comum, como visto “a olho nu” e “visto com um periscópio”, em termos perceptivos, ambas as ações são equivalentes. Não há nenhuma distinção perceptiva entre o caráter “direto” ou “indireto” da visão, essas são apenas idiosincrasias da própria linguagem que, de

(1) Apesar de comum, seria incorreto, do ponto de vista científico, dizer se o som estava “alto” ou “baixo”, por isso opta-se pelo termo “intenso” ou “fraco” para descrever tais características sonoras.

fato, não interferem no processo perceptivo do sujeito.

Deste modo, há de se salientar que as contribuições hodiernas da psicologia nesse campo de estudo estão mais afeitas à demonstração experimental desses enunciados do que ao seu desenvolvimento teórico propriamente dito.

Todavia, deve-se salientar que existe uma possibilidade de que haja uma inversão nesse processo de aquisição perceptiva. Tal exceção trata das hipóteses de análise do componente cultural da memória (HUFFMAN; VERNOY; VERNOY, 2003, p. 249). Pessoas em sociedades ou grupos familiares de cultura oral (ou em casos que os conhecimentos passam de uma geração para outra por meio de relatos, lembram-se melhor do que ouvem do que aquilo que leem. Assim sendo, há uma inversão na ordem de sobreposição da aquisição visual sobre os elementos auditivos na percepção por influência do elemento cultural de repasse de conhecimento. É uma das hipóteses em que a habituação em ouvir o repasse de informações se torna mais efetivo que a apreensão visual de elementos de conhecimento, algo que influencia fortemente o modo preferencial da percepção dos indivíduos.

Assim sendo, ao emitir um testemunho, os sujeitos apresentam ter uma maior facilidade em responder indagações que se foquem nesses dois sentidos (visão e audição), haja vista que as impressões mais imediatas que eles conseguem captar dos acontecimentos estão ligadas a essas duas formas de apreensão da realidade.

Sempre salientando que essa é a regra geral da percepção, não se trata, portanto, de casos especiais em que o indivíduo possua uma deficiência sensorial qualquer (ou uma diminuição em suas acuidades sensoriais normais), o que tende a desviar a percepção para um outro campo, por exemplo, uma pessoa com baixa acuidade visual tende a ter uma melhor percepção pela audição e pelo tato.

Em último aspecto, deve-se salientar que os testemunhos referentes a dados quantitativos

geralmente são mais imprecisos que os qualitativos. É comum que as qualidades sejam mais presentes nas memórias dos indivíduos que a marcação quantitativa, haja vista que o processo de armazenamento numérico, é, em geral, algo mais difícil que a simples descrição qualitativa de um acontecimento (aspecto da subjetividade na descrição do relato).

Nesse sentido, note-se que há uma tendência normal em superestimar números inferiores a dez e períodos de tempo inferiores a um minuto. Em contrapartida, as pausas superiores a dez minutos e números e espaços grandes tendem a ser infraestimados. Essa descrição se conecta diretamente com a constatação anterior de que o início e o fim dos eventos são os pontos de maior percepção. Ou seja, é comum que se perceba que lapsos temporais superiores a dez minutos e grandes espaços sejam tidos como o espaço intermediário do acontecimento, e não o seu fim. Por isso que, exemplificativamente, é mais fácil lembrar-se do início de uma viagem, seus primeiros dez quilômetros percorridos, que o restante do caminho percorrido.

Curioso também verificar que existe uma tendência de encurtar a duração de eventos sucedidos há mais de seis anos em relação ao momento do relato do testemunho. A averiguação desse fato não depreende que a memória do indivíduo foi afetada pelo transcurso do lapso temporal de seis anos. A materialidade da memória resta intacta, apenas o que varia após esses seis anos é percepção de duração temporal do evento. Assim, ele tende a ser diminuído quando novamente relatado após esse período de tempo.

2.2. Influência da tendência afetiva no processo de percepção

Inicialmente, há de se ponderar que nem sempre há uma relação direta entre as percepções externas e a afetividade que as faz; aliás, no mais das vezes, há uma inversão nessa ordem cronológica perceptiva. Com muita frequência,

tem-se a tendência de “perceber afetivamente” as coisas como se poderia querer que elas fossem ou, como é mais provável de acontecer, percebê-las como *não se quereria que elas fossem*.

A definição neurológica da alucinação foi inicialmente observada experimentalmente por Alexander Stepanovitch Popov (*apud* PAIM, 1998, p. 62). Esse pesquisador russo constatou que as alucinações estão associadas a um processo de inibição parcial do córtex cerebral, aduzindo, nessa proporção, que as alucinações são próprias dos estados denominados de “fase igualitária e fase paradoxal”.

No estado de fase igualitária, os traços de imagens são registrados em conformidade com a tonalidade afetiva atual. Já no segundo estado, o mundo das cercanias é percebido de maneira deficiente ou nula e a carga afetiva é vivida em uma proporção irrealisticamente intensificada. Como esta pesquisa teve por elemento material pacientes em períodos de adormecimento e despertar, Popov findou por demonstrar que existe uma relação entre o sono e as alucinações. Destarte, as alucinações e o sono podem ser compreendidos como uma inibição difusa das partes superiores cognitivas do cérebro.

Trilhando essas premissas neurológicas, há de se ter em comento que o processo de formação de pseudopercepções é bastante complexo do ponto de vista neurofisiológico. Ele se inicia no mesencéfalo e, de forma ascendente, alcança as zonas de formação de imagens, localizadas no córtex cerebral (MIRA Y LÓPEZ, 1967, p. 162). Essas percepções falsas da realidade geradas pela afetividade do sujeito se apresentam em duas espécies distintas: alucinações e ilusões.

Há uma alucinação quando há uma forte intensidade da afetividade na produção imagética da realidade na mente do sujeito. Ou seja, há a representação de elementos psíquicos já preexistentes no sujeito no momento em que ele vem a gerar essa percepção da realidade, ele apenas transpõe aquilo que estava presente em si para a realidade, variando-a do

modo como ele quer ou não quer que ela se apresente diante de si. Nesses casos de períodos formadores de memórias baseadas em alucinações, como salienta David G. Myers (1999, p. 210), não há como se ter noção nem certeza de que algo é real por parecer real, haja vista que as memórias irreais (pseudomemórias) também parecem reais (e efetivamente o são na mente do indivíduo que as formou).

A alucinação, portanto, é uma forte desvinculação dos objetos percebidos na realidade quando comparados com a projeção interna do próprio agente sobre a construção de sua realidade.

José Osmir Fiorelli e Rosana Cathya Mangini (2010, p. 22) sintetizam a definição de alucinação como “o fenômeno da percepção que o indivíduo ‘vê’ algo que não existe”. Nesses casos, há o encaixe, o recorte e a transposição de elementos figurativos reais para com os elementos imaginários, de modo a gerar uma “realidade subjetiva” totalmente desfocada e deformada. Ou seja, há uma verdadeira criação de coisas que não chegaram a existir perante a percepção objetivamente posta do sujeito, afinal, ele próprio alterou o curso da formação das imagens da realidade em sua mente.

De outra banda, caso essa afetividade, em seu processo neurológico de ascensão cerebral perder intensidade, há uma deformação menor da percepção externa, gerando aquilo que se chama de ilusão. Esse é o caso, por exemplo, de um rapaz apaixonado por uma garota que, ao receber um sorriso como cumprimento social em uma festa, interpreta-o como uma prova de que é correspondido em seu afeto. Ou seja, a ilusão não é uma desvinculação total de dados sensoriais obtidos pelo sujeito em seu processo perceptivo. Ela é apenas uma deformação dos elementos adquiridos nesse transcurso. De maneira simples, pode-se dizer que é um simples erro de julgamento na interpretação dos fatos presenciados na realidade. Isso porque, diferentemente da alucinação, nas hipóteses ilusórias o indivíduo não faz a

substituição de imagens preconcebidas por novas colocações elementares do entendimento atual. Ele apenas se vale de uma nova intenção subjetiva sua para compreender de forma um pouco distorcida a realidade que para ele se descortinou de maneira diversa da qual ele queria ou não queria.

Ainda no que se refere às influências da afetividade sobre a percepção, há de se notar que tanto o desejo positivo como o desejo negativo de que algo ocorra podem levar o indivíduo a acreditar que esse algo tenha de fato ocorrido. Em ambos os casos, cria-se aquilo que se denomina de “sugestão por espera” (*Erwartungssuggestion*), em virtude da qual a consciência realiza uma antecipação temporal, dando por acontecido o que ainda não foi ou só o foi em parte (MATTIESEN, 1968, p. 240). Ou seja, necessita-se de uma mínima comprovação empírica de certo acontecimento para que já haja a formação mental de que a totalidade do acontecimento seja algo constituído como percepção para o próprio sujeito.

Dito de uma maneira mais clara, as pessoas advertidas sobre a natureza de um evento tendem a ser positivamente favoráveis a ele, enquanto que aquelas que não são advertidas tendem a permanecer neutras. O fato de não se advertir o indivíduo finda, portanto, gerando nenhuma alteração em sua percepção, afinal, trata-se de uma não ação do qual ele não tem a mínima capacidade sensitiva de aferir uma repercussão concreta, ao contrário de quando ocorre uma admoestação.

Cabe aqui uma reflexão sobre as consequências de tomar as aparências como realidade. Essa antecipação por sugestão provém ao sujeito uma possibilidade de precaução no que tange aos acontecimentos futuros, por isso, que ele se encarrega de criar uma percepção antecipada daquilo que poderá ocorrer. Afinal, precaver-se nada mais é do que se antecipar positivamente a algo, seja aquilo algo bom ou ruim.

Importante salientar que a positividade gerada pela antecipação repercute tanto em

eventos tidos como “bons” como “maus”. Assim, em “eventos bons”, a positividade pode se converter em ansiedade, uma vez que o indivíduo, ao se antecipar à ocorrência do evento, passa a esperá-lo e começa a criar expectativas (outrora inexistentes) acerca da sua efetivação. De outro lado, a positividade faz uma preparação para a ocorrência dos “eventos ruins”. Deste modo, o sujeito passa a se confortar (ou sofrer) por antecipação em face de uma ocorrência maléfica para si. Isso dá uma dupla oportunidade de ele mesmo criar mecanismos de amortecimento do impacto a ser sofrido, como de começar desde já a se lamentar pelo “inevitável” mal vindouro.

O problema dessas intelecções prévias por sugestão é que o seu caráter realístico-perceptivo é bastante reduzido. Assim, as previsões, precauções ou ansiedades geradas são sempre feitas sobre uma aparência da realidade. É bastante comum que essa aparência de realidade não seja nada mais que as próprias ilusões do sujeito, afinal, o acontecimento a ser ocorrido nem mesmo se deu na sua totalidade (isso quando há uma parte dele mesmo que já ocorreu). Desta feita, esses “espaços vazios” entre a sugestão e o pensamento do agente são preenchidos, usualmente, com as suas próprias afecções, que conduzem, por óbvio, à geração de colocações ilusórias no desenrolar perceptivo do sujeito.

2.3. Influência do hábito na percepção

O hábito indubitavelmente é o mais importante fator capaz de influenciar a percepção, isso porque ele talvez seja o mais comum a exercer influência sobre os elementos que constituem a apreensão perceptiva. Por mais que se queira, não há como se furtar à experiência de que os automatismos mentais são preponderantes na percepção da realidade.

Em virtude do hábito, é comum que os indivíduos sejam levados a completar de tal modo as percepções da realidade exterior, que basta que se encontrem presentes alguns de

seus elementos para que o seu juízo de realidade se dê por satisfeito e aceite a presença do todo.

Nesse caso, não há uma ruptura conceitual com o esquema gestáltico anteriormente analisado. Quando se trata de um hábito já instituído na consciência do sujeito, a sua evocação é algo que já se dá em sua completude, de forma que ele nem precisa tentar operar a soma de pequenos eventos ou acontecimentos para que tenha a percepção total daquilo que se passa. Na verdade, o quadro completo já se encontra descortinado no horizonte de eventos que o sujeito coloca como possíveis a partir de apenas um ou alguns elementos que remetam ao próprio hábito (que, no caso, é o próprio todo em sua apresentação realística).

A rigor, levando em conta os ensinamentos anteriormente vistos, não há como se perceber a realidade propriamente dita, e, sim a sua “caricatura subjetiva”. “Sabe-se” como são as pessoas, em virtude de alguns detalhes e alguns elementos que nelas se apresentam de forma preponderante.

A complexidade inerente à percepção da realidade faz com que esse meio de “caricaturização” seja o instrumento mais efetivo para que se abstraia os elementos principais que são postos nos mais variados eventos e acontecimentos cotidianos.

Essa complexidade, combinada com o dinamismo peculiar das relações sociais, faz com que não seja possível conhecer propriamente as pessoas, apenas o que se pode fazer é demarcar as suas características mais evidentes (algo semelhante a um “esquema de reconhecimento” básico) e utilizá-las como um guia de reconhecimento durante o processo perceptivo.

Nesse horizonte, observa-se a dificuldade da testemunha, quando um juiz lhe solicita que confirme ou negue um detalhe sobre um acontecimento que não faz parte do seu conhecimento prévio a respeito de uma pessoa em questão. Isso justifica o fato de que testemunhas difiram a respeito de recordações. Enquanto uma delas recorda detalhes, outra

simplesmente os esquece, mesmo que se trate de um acontecimento que tenha sido presenciado por ambas em igualdade ou semelhança de condições.

Isso ocorre, porque a mente “detecta” aquilo que se determina como um objetivo a ser reconhecido, e essa determinação não é algo perene no raciocínio humano; por vezes, ela é estabelecida em um momento inicial e, a partir desse padrão, o sujeito passa a aplicar mecanicamente os mesmos critérios de apreensão para situação futuras.

Desse modo, a percepção dá-se mais de acordo com essa previsão do que com o conhecimento daquilo que de fato aconteceu. Como bem destaca Mira y López (1967, p. 164), a mente efetua sua percepção mais de acordo com a lembrança de como era alguma coisa do que com base no conhecimento de como essa coisa realmente é. Em síntese, o passado intervém mais do que o presente na formação das percepções e na projeção subjetiva da apreensão da realidade.

Nesse sentido, depreende-se que, uma vez fincado um conteúdo na memória, tal materialidade passada remanesce codificada e armazenada indefinidamente, a menos que haja danos de ordem física nas estruturas cerebrais. Todavia, note-se, como bem o fez Wayne Weiten (2002, p. 207), que não há nenhuma certeza sobre a recuperação desses conteúdos armazenados.

Outrossim, ainda que se tenha alguma evidência sobre a natureza reconstrutora das lembranças (principalmente pela sua influência habitual nesse rearranjo perceptivo), mostra-se claramente que as lembranças das pessoas não são réplicas exatas ou “clones” de suas experiências. Isso porque durante a codificação e armazenamento dessas informações podem ser introduzidas distorções, como já referido anteriormente, quando se tratou de ilusão e alucinação.

Um bom exemplo dessa forte influência do hábito na formação perceptiva é o fato de que

uma mudança de caráter ou de conduta de uma pessoa pode ser notada mais precocemente por aqueles que não têm intimidade com ela do que por seus parentes, uma vez que estes, pelo hábito de lidar constantemente com ela, levarão mais tempo para se desligar do conceito que dela formaram previamente.

Ademais, ainda que possam perceber que houve alguma mudança em sua postura, essa impressão, por algum tempo, será sobrelevada pelo conhecimento anterior de seu comportamento, devendo haver um processo complexo de desconstrução e reconstrução sobre aquele indivíduo para que ele passe a ser visto de acordo com o seu novo caráter e suas novas atitudes.

Um caso clássico é o do filho que, embora adulto, continua a ser tratado como criança pela mãe, que não se dá conta de que ele já cresceu. Como o indivíduo foi mais criança por mais tempo do que adulto na percepção materna, afigura-se bastante difícil que ela desconstrua rapidamente a ideia de que ele não é mais sua criança, e que precisa de certas atenções e de alguns cuidados próprios dessa fase da vida. Afinal, em sua lembrança, ele ainda é um ser indefeso perante um mundo hostil, algo que na verdade já mudou de figura há algum tempo.

3. Fatores capazes de mudar a evocação de memórias

Até aqui foram abordados os principais fatores capazes de influenciar a percepção de um acontecimento, ou seja, elementos que podem exercer influência sobre a sua gênese e estruturação. Na presente seção, deverão ser perscrutados os fatores capazes de modificar sua evocação, isto é, aqueles fatores que podem influenciar no modo em que as memórias armazenadas pelo sujeito podem ser resgatadas do inconsciente.

Para o bom entendimento dos desdobramentos a seguir enunciados, afigura-se fulcral que se compreenda que a evocação é simplesmente a reprodução voluntária interna de um fato, como bem destaca Mira y López (1967, p. 165),

e não como a expressão de um testemunho. Ou seja, a evocação trata de externar os elementos internos da concepção do sujeito de forma voluntária, meio de reprodução externa que não tem a pretensão de ser um recorte fiel da realidade, como, inicialmente, pode-se pensar que um testemunho ou relato deva se apresentar.

Tanto quanto podem influenciar na conservação dos acontecimentos presenciados, os elementos afetivos também são considerados um dos instrumentos mais eficazes e tendentes a perturbar a marcha do processo evocador de memórias.

Este mecanismo é usualmente denominado de “amnésia emocional”, a partir do qual se observa, por exemplo, haver uma consequência de um brusco abalo moral no encadeamento de resgate de memórias do sujeito. Nesse caso, o esquecimento de uma situação tem como finalidade uma defesa psíquica, já que pressupõe o esquecimento de um sentimento doloroso vinculado a ela. São os casos apenas de traumas psíquicos e não associados aos físicos que podem ser chamados, segundo Freud, de uma patogenicidade psíquica⁽²⁾. O criador da psicanálise bem demonstrou que o mais importante é o esquecimento forçado, ativo, por causa da ação do processo de repressão e que é considerado, do ponto de vista fisiológico, sinônimo de inibição.

Nessa dinâmica do esquecimento, há lugar para o esquecimento ativo e o esquecimento não motivado, ou seja, o simples esquecimento. Essa última forma de esquecimento não é o objeto de estudo da psicologia em geral, haja vista que está mais atrelado aos distúrbios

(2) Neste ponto, é importante ressaltar que os estudos mais atuais sobre esse tópico apontam que não existe mais a sustentação teórica freudiana de que uma patologia psíquica encontra suas origens exclusivamente na falta de satisfações sexuais, em sua aceção genital (JUNQUEIRA; COELHO JUNIOR, 2006, p. 33). O que os psicólogos e psicanalistas atualmente têm admitido é que os mecanismos de defesa e repressão agem de acordo com problemas de ordem pulsional. Deste modo, as patologias em relevo resultam da transformação direta — não mediada pelo psiquismo — da pulsão não satisfeita.

neuroológicos estudados pela medicina (como, por exemplo, a esclerose, mal de Alzheimer⁽³⁾, e outras doenças em que o paciente costuma esquecer eventos passados, tanto a curto quanto a longo prazo).

Assim sendo, deve-se prestar mais atenção que, para os casos de esquecimentos testemunhos e relatos, é mais comum que se verifique a ocorrência do esquecimento forçado, como forma de inibição afetiva de eventos passados que o simples esquecimento de um acontecimento, tanto pelo simples passar do tempo quanto pela sua própria irrelevância para o sujeito que tenta lembrá-lo e não consegue. Para os estudiosos da matéria está bem sedimentado que as duas formas de esquecimento indicadas se dão mediante mecanismos psicológicos e biológicos totalmente diversos, de modo que não há como haver uma junção entre um esquecimento forçado e um esquecimento não voluntário (biológico), até porque, mesmo que isso fosse possível, haveria uma prevalência do elemento biológico sobre o psicológico, de maneira que o sujeito nem mesmo conseguiria lembrar que tentou esquecer determinado acontecimento (precedência de esquecimentos naturais), ou seja, nem sequer houve voluntariedade ou inibição dirigida a esse esquecimento peculiar.

3.1. Importância da repressão na evocação das lembranças ligadas a uma tendência afetiva desagradável ou imoral

Levando-se em consideração que todos os interrogatórios judiciais versam sobre situações

(3) No caso particular do mal de Alzheimer, deve-se salientar, como bem apontam as últimas pesquisas da área médica sobre esse assunto (STYX, 2010. p. 35-36), que é possível já haver o acúmulo e formação de fragmentos de substância tóxica (peptídeos beta-amiloide) nos centros cerebrais que armazenam novas memórias. De modo que é possível estar em um estado inicial da doença e não se manifeste nenhum sinal de demência, perda de capacidade perceptiva ou impossibilidade de resgatar de memórias. Nesses casos, a percepção desses pacientes ainda é normal, mesmo que eles já estejam acometidos por esse tipo de patologia neurológica.

que envolvem ilícitos das mais diversas naturezas (desde os ilícitos civis, menos graves, até os mais horrendos delitos penais) ou por fatos que giram em torno de um núcleo emocional intenso, observa-se, não só em seus autores, mas também nas testemunhas, a frequente ocorrência da “amnésia emocional” (MIRA Y LÓPEZ, 1967, p. 166).

Essa forma de amnésia atinge, principalmente, qualquer um dos indivíduos que, durante um processo judicial, seja posto numa situação de inquirição, sejam as próprias partes, por meio dos seus depoimentos pessoais, as testemunhas, em seus relatos, e até mesmo os auxiliares do juízo, peritos, tradutores e demais assistentes (muito embora, a carga emocional sobre esses últimos seja bastante reduzida, sem se falar na possibilidade que eles possuem de revisar, no momento de seu discurso, documentos produzidos especialmente para o processo, os quais eles poderão livremente consultar para prestar esclarecimentos).

Geralmente os juízes, erroneamente, forcem, por meio de ameaças ou sugestões, as respostas das testemunhas, acreditando obter assim dados aproveitáveis para o esclarecimento e desdobramento da matéria fática posta para sua análise. Por isso mesmo, é comum que quando um interrogado responde a uma indagação dizendo “não sei” surge sempre ao juiz a dúvida sobre se o interrogado não se lembra ou não quer dizer sua lembrança.

Sistematicamente, é comum o juiz acreditar que quanto mais viva e emotiva a situação, tanto melhor será lembrada pelo indivíduo. Com base nessa premissa é que o juiz pensa que ao ser mais severo e incisivo em seus métodos de interrogação conseguirá resultados práticos mais palpáveis e mais concretos que uma simples negativa de lembrança daquele que está a relatar-lhe algum fato. Assim, o magistrado finda por forçar que o inquirido lembre-se de elementos detalhados e específicos que satisfaçam, pormenorizadamente, aos seus questionamentos.

Importante destacar que, muitas vezes, por efeito da repressão inibitória do seu sistema de defesa psicológico, em algumas pessoas podem ocorrer esquecimentos totalmente involuntários, porque a força da repressão age de um modo absolutamente inconsciente. Nesses casos, não é raro que quanto mais se queira lembrar-se de algo, mais distante fique essa lembrança. Ou seja, esse reforço inquisitivo termina por operar um efeito totalmente contrário ao seu intento inicial.

Ao invés de conseguir expandir a gama de detalhes intrínsecos à lembrança que se busca resgatar, o que se consegue é apenas que essa lembrança passa a ser algo cada vez mais distante e que se esvai progressivamente da proximidade mental do interrogado. Dito de maneira mais clara, quanto mais se insiste no resgate dessa memória que possui uma forte carga emocional ou afetiva, mais o sujeito se distancia da sua lembrança.

Isso ocorre, por exemplo, quando se esquece o nome de alguém. Quanto mais o indivíduo se esforça em lembrá-lo, mais o objeto perquirido pelo resgate da memória se oculta. Não raro, esse nome apenas vem à mente mais adiante, num momento em que a lembrança não é mais importante. De maneira que, enquanto perdura uma forte imposição pela lembrança, a própria lembrança tende a não vir à tona. Essa lembrança só é lembrada em um momento futuro porque, provavelmente, nesse instante, não mais era despertada a tendência afetiva que a reprimia (hipótese essa denominada de “inibição paradoxal” por Ivan Petrovich Pavlov, a qual, para esse pesquisador russo, é um sinônimo de fadiga neurônica).

A repressão age de modo fragmentário, não suprimindo, mas dificultando a evocação das lembranças. Caso houvesse o completo impedimento de se retornar às memórias guardadas no inconsciente, a repressão não atingiria o seu escopo de apenas ser um mecanismo de defesa temporário, uma vez que desabilitaria de forma permanente o acesso a tais lembranças.

Outro ponto de atuação da repressão é que as memórias podem surgir deformadas e misturadas com falsas lembranças. Quando seu processo de formação se dá dessa forma desestruturada, elas recebem, então, o nome de “pseudomemórias”, produto da ação catatímica provocada por quem pergunta (MIRA Y LÓPEZ, 1967, p. 167). Quando o indivíduo se dá conta da pobreza de suas lembranças trata logo de completá-las, utilizando-se de associações que em sua mente se dão de forma “logicamente” relacionadas com elas. Ou seja, ele começa a “inventar” partes da história narrada para que ela faça algum sentido e não seja apenas uma narrativa cheia de lacunas.

Mesmo com absoluta boa-fé, o resultado dessa evocação “completada” pelo próprio sujeito é algo totalmente desvinculado não só da realidade, como algo totalmente diverso daquilo que porventura possa ter sido por ele apreendido ou percebido, mesmo em um padrão de análise de “caricatura subjetiva”. Ele nem mesmo consegue reproduzir os acontecimentos na forma que ele subjetivamente os internalizou em um ponto do seu passado, em termos perceptivos.

Um detido e compenetrado olhar sobre a influência dos processos afetivos sobre a evocação dos fatos revela o quão estranho seria se os testemunhos fossem de fato precisos e sem deformação e não como são na realidade, quase sempre inúteis para a reconstituição plena da verdade.

Esse é um dos espeques teóricos para a necessidade de intervenção do magistrado na condução processual; afinal de contas, caso os simples relatos de autores, réus, testemunhas e demais “atores processuais” fossem suficientes e plenos de significância, o próprio processo seria algo que se encerraria a partir do colhimento desses elementos materiais. Haja vista que ao final desse procedimento de colheita de dados e informações substanciais para o soerguimento fático da realidade o próprio dissenso (ou algum ponto ainda obscuro nessa

análise) restaria resolvido. O juiz teria apenas a necessidade de cuidar para que houvesse o escorrito proceder em cada um dos depoimentos, sem ter que valorar, sopesar, ponderar ou analisar nada do que foi relatado ou testemunhado nesse ínterim.

3.2. Fatores que influenciam o ato de expressão do testemunho

Ainda que um indivíduo seja capaz de resistir de maneira pujante à influência perturbadora de todos os fatores estudados até agora e possa reproduzir os fatos, eventos e acontecimentos que presenciou com exatidão, por meio da sua evocação voluntária, conscientemente dirigida, um questionamento ainda perdura: será que o ouvinte chegará a compreender essas situações tais como o narrador as viu? Eis aqui uma dificuldade não menos importante para compreender o próprio ato de expressão do testemunho.

A própria dificuldade em se fazer compreender por uma expressão é algo que retoma à própria gênese da expressão, ou seja, já é bastante difícil conseguir se expressar, e fazer com que essa expressão seja algo bastante claro e cristalino, de modo que os outros possam compreendê-la, é algo ainda mais complexo.

Um dos filósofos contemporâneos que bem trabalhou essa questão da (dificuldade) da expressão foi o francês Gilles Deleuze. À parte de suas diversas inclinações, nesse quesito, o autor em tela foi fortemente influenciado pelos influxos fenomenológicos que predominavam em meados do século XX, principalmente as ideias de Maurice Merleau-Ponty e de Jean Paul Sartre.

Trilhando essa perspectiva fenomenológica, Deleuze (1992, p. 16) determinava que a expressão é composta de dois elementos, não antagônicos, ainda que também não sejam completos ou suplementares, denominados de explicação (ou expressão em estrito senso) e impressão.

É mais fácil começar essa explanação tratando das impressões, pois elas são um elemento

mais abundante na sistemática social que a expressão. A todo tempo os indivíduos são tomados por impressões, afinal, o mais comum e usual é que a percepção se valha dos elementos impressivos para construir a realidade subjetiva. Deste modo, a todo tempo, há um bombardeio das mais diversas impressões, que atingem o indivíduo, esteja ele advertido disso ou não.

Assim sendo, é muito fácil perceber que houve o destacamento de uma impressão. A todo tempo isso se demonstra da maneira mais fácil. Qualquer elemento sensorial mínimo serve de prova para expor a impressão à qual um indivíduo foi submetido. Para si próprio, também não é difícil compreender suas próprias impressões (ainda que a maioria dos psicólogos continue a eterna batalha clínica do entendimento do “próprio eu”); o mais difícil é comutar essas impressões em algo que seja válido em sua exteriorização, ou seja, difícil mesmo é produzir uma expressão dessa impressão sentida, absorvida e, em certo sentido, vivenciada.

Inicialmente, é importante destacar que a expressão não pode se dar de maneira mínima e não suficientemente substancial, de modo a não transmitir nenhum conteúdo “em-si”. Ou seja, uma simples adjetivação desprovida de sentido próprio, por mais que possa ser tida como uma manifestação individual, não galga a configuração de expressão propriamente dita.

Dito isto e, sabendo-se que a perspectiva filosófica deleuziana é a própria manifestação da multiplicidade, pode-se chegar à denominação de que a expressão é a forma exemplar de o indivíduo transmitir aquilo que ele presenciou, embora isso não seja possível de ser feito, especificamente, pelos mesmos meios utilizados pela aquisição da impressão.

Como bem destaca Keith Ansell-Pearson (2002, p. 112), a explicação é a possibilidade de uma expressão singular em termos de uma variedade. Ou seja, quando se promove uma expressão propriamente dita, há a possibilidade de que o elemento intrínseco a ela seja colocado

de várias maneiras, e que assim seja provida a substancialidade (efetiva explicação) daquilo que porventura seja narrado ou relatado.

Na seara da psicologia, há uma questão fundamentalmente envolvida na expressão, a qual, segundo Mira y López (1967, p. 168), diz respeito à aptidão do sujeito descrever bem os fatos por ele presenciados. Isso sem falar, exemplificativamente, da possibilidade que um ouvinte tem de poder dar outros sentidos ao que ouve do narrador e, portanto, podendo também distorcer os fatos⁽⁴⁾.

Mesmo assim, é importante a regra de deixar ao indivíduo sua própria iniciativa de revelar os fatos e não de induzi-lo sob o pretexto de ajudá-lo. Pois, se assim for feito, não será raro que o sujeito testemunhe, cooperativamente, de modo a se “encaixar” ou se “enquadrar” naquilo que ele imagina ser o que o juiz gostaria de saber, deixando de revelar os fatos e as situações como ele realmente as viveu.

Essa situação se assemelha ao exemplo em que o paciente relata ao médico, não o que sente de verdade, mas tudo aquilo que ele percebeu ser o que o médico queria ouvir, em função de um hipotético diagnóstico feito, por ele mesmo, sem ter a capacitação técnica adequada para assim proceder.

Neste momento, chega-se ao ponto mais interessante do problema do ato de expressão do testemunho: é possível atingir um testemunho “puro” que não tenha sido influenciado pelo próprio questionador?

(4) Caso se fosse adentrar mais especificamente em outra vertente desse mesmo assunto, poder-se-ia falar da questão da linguagem presente nesse processo de expressão. Isso porque, a questão da transformação do que é ouvido, tal como denotam Silvia Tatiana Maurer Godo e Wanderley Lane (1999, p. 32), é o modo pelo qual “o homem transforma o outro e, por sua vez, é transformado pelas consequências de sua fala”. Deste modo, as práticas, as percepções e os conhecimentos se transformam não apenas quando são falados, mas quando também são ouvidos. Essa interação é que produzirá um relato válido ou não do ponto de vista da expressão.

Não se busca um rigor inalcançável na expressão dos testemunhos. Quando se fala em testemunhos puros, não se quer dizer que eles possam repassar todo o contexto realístico tal como o indivíduo o presenciou, quer-se apenas que o relato seja feito sem distorções do próprio agente encarregado de fazer as perguntas.

Nesse sentido, a averiguação das normas que devem ser seguidas para a obtenção de testemunhos puros e não deformados aparece aqui como o fator mais importante a ser perseguido na psicologia do testemunho. Por meio dessa metodologia, se conseguirá determinar de forma prática como o interrogador deve proceder para que, ao menos, não tenha um relato influenciado por aquilo que ele próprio gostaria de ouvir.

Embora seja execrável que a testemunha deforme seu relato por ela mesma (seja por qual finalidade que ela tenha), é muito pior e mais grave que ela faça isso motivada por perguntas sugestivas ou capciosas que lhe sejam dirigidas por um interrogador demasiadamente cioso de sua obrigação, porém, pouco técnico.

A gravidade de tal ato se intensifica em virtude do fato de que esse testemunho inidôneo é obtido com a influência direta do próprio magistrado, que, não tendo a mínima noção de como obter cientificamente as declarações judiciais, findam por trazer inverdades para o desdobramento do processo. Algo que influenciará, indubitavelmente, na sua (má) decisão futura.

3.3. Principais diferenças entre o testemunho dado por relato espontâneo e o obtido por interrogatório

Partindo-se do pressuposto básico de que o relato espontâneo seja algo feito de modo “sincero” e “verdadeiro”, é evidente que ele se mostrará mais “vivo” e mais “puro” e, portanto, menos deformado do que aquele obtido por meio de interrogatório. Ainda assim, não se pode dizer

que o testemunho espontâneo seja perfeito ou completo nos termos em que ele se propõe.

O problema com essa forma de testemunho (seu maior defeito) é ser dualmente incompleto e irregular. Ele é irregular porque sempre apresenta informações desnecessárias e não uniformes para que se elucide o caso ou evento que deva ser minimamente esclarecido. Este tipo de relato também é tido por incompleto porque geralmente apresenta uma miríade de informações que em nada se relacionam com os principais pontos do acontecimento a ser explorado, apenas apresentando elementos aleatórios e interpolados, totalmente inúteis, que não acrescentam nenhuma informação profícua ao desenrolar do processo.

É fácil, portanto, constatar que apenas um número reduzido de testemunhos espontâneos consegue dizer tudo o que interessa e nada mais do que interessa. Em síntese, eles findam por serem protelados pelas pessoas que os provêm de maneira inadequada, arrastando-se com elementos despiciendo para o processo de descrição de acontecimentos.

Já o testemunho obtido por interrogatório representa o resultado do conflito entre o indivíduo que sabe, por um lado, e o que as perguntas dirigidas a ele tendem a fazê-lo saber. Toda resposta é, com efeito, uma reação mista em que entram influências de ambas as partes, tanto do interrogado quanto do interrogador. A realidade discursiva acaba por ser um misto da expressão do interrogado a partir de suas respostas e também do interrogador, de modo indireto, mediante suas indagações, as quais podem ser deveras sugestivas do que deve ser dito pelo interrogado.

Nessa forma de testemunho, o agente prolator fica sempre sendo tolhido por aquele que direciona os questionamentos, de modo que, ao contrário da outra espécie de testemunho, não há perda de tempo com descrições dispensáveis, nem há irregularidade no discurso. Segue-se a trilha de desenvolvimento encetada pelo condutor das indagações, que conseguirá explorar os pontos ainda obscuros e deixar de

lado aqueles tópicos de menor relevância para o desenrolar do quadro fático.

Desta feita, é bastante comum que essa mistura da vivência do interrogado com o direcionamento inquisitivo daquele que pergunta pode gerar um quadro de testemunho não totalmente condizente com a verdade dos fatos ocorridos. Assim, segundo Mira y López (1967, p. 169), existem três motivos principais para que se origine uma resposta falsa nesse tipo de testemunho.

O primeiro desses motivos diz respeito a uma ideia implícita na pergunta que evoque, por associação, outra ideia não vinculada à realidade a ser testemunhada. Nesse caso, não há nem como indicar o mau procedimento do interrogador ao formular a pergunta. Bem, porque não há como ele saber de antemão quais são os assuntos que podem, dentro da mente do inquirido, desencadear uma evocação cruzada com uma informação falsa ou com outra memória qualquer que desestabilize o encadeamento lógico de seu discurso.

Esse tipo de evocação é a gênese da recuperação de uma memória que levará a uma resposta desvinculada do objeto inicial do interrogatório, conduzindo o inquirido a divagações, podendo ele, inclusive, começar a contar outros acontecimentos e eventos que, além de desvinculados do tópico inicial, simplesmente não possuam mais o elemento de verdade contido neles, haja vista que, nesse ponto, já lhe foi iniciado o processo de abstração com uma ideia diversa daquela apontada inicialmente.

O segundo motivo que pode conduzir a respostas falsas se refere ao surgimento de uma lacuna na memória do inquirido, resultante da pergunta feita, vácuo esse que ele procura preencher de forma aleatória ou ao acaso, de modo equivocado e inexato.

Na verdade, essa lacuna não existe apenas por “surgimento” (termo que evoca uma criação imediata durante o procedimento de interrogatório), tanto ela pode já estar (não) presente no inconsciente do indivíduo (ou seja, ele já

não se lembrava mesmo daquilo) quanto essa lacuna pode ter se originado no decorrer das indagações.

Nesse último caso, mais uma vez, percebe-se a forte influência do elemento emocional e afetivo na evocação de memórias. Pode ser que essa lacuna seja apenas o mecanismo de defesa do indivíduo, tentando preveni-lo de uma lembrança dolorosa ou estressante. Deste modo, apenas para se ver livre da pergunta que lhe foi feita, é comum que ele mesmo “invente” alguma situação que complemente o quadro mais amplo do evento que ele conseguiu se lembrar.

O problema com essas lacunas é que elas não aparecem, ao menos diretamente, para o interrogador. Ele não tem ciência de que há um descompasso parcial no testemunho do agente inquirido, afinal, aquilo que viria a ser uma lacuna é prontamente preenchida com uma informação qualquer.

O problema é que esse preenchimento opera-se de uma maneira descuidada e inexata. Os “fatos”, que são complementados dessa forma, não conduzem ao esclarecimento dos pontos ainda obscuros no testemunho e são, na maioria das vezes, apenas uma “dedução lógica” do interrogado sobre aquilo que “deveria” ser dito por ele. Isto é, não possuem a preocupação de corresponder à verdade.

O último motivo é afeito à relação social assimétrica existente entre juiz e testemunha, colocando-a em condição de inferioridade ou temor, algo que conduz a uma sugestão direta que a impeça de dar a resposta devida.

Isso é o que se costuma denominar de temor reverencial, que é que se manifesta para com as pessoas às quais se deve obediência (DOWER, 2005, p. 64). Essa colocação de inferioridade da testemunha em face do juiz faz com que ela se acanhe e tenda a responder do modo como seria “teoricamente mais adequado”, ou seja, o modo como o magistrado gostaria de escutar a narração de um determinado fato ou evento.

Esse temor de reverência expressa um medo que a testemunha tem em agradar essa figura. Afinal, na mentalidade comum, o juiz é uma figura de prestígio na sociedade, à qual toda obediência deve ser dispensada. Algo que pode levar à perspectiva de que ele “não pode ser contrariado”, nem ao menos naquilo que ele espera ouvir em um testemunho. Esse elemento já é mais do que suficiente para “guiar” a resposta da testemunha àquilo que o juiz gostaria de ouvir.

4. A metodologia da busca da verdade judicial: os elementos fundamentais inseridos no contexto do procedimento dos interrogatórios

4.1. As classes de perguntas mais importantes nos interrogatórios judiciais

Do ponto de vista psicológico e gramatical, podem ser distintas sete diferentes classes de perguntas. Essas perguntas formam a estrutura interrogativa que pode ser aplicada aos testemunhos judiciais. Ainda assim, deve-se salientar que nem todas elas são recomendadas para tal uso, haja vista que algumas delas apresentam um forte componente de sugestão, algo que pode induzir a emissão de respostas não verdadeiras por parte dos agentes interrogados.

A primeira das classes a ser analisada é a das afirmativas por presunção (do original em alemão: *Voraussetzungsfragen*), também chamadas de perguntas complexas. Como salienta Volker Prasch (2002, p. 224), essa é uma classe de perguntas feita por dois conjuntos de hipóteses. No primeiro deles, há a declaração insita ao questionamento. No outro conjunto, o interrogador se vale dos mecanismos questionadores para conjugar a declaração contida no outro conjunto e assim configurar a sua indagação.

Tais perguntas induzem a existência prévia de uma lembrança na mente da testemunha. Por isso mesmo que o termo original em alemão possui uma significância pragmática muito

maior que a sua tradução para o português; na sua língua própria, ele tem uma expressão de antecipação da própria lembrança ainda na mente de quem inquirir, e somente depois de feita a pergunta é que ela se projeta na mentalidade da pessoa que terá que relatar um dado acontecimento. Por motivos etimológicos, não há essa expressividade tão evidenciada na tradução em português dessa palavra.

Um exemplo prático dessa classe de questionamento consiste em perguntar de que cor era a gravata de um assassino, sem antes mesmo se saber se o inquirido tinha conhecimento de que o indiciado estava com gravata no momento do ocorrido.

Contudo, ainda que essa classe de perguntas se proponha a dar um efetivo direcionamento do interrogatório, tais questionamentos devem ser evitados com mais cuidado. Em virtude da sua grande capacidade de sugestão e de indução ao erro, tais perguntas não devem ser feitas para que não se tenha apenas um testemunho “viciado” às pressuposições do inquiridor, algo que dá total descrédito a esse procedimento.

A segunda classe de perguntas a ser analisada é a das perguntas disjuntivas parciais. Esse tipo de indagação se vale de uma dicotomização das respostas possíveis para excluir (ou ao menos reduzir) o universo lógico de possibilidades de resposta do interrogado. Assim sendo, há uma disjunção nas possibilidades de resposta para que o sujeito possa apenas escolher parcialmente (e mais especificamente) qual delas se atém melhor aos acontecimentos a serem por ele narrados.

Partindo do mesmo exemplo da gravata, o inquiridor pergunta, por exemplo, se a gravata do acusado era amarela ou negra. Embora, na lembrança do inquirido ela se parecesse mais com azul, ele responde, por proximidade das cores, que ela era negra.

A partir dessa breve exemplificação percebe-se qual o maior problema com essa classe de perguntas: elas simplesmente reduzem o universo de respostas e limitam sobremaneira a

descrição factual. Ou seja, a resposta correta (ou ainda, a resposta *mais correta*) pode ficar fora das possibilidades colocadas pelo inquiridor, haja vista que nem ele mesmo sabe qual a probabilidade de a resposta mais correta estar ou incluída nas duas possibilidades oferecidas. De maneira que o possível acerto na escolha da parcialidade da disjunção finda, por ser algo totalmente aleatório e inexato.

Alguns especialistas acreditam que uma boa estratégia de iniciar um interrogatório seja perguntar algo com o objetivo de enganar a testemunha (*modo premeditado* de conduzir a testemunha ao erro). Caso se parta do pressuposto de validade de tal assertiva, o manejo dessa classe de perguntas seria válido para esse escopo. Isso porque há uma forte garantia de engano (ou ao menos de confusão) do interrogado a partir desse tipo de pergunta, uma vez que, ao não vislumbrar uma possibilidade de resposta correta ao questionamento que lhe foi feito, ele se sentirá à vontade em responder qualquer coisa, pois tudo que ele possa responder estará incorreto de qualquer forma.

Continuando a análise das classes de perguntas que podem ser feitas durante um interrogatório, tem-se que existe uma grande estruturação que se divide em duas classes. Essa estruturação é denominada de condicionamento interrogativo, e as suas duas classes são as perguntas condicionais negativas e afirmativas.

Um bom exemplo das questões negativas condicionais é a seguinte interrogação: “o acusado usou um pedaço de madeira para atingir a vítima, não?” Nessa hipótese, há uma assertiva inicial do inquiridor para depois haver uma desconstrução simples, a partir da negação que promove a interrogação. Esse é um exemplo clássico de *tag questions*, expressões comuns na língua inglesa (e recentemente também na língua portuguesa) em que a própria negação induz à pergunta.

As questões afirmativas condicionais operam de modo bastante semelhante à classe de pergunta anteriormente analisada. Deste modo,

um exemplo desse tipo de interrogação é: “o acusado usou um pedaço de metal para atingir a vítima, sim?” Em comparação com o exemplo anterior, apenas há a substituição do termo negativo (não) pelo termo afirmativo (sim) sem que haja nenhuma outra alteração formal na estrutura da sentença. Ou seja, o núcleo discursivo dessa classe atém-se apenas à condicionante, podendo ela ser afirmativa ou negativa, de modo que o valor semântico remanesce inalterado por tal substituição.

Emílio Mira y López (1967, p. 171) entende que essas classes de perguntas devem ser proscrias em um interrogatório imparcial, pois obrigam o inquirido a decidir-se entre um sim e um não, condicionando previamente sua resposta.

Ainda assim, em virtude de uma melhor visualização da coação optativa que essas classes de perguntas impõem, gramaticalmente, ao indivíduo deve-se salientar que tais indagações ainda são menos perigosas que as duas primeiras classes analisadas. Isso porque a própria testemunha, ao perceber o intuito direcionador da resposta (que não se dá de modo tão sub-reptício como nas hipóteses anteriormente assinaladas), sabe reagir a esse tipo de pergunta com maior facilidade e naturalidade, podendo até indicar uma terceira via (não implicitamente contida no discurso) para se ver livre da condicionante do sim ou do não (muito embora essa não seja, a princípio, a atitude esperada pelo interrogador, o qual está apenas esperando pelo sim ou pelo não, sendo esse o seu escopo retórico a partir do uso das perguntas condicionais).

Não obstante, é comum se observar que o interrogado menos seguro de si e de suas afirmações sempre optará por responder de acordo com o que o interrogador sugerir-lhe a partir das perguntas efetuadas. Ou seja, em ambos os casos, tanto nas condicionais negativas quanto nas condicionais afirmativas, o interrogado assentirá com as assertivas feitas por quem o indagar; afinal, este será o caminho mais simples para satisfazê-lo.

A quinta classe de perguntas mais usuais em interrogatórios judiciais é a das perguntas diferenciais. Esse tipo de pergunta também é trivialmente conhecido como perguntas de sim ou não.

Ainda que possua um caráter menos parcial que as outras classes abordadas até agora (haja vista que a probabilidade de se obter uma resposta positiva ou negativa parece ser, aparentemente, equitativa), a resposta a esse tipo de pergunta tende a ser implicitamente ou afirmativa ou negativa, preferindo o interrogado responder de acordo com aquilo que o interrogador parecer esperar dele. Ou seja, mesmo que haja esse véu de imparcialidade, em virtude do fato de o interrogado poder minimamente optar pelo sim ou pelo não, mesmo que não haja uma predeterminação discursiva implícita no mecanismo da indagação, as testemunhas possuem a inclinação a responder de acordo com a representação (seja positiva ou negativa) da própria pergunta, para que assim possa ser satisfeita a vontade do inquiridor.

Outra classe de perguntas a ser trazida à baila na presente análise faz referência às perguntas disjuntivas completas. Elas são, na verdade, o complemento evolutivo da classe anterior das perguntas disjuntivas parciais. A grande diferença entre essas duas classes consiste na impossibilidade de as disjuntivas completas fornecerem uma limitação probabilística da resposta do agente inquirido.

Destarte, o inquiridor não restringe o universo amostral do que pode ser perguntado a apenas duas hipóteses que ele acha que sejam convenientes para a elucidação dos acontecimentos. No caso das perguntas disjuntivas completas, ele deve partir de algum fato previamente afirmado pelo interrogado, ou ao menos entre um não esclarecimento (ou não congruência) entre dois fatos distintos (sempre tendo como pressuposto que o próprio interrogado os tenha afirmado) para perguntar se “era assim ou não era assim”?

Repare-se que é indispensável que não haja uma prévia interpretação do agente inquiridor sobre os fatos. Pois, se assim o fosse, as disjuntivas completas seriam equivalentes às perguntas diferenciais (apenas sim ou não). A grande implementação trazida por essa sexta classe de perguntas consiste em dar a oportunidade de o interrogado expressar o modo como algo ocorreu ou não ocorreu, podendo, dessa maneira, até retificar ou implementar assertivas feitas por ele mesmo em momentos anteriores do interrogatório, fatos esses que porventura tenham ficado pouco claros ou ainda pendentes de maiores esclarecimentos.

Como se pode notar das observações feitas, essas perguntas são as que possuem um menor grau de sugestão dentre todas as classes que foram estudadas até o presente momento.

Há quem aponte que elas podem ser utilizadas validamente para a condução de um interrogatório judicial, sem que a imparcialidade desse procedimento afigure-se comprometida (ainda que elas exibam um mínimo grau de influência do interrogador sobre o interrogado, há de se convir que extirpar totalmente essa influência é algo que beira o limite da utopia). Todavia, deve-se registrar que essa classe de perguntas ainda não é a ideal, pois existe outra classe de perguntas que consegue ser mais incisiva na determinação expressiva dos acontecimentos a serem narrados.

A última classe é aquela que possui um maior caráter de indicação objetiva no discurso interrogativo. Ela é denominada de classe de perguntas determinantes. A sua característica mais marcante mantém-se adstrita ao fato de ela se valer, precipuamente, de perguntas com pronomes interrogativos para promover a interpelação dos sujeitos-alvo do procedimento em comento. As perguntas determinantes são aquele tipo de pergunta que realmente podem ser tidas e chamadas de imparciais pelos operadores jurídicos, ou seja, são aquelas que realmente atendem ao comando constitucional da imparcialidade (desde que se parta do pressuposto que

esse princípio deve ser aplicado de maneira indistinta aos elementos processuais) estatuído no *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988.

Essas perguntas se valem, basicamente, dos pronomes “como”, “quando”, “onde” e por quê” para efetuar a sua inserção interrogativa no universo de possibilidades de resposta do interrogado. Como, por exemplo, “você viu como o acusado estava vestido naquele dia”?; “quando você chegou ao local do crime”?; “por que o acusado estava segurando aquele machado ensanguentado”? ou “onde você estava na hora do ocorrido”?

Ao se valer desses pronomes, o interrogador não insere e nem incute de maneira prévia nenhuma informação nas possibilidades de resposta do agente indagado. Assim sendo, há uma maior possibilidade que as memórias e lembranças por ele deduzidas em juízo possuam uma correspondência mais vívida e mais verdadeira com os acontecimentos por ele presenciados. Isso porque o conteúdo informativo narrado será de sua própria autora, e não algo simplesmente mediado pelo seu interlocutor, que seria, no caso das demais perguntas, também o agente construtor da resposta dada.

4.2. Os mecanismos para se atingir o grau máximo de sinceridade nas respostas em interrogatórios judiciais

Os meios e mecanismos psicológicos anteriormente abordados faziam referência à possibilidade de o magistrado aferir ou comprovar o grau de sinceridade das respostas dadas em um interrogatório. No tópico em comento, a preocupação é outra. O escopo de tal tópico consiste não em simplesmente encontrar a sinceridade nas declarações dos interrogados, nem definir a sua validade, o presente tópico dispõe acerca dos instrumentos psicológicos dos quais o magistrado pode se valer para aumentar essa sinceridade nos testemunhos e interrogatórios judiciais.

Inicialmente, cabe fazer um breve destaque para o fato de que a técnica que é comumente usada para se obter o escopo anteriormente definido consiste em algo extremamente danoso ao interrogado e deveras contraproducente para o próprio desenvolvimento do processo. Isso porque as técnicas que são mais utilizadas consistem apenas na atemorização do inquirido, de modo a prometer-lhe um mau futuro (um castigo, uma punição ou algo semelhante; a terminologia nesse caso não é algo fundamental), caso a sinceridade não seja a toada de seu discurso.

As reprimendas prometidas em caso de falsidade das declarações são variadas, vão desde repressões e ameaças de base legal (como enquadrar a testemunha, os peritos e demais atores processuais nos arts. 342⁽⁵⁾ e 343⁽⁶⁾ do Código Penal) até mesmo submeter os inquiridos a ordálias⁽⁷⁾ e outros castigos e sortilégios de cunho não científico.

(5) Art. 342 do Código Penal, *in verbis*: “Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena — reclusão, de um a três anos, e multa. § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. § 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.”

(6) Art. 343 do Código Penal, *in verbis*: “Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação: Pena — reclusão, de três a quatro anos, e multa. Parágrafo único. As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.”

(7) A ordália consiste em submeter as pessoas a determinada prova, supondo-se que Deus (ou os deuses, nos casos das sociedades de formação religiosa politeísta) não a deixaria sair com vida, ou sem algum sinal evidente, caso estivesse faltando com a verdade (SARAIVA, 2006, p. 344). Eram mais comumente utilizadas em sociedades antigas para obter juízos divinos acerca dos

O único fator que importa para resolver esse problema é a consciência moral dos declarantes, ou seja, o grau de amor à verdade e à justiça. Isso porque, como explana Adolfo Sánchez Vázquez (2005, p. 186), “a consciência moral assume a função de uma instância ineludível, ou de um juiz diante do qual todo ato moral deve apresentar os seus títulos”. Dito de outra forma, a atemorização psicológica prometida para aqueles que declararem algo falso perante o juízo, no momento de seu testemunho, é a mola propulsora para que, segundo a sua própria consciência moral, os interrogados que prezam por tal conduta ética, sequer cogitem não serem sinceros em suas declarações.

No entanto, há de se ponderar que, geralmente, os amorais ou imorais não se impressionam tanto com as ameaças ou severidades tanto quanto os morais. Por isso, com apoio nas lições de Mira y López (1967, p. 172), há de se julgar supérfluo o juramento, bem como também deve-se acreditar que sejam absolutamente insuficientes (mesmo quando necessárias por disposição legal) as advertências sobre a responsabilidade inerente ao ato de testemunho. Afinal, aquele que não tem nenhum escrúpulo ou inclinação moral não sofrerá nenhuma influência desse tipo de direcionamento ético-procedimental.

Um mecanismo técnico mais recomendável que a atemorização do inquiridor consiste na análise psicológica prévia da personalidade do interrogado e da sua posição na situação a ser narrada. A partir dessa análise, pode-se determinar qual a intenção que o guia e o inclina no momento em que ele presta seu depoimento.

A partir dessa abordagem prévia, já se consegue delinear se o testemunho do inquirido será ou não eivado de parcialidade. Nessa toada, desde logo, verificada a parcialidade, deve-se perscrutar se ela deriva de um motivo nobre

delitos e demais ilícitos praticados na sociedade. Muito embora não seja incomum, em alguns rincões, encontra-se tal tipo de prática ainda a ser feita nos dias hodiernos.

(compaixão, generosidade, bondade, honra, sentimento de justiça, dentre outros), de um motivo vil (vingança, inveja, ira, ódio, dentre outros) ou simplesmente a parcialidade se identifica com o desejo egoísta de não se comprometer com os fatos e permanecer deles afastados.

No entanto, há de se asseverar que a análise dessas situações de parcialidade não é uma tarefa tão simples, isso porque é comum que haja uma fusão de todos esses motivos, seja de maneira alternada ou sucessiva, na progressão das declarações dos interrogados. Ou seja, todos os fatores anteriormente referidos podem ser somados, de maneira conjunta ou seccionada, podendo variar, inclusive, de acordo com os fatos ou as pessoas às quais os acontecimentos a serem relatados façam alusão ou referência. Por esses motivos, faz-se indispensável uma sutil análise psicológica destes “imponderáveis” e “inconfessáveis” que tanto influenciam na obtenção de testemunhos e atestados inexatos e injustos.

Existem duas possíveis saídas para esse impasse: uma eminentemente teórica e a outra com fundamentos mais pragmáticos.

A primeira se baseia em destituir de todo caráter determinista a oficialidade dos testemunhos obtidos pelos meios judiciais. Ou seja, essa saída parte do pressuposto de que todas as afirmações feitas em juízo são, em algum grau ou de algum modo, fadadas a ser sempre parciais.

Assim sendo, não há como tentar simplesmente conferir uma maior credibilidade ou aferir um maior grau de sinceridade às respostas dadas nos interrogatórios judiciais. Deve-se, apenas, admitir que tais inquirições são inúteis e conseguir outro meio de conseguir as informações sobre os fatos e os acontecimentos concernentes aos processos judiciais.

Essa outra possibilidade de conseguir tais informações existe no modelo americano, o qual criou a figura dos “trabalhadores sociais” (*social workers*). Esses trabalhadores fazem o

serviço externo de coletar, reunir e catalogar informações sobre eventos e acontecimentos que importam para os processos judiciais em curso (REAMER, 2009, p. 121).

O grande benefício trazido por essa forma de aquisição de dados e informações acerca de fatos e eventos de suma importância para os procedimentos judiciais (principalmente na fase de conhecimento) consiste no caráter oficioso e secreto conferido às informações recolhidas. Afigura-se, portanto, a possibilidade de se conhecer muito mais “verdades” que aquelas trazidas à baila pela informação oficial de um interrogatório judicial.

Por intermédio dos trabalhadores sociais tem-se uma variação mais elástica do conhecimento dos ocorridos, de modo que se proporciona uma visão mais sincera do que cada testemunho pode oferecer e de fato conhece sobre o assunto a ser julgado.

Todavia, a aplicabilidade desse mecanismo no atual modelo judiciário brasileiro é bastante discutível. Um dos grandes entraves para sua aplicação seria a necessidade de conferir a esses trabalhadores a mesma fé de ofício atualmente concedida para os tabeliães e os oficiais de justiça. Desta maneira, as informações que fossem diretamente colhidas *in loco* por esses agentes estatais poderiam ser utilizadas como fundamento probante em procedimentos das mais diversas searas do direito.

Outro grande problema que a adoção desse sistema poderia acarretar diz respeito à possibilidade de se desprestigiar os princípios da celeridade e da razoável duração do processo. Diferentemente do sistema de interrogatórios atualmente existente, as informações colhidas em campo pelos trabalhadores sociais demoram bem mais tempo para serem reunidas, coletadas e repassadas ao juízo. Isso porque não há uma hora marcada para que elas ocorram, e essa coleta depende muito da habilidade social desses trabalhadores, não sendo nem garantido que eles consigam extrair ou recolher as informações indispensáveis para o desenrolar dos

processos. Pode ser que eles nem consigam obter tais informações e o processo simplesmente permaneça estagnado por longos períodos de tempo, seja em função da impossibilidade de obtenção da informação necessária ou seja em função da inabilidade profissional do agente em conseguir tais dados.

Assim sendo, deve-se ter em mente que a solução dos impasses apresentados por essa solução teórica é algo muito complicado, algo que necessitaria de uma profunda mudança na estrutura jurídica do país e também reclamaria por uma mudança na mentalidade cultural da própria população, a qual teria que ter sua parcela de contribuição nos testemunhos para que essa forma de obtenção de dados fosse minimamente viável.

A outra solução que se apresenta possui um viés prático muito mais aguçado. Ela se baseia na aplicação de conceitos e conhecimentos da psicologia individual ao problema particular de cada declarante. Assim, sua realização exige a aplicação de uma técnica especial criada para cada situação peculiar.

Nesse horizonte, nas hipóteses em que se suspeita de parcialidade para fins altruístas, convém fazer chegar ao espírito da testemunha a convicção de que uma atuação parcial poderá ser desfavorável ao acusado. É fácil fazê-lo notar isso na medida em que duas ou mais declarações diferentes possam fazer o juiz optar por não dar crédito a nenhuma delas.

Bons resultados podem ser obtidos pela denominada declaração “centrípeto”, meio de obtenção de dados em que não se fala nada sobre o acusado, mas, em troca, se solicitam informações a respeito de reações secundárias à ação ou conduta que se desejam esclarecer. Deste modo, a testemunha não estabelece nenhuma relação entre a sua declaração e um provável prejuízo a uma pessoa que ele queira proteger, mas, em troca, as declarações fornecidas convergem para que se chegue, por inferência, até o centro ou núcleo da situação a ser julgada.

Faz-se mister, portanto, trazer à baila um exemplo de questionamento segundo o método centrípeto: “Crê a senhora que o trabalho de seu filho era suficientemente recompensado e era devidamente apreciado pelos seus patrões na joalheria onde trabalhava? A resposta a tal indagação tende a ser: “De um modo geral, não davam o devido valor a meu filho.”⁽⁸⁾ Sabe-se desse modo, pelo segundo relato, que o rapaz tinha, ao menos, um motivo para poder desejar se apoderar de uma joia em seu local de trabalho.

Esse método é bastante diferente da declaração “centrípeto”. Nesse método de obtenção da verdade, o inquiridor se foca diretamente em questionamentos que se direcionem para o fato a ser conhecido, centrando-se nas suas possibilidades de ocorrência. Essa metodologia não é recomendada nesses casos em que o interrogado deseja proteger alguém, ou seja, hipóteses em que sua parcialidade é patente.

Isso porque, nessas hipóteses, qualquer referência explícita à pessoa que o indagado tenciona proteger apenas fará com que ele rechace o núcleo explicativo do ocorrido, fazendo com que o foco seja desviado ou que ele invente qualquer alibi, simplesmente para que a pessoa que ele não deseja que sofra o prejuízo de suas declarações permaneça incólume no decorrer do procedimento interrogatório.

Tal como foi feito com o outro método, afigura-se imperioso colocar em destaque um questionamento que exemplifique o método centrípeto: “O Senhor sabe que seu filho foi visto em uma casa de penhor e que foi ali perguntar se era preciso um recibo de compra para poder penhorar joias?” A resposta a esse questionamento corresponde à seguinte declaração: “Não sabia, mas nada tem de particular que o fizesse para informar a algum amigo que lhe tivesse perguntado.”⁽⁹⁾ Mediante esse método

(8) Modelo de perguntas e respostas retirado dos exemplos de interrogatórios fornecidos por Mira y López em sua obra sobre Psicologia Judiciária.

(9) Apenas se deve fazer uma ressalva de cunho técnico-jurídico que parentes (os pais, nos exemplos dados),

não se consegue atingir o fim colimado, de maneira que o interrogado tende apenas a fugir do cerne das perguntas para que o ente querido a ser protegido não seja posto em uma situação ruim.

Diante do exposto, há de se concluir que nos casos em que há parcialidade dos interrogados o método mais adequado para a obtenção de dados mais concretos e verdadeiros se traduz na utilização de questionamentos centrípetos.

Isso porque a intenção da pergunta, como é natural que o seja, é mais difícil de ser percebida nesse método de inquirição, uma vez que quanto mais distante o contexto da interrogação da pessoa que o inquirido quer proteger mais difícil será para que o declarante perceba que está sendo indiretamente conduzido a fornecer a resposta adequada.

Em síntese, caso se queira atingir um maior nível de sinceridade nas respostas deve-se evitar perguntas que fomentem ou se predisponham à insinceridade nas respostas dos indagados.

4.3. Causas mais comuns da inexatidão do testemunho

Em primeiro lugar, cabe lembrar que o *hábito* foi tido como uma das primeiras causas no presente trabalho abordadas que denotaram influenciar diretamente na percepção do indivíduo acerca da sua realidade. Em virtude desses elementos costumeiros, desvelou-se como mais comumente tem-se a percepção das coisas como se queria que o fosse, em contraposição de como elas realmente se apresentam. Essa é uma das causas mais elementares de inexatidão do testemunho, precipuamente por conta da atribuição de definição dos fatos de modo diverso do real, operada pelo próprio sujeito declarante.

por disposição legal, não podem ser testemunhas, no sentido técnico da palavra. Elas podem, no entanto, ser ouvidas como declarantes, hipótese em que não prestam juramento de verdade. Ainda que haja essa pequena ressalva preferiu-se por não alterar os exemplos dados e manter a coerência original com o autor usado como fundamento bibliográfico desse tópico.

Em segundo lugar, deve-se indicar como causa dessa inexatidão outro elemento que também já foi anteriormente abordado: a *sugestão* inserida nos questionamentos dos interrogatórios judiciais. Esse automatismo de viés determinista gerado pela presença de indicações diretivas de resposta finda por condicionar as respostas dos inquiridos para algum contexto almejado pelo próprio magistrado inquiridor.

Ele é deveras danoso para a própria condição elementar de imparcialidade do processo, isso sem que se fale na própria distorção dos discursos testemunhais, os quais acabam por não corresponder, nem mesmo que minimamente, a uma descrição da realidade ocorrida, sendo, deste modo, apenas um indicativo daquilo que foi inicialmente sugerido pelo próprio interrogador, e não a realidade subjetiva percebida pelo próprio indagado.

A terceira causa a ser apontada como responsável pela inexatidão dos testemunhos obtidos em juízo diz respeito à *confusão no tempo*, instituto também usualmente denominado de *transposição cronológica*.

Essa causa está associada à crença de que o indivíduo possui que se sucederam fatos que, na verdade, ocorreram em momento temporal pretérito ao por ele imaginado (e vice-versa) da situação a ser por ele testemunhada. Nessa instância de indefinição psicológico-temporal, confundem-se as delimitações temporais de cada evento ocorrido, pensando que alguns eventos aconteceram antes ou depois da sua real efetivação.

O grande problema envolto nessa problemática de colocação temporal é que os magistrados, que são os responsáveis pelas inquirições, não possuem o conhecimento psicológico adequado para saberem que a localização de vivências é um dos processos mentais mais instáveis e susceptíveis de alterações e desequilíbrios. Assim sendo, ao pedirem para que sejam relatados dados específicos, como datas, horas e momentos destacados de tempo, ou se cria uma confusão mental nos inquiridos ou

se agrava os possíveis desencontros temporais que já existem em sua mente.

Como já mencionado, existe a questão da superestima e da subestimação de alguns lapsos temporais (como também de algumas medidas aritméticas) que são costumeiramente feitas pelos declarantes. Todavia, o enfoque nessa análise da transposição cronológica não se dá nesse sentido. O importante a ser destacado é que há influência emocional e afetiva sobre a percepção do transcorrer temporal.

Entretantes, é comum que se perceba que momentos agradáveis tendem a ser descritos como “horas que passam mais rápido”, ao passo que momentos penosos e desagradáveis são usualmente descritos como “horas intermináveis”, é como se houvesse a dilatação do espaço-tempo *ad infinitum* nas hipóteses de desconforto, haja vista que o tempo simplesmente parece “não passar”.

Essas assertivas, por mais que se aproximem de clichê acerca do transcurso do tempo, são importantes para salientar a forma como devem ser inquiridas algumas testemunhas quando se tratar de eventos que exijam uma determinação temporal específica. É comum que as pessoas com um grau de instrução menor não saibam sequer as medidas temporais para determinação ou indicação de eventos. Nesse sentido, recomenda-se que haja uma abordagem concreta para tais definições, ou seja, deve-se induzir uma comparação direta entre fatos e eventos, sem que se recorra ao sistema horário para tais descrições.

Essa técnica da comparação direta é mais efetiva para essas pessoas porque não se vale de abstrações (afinal, o sistema horário numérico é uma abstração temporal com a qual nem todas as pessoas são familiarizadas, muito menos aquelas de menor instrução) para traçar e delinear descrições factuais. É mais fácil que uma testemunha continue a tergiversar caso o inquiridor insista em fazer abordagens temporais numéricas, como por exemplo: “esse evento

durou quanto tempo? Aproximadamente meia hora? Ou pouco mais que um quarto de hora?”

No entanto, caso a abordagem se dê de forma concreta é mais provável que o indagado responda com mais propriedade às perguntas. Assim sendo, deve-se traçar um comparativo do lapso temporal que se procura descobrir com algum fato cotidiano da testemunha para que se tenha, por aproximação, o tempo transcorrido em tal evento. Por exemplo: pode-se perguntar se determinado fato demorou tanto tempo para ocorrer quanto o tempo que o inquirido gasta para almoçar. Ou seja, algo que não lhe demanda uma abstração temporal, mas que ele, intuitivamente, sabe responder, haja vista que é algo trivial em sua percepção do transcurso do tempo, afinal, esse intervalo temporal já lhe é bastante próximo, algo que não fará com que ele se confunda ou se atrapalhe durante a descrição dos fatos e dos eventos.

O quarto motivo (ou causa) de inexatidão de depoimentos e de testemunhas fornecidos em interrogatórios judiciais é a *tendência afetiva* que, fatalmente, engendra-se no indivíduo diante de qualquer situação fática que o faça sentir simpatia ou antipatia, não apenas com relação às pessoas envolvidas no caso, mas para tudo que existe, como, por exemplo, outras situações ou, até mesmo, locais em que os acontecimentos ocorrem.

Destaque-se que essa quarta causa, embora tenha sido a última a ser mencionada no elenco dos motivos determinantes para a inexatidão dos testemunhos é, na verdade, a primeira em relevância para que haja a referida inexatidão. Isso porque, apenas teoricamente, se pode falar em *vivências neutras*. Na prática, tudo que é experimentado, observado e percebido está intimamente ligado ao tono afetivo, de modo que todas as lembranças são afetadas por esse componente emocional, inexoravelmente.

Nesse horizonte, não há como fugir ou tentar se imiscuir da tendência deformante (associada

ao sentido de exagerar ou dissimular situações) que as afecções causam aos testemunhos e influenciam em todo o percurso do processo psíquico que culmina na emissão de um juízo. Ressalve-se apenas que essa tendência em nada tem a ver com a deformação voluntária e consciente da realidade, efetuada com o intuito de favorecer ou prejudicar alguém. Esse caso de deformação involuntária é uma consequência natural do processamento psíquico do indivíduo que está sujeito a tais transformações de lembrança e de percepção da sua realidade pretérita.

4.4. Influência do tipo de personalidade na classe do testemunho

Depois de todas essas análises, pode-se perceber a enorme influência que o tipo de personalidade exercerá na moralidade e na lisura de um testemunho qualquer. Esse fator de influência é tão importante que o valor de uma declaração só deve ser aferido após o conhecimento da pessoa que o fez.

Aliás, esse entendimento, por si só, já é sólido o suficiente para que se demande o procedimento de exame psicológico prévio a toda e qualquer pessoa que venha a ser inquirida em juízo. O único empecilho para tal protocolo seria a demora que esses procedimentos ocasionariam, algo que poderia comprometer, de maneira substancial, o princípio da celeridade e da razoável duração do processo.

Genericamente, há de se dizer que não há uma obrigatoriedade entre a precisão dos testemunhos e a sua veracidade. No entanto, há de se salientar, que o mais comum é que essas duas qualidades dos testemunhos estejam sempre em paralelo, é raro que haja algum caso que seja bastante preciso e, ainda assim, inverídico. Ou seja, a precisão de um testemunho é, no mínimo, um bom indicativo de que aquilo que está sendo dito pode ser creditado como a verdade dos fatos e dos acontecimentos.

Também é correto afirmar que o grau de extroversão da personalidade do indivíduo é

algo que contribui de maneira significativa para a facilidade de obtenção do testemunho. Isso, todavia, não representa, necessariamente, que esse testemunho seja constante, isto é, não há como se asseverar que a facilidade em obter o relato se corresponda com uma declaração pouco influenciável pelas circunstâncias exteriores (já abordadas) e pelo tempo. Afinal é nisso que se calca o conceito de constância dos testemunhos.

De outra banda, os indivíduos com características de personalidade mais introvertida costumam falar pouco, algo que conduz à emissão de respostas mais escassas (em termos de conteúdo) e até mesmo mais subjetivas (alguns estudiosos da psicologia indicam que esse elemento em seus testemunhos é proveniente da própria experiência iterativa reduzida, algo que faz com que eles não desenvolvam as capacidades discursivas objetivas adequadamente).

Porém, deve-se destacar que os testemunhos das pessoas com esse tipo de personalidade é o que tende a ser mais constante. Ou seja, é comum que não haja a influência de fatores externos e do próprio tempo sobre os testemunhos das pessoas introvertidas, isso é algo que tende a ser o contrapeso com a subjetividade e a escassez de seus depoimentos.

5. Referências bibliográficas

ANSELL-PEARSON, Keith. *Philosophy and the adventure of the virtual: Bergson and the time of life*. London: Routledge, 2002.

AUSTIN, John Langshaw. *Sense and sensibilia*. New York: Oxford University Press, 1962.

CUTLER, Brian L. *Expert testimony on the psychology of eyewitness identification*. New York: Oxford University Press, 2009.

DELEUZE, Gilles. *Expressionism in philosophy: Spinoza*. Trad. Martin Joughin. New York: Zone Books, 1992.

DOWER, Néelson Godoy Bassil. *Direito civil simplificado: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Nelpa, 2005.

- FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GODO, Silvia Tatiana Maurer; LANE, Wanderley (Orgs.). *Psicologia social: o homem em movimento*, 13. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- GUILLAUME, Paul. *Psicologia da forma*. Trad. Irineu de Moura. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1960.
- HUFFMAN, Karen; VERNROY, Mark; VERNROY, Judith. *Psicologia*. Trad. Maria Emilia Yamamoto. São Paulo: Atlas, 2003.
- HUME, David. *An enquiry concerning human understanding*. New York: Cosimo, 2008.
- JOSLYN, Marc. Figura/fundo: Gestalt/Zen. In: PERLS, Frederick S. *et al.* (Comp.) *Isto é Gestalt*. Trad. George Schelesinger, Maria Júlia Kovacs. 4. ed. São Paulo: Summus, 1977.
- JUNG, Carl Gustav. *A natureza da psique*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.
- JUNQUEIRA, Camila; COELHO JUNIOR, Nelson Ernesto. As neuroses atuais: primeiras observações psicanalíticas dos quadros Borderline? In: *Psicologia clínica*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, 2006. p. 25-35.
- MATTIESEN, Emil. *Das persönliche überleben des Todes: eine Darstellung der Erfahrungsbeweise*. Berlin: De Gruyter, 1968. v. 2.
- MIRA Y LÓPEZ, Emílio. *Manual de psicologia jurídica*. Trad. Elso Arruda. São Paulo: Mestre Jou, 1967.
- MYERS, David G. *Introdução à psicologia geral*. Trad. Alfredo Barcellos Pinheiro de Lemos. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.
- PAIM, Isaías. *Curso de psicopatologia*. 11. ed. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1998.
- PAVLOV, Ivan Petrovich. *Los reflexos condicionados aplicados a la psicología e la psiquiatria*. Buenos Aires: Ediciones Nordluz, 1954.
- PERLS, Fritz. *A abordagem gestáltica e testemunha ocular da terapia*. Trad. José Sanz. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.
- PRASCH, Volker. *Die List in der Vernehmung und Befragung des Beschuldigten: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Täuschungsverbots des § 136a StPO*. 2002. 336 f. Tese (Doutorado) – Direito, Alta Faculdade de Direito da Universidade de Köln, Köln, 2002.
- REAMER, Frederic G. Ethical issues in social work. In: ROBERTS, Albert R.; GREENE, Gilbert J. (Orgs.). *Social worker's desk reference*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 121-127.
- SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Método, 2006.
- STYX, Gary. Doença de Alzheimer: como prevenir a escuridão. In: *Scientific American Brasil*, São Paulo, n. 98, p. 34-41, jul. 2010.
- VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 36. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- WEINER, Irving B.; FREEDHEIM, Donald K.; GOLDSTEIN, Alan M. *Handbook of psychology: forensic psychology*. New Jersey: John Wiley and Sons, 2003.
- WEITEN, Wayne. *Introdução à psicologia: temas e variações*. Trad. Zaira Botelho e outros. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 2002.

Empregado terceirizado: consequências do acidente de trabalho e da doença profissional

Aline Moreira da Costa^(*), Leandro Krebs Gonçalves^(**) e Victor Hugo de Almeida^(***)

Resumo:

- ▶ O desenvolvimento da sociedade pós-industrial, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, estimulou a especialização, a competitividade e a lucratividade, alcançadas mediante a descentralização da atividade empresarial. Surge, pois, a terceirização. Essa modalidade de contratação, em matéria social, culminou na precarização das condições laborais, favorecendo a ocorrência de acidentes do trabalho e doenças profissionais. Diante da ausência de legislação específica, que definisse seus parâmetros e limites, subsistem questionamentos acerca da responsabilidade pela prevenção e pela reparação dos danos decorrentes de acidentes do trabalho e de doenças profissionais, não obstante a edição da Súmula n. 331 do TST. Em função do comprometimento da saúde dos empregados terceirizados, objetivamos discutir a responsabilidade das empresas — tomadora e prestadora de serviços. Para o exame da matéria, este estudo apropriou-se da dogmática jurídica, da análise jurisprudencial e do método de casos. Debatendo impactos da terceirização na saúde e na qualidade de vida no trabalho, enfatizamos o *telemarketing* — principal atividade terceirizada no país. Em conclusão, cabe ao empregador — direto e indireto — zelar pela preservação das integridades física, psíquica e moral do trabalhador, como garantia da manutenção da sua dignidade como pessoa e de condições de acesso a um trabalho decente.

Palavras-chave:

- ▶ Terceirização — doença profissional — acidente do trabalho — meio ambiente do trabalho — responsabilidades do empregador e do tomador de serviços — *telemarketing*.

(*) Advogada Trabalhista. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Taubaté, em Direito Público pela Universidade de Taubaté e em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito Social. Mestranda em Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

(**) Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestrando

em Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

(***) Advogado Trabalhista. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Moura Lacerda – Ribeirão Preto/SP. Mestre pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Doutorando em Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Problematização: terceirização. Empregado terceirizado. Definição. Previsão legal
- ▶ 3. O fenômeno da terceirização e a degradação das condições de trabalho
- ▶ 4. Lesões acidentárias: acidente do trabalho, doença profissional e doença do trabalho
- ▶ 5. Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: medidas preventivas
 - ▶ 5.1. Meio ambiente do trabalho
 - ▶ 5.2. Insalubridade e periculosidade
 - ▶ 5.3. Fornecimento de EPIs-EPCs
 - ▶ 5.4. Assédio moral
- ▶ 6. Responsabilidade da tomadora de serviços: punição e educação
 - ▶ 6.1. As repercussões da experiência estrangeira
 - ▶ 6.2. Responsabilidade civil subjetiva ou objetiva
 - ▶ 6.3. Responsabilidade civil subsidiária ou solidária
 - ▶ 6.4. Responsabilidade penal da tomadora de serviços
- ▶ 7. Consequências do acidente de trabalho e da doença profissional no *telemarketing*: um estudo de caso
 - ▶ 7.1. Histórico do *telemarketing*
 - ▶ 7.2. O adoecimento dos teleoperadores
 - ▶ 7.3. A influência do meio ambiente do trabalho na saúde e na qualidade de vida dos trabalhadores
 - ▶ 7.4. A responsabilidade da empresa tomadora de serviços de *telemarketing*
- ▶ 8. Considerações finais
- ▶ 9. Referências bibliográficas

1. Introdução

A terceirização, tema recorrente na doutrina brasileira, atinge grande parte dos trabalhadores, mas ainda carece de legislação específica, dentro do nosso ordenamento jurídico, que estabeleça seus parâmetros e limites.

Quando se busca analisar a responsabilidade da empresa contratante dos serviços terceirizados, o problema é ampliado. Nada obstante a edição da Súmula n. 331 do TST, que estabelece a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, ainda subsistem questionamentos, em especial, quanto à prevenção e à reparação dos acidentes de trabalho e das doenças ocupacionais.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, é direito dos trabalhadores a *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança* (art. 7º, XXII), além de meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado, *essencial à sadia qualidade de vida* (art. 225). Esses postulados geram ao empregador a obrigação de cumprir normas atinentes às condições de execução do trabalho. Além disso, conforme se pretende demonstrar, os deveres de diligência e fiscalização também atingem os demais beneficiários da exploração da força de trabalho humano.

O fenômeno da terceirização provoca a degradação progressiva das condições de trabalho.

A necessidade de reduzir custos, para viabilizar maior competitividade e lucratividade no mercado, determina a diminuição de investimentos das empresas em segurança do trabalho. É deixado a cargo da jurisprudência definir o grau de responsabilização da tomadora de serviços (subjéctiva ou objectiva, subsidiária ou solidária), com ênfase no carácter punitivo e pedagógico do dever de reparação que daí emana. Analisando-se a legislação brasileira, em confronto com diretrizes encontradas em outros ordenamentos, emergem discussões sobre as repercussões, penal e/ou civil, originárias do descumprimento das normas reguladoras do ambiente laboral.

Pelo método de casos, abordaremos as consequências do acidente de trabalho e da doença profissional no *telemarketing*. Este constitui a principal actividade terceirizada no Brasil e o segundo sector que mais emprega, atrás somente do comércio varejista. Registra, ainda, anualmente, consideráveis índices de faturamento.

Afora as motivações de razão económica acima apontadas, o trabalho em teleatendimento apresenta elevados indicadores de afastamento por doenças ocupacionais e acidentes de trabalho. A literatura específica qualifica o *telemarketing* como actividade patogénica ao sistema psíquico e orgânico, por causar sobrecarga psicognitiva, distúrbios auditivos e vocais, distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho (DORT), estresse, depressão, dentre outros prejuízos à saúde física e psíquica dos teleoperadores. Essa heterogeneidade de enfermidades revela a impossibilidade de analisar a precarização do trabalho sem transitar pelos diversos aspectos que compõem o meio ambiente do trabalho (factores físicos: aspectos ambientais, arquitetúrais-tecnológicos e sociais; factores pessoais: biogénéticos, comportamentais e psicológicos).

O presente estudo visa, assim, elucidar os efeitos perversos da dinâmica da terceirização nas relações de trabalho. Consiste objectivo

fundamental da nossa pesquisa incrementar as formas de protecção da saúde do trabalhador.

2. Problematização: terceirização. Empregado terceirizado. Definição. Previsão legal

O desenvolvimento da sociedade pós-industrial, em especial após a Segunda Guerra Mundial, levou as empresas a buscar maior especialização, competitividade e lucratividade (produtividade e qualidade), mediante a descentralização da actividade empresarial. Esse procedimento ficou conhecido como terceirização, ou ainda, subcontratação ou externalização de serviços⁽¹⁾.

Terceirização é, pois, definida como o “fenómeno pelo qual se dissocia a relação económica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente”⁽²⁾. Em suma: “é o meio da empresa obter trabalho de quem não é seu empregado, mas do fornecedor com quem contrata. Ter quem trabalha para si, sem ser empregado, é a razão básica da ‘terceirização’.”⁽³⁾

Deste modo, as empresas viabilizam sua competitividade no mercado global. Desmontam sua estrutura tradicional na tentativa de escapar da responsabilidade pela plenitude do processo produtivo. Ou seja, pela terceirização, perfectibiliza a desconcentração produtiva e económica do empreendimento⁽⁴⁾. O empregado terceirizado, nesse contexto, é o trabalhador vinculado a uma prestadora de serviços, a qual exerce suas actividades junto à outra empresa contratante, sem que haja personalidade e subordinação jurídica directa com o tomador.

(1) MANNRICH, Nelson. Terceirização: luzes e sombras. In: MARTINS, Sergio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Coords.). *Empresa e trabalho*. Estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 2010.

(2) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 417.

(3) CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e sequelas: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização*. São Paulo: LTr, 1997. p. 72.

(4) MANNRICH, Nelson, *op. cit.*, p. 184.

A terceirização e, via de consequência, o trabalho terceirizado são vertentes em vários ordenamentos jurídicos ao redor do mundo. Bélgica, Dinamarca, Noruega, Países Baixos e França já regulamentaram a matéria. Alemanha, Inglaterra, Suíça, Irlanda, Luxemburgo permitem sua utilização, muito embora não possuam regulação própria sobre a temática. Na América do Sul, Argentina, Colômbia e Venezuela admitem a terceirização, enquanto o Peru limita sua contratação⁽⁵⁾. No Japão, China, Coreia do Sul, Hong Kong, Cingapura, Taiwan, consiste prática recorrente e amplamente difundida, existindo, inclusive, lei japonesa específica regrando o assunto.

A legislação mais avançada sobre terceirização da América Latina, todavia, encontra-se no Chile. A Lei n. 20.123, que entrou em vigor em 14 de janeiro de 2007, disciplinou o trabalho em regime de subcontratação, o funcionamento das empresas de serviços temporários e o contrato de trabalho de serviços temporários.

No Brasil, não há disciplina da totalidade das situações que envolvem a terceirização de serviços. No âmbito público, observam-se alguns diplomas legais: Decreto n. 200/1967 (Reforma Administrativa), que trata da descentralização das tarefas executivas; Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações), que permite a realização de obra e prestação de serviços da Administração por terceiros; Decreto n. 5.375/2005 (Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização); Decreto n. 127/1991 (Convenção n. 161 da OIT — Serviços de Saúde do Trabalhador), entre outros.

No âmbito privado, a própria CLT garante alguns fundamentos à terceirização, conforme se infere dos arts. 442, parágrafo único (*qualquer*

que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela) e 455 (*nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro*). Além disso, há dispositivos no Código Civil que lhe são aplicáveis, a exemplo do art. 593 (prestação de serviços não sujeita à legislação trabalhista).

Algumas leis regulam, no entanto, o processo de terceirização: Lei n. 6.019/1974 — trabalho temporário; Lei n. 7.102/1983 — segurança nos estabelecimentos financeiros; e a Lei n. 9.472/1997 — telecomunicações. Nada obstante tais legislações esparsas e a existência de um Projeto de Lei sobre a temática⁽⁶⁾, a terceirização não consta com regulamentação precisa, fazendo com que as decisões sobre as questões trabalhistas do empregado terceirizado fiquem entregues às dissonâncias jurisprudenciais.

3. O fenômeno da terceirização e a degradação das condições de trabalho

Por força do contrato firmado entre empresas tomadora e prestadora, “esta recebe

(5) SCHNELL, Fernando. *A terceirização e a proteção jurídica do trabalhador*. A necessidade de um critério para definição da licitude das relações triangulares. A responsabilidade solidária da tomadora e da prestadora de serviço. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 703, 8 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6855>> Acesso em: 2 out. 2010.

(6) Projeto de Lei do Senado n. 87/2010. Autor: Senador Eduardo Azeredo. Ementa: Dispõe sobre a contratação de serviços de terceiros e dá outras providências. Explicação da ementa: Dispõe sobre a contratação de serviços terceirizados; define o que é serviço terceirizado; discrimina quais são os requisitos exigidos para o contrato de terceirização, além dos exigidos pela lei civil, bem como os documentos que devem ser apresentados pela contratada; aduz quais são os direitos, deveres e responsabilizações das partes no contrato de terceirização; define que o recolhimento das contribuições previdenciárias no regime de terceirização regulado por esta Lei observará o disposto no art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991 e que o descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa administrativa de R\$ 200,00 (duzentos reais) por empregado prejudicado; esta lei entra em vigor no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da data de sua publicação. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96305> Acesso em: 23 fev. 2011.

ordens da contratante para a realização dos serviços objeto do contrato, na direção do interesse objetivado pela tomadora, que determina à contratada o modo como devem os serviços ser realizados”⁽⁷⁾. O modo de fiscalização varia de acordo com o estabelecimento em que se dá a prestação de serviços.

O fenômeno da terceirização, ao propagar-se pelo mundo, contribuiu para processo progressivo de precarização dos direitos dos trabalhadores. A desenfreada busca por reduzir custos do negócio ocasionou a falta de investimento em normas de proteção e consequente deterioração das condições de trabalho⁽⁸⁾.

Trabalhadores melhor qualificados em função do tempo de exercício de suas atividades são substituídos por novos contratados, contraprestados, por sua vez, com menor remuneração e benefícios reduzidos. A instabilidade no emprego que daí decorre é acompanhada pelo crescimento de mercado informal de desprotegidos na luta pela sobrevivência diária. Nessas horas, recorda-se que, provavelmente, haveria uma inibição dessa troca de mão de obra caso existisse proteção eficaz contra a despedida arbitrária dos empregados, a exemplo daquela adotada pelos países signatários da Convenção n. 158 da OIT.

Diminuir despesas para o empresário é o enfoque. Não se permite o investimento na preparação desses novos trabalhadores que ingressam nos quadros das empresas. A deficiência de formação técnica e de treinamento,

juntamente com a ausência de cultura prevencionista, em que os trabalhadores fossem informados e previamente capacitados para enfrentarem os riscos aos quais estão expostos, determinou o aumento das lesões acidentárias⁽⁹⁾.

Essa realidade reflete o desregramento de ímpetos expansionistas do capitalismo, na medida em que a concorrência empresária e o anseio por maior lucratividade deterioram o ambiente de trabalho e a própria saúde do trabalhador. Em contrapartida, a multiplicação de empresas intermediadoras de mão de obra e de novos empreendimentos sem mínimas condições de funcionamento geraram altos índices de insolvência de empresas prestadoras de serviços. Quando condenadas judicialmente, fechavam suas portas em uma esquina, para abrir em outra logo adiante, deixando de pagar seus débitos, em total desrespeito à dignidade dos profissionais envolvidos, conforme se observa diuturnamente na Justiça do Trabalho⁽¹⁰⁾.

No combate a essas arbitrariedades, estudaram-se outras formas de garantia de adimplemento dos créditos trabalhistas. Como beneficiária direta da prestação de serviços desses terceirizados, atentou-se para a responsabilidade da empresa tomadora, dando-se

(7) Os efeitos perversos no mercado são percebidos em diversos aspectos, conforme elucidado por Raimundo Simão de Melo: “(...) a terceirização, na esmagadora maioria dos casos, tem trazido consequências antisociais para os trabalhadores, dentre as quais se pode citar a perda de possibilidade de acesso na carreira, a perda do salário e demais benefícios da categoria profissional predominante, a inexistência de organização mais efetiva em sindicatos, maior número de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho, enfim, esse processo, imposto por tecnocratas da economia, tem levado efetivamente a uma precarização maior das condições de trabalho.” (*Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 256)

(8) *Ibidem*, p. 260.

(9) Na opinião de Sebastião Geraldo de Oliveira: “Em sintonia com as convenções da OIT, o empregador tem obrigação legal de informar minuciosamente ao trabalhador os riscos existentes no local de trabalho. É muito mais fácil adotar medidas preventivas quando o perigo é bem identificado e o empregado está orientado para operar dentro dos padrões de segurança. Se na empresa não houve uma cultura prevencionista, normalmente o trabalhador não recebe orientação a respeito dos riscos do trabalho que executa, ficando mais vulnerável aos infortúnios laborais.” (*Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 167-168)

(10) José Affonso Dallegrave Neto elucidou: “Tal fato se explica em razão do porte dessas empresas temporárias, geralmente microempresas que não investem em tecnologia e menos ainda em segurança do trabalho, máxime porque o lucro delas só se manifesta se houver economia de custos, o que representa, na prática, exploração da mão de obra e baixo investimento em insumos, tecnologia e segurança no trabalho.” (*Responsabilidade civil no Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 275)

função social ao lucro auferido por seu empreendimento, nessa cadeia de exploração do trabalho humano.

4. Lesões acidentárias: acidente do trabalho, doença profissional e doença do trabalho

Na dinâmica das relações de trabalho, fatalidades podem acontecer com o trabalhador, impedindo-o de exercer seu ofício e, por consequência, garantir sua subsistência pessoal e familiar. Os reflexos repercutem no âmbito da Seguridade Social e no Direito do Trabalho. Por isso, alguns conceitos legais transitam livremente nesses dois ramos autônomos do Direito. Ainda que tenham finalidades distintas, os pontos de convergência entrelaçam-se quando se fala em tutela jurídica e social da pessoa.

Como princípio (implícito) da Seguridade Social, a solidariedade pressupõe o auxílio mútuo em contingências que impeçam prover necessidades básicas. Tratada como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º, I, da CF, a divisão dos riscos que acometem os indivíduos ao longo da vida assegura a construção de sociedade justa e humanitária, harmonizando o convívio de seus membros; “prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social”⁽¹¹⁾.

A partir desses preceitos, fundamenta-se a responsabilidade da tomadora de serviços em acidente sofrido pelo trabalhador terceirizado, aliado ao fato de que ela também tira proveito econômico oriundo da exploração da força de trabalho alheia⁽¹²⁾. Cumpre distinguir, nesse

encadeamento, as espécies de lesões acidentárias que podem atingir o trabalhador. As definições estão nos arts. 19 e 20, da Lei n. 8.212/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, sendo aproveitadas na esfera laboral, como já descrito anteriormente.

O acidente típico ocorre no exercício do trabalho, provocando lesão corporal ou perturbação funcional, que cause óbito, perda ou diminuição (permanente ou temporária) da capacidade de labor. Compõe-se dos seguintes elementos: (a) evento danoso (em regra, instantâneo e súbito); (b) decorrente da execução de trabalho a serviço da empresa; (c) provocador de lesão imediata corporal ou perturbação funcional; (d) que causa morte, perda ou redução da capacidade para o trabalho (como as lesões traumáticas: ferimentos e amputações).

A doença profissional representa a enfermidade produzida ou desencadeada pelo exercício de atividades peculiares a determinada profissão. Os agentes agressores da saúde são específicos de um ofício, provocando o desenvolvimento de uma patologia. Como amostra, aponta-se a silicose, na medida em que atinge os empregados de mineradoras que trabalham expostos ao pó de sílica e, no suceder do tempo, acabam adquirindo a doença.

A doença do trabalho, com o qual se relaciona diretamente, desencadeia-se por condições especiais. Decorre da forma como trabalho é prestado ou de como se apresenta o ambiente laborativo. Sem estar vinculada a uma única profissão, exemplifica-se na hipótese das LER/DORT, que podem ser adquiridas no desenvolvimento de qualquer atividade.

(11) COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 77.

(12) Sebastião Geraldo de Oliveira reflete sobre essa realidade: “Atualmente, as discussões mais frequentes, no campo da responsabilidade pelo pagamento das indenizações acidentárias, decorrem da tendência empresarial de transferir a terceiros parte da execução dos serviços, por meio de contratos de subempregada, de trabalhos temporários, cooperativas ou de simples

prestação de serviços, fenômeno conhecido como *terceirização*. A prática tem demonstrado que os serviços terceirizados são os que mais expõem os trabalhadores a riscos e, por consequência, a sofrerem acidentes ou doenças ocupacionais, pois se referem a empregos de baixo nível remuneratório e pouca especialização, que dispensam experiência e treinamento.” (*Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 289)

A distinção conceitual, todavia, não interfere na proteção outorgada pelo sistema. Ressalta-se que a Lei n. 8.213/1991, em seu art. 20, equipara todas as lesões acidentárias no plano jurídico, inclusive quanto aos principais direitos reparatórios do trabalhador acidentado.

5. Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: medidas preventivas

5.1. Meio ambiente do trabalho

Considerado o local onde os indivíduos exercem suas atividades laborativas, ainda que não remuneradas, no meio ambiente do trabalho, o “equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem”⁽¹³⁾.

O meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um dos mais importantes direitos do cidadão-trabalhador. O Estado (por meio do Ministério do Trabalho e Emprego e de outros órgãos) responde pela criação de normas de segurança, higiene e segurança do trabalho (Portaria n. 3.214/1978), e pela fiscalização do seu cumprimento.

A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXII, diante da importância da manutenção de um ambiente de trabalho equilibrado e seguro, priorizou e incentivou a prevenção dos acidentes de trabalho. Procura demonstrar vantagens da prevenção, para a empresa e para o próprio Estado, em detrimento das reparações individuais para o trabalhador.

A legislação brasileira determinou ao empregador, primeiramente, a obrigação de preservar e proteger o meio ambiente laboral, de forma a garantir a incolumidade física e mental dos trabalhadores. Esse dever prevalece mesmo nos casos de terceirização. Diante da ausência de previsão legal acerca da matéria, cabe à tomadora de serviços (além da própria empregadora,

por óbvio) zelar pela integridade física dos trabalhadores a seu serviço, mesmo que não exerçam suas atividades dentro de seu estabelecimento empresarial.

A responsabilidade da contratante, em matéria de manutenção do meio ambiente do trabalho e prevenção de acidentes, estende-se para além da reparação do eventual dano, conforme estabelece a NR-4 da Portaria n. 3.214/1978⁽¹⁴⁾.

(14) NR-4 da Portaria n. 3214/78. 4.5. A empresa que contratar outra(s) para prestar serviços em estabelecimentos enquadrados no Quadro II, anexo, deverá estender a assistência de seus Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho aos empregados da(s) contratada(s), sempre que o número de empregados desta(s), exercendo atividade naqueles estabelecimentos, não alcançar os limites previstos no *Quadro II*, devendo, ainda, a contratada cumprir o disposto no subitem 4.2.5 (104.014-6 / 11). 4.5.1. Quando a empresa contratante e as outras por ela contratadas não se enquadrarem no *Quadro II*, anexo, mas que pelo número total de empregados de ambos, no estabelecimento, atingirem os limites dispostos no referido quadro, deverá ser constituído um serviço especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho comum, nos moldes do item 4.14 (104.015-4 / 12). 4.5.2. Quando a empresa contratada não se enquadrar no *Quadro II*, anexo, mesmo considerando-se o total de empregados nos estabelecimentos, a contratante deve estender aos empregados da contratada a assistência de seus Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho, sejam estes centralizados ou por estabelecimento (104.016-2 / 11). 4.5.3. A empresa que contratar outras para prestar serviços em seu estabelecimento pode constituir SESMT comum para assistência aos empregados das contratadas, sob gestão própria, desde que previsto em Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho. 4.5.3.1. O dimensionamento do SESMT organizado na forma prevista no subitem 4.5.3 deve considerar o somatório dos trabalhadores assistidos e a atividade econômica do estabelecimento da contratante. 4.5.3.2. No caso previsto no item 4.5.3, o número de empregados da empresa contratada no estabelecimento da contratante, assistidos pelo SESMT comum, não integra a base de cálculo para dimensionamento do SESMT da empresa contratada. 4.5.3.3. O SESMT organizado conforme o subitem 4.5.3 deve ter seu funcionamento avaliado semestralmente, por Comissão composta de representantes da empresa contratante, do sindicato de trabalhadores e da Delegacia Regional do Trabalho, ou na forma e periodicidade previstas na Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho.

(13) MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 30-31.

5.2. Insalubridade e periculosidade

Atividades insalubres e perigosas são aquelas que expõem os trabalhadores a agentes nocivos à saúde e a circunstâncias de trabalho prejudiciais à saúde ou à integridade física, respectivamente.

Para evitar tais riscos, algumas estratégias podem ser adotadas, tais como: impor ao empregador o pagamento de remuneração compensatória ao empregado; proibir o trabalho ou reduzir a jornada de trabalho nessas atividades; conceder intervalos intrajornada. Esses benefícios pretendem minimizar ou neutralizar os efeitos nocivos aos trabalhadores⁽¹⁵⁾.

Cabe à tomadora de serviços, em razão de sua responsabilidade pela manutenção do equilíbrio do meio ambiente de trabalho, garantir a utilização dessas estratégias de redução do risco a todos os trabalhadores (diretos ou terceirizados — *não se justificam desigualdades de condições entre empregados diretos e terceirizados*⁽¹⁶⁾). Responde, ainda, pela ausência das devidas proteções.

Poderá a responsabilidade, nessa hipótese, revestir-se de caráter subsidiário, na forma da Súmula n. 331 do TST (principalmente em caso de pagamento de adicional) ou até de caráter solidário, caso se verifique violação ao meio ambiente laboral⁽¹⁷⁾.

(15) MELO, Raimundo Simão de, *op. cit.*, p. 191.

(16) MANNRICH, Nelson, *op. cit.*, p. 195.

(17) "(...) REPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMPREGADORA E DA TOMADORA DE SERVIÇOS. A responsabilidade civil pelo infortúnio ocorrido durante a execução do contrato de trabalho, em proveito de duas empresas, autoriza a que o tomador dos serviços responda pelo dano na mesma proporção daquele que é intermediador da mão de obra. Responsabilidade solidária mantida. (...) Trata-se de uma situação em que a licitante — PETROBRAS — detém o dever de fiscalizar a operação das atividades desempenhadas pela contratante — SBIMONTA —, inclusive esta é uma das prerrogativas expressamente previstas no contrato firmado entre elas. Assim, verifica-se que, desde o princípio, o recorrente assumiu a condição de fiscalizador e beneficiário dos serviços e, nestas questões de meio ambiente do trabalho, o beneficiário dos serviços também é responsável, em igualdade de condições, com a prestadora." (Grifo nosso — TRT/RS.

5.3. Fornecimento de EPIs-EPCs

Cabe à empregadora, via de regra, fornecer equipamentos de proteção individual ou coletiva, salvaguardando a integridade física de seus empregados. Mais que o mero fornecimento, compete à empregadora fiscalizar a respectiva utilização. O empregado, por sua vez, fica condicionado à utilização desses equipamentos, sob pena de ser dispensado por justa causa, quando houver reiterado descumprimento dessa obrigação.

No caso de terceirização, a tomadora dos serviços responde pela fiscalização das atividades da contratada, inclusive no que concerne ao fornecimento do material de proteção contra os riscos da atividade. Em caso de não fornecimento, responde a contratante pelos ônus decorrentes da ausência de proteção e da não observância das regras de segurança do trabalho. Sua culpa é reconhecida, como coautora, pela omissão do seu prestador-empregador no fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) ou na falta de instalação dos Equipamentos de Proteção Coletiva (EPCs), em trabalho ou área de risco presumível.

Ressalta-se que, à luz do disposto no item 4.5 da NR-4 da Portaria n. 3.214/1978, deve a tomadora dos serviços estender a proteção e segurança dada aos seus empregados diretos (inclusive fornecendo equipamentos de proteção) aos empregados terceirizados que prestem serviço dentro de seu estabelecimento⁽¹⁸⁾.

Processo n. 0169600-83.2006.5.04.00.30. Origem: 30ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Relator: Maria Madalena Telesca. Julgamento: 24.3.2010)

(18) "ACIDENTE DO TRABALHO TÍPICO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPREGADORA E DA TOMADORA DOS SERVIÇOS CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE DANO MATERIAL ATUAL. OCORRÊNCIA DE DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. (...) Entendeu a magistrada que *deve a tomadora de serviços, que efetivamente se beneficiou do trabalho do reclamante, e se omitiu em exigir o cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, ser responsabilizada de forma solidária com a empresa de trabalho temporário que selecionou e fez o encaminhamento do reclamante, diante da natureza do crédito...* Entende o Relator que a *responsabilidade pela ocorrência de acidente do trabalho*

5.4. Assédio moral

Dentro do quadro de tutela ao meio ambiente do trabalho, inclui-se a proteção mental e moral dos trabalhadores. É obrigação do empregador garantir que o trabalhador tenha um ambiente de trabalho sem sobrecarga psíquica e sem violência moral que possam lhe causar prejuízos à sua saúde e integridade mental.

Além dos riscos inerentes a certas atividades, que se traduzem em prejuízos à integridade física dos trabalhadores (por exemplo, atividades insalubres e perigosas), o desrespeito, as situações vexatórias, as pressões psicológicas e as ameaças afetam a integridade psíquica dos trabalhadores. Podem, inclusive, gerar transtornos de cunho psicológico e até a incapacidade laborativa. Deste modo, além de coibir (ou, ao menos minimizar) a influência de agentes nocivos à saúde, cabe à empresa resguardar a higidez psíquica do trabalhador.

A tomadora de serviços deve manter incólume a saúde física e psíquica dos seus empregados terceirizados, independentemente do local de labor. É imprescindível fiscalizar as atividades da contratada, principalmente, no que diz respeito às exigências impostas para o

latu sensu do tomador que transfere a terceiros a execução de parte de sua atividade não se restringe às cláusulas do contrato de prestação firmado e nem à responsabilidade subsidiária nos moldes da SJ n. 331, IV, do TST. (...) Ademais, a NR-4 da Portaria n. 3.214/78 que trata dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho, dispõe no seu item 4.5 que a empresa que contratar outra para prestar serviços em seu estabelecimento tem a obrigação de estender toda a proteção e segurança aos empregados que laboram por meio de empresa prestadora de serviços, reforçando o dever do tomador/commitente resguardar o bem maior vida (integridade física, mental e emocional) do trabalhador que insere sua energia produtiva no empreendimento econômico. O ordenamento jurídico firma a responsabilidade do tomador/commitente pela prática de ato ilícito (dano) em razão da responsabilidade, equiparando-o ao empregador quanto ao dever de indenizar.” (Grifo nosso – TRT/RS. Processo n. 0091000-77.2008.5.04.00.30. Origem: 30ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Relator: Hugo Carlos Scheuermann. Julgamento: 30.9.2010)

cumprimento de metas, passíveis de se converterem em pressões psicológicas. Responde o empregador — e também a tomadora dos serviços — pelos atos de seus prepostos, inclusive no que concerne a eventuais violências morais em detrimento dos trabalhadores.

Questiona-se, por fim, conforme já indagou o jurista e professor Amauri Mascaro Nascimento, se “a culpa in vigilando da contratante em relação à contratada implica a transferência para a mesma da culpa por dano moral coletivo da terceirizada”⁽¹⁹⁾.

6. Responsabilização da tomadora de serviços: punição e educação

Quando a empresa transfere a terceiros a execução de parte de suas atividades, deve diligenciar a escolha criteriosa da contratada, no que diz respeito à capacidade técnica e financeira para arcar com os riscos inerentes ao negócio. Ademais, obriga-se a fiscalizar o cumprimento rigoroso do contrato, em especial, quanto à observância dos direitos trabalhistas dos empregados da prestadora, no que se insere um meio ambiente laboral seguro e saudável.

A responsabilização da tomadora de serviços contém dois aspectos distintos. Por um lado, pune a empresa que não cumpriu com os deveres acima apontados. De outro, inibe o descumprimento de preceitos legais e educa para o fortalecimento de modelo empresarial, que priorize medidas de proteção à saúde e ao meio ambiente do trabalho, sem distinção de tratamento decorrente de quem seja o empregador formal. Nessa lógica, as empresas contratantes são sempre responsáveis pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde dos trabalhadores que laboram dentro do empreendimento como um todo, como se interpreta do art. 19, § 1º, da Lei n. 8.213/1991.

(19) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O problema da responsabilidade da contratante por dano moral coletivo da terceirizada. In: MARTINS, Sergio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Coords.). *Empresa e Trabalho*. Estudos em Homenagem a Amador Paes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 2010.

Em razão do crescente desmembramento das atividades da empresa pela terceirização, inclusive de áreas mais onerosas como aquelas que expõem as pessoas a agentes insalubres e perigosos, atribui-se a todos os beneficiários econômicos da força de trabalho humana a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações legais. Punir o desvio de conduta e amparar a vítima serve para desestimular o violador potencial, que deve antever e até mensurar o peso da reposição que seu ato ou omissão poderá acarretar.

6.1. As repercussões da experiência estrangeira

Percebe-se nítida evolução do Direito Internacional e do próprio Direito Comunitário na responsabilização da tomadora de serviços na construção do meio ambiente de trabalho saudável. Por ser direito reconhecido aos trabalhadores em sua generalidade, toda a cadeia produtiva deve apresentar padrões mínimos de segurança e higiene. Destacam-se, a seguir, algumas diretrizes a balizar o caminho a ser seguido por nosso ordenamento⁽²⁰⁾:

1. Convenção n. 167 da OIT, art. 8º: “Quando dois ou mais empregadores estiverem realizando atividades simultaneamente na mesma obra: a) a coordenação das medidas prescritas em matéria de segurança e saúde e, na medida em que for compatível com a legislação nacional, a responsabilidade de zelar pelo cumprimento efetivo de tais medidas recairá sobre o empreiteiro principal ou sobre outra pessoa ou organismo que estiver exercendo controle efetivo ou tiver a principal responsabilidade pelo conjunto de atividades na obra.” (Ratificada pelo Decreto Legislativo n. 61/2006. Promulgada pelo Decreto n. 6.271/2007.)

(20) Sebastião Geraldo de Oliveira indica essas, dentre outras normas, ao tratar da responsabilidade pela aplicação das normas de saúde na obra (In: OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 103-104).

2. Espanha — Lei n. 31/1995, art. 24-3: “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras e servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.”

3. Portugal — Lei n. 102/2009, art. 16: “Actividades simultâneas ou sucessivas no mesmo local de trabalho. (...)”

a) Não obstante a responsabilidade de cada empregador, devem assegurar a segurança e a saúde quanto a todos os trabalhadores a que se refere o número anterior, as seguintes entidades: (...)

b) A empresa em cujas instalações outros trabalhadores prestam serviços ao abrigo de contratos de prestação de serviços (...).”

4. Costa Rica — Código do Trabalho, art. 193: “La responsabilidad del patrono, en cuanto a asegurar contra riesgos del trabajo, subsiste aún en el caso de que el trabajador este bajo la dirección de intermediarios, de quienes el patrono se valga para la ejecución o realización de los trabajos.”

A responsabilização da tomadora de serviços já encontra inquestionável guarida, quando a prestação de serviços dos terceirizados ocorrer no âmbito do seu estabelecimento. Neste sentido, seguindo tendência de outros países, destaca-se o conteúdo da NR-4, item 4.5. Contudo, mesmo quando isso não ocorra, não se pode eximir a tomadora da obrigação de fiscalizar o cumprimento das normas de higiene, saúde e segurança do trabalho pela prestadora de serviços, já que os empregados desta laboram em seu proveito.

Prevalece, em sentido amplo, a máxima de que, “se o meio ambiente do trabalho integra o meio ambiente geral (art. 200, inciso VIII, da CF), também na empresa [tomadora] deve o trabalhador encontrar condições que lhe

assegurem uma boa qualidade de trabalho e, em consequência, de vida”⁽²¹⁾.

6.2. Responsabilidade civil subjetiva ou objetiva

Independente da natureza do dano (material, moral ou estético), justifica-se, em qualquer dos casos, a responsabilidade da tomadora de serviços. Frisa-se a permanência das discussões acerca da necessidade (ou não) de prova de algum grau de culpa da empresa. De qualquer sorte, ressalta-se que “é indubitável que o princípio da solidariedade social é de extrema relevância para a justificação da objetivação da responsabilidade do empregador nos infortúnios laborais”⁽²²⁾.

Segundo o art. 7º, XXVIII, da CF, o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa é direito dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria da condição social do trabalhador*. Todavia, a atual disposição do CC, no parágrafo único do art. 927, dispõe que aquele que, por ato ilícito, causa dano a outrem, obriga-se a repará-lo, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem⁽²³⁾.

(21) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano*. Conteúdo essencial da dignidade humana. São Paulo: LTr, 2008. p. 125.

(22) BRANDÃO, Mônica de Amorim Torres. *Responsabilidade civil do empregador no acidente do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 58.

(23) Sobre o assunto, Sebastião Geraldo de Oliveira afirma: “O estudo da culpa é fundamental para o tema da responsabilidade civil decorrente dos acidentes de trabalho. Para os defensores da teoria do risco, basta a ocorrência do acidente de trabalho para o deferimento da indenização correspondente. Todavia, para os seguidores da teoria mais aceita da responsabilidade subjetiva, é imprescindível a presença simultânea dos três pressupostos: acidente ou doença ocupacional, nexo causal da ocorrência com o trabalho e a culpa do empregador.” (In: OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 157).

Quanto aos danos provocados aos trabalhadores envolvidos no negócio, percebe-se, atualmente, o aumento dos defensores da responsabilidade objetiva das empresas, prestadoras ou tomadoras dos serviços. Diante desse quadro negativo estabelecido por um processo equivocado de terceirização, segundo o princípio da tutela ao hipossuficiente da relação, nada impede a aplicação da lei ordinária (Código Civil) mais benéfica, já que em consonância com o permissivo constitucional de incremento dos direitos minimamente garantidos pela Carta. A respeito do desenvolvimento da teoria do risco, em detrimento daquela que partia do grau de culpa, vai-se fortalecendo, aos poucos, a responsabilidade objetiva⁽²⁴⁾.

A prevalência do elemento humano sobre o capital baliza essa nova teoria, no intento de harmonizar as relações sociais e do trabalho. Necessita-se de regramento elementar que norteie a ampliação dos horizontes das empresas. Por decorrência lógica, não poderá ser suprimido ônus natural da atividade econômica para os reais beneficiários da prestação de serviços. Afinal, nos termos do art. 170 da CF, a ordem econômica funda-se na valorização social do trabalho. A partir de ditames de justiça, a função social da propriedade deve assegurar a todos existência digna.

6.3. Responsabilidade civil subsidiária ou solidária

A transferência das atividades para uma prestadora de serviços não exime a contratante de suportar, juntamente com a contratada, os

(24) Sebastião Geraldo de Oliveira reflete sobre esse panorama: “(...) a complexidade da vida atual, a multiplicidade crescente dos fatores de risco, a estonteante revolução tecnológica, a explosão demográfica e os perigos difusos ou anônimos da modernidade acabavam por deixar vários acidentes ou danos sem reparação, uma vez que a vítima não lograva demonstrar a culpa do causador do prejuízo, ou seja, não conseguia desincumbir do ônus probatório quanto ao fato constitutivo do direito postulado.” (*Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 92).

custos relativos aos danos sofridos pelos terceirizados. Trata-se de norma protetiva do trabalhador. Sobre os riscos de entendimento diverso, Otávio Pinto e Silva alerta quanto à abertura de porta para fraudes, na medida em que “a empresa que quisesse terceirizar determinado serviço apenas para livrar-se de obrigações trabalhistas constituiria outra (sem o necessário aporte patrimonial)”⁽²⁵⁾. Afastaria, assim, sua responsabilidade em caso de ação judicial, remetendo-a àquela que não poderia arcar com os pagamentos devidos.

Na perspectiva da configuração de culpa na eleição das contratadas e na fiscalização da prestação de serviços, em primeiro momento, foi editada a Súmula n. 331 do TST, que estabelece a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços. A partir de então, independente da natureza dos créditos dos trabalhadores (salariais ou indenizatórios, dentre os quais se inserem as reparações pecuniárias que têm por substrato as lesões acidentárias), esgotadas as possibilidades de a empregadora solver suas dívidas, parte-se para o patrimônio da tomadora de serviços⁽²⁶⁾.

Todavia, segundo o art. 225 da CF, os trabalhadores têm direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado, essencial à qualidade de vida. Passa-se, assim, a sustentar a responsabilidade solidária das empresas que, pela sua

atividade, causem danos ao meio ambiente ou para este potencializem a criação de riscos. Destaca-se a existência de julgados que atribuem a responsabilidade solidária da tomadora de serviços, quando deixar de cumprir os deveres de vigilância, tutela e prevenção ambientais, inerentes ao contrato firmado com a prestadora e previstos nas Normas Regulamentadoras⁽²⁷⁾.

A teoria da responsabilidade solidária da tomadora de serviços também pode partir de construção jurídica acerca do fato de terceiro. O art. 932 do CC preceitua que o empregador ou comitente possuem o dever de reparar os danos causados a terceiros, por seus empregados e prepostos, no desenvolvimento da atividade econômica. O preposto atua, assim, no interesse da comitente, na medida em que segue suas ordens e instruções. Nessa dinâmica, o comitente assume o dever de vigiar a execução do serviço realizado pelos seus prepostos, para que não provoquem danos a terceiros. Sendo assim, conclui-se que “a empresa-tomadora (comitente) responde pela reparação civil de danos de terceiros (trabalhadores) causados por seu preposto (empresa-contratada) no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele”⁽²⁸⁾.

Nessa perspectiva, a tomadora assume a posição de comitente, enquanto a prestadora figura como sua preposta, subordinando-se, na medida do estabelecido no objeto de contrato. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira ensina que, conforme o caso, a responsabilidade por fato de terceiro fundamenta-se na *culpa in eligendo*

(25) *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 72.

(26) Sobre o assunto, destaca-se a jurisprudência do TST: “(...) RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA — ALCANCE — DANOS MORAIS E MATERIAIS. A Súmula n. 331, IV, do TST não faz nenhum tipo de restrição quanto às obrigações devidas em decorrência do reconhecimento da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços. De fato, sendo constatado o inadimplemento do devedor principal, deve o responsável subsidiário arcar com todas as obrigações devidas pelo devedor principal, sem que se faça qualquer distinção quanto à natureza jurídica das parcelas. Assim, o ente público deve responder subsidiariamente também pela condenação a título de danos morais. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido.” (Grifo nosso – TST. AIRR n. 519540-14.2003.5.09.0513. Data de Julgamento: 4.8.2010. Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. 1ª Turma. Data de Divulgação: DEJT 20.8.2010).

(27) Cita-se: “(...) INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO — RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. A empresa terceirizada e a tomadora de serviços devem responder solidariamente pelos danos sofridos pelo empregado decorrente do acidente do trabalho quando comprovada a negligência e culpa — in vigilando — na fiscalização dos serviços contratados.” (Grifo nosso – TST. RR n. 250700-86.2005.5.02.0471. Data de Julgamento: 3.3.2010. Relatora Ministra: Maria Doralice Novaes. 7ª Turma. Data de Divulgação: DEJT 5.3.2010).

(28) DALLEGRAVE NETO, José Affonso, *op. cit.*, p. 276.

ou na *culpa in vigilando*. Segundo o autor, que invoca a presunção *juris tantum* de culpa do agente, “uma pessoa pratica o dano e outra por ela responsável é quem tem a obrigação de indenizá-lo, vez que não exerceu de forma correta o dever de fiscalização e vigilância sobre aquela”⁽²⁹⁾.

O art. 933 do CC define que essa responsabilidade independe de culpa da parte. Logo, é objetiva. Alerta-se, por fim, que o parágrafo único do art. 942 do CC prevê que os bens dos responsáveis pela violação (na espécie, as empresas prestadora e tomadora de serviços) responderão solidariamente pela reparação do lesado (trabalhador acidentado). Destaca-se, ainda, no mesmo sentido, o Enunciado n. 44⁽³⁰⁾, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho do TST (23.11.2007)⁽³¹⁾.

(29) OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 60.

(30) “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 4 (Portaria n. 3.214/77 do Ministério do Trabalho e Emprego).” (Grifo nosso)

(31) Além do enunciado acima referido, assinalam-se alguns julgados sobre a temática: “TERCEIRIZAÇÃO. RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO ENTRE A EMPRESA TOMADORA E A EMPRESA FORNECEDORA DE MÃO DE OBRA OU DE SERVIÇOS (ART. 932, III, CC). RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO TOMADOR PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS PELA EMPRESA FORNECEDORA DE MÃO DE OBRA OU DE SERVIÇOS (ARTS. 937, 933 E 942, CC). (...) Pela teoria do risco proveito ou risco benefício todo aquele que tire proveito de determinada atividade que lhe forneça lucratividade ou benefício deve suportar a responsabilidade pelos danos causados. Assim, aquele que terceiriza serviços e tira proveito dos serviços prestados pelos trabalhadores terceirizados *não terceiriza as suas responsabilidades*. 4. *A relação estabelecida entre a empresa tomadora e a empresa fornecedora de mão de obra configura uma relação preposição necessária a desencadear a responsabilidade objetiva e solidária.*” (Grifo nosso. TRT/SP – 03033200608402008 – RO – Ac. 4ª T. 20090127328 – Rel. Ivani Contini Bramante – DOE 13.3.2009). “*Indenização decorrente de acidente de trabalho. Responsabilidade solidária*

Acredita-se que a teoria da responsabilidade objetiva e solidária vem ao encontro das atuais tendências em ampliar as formas de proteção do elemento humano diante da expansão do capital, na medida em que responsabiliza, de igual modo, todos os beneficiários econômico-financeiros. Não só agiliza a satisfação desses créditos trabalhistas, como minimiza a relevância da prestação de trabalho ocorrer dentro ou fora do estabelecimento da empresa tomadora de serviços.

6.4. Responsabilidade penal da tomadora de serviços

Não obstante a abordagem dada acerca da responsabilidade civil, em certas hipóteses de acidente de trabalho, pode restar caracterizado o ilícito penal, a demandar a aplicação de sanção mais rigorosa de ordem pública, que é a pena.

Sem pretender esgotar a abordagem da matéria, mas apenas noticiar o assunto, resalta-se que a responsabilidade penal engloba todos os envolvidos no empreendimento (empregador, preposto, membro da CIPA, engenheiro de segurança e tomador de serviços). Decorre de conduta dolosa ou culposa, que culmina no acidente de trabalho ou na simples exposição de risco e perigo à vida dos trabalhadores.

A título de amostragem, destacam-se alguns tipos penais ligados ao descumprimento das normas de higiene, saúde e segurança do trabalho: CP, art. 121 — homicídio (matar trabalhador no ambiente do trabalho); CP, art. 129 — lesões corporais (ofender a integridade corporal ou a saúde do trabalhador); CP, art. 132 — expor a vida ou a saúde do trabalhador a perigo direto e iminente.

do tomador de serviços. A responsabilidade solidária do tomador de serviços (comitente) pelos efeitos de acidente de trabalho encontra previsão legal, consoante interpretação sistemática que se faz dos arts. 932, III, 933 e 942 do Código Civil.” (Grifo nosso. TRT/RS. RO n. 0062800-76.2008.5.04.0251. Redator: Denise Pacheco. Data: 9.9.2010. Origem: 1ª Vara do Trabalho de Cachoeirinha).

A Lei n. 8.213/1991, art. 19, § 2º configura hipótese de contravenção penal punível com multa, quando a empresa deixar de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho. O dispositivo legal em comento abrange todas as normas regulamentadoras, principalmente aquelas relacionadas na Portaria n. 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego. A sanção pública deve, assim, atingir todos aqueles envolvidos, ainda que indiretamente, com o descumprimento desse dever de diligência com o meio ambiente de trabalho, posto que integrado ao meio social e com forte interferência no bem-estar do trabalhador.

Nesse contexto, recomenda-se maior cautela da tomadora de serviços, quando da contratação de empresas prestadoras e da fiscalização do cumprimento das normas de higiene, saúde e segurança no trabalho, já que se trata da beneficiária final. “A simples transferência da execução dos serviços não desobriga o contratante, especialmente quando o ‘terceirizado’ não dispõe de habilitação técnica e capacidade operacional para desempenhar as tarefas”.⁽³²⁾ Ademais, deve-se esquecer a ideia equivocada de que terceirizar é sinônimo de reduzir custos do negócio.

7. Consequências do acidente de trabalho e da doença profissional no telemarketing: um estudo de caso

7.1. Histórico do telemarketing

O *telemarketing*, como ferramenta de vendas, surgiu em 1880, quando um pasteleiro em Berlim, na Alemanha, passou a oferecer seus produtos por intermédio de contato telefônico. Utilizou um cadastro de Alexandre Graham Bell, inventor do telefone, composto por 180 pessoas⁽³³⁾.

(32) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 301.

(33) NOGUEIRA, Claudia Mazzei. *O trabalho duplicado: a divisão sexual no trabalho e na reprodução: um estudo das trabalhadoras do telemarketing*. São Paulo: Expressão Popular, 2006. 240 p.

Por volta de 1950, nos Estados Unidos, revistas e jornais já publicavam seus telefones em anúncios, para a comercialização de produtos e atendimento ao mercado consumidor. Em meados da década de 1970, o *telemarketing* era um importante instrumento utilizado por cerca de sete milhões de norte-americanos. Nesse período, o telefone, já usado em ações de *marketing* no mercado, tornou-se um importante meio de divulgação, adotado, de forma pioneira, pelas empresas *Ford Motor Company* e *Campaign Communications Institute of America*⁽³⁴⁾.

No Brasil, ainda na década de 1950, a seção Páginas Amarelas da lista telefônica implantou uma equipe de vendedoras para comercialização de anúncios de classificados por telefone. Mais tarde, na década de 1980, filiais de multinacionais atuantes no setor de cartões de crédito, editoras e operadoras de telefonia, fizeram do *telemarketing* uma importante ferramenta de televendas (vendas e cobranças) e teleatendimento (Serviço de Atendimento ao Consumidor — SAC)⁽³⁵⁾.

A expansão do setor de telesserviços no Brasil, no entanto, ocorreu somente mais tarde, no final de década de 1990, com o neoliberalismo. Esse se caracterizou pela privatização das empresas públicas e pelo desmonte do setor produtivo estatal, somado à sofisticação tecnológica, fruto da importação e do desenvolvimento de tecnologias essenciais no campo da informação e comunicação.

Nos três primeiros anos da década de 2000, o setor cresceu expressivos 235%, mesmo em período de forte recessão e de elevado percentual de desemprego. Em 2003, cerca de 500 mil pessoas foram empregadas no setor de telesserviços, contra 465 mil, no final de 2002.

(34) *Ibidem*. ODA, C. *Operadores de telemarketing: stress, autonomia, somatização e dores em pescoço e ombros*. 2003. 138 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

(35) NOGUEIRA, Claudia Mazzei, *op. cit.*

Indicou crescimento de 7,5%, superior às expectativas iniciais de 6%⁽³⁶⁾. Em 2005, eram 600 mil teleoperadores, distribuídos em 1.827 empresas, das quais 250 eram terceirizadas⁽³⁷⁾.

Somente em 2007, quando aprovado o Anexo II da Norma Regulamentadora n. 17 do Ministério do Trabalho e Emprego⁽³⁸⁾, por meio da Portaria n. 9, de 30 de março de 2007, conferiu-se a diminuição de postos de trabalho no setor de teleatendimento. Porém, em 2009, um ano após as novas regras para o Serviço de Atendimento ao Consumidor instituídas pelo Decreto n. 6.523/2008⁽³⁹⁾, o mercado apresentou novamente um crescimento significativo. Elevou de 471,17 mil teleoperadores e faturamento de R\$ 21 bilhões em 2008, para 517,38 mil teleoperadores e R\$ 23,66 bilhões, em 2009. Estima-se que, para 2010, o número de postos de atendimento supere 535 mil, alcançando o faturamento de R\$ 25,5 bilhões⁽⁴⁰⁾.

Diante desse diagnóstico e dos registros apontados na literatura, o *telemarketing* constitui a principal atividade terceirizada no Brasil. Direcionada para vendas e ações de *marketing*, foi um dos setores que mais cresceu graças à privatização de operadoras de telefonia fixa em 1998, cuja medida popularizou a telefonia no país, abrindo caminho para que empresas de

telemarketing ampliassem seu acesso à população⁽⁴¹⁾.

7.2. O adoecimento dos teleoperadores

O sucesso do *telemarketing* parecia ser uma solução para um período de forte recessão e crescente desemprego no país, bem como um importante instrumento da política nacional para a harmonização da relação de consumo. Não obstante os elevados índices de abertura de novos postos de trabalho e da lucratividade das empresas do setor, no entanto, muitos teleoperadores passaram a apresentar sintomas de doenças do trabalho (físicas e psicológicas) e sucessivos afastamentos em decorrência dessas doenças⁽⁴²⁾.

Dentre as queixas de saúde mais comuns dos trabalhadores do setor, estão: laringite, problemas auditivos e vocais, LER/DORT, tensão muscular, dores de cabeça e pescoço, alterações psicológicas, estresse, depressão, perturbação do sono, incapacidade de relaxar, irritabilidade, choro fácil, sensação de abatimento e esgotamento, dificuldade de concentração e memória, agressividade, etc.⁽⁴³⁾.

Quanto ao comprometimento da integridade psíquica desses trabalhadores em decorrência da atividade, tecnicamente, existe dificuldade em comprovar o nexo de causalidade entre a doença e atividade desempenhada, pois doenças dessa natureza não apresentam uma causa clara e bem definida. Além disso, podem ser desencadeadas ou agravadas por outros fatores externos ao contexto de trabalho (problemas familiares,

(36) FOLHA ON-LINE. *Telemarketing gera 500 mil empregos no Brasil, 60% em SP*. São Paulo, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u78596.shtml>> Acesso em: 10 maio 2005.

(37) *Idem*.

(38) Estabelece parâmetros mínimos para o trabalho em atividades de teleatendimento/telemarketing nas diversas modalidades desse serviço, de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança, saúde e desempenho eficiente.

(39) Regulamenta a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor — SAC.

(40) PORTAL CALL CENTER. *Mercado de Contact Center cresce em 2009*. São Paulo, 7 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.portallcallcenter.com.br/indicadores/outros-numeros/mercado-de-contact-center-cresce-em-2009>> Acesso em: 8 nov. 2010.

(41) VARGA, László. Após explosão, *telemarketing* perde fôlego. *Folha On-Line*, São Paulo, 14 julho 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u70225.shtml>> Acesso em: 11 nov. 2005.

(42) RIBEIRO, Silvia Basílio. *Telemarketing* enfrenta crise de saúde. In: *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 14 mar. 2004. Caderno Ilustrada, p. E2.

(43) ALMEIDA, Victor Hugo de. *Sala de descanso em empresas de telemarketing e qualidade de vida*. 2008. 149 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

econômicos, aspectos biológicos, etc.)⁽⁴⁴⁾. De qualquer sorte, as seguintes condições de trabalho favorecem o adoecimento dos teleoperadores: ritmo alucinante de trabalho, impossibilidade de interação com outros colegas de trabalho, escassez de pausas para descanso, metas de produtividade desgastantes (Tempo Médio de Atendimento — TMA ou Tempo Médio Operacional — TMO), sistemas de avaliação, fardo emocional de lidar com clientes exigentes ou desagradáveis, pressão constante de supervisores com controle rígido de trabalho, baixos salários, etc.

A respeito do comprometimento da integridade física desses trabalhadores, alguns aspectos que podem influenciar na saúde e qualidade de vida no trabalho, culminando no adoecimento dos teleoperadores: inadequações do mobiliário e dos equipamentos, penosidade da prestação laboral, aceleração do ritmo de trabalho, precárias adequações ergonômicas e temperatura do ambiente⁽⁴⁵⁾.

Nesse espeque, além dos aspectos físicos que compõem o meio ambiente do trabalho, é cada vez mais importante a análise dos aspectos psicológicos e comportamentais nos quais está envolta a atividade⁽⁴⁶⁾. Podem contribuir ao comprometimento da saúde e à qualidade de vida no trabalho, desencadeando (ou agravando) o adoecimento desses trabalhadores.

7.3. A influência do meio ambiente do trabalho na saúde e na qualidade de vida dos trabalhadores

Criar e, principalmente, manter ambientes promotores de saúde tem sido um grande

desafio. Deve ser compreendido como um amplo campo multidisciplinar de estudos sobre a inter-relação pessoa-ambiente⁽⁴⁷⁾. Compreende, inclusive, o meio ambiente do trabalho, que faz parte da condição humana e é reinventado diariamente pela capacidade do ser humano de idealizar, construir e modificar seu entorno, para sua sobrevivência como espécie⁽⁴⁸⁾.

A influência do meio ambiente do trabalho na saúde e na qualidade de vida do trabalhador não deve ser compreendida somente mediante da análise do espaço de concretização das relações de trabalho, ou seja, do espaço imediato onde ocorre a prestação do serviço. Deve ser considerada a influência recíproca entre o *locus* laboral e contextos imediatos dos quais a pessoa participa (casa, trabalho, escola, etc.), até estruturas sociais e contextos mais amplos (sistema econômico, político, jurídico, educacional, etc.), nos quais o ambiente de trabalho está imerso⁽⁴⁹⁾.

Deve-se ainda considerar que “o entendimento do meio ambiente do trabalho estabelece-se com a percepção do espaço do trabalho e, mais ainda, do próprio trabalhador, na medida em que não existe tal ambiente sem o ser humano”⁽⁵⁰⁾. Entende-se esse espaço como algo dinâmico, em face das constantes evoluções sociais e técnicas enfrentadas cotidianamente.

A saúde e o bem-estar das pessoas são influenciadas por diversos fatores do ambiente sociofísico, tanto pessoais como ambientais. Inclui-se nos fatores pessoais: (a) aspectos biogenéticos (por exemplo, sexo, idade cronológica, história de doenças na família, competência

(44) *Idem*.

(45) ODA, Carla, *op. cit.*; GALASSO, Leonilde Mendes Ribeiro. *Humor e estresse no trabalho: fatores psicossociais estressores e benéficos no trabalho dos operadores de Telemarketing*. 2005. 260 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005; NOGUEIRA, Claudia Mazzei, *op. cit.*

(46) ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito ambiental e meio ambiente do trabalho*. Dano, prevenção e proteção jurídica. São Paulo: LTr, 1997. 221 p.

(47) ALMEIDA, Victor Hugo de, *op. cit.*

(48) SADY, João José. Repensando o direito ambiental do trabalho. In: *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 82, p. 63-73, 2005.

(49) CAMPOS-DE-CARVALHO, Mara Ignez. A metodologia do experimento ecológico. In: PINHEIRO, José Q.; GÜNTHER, Hartmut. (Orgs.). *Métodos de pesquisa nos estudos pessoa-ambiente*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008. p. 11-52.

(50) ROCHA, Júlio César de Sá da, *op. cit.*, p. 130.

imunológica, etc.); (b) aspectos comportamentais (por exemplo, participação em programas de promoção de saúde, padrões de sono, tabagismo, consumo de álcool, etc.); (c) aspectos psicológicos (por exemplo, otimismo, criatividade, extroversão, habilidade interpessoal, ansiedade, estado depressivo, etc.). Quanto aos fatores ambientais, pode-se considerar: (a) aspectos geográficos (por exemplo, clima, vegetação, radiação ultravioleta, aquecimento global, etc.); (b) aspectos arquiteturais-tecnológicos (por exemplo, ergonomia, *design* das áreas de trabalho, radiação eletromagnética, poluição sonora, etc.); (c) aspectos socioculturais (por exemplo, status socioeconômico individual e coletivo, crenças e práticas culturais e religiosas, clima social na empresa, instabilidade política, mudanças econômicas, regulamentação ambiental, legislação protetiva, etc.)⁽⁵¹⁾.

Na seara do estudo de caso proposto, reforçando a inter-relação pessoa-ambiente, apontam-se alguns elementos psicossociais negativos relacionados ao trabalho em *telemarketing*: (1) ausência de equipamentos ergonômicos, posto de trabalho isolado, características físicas do edifício, etc.; (2) fila de atendimento, ritmo elevado e poucas pausas; (3) falta de controle sobre a tarefa, rigidez da organização do trabalho, *script* padrão e ausência de autonomia⁽⁵²⁾.

Essas condições de trabalho, às quais são submetidos os teleoperadores, fazem do *telemarketing*, além de principal atividade terceirizada no Brasil e segunda maior empregadora. Trata-se, entretanto, de setor tendente a elevados índices de doenças ocupacionais e acidentes do trabalho.

Diante disso, foi aprovado, em 2007, o Anexo II da Norma Regulamentado n. 17, do Ministério do Trabalho e Emprego, que cuidou de instituir parâmetros mínimos para o

(51) STOKOLS, Daniel. Establishing and maintaining healthy environments. In: *American Psychologist*, Washington, v. 47, n. 1, p. 6-22, 1992.

(52) GALASSO, Leonilde Mendes Ribeiro, *op. cit.*

trabalho no setor, a fim de proporcionar conforto, segurança, saúde e desempenho eficiente aos teleoperadores. Dentre outras disposições e diante dos reflexos psicológicos negativos que desencadeavam, vedou a utilização dos seguintes procedimentos: a) métodos favoráveis à prática de assédio moral contra teleoperadores (por exemplo, a exigência do uso de fantasias e vestimentas com intuito punitivo — item 5.13; b) mecanismos de monitoramento da produtividade (por exemplo, mensagens nos monitores de vídeo dos teleoperadores, alertando sobre o tempo das ligações ou de filas de clientes, para a aceleração do trabalho — item 5.9). Ampliou o tempo de intervalo para repouso e alimentação para 20 minutos (item 5.4.2), que antes era de 15 minutos (§ 1º, do art. 71, da CLT), para teleoperadores sujeitos à jornada de trabalho de seis horas diárias. Acrescentou, ainda, mais dois períodos de 10 minutos de pausas de descanso (5.4.1, alínea b), concedidas após os primeiros e antes dos últimos 60 (sessenta) minutos de trabalho (item 5.4.1, alínea c), para prevenir sobrecarga psíquica, muscular estática do pescoço, ombros, dorso e membros superiores.

7.4. A responsabilidade da empresa tomadora de serviços de telemarketing

Diante do ajuizamento de ações trabalhistas perante a Justiça do Trabalho, reclamando a reparação dos prejuízos materiais e morais em virtude de doenças ocupacionais e acidentes do trabalho, passou-se a discutir a responsabilidade das empresas tomadoras de serviços arroladas no polo passivo da relação processual. Inequívoca era, e ainda é, a responsabilidade da empresa tomadora. Basta discussão acerca do fundamento e da modalidade — solidária ou subsidiária — da responsabilização.

O ordenamento jurídico pátrio, órfão de uma legislação própria para a regulamentação da terceirização, oferecia aos juristas tão somente a Súmula n. 331 do TST, cujo tema é a legalidade do contrato de prestação de serviços. Em

seu inciso IV, decidiu-se pela responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador direito (prestador de serviços).

Nas primeiras reclamações trabalhistas, passaram os magistrados, de início, a verificar se havia intervenção da tomadora dos serviços na prestação e na organização do trabalho, ou seja, se a empresa tomadora compartilhava do poder diretivo da empresa prestadora dos serviços. Em caso positivo, aplicavam a jurisprudência sumulada e laçavam os institutos civilistas da responsabilidade civil da culpa *in contrahendo*, nas suas modalidades culpa *in eligendo*, *in vigilando* e *in omittendo*, para justificar a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora dos serviços.

Com o passar do tempo, ao verificar a participação das empresas tomadoras na organização do trabalho e até mesmo a presença de seus prepostos no *locus* laboral, cunhou-se como regra a responsabilidade subsidiária das empresas tomadoras de serviços de *telemarketing*, deixando essa matéria a mesa de discussões dos tribunais trabalhistas.

Esse debate retornou à pauta do Tribunal Superior do Trabalho, que pretende, nos próximos trabalhos, sumular a prática de terceirização dos serviços de teleatendimento, diante do conflito de posicionamento de suas turmas⁽⁵³⁾. Isso porque, ao considerar que a atividade de teleatendimento estaria vinculada à atividade-fim da empresa tomadora, a utilização de empresa interposta torna-se uma atividade ilícita e, nesse caso, aplicar-se-ia o instituto da responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços.

A consagração da responsabilidade subsidiária dessas empresas, de todo modo, já é

considerada conquista importante para os trabalhadores do setor. Por não raras vezes, viam-se credores de empresas prestadoras de serviços de *telemarketing* condenadas em processos trabalhistas, que desapareciam e frustravam a efetividade da medida jurisdicional. As empresas tomadoras de serviços, consideradas partes ilegítimas ou simplesmente não arroladas no polo passivo da demanda, saíam ilesas, beneficiando-se do trabalho e do adoecimento daquele trabalhador, ao qual havia imposto metas de produtividade e resultados, sem observância dos patamares mínimo de saúde e segurança no trabalho impingidos pela legislação trabalhista.

Todavia, muitas dessas empresas tomadoras, mormente no setor de telecomunicações, integram o mesmo grupo econômico em que se encontram suas respectivas contratantes (prestadoras de serviços). Exercem, assim, em igual medida, o poder diretivo cabível ao empregador direto, no caso, a empresa prestadora. Por desconhecimento da constituição empresarial dessas empresas ou, talvez, pela redenção pacífica e servil à regra da responsabilidade subsidiária já cristalizada por meio da jurisprudência, não se observa um diálogo construtivo sobre a edificação jurisprudencial da responsabilidade solidária do tomador dos serviços. Nesses casos, a contratante beira a se confundir com a empresa prestadora integrante do mesmo grupo econômico.

Desta feita, é preciso que se encoraje não somente juristas, mas também pesquisadores, a repensarem a responsabilidade das empresas tomadoras de serviços. São elas, em verdade, protagonistas do processo de precarização do trabalho, tendente ao adoecimento do trabalhador no âmbito da terceirização.

8. Considerações finais

Diante de tudo o que foi visto, relembra-se a responsabilidade da tomadora de serviços pela garantia e manutenção de um meio ambiente do trabalho equilibrado e saudável. Nada há que se oponer à sua responsabilização

(53) CARVALHO, Victor. TST irá sumular sobre terceirização de *call center*. In: *JusBrasil Notícias*, 31 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2548493/tst-ira-sumular-sobre-terceirizacao-de-call-center>> Acesso em: 7 fev. 2011.

pela forma com que sua contratada lida com seus empregados, já que é tarefa de ambas fiscalizarem como o trabalho é realizado. Cabe ao empregador (tomador de serviços ou não) zelar pela integridade física, psíquica e moral do trabalhador, sob qualquer circunstância, como garantia de sua dignidade acima de tudo.

Em perspectiva evolutiva, ganha força a teoria da responsabilidade objetiva e solidária da tomadora de serviços, diante da necessidade de análise do grau de culpa na má escolha da empresa prestadora ou na ausência de vigilância de cumprimento das normas de higiene, saúde e segurança do trabalho. Preceitos constitucionais balizam essa nova doutrina, refletindo nos julgados dos tribunais pátrios. Em conjunto, urge explicitar o grau de responsabilização penal que decorre da desobediência dessas regras, na medida em que a ofensa à higidez dos trabalhadores envolve não só um ilícito civil, mas também ilícito penal.

Pautada em cultura de segurança e saúde no trabalho, a reorganização do trabalho, exaustivamente proposta pela literatura científica, somente alcançará êxito pela conscientização de todos os envolvidos, no sentido de que melhores condições laborais também interferem no bem-estar, dentro e fora do trabalho. O liame entre saúde e trabalho define-se ao evidenciar a estreita relação entre o meio ambiente laboral, em seus diversos aspectos (fatores físicos: ambientais, arquiteturas-tecnológicos e sociais; fatores pessoais: biogenéticos, comportamentais e psicológicos), com a saúde (sobretudo mental) e a qualidade de vida do trabalhador.

O sucesso desses ditames depende da efetiva fiscalização e da imposição de sanções mais enérgicas às empresas tomadoras de serviços. Elas respondem pela prevenção de doenças e acidentes do trabalho, embora tratada tantas vezes como preocupação exclusiva do empregador direto.

Um importante passo para o enfrentamento desse desafio será a regulamentação da terceirização aliada à intervenção mais efetiva dos

sindicatos e do Estado nas relações de trabalho. Outra importante contribuição depende da implementação de políticas públicas dirigidas à tomada de consciência da relevância do ambiente de trabalho saudável como promotor de qualidade de vida. Com amparo em questões já investigadas pela comunidade científica e denunciadas por terceirizados na Justiça do Trabalho, ninguém melhor do que esses trabalhadores para oferecer as melhores contribuições ao enfrentamento desse impasse jurídico e social.

9. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Victor Hugo de. *Sala de descanso em empresas de telemarketing e qualidade de vida*. 2008. 149 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

BRANDÃO, Mônica de Amorim Torres. *Responsabilidade civil do empregador no acidente do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

CAMPOS-DE-CARVALHO, Mara Ignez. A metodologia do experimento ecológico. In: PINHEIRO, José Q.; GUNTHER, Hartmut. (Orgs.). *Métodos de pesquisa nos estudos pessoa-ambiente*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008. p. 11-52.

CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e sequelas: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização*. São Paulo: LTr, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

FOLHA ON-LINE. *Telemarketing gera 500 mil empregos no Brasil, 60% em SP*. São Paulo, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u78596.shtml>> Acesso em: 10 maio 2005.

MANNRICH, Nelson. *Terceirização: luzes e sombras*. In: MARTINS, Sergio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Coord.).

- MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- NOGUEIRA, Claudia Mazzei. *O trabalho duplicado: a divisão sexual no trabalho e na reprodução: um estudo das trabalhadoras do telemarketing*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.
- ODA, Carla. *Operadores de telemarketing: stress, autonomia, somatização e dores em pescoço e ombros*. 2003. 138 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.
- OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- _____. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- PORTAL CALL CENTER. *Mercado de contact center cresce em 2009*. São Paulo, 7 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.portalcallscenter.com.br/indicadores/outros-numeros/mercado-de-contact-center-cresce-em-2009>> Acesso em: 8 nov. 2010.
- RIBEIRO, Silvia Basílio. *Telemarketing enfrenta crise de saúde*. In: *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 14 mar. 2004. Caderno Ilustrada.
- ROCHA, Julio César de Sá da. *Direito ambiental do trabalho: mudança de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2002.
- _____. *Direito ambiental e meio ambiente do trabalho*. Dano, prevenção e proteção jurídica. São Paulo: LTr, 1997.
- SADY, João José. Repensando o direito ambiental do trabalho. In: *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 82, 2005.
- SCHNELL, Fernando. *A terceirização e a proteção jurídica do trabalhador*. A necessidade de um critério para definição da licitude das relações triangulares. A responsabilidade solidária da tomadora e da prestadora de serviço. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 703, 8 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6855>> Acesso em: 2 out. 2010.
- SILVA, Airton Marinho; ASSUNÇÃO, Ada Ávila. Negociações sociais para melhoria das condições de trabalho no setor de teletendimento: o descompasso entre a posição das empresas e a realidade do trabalho. In: *Interface*, Botucatu, v. 9, n. 18, fev. 2005.
- SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano*. Conteúdo essencial da dignidade humana. São Paulo: LTr, 2008.
- SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.
- STOKOLS, Daniel. Establishing and maintaining healthy environments. In: *American Psychologist*, Washington, v. 47, n. 1, 1992.
- VARGA, László. Após explosão, telemarketing perde fôlego. In: *Folha On-Line*. São Paulo, 14 jul. 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u70225.shtml>> Acesso em: 11 nov. 2005.

Um novo diálogo entre o direito internacional e o direito do trabalho brasileiro: o *status* jurídico de supralegalidades das convenções da OIT

Carlos Antonio Nobrega Filho^(*)

Resumo:

- ▶ O texto aborda a incorporação das Convenções da OIT na ordem jurídica nacional, rompendo com a tese da paridade normativa entre o direito internacional e o direito infraconstitucional interno. A partir de precedente do STF, buscamos o reconhecimento da *supralegalidade* das convenções da OIT por serem normas de direitos humanos. O grande objetivo do texto é anunciar as repercussões positivas no direito interno trabalhista em razão da supralegalidade das normas internacionais do trabalho. Nesse contexto, o resultado prático pode ser identificado com a aplicação da Convenção n. 158 da OIT para suprir a ausência da Lei Complementar exigida pelo inciso I do art. 7º da Constituição Federal.

Palavras-chave:

- ▶ Novo diálogo — direito internacional e direito do trabalho brasileiro — supralegalidade — convenções — OIT.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Aspectos gerais do direito internacional público do trabalho
- ▶ 3. Direito internacional e o direito interno. Teorias
- ▶ 4. O direito internacional público e a ordem jurídica brasileira
 - ▶ 4.1. As Constituições brasileiras e os tratados internacionais: uma visão histórica
 - ▶ 4.2. A posição da atual Constituição sobre o tema
 - ▶ 4.3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a consagração da ideia de supralegalidade das normas internacionais

(*) Pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba – ESMAT 13. Advogado.

- ▶ 5. O *status* de supralegalidade das Convenções da OIT e sua repercussão no direito brasileiro
 - ▶ 5.1. As Convenções da OIT e seu *status* jurídico
 - ▶ 5.2. Reflexos na ordem infraconstitucional das Convenções da OIT: aplicação do princípio da norma mais benéfica
 - ▶ 5.3. Análise casuística da aplicação da Convenção n. 158 da OIT
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

Pretendo aqui analisar o *status* jurídico das Convenções da OIT levando em consideração a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Isto é, pretendo abordar como as Convenções da OIT incorporam-se na ordem jurídica brasileira sob a ótica da doutrina e do judiciário brasileiro.

Contudo, não se trata de um estudo já bastante mastigado pela doutrina. O que proponho com esse estudo é o reconhecimento do *status* de supralegalidade das Convenções da OIT, tendo como paradigma precedente (RE n. 466.343/SP) do Supremo Tribunal Federal que tratou do *status* jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos. Essa nova visão cria um novo diálogo entre o direito internacional e o direito interno trabalhista.

Ao recebermos as Convenções da OIT com *status* de supralegalidade, estando, portanto, acima do direito infraconstitucional interno mas abaixo da Constituição, e não no mesmo patamar jurídico das leis ordinárias. Projetamos com isso várias repercussões no âmbito do direito interno trabalhista, ao qual tivemos o cuidado de exemplificar com a Convenção n. 158 da OIT e sua relação com o art. 7º, I, da Constituição Federal.

O que queremos sustentar aqui é a superioridade hierárquica das Convenções da OIT sobre o direito infraconstitucional interno, uma vez que tais diplomas normativos devem receber tratamento especial tendo em vista a sua natureza de diplomas normativos de direitos humanos.

O constituinte de 1988 deixou claro a sua preocupação com a incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica nacional, e o constituinte reformador de 2004 aumentou ainda mais o tratamento especial ao possibilitar a incorporação dos tratados de direitos humanos com *status* de emenda constitucional (CF, art. 5º, §§ 2º e 3º).

O Recurso Extraordinário n. 466.343/SP servirá como paradigma para a tese da supralegalidade das Convenções da OIT. Contudo, não deixaremos de lado o embasamento teórico, buscando na doutrina o suporte para o reconhecimento da supralegalidade das convenções.

Antes de tudo, é bom lembrar que o proposto neste trabalho é o reconhecimento da supralegalidade das normas internacionais do trabalho desde que elas não tenham sido recebidas nos moldes do § 3º do art. 5º da Constituição. Ou seja, haveria duas formas de incorporar as convenções da OIT na ordem jurídica nacional: com *status* de supralegalidade, ou com *status* de emenda constitucional.

Todavia, nada impede que as convenções da OIT recebam o *status* de norma constitucional por força do § 2º do art. 5º da Carta Magna. A tese do bloco de constitucionalidade nunca poderá ser descartada pelos operadores do direito, ainda que a nossa corte suprema resista a essa corrente.

Portanto, o meu objetivo é demonstrar que as Convenções da OIT merecem e necessitam de tratamento especial em razão de sua natureza de norma de direitos humanos e, conseqüentemente, abrir com isso um novo diálogo entre

o direito internacional e o direito do trabalho brasileiro.

Buscaremos, na prática, como seria importante essa nova visão; nesse desiderato, a tese da supralegalidade e sua repercussão no direito brasileiro são exemplificadas com a análise casuística da aplicação da Convenção n. 158 da OIT. Nessa análise, a Convenção n. 158 supriria a ausência da lei complementar exigida pelo art. 7º, I, da Carta Magna, conferindo efetividade à norma constitucional.

2. Aspectos gerais do direito internacional público do trabalho

O Direito Internacional do Trabalho (DIT) é o ramo do direito internacional público que tem o objetivo de regulamentar as relações de trabalho de forma universal. A grande finalidade desse ramo é a busca da universalização da ideia de justiça social.

Para alcançar esse objetivo, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada no ano de 1919 pelo Tratado de Versailles. Essa Organização está estruturada em três órgãos, a saber, a Conferência Internacional do Trabalho, o Conselho de Administração e o *Bureau* Internacional do Trabalho. A OIT é agência especializada da ONU com personalidade jurídica própria e diversa das nações unidas.

A OIT é constituída com base no *tripartismo*. O tripartismo consiste na formação tripartida dos órgãos da OIT, ou seja, aqueles que possuem interesse na regulamentação internacional do trabalho compõem os principais órgãos da Organização, especialmente a Conferência Internacional do Trabalho (a assembleia geral da Organização) — possuem interesse o governo, os trabalhadores e os empregadores.

A Conferência Internacional do Trabalho detém a atribuição de regulamentar universalmente as relações de trabalho e os problemas que lhe são conexos, mediante três instrumentos normativos: *convenções*, *recomendações* e *resoluções*. As convenções obrigam os Estados-membros, pois são objeto de ratificação; as

recomendações não obrigam já que não se submetem à ratificação do Estado.

Nesse contexto, as convenções são o principal instrumento normativo da Organização. A convenção é fruto das Sessões da Conferência Internacional do Trabalho, que em sessão dupla por maioria qualificada de dois terços dos delegados presentes aprovam a norma jurídica elaborada na conferência.

As convenções da OIT são “tratados” normativos multilaterais abertos à adesão que criam normas jurídicas; titularizando, portanto, direitos, e impondo deveres:

A convenção em nada difere do tratado, quanto à sua estrutura, e pode ser empregada como sinônimo deste; mas, cada vez mais, ela vem sendo utilizada para rotular o tratado multilateral normativo adotado por um organismo de direito internacional público (SÜSSEKIND *et al.*, 2005. p. 1520).

Participam da Conferência os Estados-membros da OIT. Cada Estado possui quatro representantes: dois delegados governamentais e dois delegados classistas (um delegado patronal e um delegado dos trabalhadores). Isso significa que os textos das convenções são elaborados pelos maiores interessados na regulamentação das relações de trabalho, a saber, o governo e os fatores de produção.

As Convenções da OIT não são produto de meras decisões diplomáticas, são antes de tudo decisões democráticas. Cada delegado vota individualmente, e é nisso que resulta o caráter democrático das decisões normativas da OIT. As decisões dos delegados não vinculam juridicamente o Estado. Aprovado e assinado o texto da Convenção, esta só vincula quando ratificada pelo Estado soberano.

No caso do direito constitucional brasileiro, a ratificação da convenção internacional é fruto de ato complexo, unindo duas vontades, a do Chefe de Estado (Presidente da República) e a do Congresso Nacional (CF, art. 84, VIII c/c o art. 49, I):

Não se pode entender a ratificação senão como *ato internacional*, e como *ato de governo*. Este, o poder Executivo, titular que costuma ser da dinâmica das relações exteriores de todo o Estado, aparece como idôneo para ratificar — o que no léxico significa *confirmar* —, perante outras pessoas jurídicas de direito das gentes, aquilo que ele é próprio, ao término da fase negocial, deixara pendente de confirmação, ou seja, o seu consentimento em obrigar-se pelo pacto. Parlamentos nacionais não ratificam tratados, primeiro porque não têm voz exterior, e segundo porque, justamente à conta de sua inabilidade para a comunicação direta com Estados estrangeiros, nada lhes terão renunciado, antes, por assinatura ou ato equivalente, que possa mais tarde confirmar pela ratificação (REZEK, 2005, p. 49).

Uma vez ratificada a convenção, esta se incorpora ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de decreto presidencial que promulga e publica o texto internacional. A forma como a convenção se internaliza na ordem jurídica nacional será abordada no próximo ponto.

3. O direito internacional e o direito interno. Teorias

Debate interessante acerca do direito internacional público diz respeito ao seu diálogo com o direito interno do Estado soberano. De antemão, gostaríamos de limitar a discussão no plano do direito interno infraconstitucional, ou seja, ao falar em direito interno estarei me referindo à legislação infraconstitucional.

Tanto a doutrina estrangeira como a nacional não convergem quanto à relação que existe entre o direito internacional público e o direito interno. Debalde dessas divergências, surgiram duas teorias, quais sejam, a *teoria dualista* e a *teoria monista*.

Numa breve síntese, podemos constatar que a ideia principal da teoria dualista é de negar qualquer interseção entre o direito internacional público e o direito interno; daí a

expressão *dualista* para a teoria, pois não havendo interseção haveria duas ordens jurídicas, autônomas e independentes, quais sejam, a ordem internacional e a ordem interna.

A consequência imediata da teoria dualista é a ausência de conflito entre o direito das gentes e o direito interno.

Triepel e Anzilotti são os precursores, na doutrina estrangeira, da teoria dualista; no Brasil eles foram seguidos por Valladão (1974, p. 53 e 94), Tenório (1976, p. 94 e s.) e Celso D. Albuquerque de Mello (1994, p. 344).

Para os autores estrangeiros, as normas de direito internacional disciplinam as relações entre Estados, e entre estes e os demais protagonistas da sociedade internacional. De sua parte, o direito interno rege as relações intraestatais, sem qualquer conexão com elementos externos.

Nas palavras de Celso Albuquerque de Mello, o direito interno para o juiz é um simples fato, que pode inclusive fazer prova do direito costumeiro internacional:

A jurisprudência internacional tem sido unânime em consagrar a primazia do DI. No século XIX este princípio já fora admitido na arbitragem do caso Alabama. No corrente século a jurisprudência internacional nos fornece, entre outros, o caso Wimbledon. O direito interno tem para o juiz internacional o valor de um simples fato, não possuindo qualquer valor normativo. Pode-se lembrar que isto não significa que o DIP ignore o direito interno, sendo de se recordar que os princípios gerais de direito são fontes do DIP, bem como o direito interno pode servir de prova para a existência de um costume internacional (Akehurst) (ALBUQUERQUE DE MELLO, 1997, p. 109).

É bom destacar, na altura deste tópico, que as teorias dualista e monista surgiram da preocupação de se saber se a norma internacional se incorpora no plano interno diretamente, ou mediante ato formal.

Nessa ordem de ideias, a teoria dualista afirma que a norma internacional só se incorporaria no plano interno se um ato formal a introduzisse na ordem interna.

A teoria monista tem como fundamento a ideia de unidade, isto é, enquanto o dualismo reparte o sistema jurídico em duas ordens, o monismo o unifica. Daí a expressão monismo para a referida teoria.

O pai do monismo, sem sombra de dúvidas, é Hans Kelsen (1979, p. 437 e s.). Para o monismo, o conflito de normas internacionais e internas é evidente, uma vez que Kelsen defende a existência de um sistema jurídico composto por normas internacionais e internas que se relacionam mutuamente, numa zona de interseção.

Portanto, diversamente do dualismo, o monismo trabalha com a ideia de conflito de normas internacionais e internas. Nesse contexto, o monismo admite duas correntes, a saber, a corrente que dá primazia ao direito internacional e a corrente que dá primazia ao direito interno. Kelsen é defensor da primeira corrente.

Como o direito internacional faz parte do sistema jurídico brasileiro, nos termos da teoria monista a norma internacional não precisaria de ato formal para ser incorporada ao nosso direito interno. No entanto, o constituinte de 1988 optou por incorporar o direito internacional mediante decreto presidencial.

Hildebrando Accioly (1978, p. 06) assevera que a jurisprudência internacional, desde 1930, por meio de parecer da Corte Permanente de Justiça Internacional, opinou pela prevalência do direito internacional sobre o direito interno: “É princípio geral reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei não podem prevalecer sobre as do tratado.”

O direito constitucional brasileiro sempre foi tímido em resolver esse debate. O constituinte de 1988 não escapou à regra e novamente não

tratou da questão. Todavia, o direito constitucional comparado nos dá notícias de países que positivaram nas suas Constituições as referidas teorias.

A Constituição francesa, de 1958, foi expressa no sentido da superioridade do direito internacional, bem como a da Holanda, de 1983.

Parece-me que no caso brasileiro, o legislador infraconstitucional quis resolver a problemática. Reza o art. 98 do Código Tributário Nacional (CTN) que: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

A parte final do dispositivo em comento traz aquilo que algumas vezes na doutrina (Luís Roberto Barroso) reconhecem como sendo a escolha legislativa da primazia do direito internacional tributário sobre o direito interno.

O que nos chama a atenção é que a doutrina, inclusive a tributária, é bastante tímida em citar esse exemplo como um caso de *supralegalidade das normas internacionais*. Parece que essa timidez decorre da jurisprudência clássica do Supremo Tribunal Federal (STF) de receber as normas internacionais com *status* de lei ordinária.

Se o art. 98 do CTN dispõe que a lei posterior não revoga tratado internacional, é porque este é superior à lei. Essa interpretação decorre da teoria geral da hermenêutica jurídica de que uma lei só pode ser revogada por outra de mesmo ou superior grau hierárquico. No entanto, os manuais não chegam a mencionar o *status* de supralegalidade do direito internacional tributário.

O STF a partir do RE n. 80.004 construiu, no Brasil, uma corrente intermediária do monismo, qual seja, a do *monismo moderado*. A nossa corte suprema reconhece que o ordenamento jurídico é um sistema, e nesse sistema as normas internacionais e internas convivem harmonicamente, sendo aquelas recebidas no

mesmo grau hierárquico do direito interno, isto é, com *status de lei ordinária*.

Isso significa que, para a visão clássica do STF, há a possibilidade de conflito entre o direito internacional e o direito nacional, no entanto, esse conflito deve ser resolvido pelo critério da especialidade ou o cronológico.

No entendimento de Arnaldo Süssekind, o constituinte de 1988 teria adotado a *teoria monista*. Essa tese decorre da leitura do art. 105, III, alínea *a*, da Constituição. Segundo esse dispositivo, cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar o Recurso Especial quando a decisão recorrida contrariar dispositivo de *tratado* ou lei federal, ou negar-lhe vigência.

Ao tempo dessas decisões, a doutrina (José Carlos de Magalhães citado por Barroso) já criticava a posição do STF de não ter dado superioridade aos tratados internacionais. Segundo a doutrina, o judiciário não estaria colaborando com o Estado no respeito aos compromissos internacionais firmados pelo Presidente da República.

Em que pese essa jurisprudência clássica do STF, o que se noticia é que a suprema corte, em recente julgado, firmou precedente no sentido da *supralegalidade* de norma internacional, o Pacto de São José da Costa Rica.

4. O direito internacional público e a ordem jurídica brasileira

4.1. As Constituições brasileiras e os tratados internacionais: uma visão histórica

O constitucionalismo brasileiro, desde a Carta Imperial de 1824, traz a figura dos tratados internacionais, conferindo ao Chefe do Poder Executivo a atribuição de celebrá-los sob a autorização do Poder Legislativo.

Diversamente do direito constitucional comparado, onde algumas nações estabeleceram de forma expressa o posicionamento dos tratados internacionais no plano interno, a exemplo da França e da Holanda que deram

aos atos internacionais *status* de supralegalidade, os constituintes brasileiros não tiveram a mesma felicidade (RE n. 466.343/SP, DJ 04.06.2009).

O constitucionalismo brasileiro sempre se preocupou em sistematizar o processo de formação das normas internacionais, e o fez desde a primeira Constituição, repartindo as competências, mas nunca estabeleceu o posicionamento jurídico dos tratados no direito interno.

Contudo, a doutrina constitucional brasileira, analisando a competência do STF, chegou à conclusão de que os constituintes teriam adotado a teoria monista, mas de forma moderada, uma vez que os tratados eram integrados no sistema jurídico no mesmo patamar das *leis ordinárias*.

A Constituição de 1967/1969 reforça esse entendimento, senão vejamos:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Portanto, a história constitucional brasileira demonstra que os tratados internacionais estão abaixo da Constituição e no mesmo grau hierárquico das leis ordinárias.

4.2. A posição da atual Constituição sobre o tema

A Constituição Federal de 1988 deu novos contornos ao debate sobre o direito internacional público e a ordem jurídica brasileira. A partir de 1988, o direito constitucional brasileiro passou a conviver com o debate sobre a internalização de tratados internacionais de direitos humanos.

A partir da leitura do § 2º do art. 5º da CF/1988, a doutrina e a jurisprudência do STF passaram

a enfrentar outro problema, qual seja, o posicionamento jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos.

A jurisprudência clássica do STF foi toda construída com base nos tratados comuns, pois as anteriores Constituições nunca mencionaram tratados de direitos humanos. Com isso, a doutrina majoritária sempre convergiu para o entendimento de que a atual Constituição teria dado tratamento especial aos tratados e convenções de direitos humanos.

Os direitos humanos na Carta de 1988 foram bastante valorizados, sendo alçados à categoria de valor fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/1988), e como princípio que deve reger a República Federativa brasileira nas suas relações internacionais — art. 4º, inciso II, da CF/1988.

Nesse cenário jurídico, a doutrina é quase unânime no sentido de que a atual Constituição teria dado às normas internacionais de direitos humanos *status de norma constitucional*. Essa tese decorreria do art. 5º, § 2º, da CF, *in verbis*:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 87.585, o ministro Celso de Mello votou pelo *status* de norma constitucional do Pacto de São José da Costa Rica em razão do *bloco de constitucionalidade*, nos termos do art. 5º, § 2º, da CF.

No entanto, a tese que preponderou foi a encabeçada pelo ministro Gilmar Mendes no sentido de considerar o referido pacto como sendo norma infraconstitucional, mas *supra-legal*.

Em 2004, a EC n. 45 inovou mais uma vez a presente temática acrescentando ao art. 5º o § 3º, que diz: “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.”

Com a EC n. 45/2004, o sistema constitucional brasileiro passou a conviver com dois dispositivos que dão tratamento especial aos tratados internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, a doutrina constitucionalista entende que os tratados de direitos humanos sob o pálio da atual Constituição, incorporam-se materialmente à Constituição pelo art. 5º, § 2º, da CF; e materialmente e formalmente pelo art. 5º, § 3º, da CF.

Portanto, os tratados de direitos humanos com base na atual Constituição podem ter ***status de norma constitucional***, ou ***status de emenda à Constituição***.

No tocante aos tratados comuns, a atual Constituição manteve a tradição constitucional de incorporá-los como normas de hierarquia infraconstitucional. Os tratados comuns gozariam da mesma hierarquia das leis federais.

Reza o art. 102, III, alínea *b*, da CF, que compete ao STF: “III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.”

O art. 105, III, alínea *a*, da CF diz que compete ao STJ: “III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.”

Com base nesses dois dispositivos, a doutrina assevera que a atual Constituição manteve a tradição constitucional brasileira dando paridade normativa ao tratado e à lei ordinária.

Concluindo, a posição da atual Constituição sobre o tema é a seguinte: a) quando se trata de tratados comuns, estes estão abaixo da Constituição e no mesmo nível hierárquico

das leis federais; b) quando se trata de tratados de direitos humanos, estes podem ter *status* de norma constitucional pelo *bloco de constitucionalidade* (art. 5º, § 2º, CF), ou pela *equivalência às emendas constitucionais*, por força do art. 5º, § 3º, da CF. Quanto à tese do bloco de constitucionalidade, há divergências na doutrina, e o STF tem entendimento desfavorável à aplicação da referida tese. Esse assunto será mais bem detalhado no próximo ponto.

4.3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a consagração da ideia de supralegalidade das normas internacionais

Analisada a questão do posicionamento jurídico dos tratados internacionais no plano interno sob a ótica da doutrina e da Constituição, este ponto do trabalho abordará a temática à luz de precedentes do STF desde a sua posição clássica até a posição mais moderna, no tocante aos tratados de direitos humanos.

O posicionamento inicial do STF sobre a internalização das normas internacionais data dos anos 50. Inicialmente, o STF consignou o entendimento de que as normas internacionais teriam primazia sobre o direito interno (Apelações Cíveis n. 7.872/43, da relatoria do Min. Philadelpho Azevedo, e a de n. 9.587/51 da relatoria do Min. Orozimbo Nonato).

No ano de 1977, o STF no julgamento do RE n. 80.004/SE, cujo relator foi o Min. Xavier de Albuquerque, iniciou o longo caminho da paridade normativa entre tratado e lei ordinária, assentando a tese do monismo moderado. Abaixo, segue a ementa do julgado:

EMENTA: CONVENÇÃO DE GENEBRA. LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTA PROMISSÓRIA. AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI N. 427, DE 22.1.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre

letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, *não se sobrepõe ela às leis do país*, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Decreto-lei n. 427/69 que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. (STF, Recurso Extraordinário n. 80.004 – SE, Órgão julgador: Tribunal Pleno, relator min. Xavier de Albuquerque, DJ 29.12.1977, grifo nosso).

Com base na ementa supracitada, podemos afirmar que o STF consolidou o entendimento de que os tratados têm a mesma hierarquia das leis ordinárias.

Em 2001, quase trinta anos depois, o STF manteve o seu posicionamento, ainda que o tratado em questão fosse uma convenção internacional da OIT. Esse posicionamento foi mantido pela excelsa corte na ADIn n. 1.480-DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, que em uma das passagens do acórdão consignou o seguinte:

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRA-CONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. Os *tratados* ou *convenções internacionais*, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, no mesmo plano de validade, eficácia e de autoridade em que se posicionam as *leis ordinárias*, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de *paridade normativa*. Precedentes (STF; Ação Direta n. 1.480 – DF, Órgão julgador: Tribunal Pleno, relator min. Celso de Mello, DJ 18.5.2001)

Os precedentes do STF foram construídos tendo como referência tratados comuns, apesar do precedente na ADIn n. 1.480 ter como objeto a Convenção internacional da OIT de n. 158, que no nosso ponto de vista tem natureza de tratado de direitos humanos.

A partir de 1988, o constituinte originário inovou ao estabelecer no art. 5º, § 2º, da CF a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos como norma constitucional.

Todavia, parte da doutrina internacionalista não recebeu com bons olhos esse *status* para as normas internacionais e, com isso, teceram pesadas críticas.

Um dos críticos à interpretação de que o art. 5º, § 2º, da CF teria dado *status* de norma constitucional aos tratados de direitos humanos é o internacionalista e ex-ministro do STF, Francisco Rezek.

Para Rezek, a tese do bloco de constitucionalidade cai numa armadilha, qual seja, a de permitir que a Lei Fundamental possa ser modificada por maioria simples do Congresso Nacional, ou até mesmo pela vontade única do Chefe de Estado mediante *Denúncia*.

O Estado soberano pode se desobrigar de um compromisso internacional o denunciando. Como ficaria, então, a questão da denúncia de tratados de direitos humanos com *status* de norma constitucional?

Para alguns, como Thiago José Zanini Godinho, o tratado de direitos humanos com *status* de norma constitucional não poderia ser denunciado pelo Presidente da República, haja vista a qualidade de cláusula pétrea dos direitos humanos, por força do art. 60, § 4º, IV, da CF/1988.

Rezek, por sua vez, salienta que essa armadilha foi sempre o que justificou o entendimento do STF de não receber os tratados de direitos humanos com *status* de norma constitucional, nos termos do § 2º, do art. 5º, da CF.

Segundo o autor, o constituinte reformador de 2004 teria corroborado com essa tese quando acresceu ao art. 5º da Constituição o § 3º, que estabelece a equivalência dos tratados de direitos humanos com as emendas constitucionais, caso aqueles sejam aprovados com o mesmo *quorum* e rito das emendas, ou seja, por três quintos dos votos de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos.

A questão não subsiste a partir de agora, resolvida que foi pelo aditamento do terceiro parágrafo ao mesmo artigo constitucional:

os tratados sobre direitos humanos que o Congresso aprove *com o rito da emenda à carta* — em cada casa dois turnos de sufrágio e o voto de três quintos do total de seus membros — integrarão em seguida a ordem jurídica no nível das normas da própria Constituição. Essa nova regra, que se poderia chamar de *cláusula holandesa* por analogia com certo modelo prevalente nos Países Baixos (...) (REZEK, 2005, p. 102).

Acreditamos no posicionamento de Rezek em reconhecer o *status* de norma constitucional de direitos humanos com apoio tão somente no art. 5º, § 3º, da CF; no entanto em virtude do conteúdo dos tratados de direitos humanos, não seria justo dar a esses tratados o mesmo tratamento dos tratados de direito comum, ou seja, os equiparar às leis ordinárias.

Na doutrina e na jurisprudência, surgiram correntes para enfatizar como os tratados de direitos humanos se incorporam ao direito nacional. O Min. Gilmar Mendes, no julgamento do RE n. 466.343, nos noticia as quatro correntes existentes, que são:

- a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
- b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais;
- c) a tendência que reconhece o *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional;
- d) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

A doutrina constitucional sempre defendeu a tese de que os tratados de direitos humanos, sob o pálio da atual Constituição, teriam recebido um tratamento diferenciado e especial, que os posicionariam, juridicamente, de forma diversa dos tratados comuns.

O Min. Gilmar Mendes pontuou no seu voto no RE n. 466.343 essa tese, e incrementou

o debate ao dizer que com o advento do § 3º, do art. 5º, da CF, o constituinte reformador teria demonstrado a importância dos tratados sobre direitos humanos, que se não fosse possível conferir *status* de emenda à Constituição, ao menos deveria ser dado tratamento jurídico especial.

Em meio aos debates ocorridos no plenário do STF por ocasião do julgamento do RE n. 466.343, cujo objeto era a ilegalidade da prisão civil do depositário infiel, por força da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Min. Gilmar Mendes chamou a atenção da corte para um processo de revisão crítica da jurisprudência consolidada da excelsa corte desde o julgamento histórico proferido no RE n. 80.004/SE, que estabeleceu a paridade normativa entre as normas internacionais e as normas internas.

A preocupação do Min. Gilmar Mendes reside justamente no fato de que tratados de direitos humanos são hoje, a nível mundial, instrumentos normativos de alta dignidade. O eminente Min. Gilmar Mendes cita vários exemplos de Constituições estrangeiras que recebem, de forma expressa, os tratados de direitos humanos com *status* de norma constitucional, a saber, a Constituição Uruguaia e a Venezuelana.

Diante de alguns óbices na nossa Constituição, como as cláusulas de competência do STF, o controle de constitucionalidade e, até mesmo, o art. 5º, § 3º, da CF, Gilmar Mendes chega à conclusão da pertinência em atribuir aos tratados de direitos humanos *status de supralegalidade*.

Para corroborar com sua tese, o Min. Gilmar Mendes cita o direito constitucional comparado, noticiando que a Constituição francesa no seu art. 55, e a Constituição Grega no seu art. 28 teriam aderido ao *status* da supralegalidade dos tratados e convenções internacionais.

A lição mais importante a se extrair do RE n. 466.343, cuja relatoria é do Min. Cezar

Peluso, é que *os tratados de direitos humanos paralisam a eficácia da legislação infraconstitucional com ele incompatível graças à sua supremacia hierárquica*.

Então, a tese da supralegalidade seria uma forma de dar um meio-termo à questão, pois o tratado de direitos humanos não aprovado nos termos do art. 5º, § 3º, da CF estaria num patamar jurídico superior às leis em razão de sua importância.

Para corroborar com a tese aqui esposada, transcrevo a ementa do RE n. 466.343/SP e trechos do voto do Min. Gilmar Mendes, que *consagrou a ideia da supralegalidade* das normas internacionais de direitos humanos:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. DEPÓSITO. DEPOSITÁRIO INFIEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECRETAÇÃO DE MEDIDA COERCITIVA. INADMISSIBILIDADE ABSOLUTA. INSUBSISTÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL E DAS NORMAS SUBALTERNAS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LXVII E §§ 1º, 2º E 3º, DA CF, À LUZ DO ART. 7º, § 7º, DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA). RECURSO IMPROVIDO. JULGAMENTO CONJUNTO DO RE N. 349.703 E DOS HCs N. 87.585 E N. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF, Recurso Extraordinário n. 466.343 – SP, Órgão julgador: Tribunal Pleno, relator min. Cezar Peluso, DJ 4.6.2009)

I – PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS (...) no importante julgamento na medida cautela na ADIN n. 1.480-DF, relator min. Celso de Mello (4.9.1997), o Tribunal voltou a afirmar que entre os tratados internacionais e as leis brasileiras internas existe mera relação de paridade normativa, entendendo-se as “leis internas” de simples leis ordinárias e não de leis complementares.

É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado Constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção

de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.

(...) tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente. (...) assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção aos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

(...) portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio de procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. (...) tendo em vista o caráter SUPRALEGAL desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem a sua eficácia paralisada.

Concluindo, podemos afirmar que a jurisprudência do STF iniciou com o entendimento de que as normas internacionais são superiores à lei (Apelação Cível n. 7.872/43); posteriormente retrocedeu, e assinalou a paridade normativa entre o direito internacional e o direito infraconstitucional interno (RE n. 80.004/SE); e, recentemente, avançou e em vários julgados, sendo o RE n. 466.343/SP o mais citado na doutrina, consignou o *status de supralegalidade* das normas internacionais de direitos humanos.

5. O status de supralegalidade das Convenções da OIT e sua repercussão no direito brasileiro

5.1. As Convenções da OIT e seu status jurídico

Neste capítulo, vamos abordar o tema deste trabalho, que é a aplicação do *status* de supralegalidade às Convenções da OIT, conferindo

ao direito internacional do trabalho hierarquia superior ao direito interno trabalhista, afastando, com isso, a ultrapassada doutrina e jurisprudência da paridade normativa. Por consequência, surge um novo diálogo entre o direito internacional trabalhista e o direito interno do trabalho.

A jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de equiparar os acordos internacionais incorporados no plano interno às leis federais ordinárias. O STF aderiu à teoria do monismo em detrimento do dualismo, e moderou a teoria kelseniana do monismo ao dar paridade normativa ao direito das gentes e o direito interno.

É bom lembrar que a teoria do monismo se sustenta sobre duas correntes: a que dá primazia ao direito internacional; e a que dá primazia ao direito interno. Como o STF admite o conflito (tese base do monismo), mas não dá primazia a nenhuma das fontes do direito, ficou, portanto, consignada a ideia de um monismo mitigado, ou seja, um *monismo moderado*.

Nem mesmo diante das convenções internacionais do trabalho, o STF aderiu a posicionamento diverso. Digo isso porque apesar da corte suprema estar diante de um “tratado” com conteúdo de alta dignidade, que geralmente tem por objeto direitos fundamentais, a excelsa corte foi bastante tímida, ou por que não dizer retrógrada.

O certo é que o STF se posicionou pela tese da paridade normativa entre as convenções internacionais do trabalho e o direito interno, conforme ementa abaixo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — CONVENÇÃO N. 158 DA OIT — PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA — ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE DOS ATOS QUE INCORPORAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO N. 68/92 E DECRETO N. 1.855/96) — POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTARATO DE CONSTITUCIONALIDADE

DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA — ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 — REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR — CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) — CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) — CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO N. 158 DA OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS — POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO N. 158 DA OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO — PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporado ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de *paridade normativa*. *Precedentes*. (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF (medida liminar), Órgão julgador: Tribunal Pleno, relator min. Celso de Mello, DJ 18.5.2001).

A doutrina trabalhista e internacionalista, com a devida vênia, não foram muito além da jurisprudência do STF; pelo contrário, são poucos os manuais de direito trabalhista que buscam dar às convenções internacionais da OIT tratamento superior à legislação interna trabalhista, especialmente à CLT.

Para não ser injusto, cito Arnaldo Süssekind (2000, p. 72), um dos grandes doutrinadores nessa seara, que defende o *status* de norma constitucional das convenções da OIT. Segundo Süssekind, as convenções internacionais da OIT possuem *status* de norma constitucional pelo *bloco de constitucionalidade* do § 2º do art. 5º da CF/1988.

Essa tese de Süssekind tem apoio no voto do Min. Sepúlveda Pertence, na ADIn n. 1.675-1/DF, na sessão plenária de 24.09.1997. Para Sepúlveda Pertence, os direitos dos trabalhadores arrolados no art. 7º da Constituição são direitos fundamentais, e as convenções internacionais da OIT, por força do § 2º do art. 5º, teriam *status* de norma constitucional.

Infelizmente, o STF nunca aderiu à tese do bloco de constitucionalidade, principalmente por causa da chegada do § 3º do art. 5º da Constituição.

As convenções internacionais da OIT, portanto, segundo a clássica visão do STF têm *status* de lei ordinária, uma vez incorporadas ao direito brasileiro.

No entanto, iremos demonstrar aqui que um novo diálogo está para se abrir entre o direito internacional trabalhista e o direito interno do trabalho. Apesar dos retrocessos do STF, esta corte, no final do ano de 2009, prolatou decisão de suma importância para a evolução do direito trabalhista, ainda que o objeto do julgado não tenha sido uma norma internacional do trabalho e sim o Pacto de São José da Costa Rica.

Refiro-me ao Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, da relatoria do Min. Cezar Peluso. Esse julgado será utilizado como paradigma para a exposição das ideias do presente trabalho.

No referido recurso extraordinário, após brilhante voto do Min. Gilmar Mendes, ficou consignado que os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status de suprallegalidade*, isto é, estão abaixo da Constituição e acima das leis federais.

Apesar dos brilhantes argumentos do Min. Celso de Mello pela tese do *status* de norma constitucional aos tratados de direitos humanos, considero um grande avanço da jurisprudência do STF em dar aos referidos tratados tratamento jurídico especial.

O voto do Min. Gilmar Mendes se concentrou na necessidade de se dar aos tratados de direitos humanos tratamento especial. Ao analisarmos o conteúdo das convenções da OIT, que são tratados internacionais, observamos que esses tratados têm por objeto *direitos humanos* dos trabalhadores.

Para efeito exemplificativo, cito algumas convenções da OIT e seus conteúdos: a) Convenção n. 105, que trata da abolição geral do trabalho forçado; b) Convenção n. 100, que trata da equiparação salarial entre o homem e a mulher; c) Convenção n. 111, que trata da não discriminação no emprego ou ocupação; d) Convenção n. 98, que trata do direito de sindicalização e de negociação coletiva; e) Convenção n. 182, que trata da erradicação do trabalho infantil.

Analisando o conteúdo dessas convenções, é fácil percebermos a natureza de direitos humanos das ditas normas convencionais. Mas não custa nada justificar brevemente a natureza de direitos humanos das Convenções da OIT.

Os direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana têm como núcleo a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, inciso III). Pela tese da fundamentalidade material dos direitos fundamentais, todo e qualquer direito que atraia para si o princípio da dignidade da pessoa humana será direito humano.

Com isso, não há como negar que a garantia do salário mínimo; a limitação da duração do

trabalho; o gozo de férias anuais; a licença à gestante; a redução dos riscos inerentes ao trabalho; a aposentadoria; a proibição de qualquer tipo de discriminação na hora da contratação; a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos; a proteção do trabalho contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa, não tenham como núcleo básico a dignidade da pessoa humana e o valor cidadania.

Jólia Lucena da Rocha (Precarização dos direitos trabalhistas: análise crítica da legislação pró-capital, p. 394) chega afirmar que: “(...) o núcleo do Direito do Trabalho é justamente a proteção da dignidade do ser humano”.

Ainda que materialmente falando, os direitos do trabalhadores não sejam alçados à categoria de direitos fundamentais, o constituinte de 1988 tipificou os direitos trabalhistas como direito fundamental ao inseri-los no Título II da Carta Magna intitulado de “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

As Convenções da OIT protegem os direitos trabalhistas arrolados nos arts. 7º e 8º da Constituição. Isso significa que essas convenções são normas de direitos fundamentais, ou de direitos humanos.

Para corroborar com a natureza de direitos humanos das convenções da OIT, é só lembrar que a maioria dos tratados de direitos humanos possuem normas de proteção ao trabalho, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Portanto, as convenções da OIT têm por objeto normas de proteção a direitos humanos dos trabalhadores, e isso é incontestável. Para corroborar com essa afirmativa, cito o voto do ex-Min. Sepúlveda Pertence, na ADIn 1.675, que deixou consignado a natureza de direitos humanos das Convenções da OIT, que inclusive teriam *status* de norma constitucional incorporando-se ao texto por meio do art. 7º da Carta Magna.

Segue abaixo ementa do julgado e passagens do voto do Min. Sepúlveda Pertence:

EMENTA: II – Repouso semanal remunerado preferentemente aos domingos (CF, art. 7º, XV): histórico legislativo e inteligência: arguição plausível de consequente inconstitucionalidade do art. 69 da M. Prov. 1539-35/97, o qual — independentemente de acordo ou convenção coletiva — faculta o funcionamento aos domingos do comércio varejista: medida cautelar deferida. A constituição não faz absoluta a opção pelo repouso aos domingos, que só impôs “preferentemente”; a relatividade daí decorrente não pode, contudo, esvaziar a norma constitucional de preferência, e relação à qual as exceções — sujeitas à razoabilidade e objetividade dos seus critérios — não pode converter-se em regra, a arbítrio unicamente de empregador. A Convenção n. 126 da OIT reforça a arguição de inconstitucionalidade: ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção de direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação. (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.675-1/DF (medida liminar), Órgão julgador: Tribunal Pleno, relator min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.9.2003)

Considerando que não há nenhuma dúvida de que as convenções da OIT são tratados de direitos humanos, a tese do RE n. 466.343/SP pode ser aplicada com muita tranquilidade às convenções da OIT, pois, não há como tratar diplomas normativos de mesma natureza de forma heterogênea: se o Pacto de São José da Costa Rica (tratado de direitos humanos) tem *status* de supralegalidade, com a mesma razão as convenções da OIT também possuem *status* jurídico de supralegalidade:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. DEPÓSITO. DEPOSITÁRIO INFIEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECRETAÇÃO DE MEDIDA COERCITIVA. INADMISSIBILIDADE

ABSOLUTA. INSUBSISTÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL E DAS NORMAS SUBALTERNAS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LXVII E §§ 1º, 2º E 3º, DA CF, A LUZ DO ART. 7º, § 7º, DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA). RECURSO IMPROVIDO. JULGAMENTO CONJUNTO DO RE N. 349.703 E DOS HCs ns. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. I – PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS (...) no importante julgamento na medida cautela na Adin n. 1.480-DF, relator min. Celso de Mello (4.9.1997), o Tribunal voltou a afirmar que entre os tratados internacionais e as leis brasileiras internas existe mera relação de paridade normativa, entendendo-se as “leis internas” de simples leis ordinárias e não de leis complementares.

É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado Constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.

(...) tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente. (...) assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção aos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

(...) portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio de procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda

e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. (...) tendo em vista o caráter SUPRALEGAL desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem a sua eficácia paralisada. (STF, Recurso Extraordinário n. 466.343 – SP, Órgão julgador: Tribunal Pleno, relator min. Cezar Peluzo, DJ 4.6.2009)

Isso significa que, na seara do direito internacional trabalhista, deve haver uma revisão doutrinária e jurisprudencial quanto aos *status* jurídicos das convenções da OIT. Não podemos hoje imaginar uma convenção da OIT sem um tratamento especial, pois referidas normas são normas de direitos humanos, e que no nosso sistema constitucional internalizam-se como normas de hierarquia superior ao direito infraconstitucional interno.

Nesse contexto, a tese da supralegalidade das Convenções da OIT é uma realidade. Num Estado Constitucional fundamentado na dignidade da pessoa humana, no valor social do trabalho, no primado do trabalho e num rol exemplificativo de direitos fundamentais dos trabalhadores, não se pode dar às convenções internacionais do trabalho, cujo objeto reflete os fundamentos da própria República Federativa do Brasil, tratamento isonômico com as leis ordinárias.

5.2. Reflexos na ordem infraconstitucional das Convenções da OIT: aplicação do princípio da norma mais benéfica

O direito internacional do trabalho vigora sob o ideal de universalização da justiça social. E é nesse cenário que a atividade normativa da OIT se baseia, buscando, na medida do possível, uniformizar a legislação trabalhista.

O direito do trabalho tem como característica peculiar a sua vocação para conceder um patamar civilizatório mínimo às questões entre capital e trabalho. Nesse escopo, o direito trabalhista sempre deixa aberta à ordem jurídica para o incremento de novos direitos, ou do desenvolvimento dos que já existem.

Essa abertura tem, inclusive, índole constitucional (CF, art. 7º, *caput*). Com isso, ficou consagrado na doutrina trabalhista que diante de um conflito de fontes normativas deve prevalecer a norma mais favorável ao trabalhador.

O tratado constitutivo da OIT, no seu § 8º do art. 19, não fugiu à regra da norma mais benéfica ao trabalhador, e consignou a aplicação do direito nacional quando este for mais favorável ao empregado, incluindo as sentenças normativas dos tribunais do trabalho.

Reconhece-se, portanto, que o direito internacional do trabalho traz “direitos e garantias mínimos”, e que a ideia de universalização deve ser encarada de forma relativa.

Segundo lição de Arnaldo Süssekind (2000, p. 234), saber se as condições nacionais são mais favoráveis ao trabalhador depende de uma análise prévia de compatibilidade entre os dois sistemas, o internacional e o nacional.

Havendo compatibilidade, aplica-se o direito nacional mais benéfico ao trabalhador, caso contrário, aplica-se a norma internacional.

O autor ora referido cita a Convenção n. 193 da OIT que atribui ao sistema da seguridade social o encargo do salário-maternidade. Comenta o autor que se um determinado direito nacional repassa esse encargo ao empregador, ainda que traga mais vantagens à empregada gestante, não será aplicado por ser incompatível com a norma internacional.

No caso brasileiro, o STF no julgamento da ADIn n. 1.946, da relatoria do Min. Sydney Sanches, teve a oportunidade de afastar o art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 com base na convenção internacional supracitada, uma vez que a referida emenda tinha a pretensão de repartir o encargo social entre o empregador e a seguridade social.

No entanto, a referida convenção não foi utilizada como marco interpretativo, e o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 14 da EC n. 20/1998, dando interpretação conforme por ferir diretamente a Constituição Federal.

Em suma, podemos dizer que a ideia de universalização da justiça social não é absoluta, pois o § 8º do art. 19 da Constituição da OIT prescreve a aplicação do direito nacional mais favorável ao trabalhador desde que haja compatibilidade entre os dois sistemas:

Art. 19, § 8º 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.

Contextualizando o princípio da norma mais benéfica ao trabalhador com o *status* de supralegalidade das Convenções da OIT, podemos afirmar que apesar da hierarquia maior das convenções da Organização em relação ao estatutário normativo interno trabalhista, especialmente à CLT, sempre que este for mais benéfico será aplicável em detrimento daquele. Ou seja, no nosso entendimento o princípio da norma mais benéfica não desnatura a tese da supralegalidade das convenções da OIT, posto que a própria organização internacional abre à sua ordem jurídica à possibilidade de melhores condições de trabalho, por força do direito doméstico.

O princípio das condições nacionais mais favoráveis é um postulado do direito internacional do trabalho, haja vista que é bastante difícil a OIT legislar de forma a melhorar as condições de trabalho desconsiderando as desigualdades regionais e locais, incluindo sociedades que já avançaram bastante em determinada temática.

O que a OIT busca, na medida do possível, é garantir um mínimo de direitos aos trabalhadores sob a ótica dos direitos humanos, que é universal.

Nesse desiderato, o reconhecimento da supralegalidade das convenções da OIT colabora ainda mais para a eficácia de suas normas. Se

o ponto de partida da aplicação do direito internacional do trabalho for a sua superioridade hierárquica em face do direito infraconstitucional interno, a sua não aplicação deveu-se ao fato da condição nacional mais favorável, e não numa mescla de normas jurídicas — como querem as teorias do conglobamento e da acumulação.

As convenções da OIT, hierarquicamente superiores, seriam a base de validade do direito interno do trabalho juntamente com a Constituição Federal. Abaixo do mínimo garantido pela convenção, seria ilegal; faltaria legitimidade. As convenções da OIT têm eficácia paralisante sobre o direito infraconstitucional interno incompatível, incluindo a legislação posterior.

Redesenhando a pirâmide normativa de Kelsen, a ordem jurídica trabalhista teria no seu ápice a Constituição, logo abaixo, as convenções da OIT, e na base, o direito interno trabalhista.

A título exemplificativo, se certa Convenção da OIT regesse uma determinada relação jurídica, o legislador ordinário teria que buscar na convenção a base de validade para a sua legislatura, não só porque se deve respeitar os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, e sim porque as convenções da OIT ratificadas pela República Federativa brasileira têm hierarquia superior ao direito infraconstitucional.

A doutrina trabalhista não pode deixar de reconhecer a importância da hierarquia das fontes normativas, principalmente quando em voga o Estado Constitucional e a relevância dos tratados de direitos humanos.

Num cenário internacional de uniformização do direito, como é o caso do direito comunitário europeu, é preciso garantir que haja superioridade hierárquica entre fontes do direito. Isso é preciso porque o sistema só se perfaz se houver um núcleo, ao qual gira ao seu redor todos os diplomas normativos.

O direito trabalhista não é diferente a isso. A Constituição Federal e as Convenções da OIT dão sistematicidade e unidade ao ordenamento jurídico, e a CLT e demais normas trabalhistas devem orbitar aqueles diplomas normativos e sofrerem a influência de seus “campos gravitacionais”.

Concluindo, podemos afirmar, com respaldo no art. 19, § 8º, da Constituição da OIT, que apesar do *status* de supralegalidade das Convenções Internacionais do Trabalho, quando o direito nacional for mais favorável ao trabalhador será aplicado em detrimento daquele, desde que haja compatibilidade entre os dois sistemas.

5.3. Análise casuística da aplicação da Convenção n. 158 da OIT

O grande objetivo deste trabalho é demonstrar que a aplicação das Convenções da OIT na ordem jurídica nacional, a partir do precedente do RE n. 466.343/SP, abrirá um novo diálogo entre o direito internacional e o direito interno trabalhista.

No instante em que a tese do RE n. 466.343/SP é aplicada também às convenções da OIT, vários reflexos incidirão sobre as relações de trabalho no Brasil. Para tornar o trabalho mais proveitoso, neste tópico, será analisada casuisticamente a aplicação da Convenção n. 158 da OIT a partir do seu *status* de supralegalidade.

A Convenção n. 158 da OIT foi elaborada na 68ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em 1982. O Brasil ratificou a Convenção após autorização do Congresso Nacional, mediante o Decreto Legislativo n. 68, de 16 de setembro de 1992; o depósito da carta de ratificação foi efetuado na RIT (da OIT), em 5 de janeiro de 1995 e o Decreto de Promulgação n. 1.855, foi publicado em 11 de abril de 1996.

No entanto, o Poder Executivo, mediante o Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, publicado em 23 de dezembro de 1996, acatando a interpretação que se tornou predominante

à época no sentido da inaplicabilidade da Convenção no ordenamento nacional, tornou pública a denúncia da Convenção, realizada pelo Governo, em carta enviada à OIT, em 20 de novembro de 1996, explicitando que a Convenção n. 158 deixaria de ter vigência em nosso ordenamento, a partir de 20 de novembro de 1997.

Uma premissa falsa que deve ser aqui abordada, posto que essencial ao tema, é a da denúncia da Convenção n. 158 da OIT. No entanto, para não perdemos o foco, será abordada a questão da denúncia de forma sumária.

A Convenção n. 158 foi criada para impedir demissões injustificadas, ou conforme as próprias palavras do texto da Convenção:

Art. 4. Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Todavia, o governo brasileiro denunciou a Convenção no ano de 1996, apesar do art. 7º, I, da Constituição Federal trazer como direito fundamental do trabalhador a proteção do trabalho contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa.

O que queremos dizer é que apesar da compatibilidade da Convenção n. 158 com o texto constitucional, o governo brasileiro achou melhor retirar a vigência da referida convenção.

Jorge Luís Souto Maior (2004) nos explica bem todo o procedimento equivocado do governo brasileiro que justificaria a falta de eficácia da denúncia sob a ótica do direito internacional:

O problema é que a denúncia produziu efeitos internos apenas com a publicação do Decreto n. 2.100, o que se deu em 23 de novembro de 1996 e (...), mesmo que considerada a possibilidade de se efetuar a denúncia, tomando-se como parâmetro a vigência da Convenção n. 158 no âmbito internacional, a Convenção só poderia ter sido denunciada

até 22 de novembro de 1996, vez que a Convenção, adotada pela 68ª da OIT, em 22 de junho de 1982, entrou em vigor no âmbito internacional em 23 de novembro de 1985, após efetivadas duas ratificações junto à OIT, conforme previsto no art. 15.2 da Convenção. Assim, mesmo considerando-se o prazo dos doze meses subsequentes ao decênio de vigência no plano internacional, a denúncia somente poderia ser efetivada pelo Brasil até 22 de novembro de 1996. Mas, como se viu, o Decreto de denúncia foi publicado em 23 de novembro, e ainda para produzir efeitos a partir de 20 de novembro do ano seguinte.

Sob a ótica da inconstitucionalidade, acreditamos que o decreto presidencial exorbitou de seu poder regulamentar. Isso por que o Presidente da República denunciou unilateralmente a Convenção n. 158, e nos moldes do art. 84, IV e VI, da CF, ele não tem atribuição constitucional para denunciar unilateralmente tratado ou convenção internacional.

Marcos Túlio Viana (1997) nos ensina que o Presidente da República só pode denunciar um tratado internacional se houver autorização do Congresso Nacional para tanto. A lógica é bem simples: se a denúncia é ato internacional oposto à ratificação, e se para ratificar um tratado o Presidente da República necessita de autorização do Congresso Nacional, com a mesma razão necessitaria do consentimento do legislativo para denunciá-lo.

O ato de denúncia do Presidente da República foi inconstitucional, e, portanto, não surtiu efeito nenhum. Isso significa que a Convenção n. 158 da OIT continua vigorando no ordenamento jurídico pátrio.

Posto a falta de eficácia da denúncia à Convenção n. 158 da OIT, nos resta demonstrar a sua constitucionalidade no sentido material, pois de resto nada mais justificaria a sua inaplicabilidade, especialmente por causa de seu *status* de supralegalidade.

O art. 7º, I, da Constituição dá respaldo de legitimidade à Convenção n. 158. Como dito anteriormente, a Convenção n. 158 protege as relações de trabalho contra despedidas desmotivadas; tal proteção também esta a nível constitucional, pois é o que dispõe o inciso I do art. 7º da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (...)

A partir do texto constitucional referido, a melhor doutrina tem enfatizado a compatibilidade entre o sistema internacional e o direito constitucional interno; apesar de haver vozes na doutrina, alegando a eficácia limitada do dispositivo supracitado, o certo é que o constituinte originário de 1988 quis adotar um novo regime jurídico de proteção aos contratos de trabalho.

Como já expusemos em outra oportunidade (novas perspectivas para a concretização dos direitos fundamentais e a atuação do STF, *in Revista Trabalhista Direito e Processo*, n. 32, ano 2009, p. 81-102), o constituinte criou um novo regime, que revogaria a estabilidade decenal da CLT e tornaria o FGTS um direito fundamental do trabalhador, e não mais uma opção.

Demonstramos também que a proteção da relação de emprego contra despedidas desmotivadas não seria incompatível com o FGTS (CF, art. 7º, I e III).

Nesse contexto constitucional, a nova ordem jurídica (pós 1988) estabeleceu a proibição às despedidas desmotivadas, deixando para a lei complementar a função de regulamentar o direito; incluindo a reintegração ao serviço ou a indenização compensatória como consequência do ato lesivo.

A Convenção n. 158 da OIT traz justamente o sistema de demissões justificadas (Convenção

n. 158, art. 4º), dando à reintegração o papel de reparador da lesão ao direito fundamental do trabalhador a uma relação de emprego protegida contra atos individuais e antissociais do empregador.

Isso posto, verificamos, portanto, a constitucionalidade da Convenção n. 158 da OIT.

Analisadas as questões que impediriam a aplicação da Convenção n. 158, passaremos a analisar a sua aplicação na ordem jurídica nacional com base no seu *status* jurídico de suprallegalidade.

A jurisprudência do STF possui três marcos divisórios em relação ao *status* jurídico dos tratados e convenções internacionais: inicialmente, precedentes foram produzidos, noticiando a primazia do direito internacional em face do direito interno; a partir da década de 70 até meados de 2009, a jurisprudência da suprema corte foi consolidada na tese da paridade normativa.

Contudo, após as mudanças do constituinte reformador de 2004, mediante EC n. 45/2004, tornou-se evidente um aprofundamento do estudo sobre o *status* dos tratados de direitos humanos ratificados e incorporados na ordem jurídica nacional. Ou seja, a tese da paridade normativa ainda permaneceria válida para os tratados comuns. Mas o que fazer com os tratados de direitos humanos, aos quais as convenções da OIT fazem parte?

O cenário constitucional atual favoreceu a doutrina e a jurisprudência da excelsa corte a rever o posicionamento clássico quanto ao *status* dos tratados incorporados ao direito brasileiro.

Como manter a tese da paridade normativa diante do inciso II do art. 4º da Constituição que prescreve a prevalência dos direitos humanos como princípio orientador nas relações internacionais em que o Brasil seja parte? Como manter a paridade normativa diante dos §§ 2º e 3º do art. 5º, ambos da Carta Magna?

A essas indagações o STF, no julgamento do RE n. 466.343/SP, no ano de 2009, que tinha por objeto o Pacto de São José da Costa Rica e a prisão do depositário infiel, respondeu pela necessidade de se buscar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos.

Esse tratamento diferenciado tornaria a norma internacional de direitos humanos superior hierarquicamente ao direito infraconstitucional interno. É esse tratamento especial que estamos buscando também para as Convenções da OIT, pois, como já dito outrora, as normas internacionais do trabalho são normas de direitos humanos.

Tendo em vista a importância da Convenção n. 158 para o desenvolvimento das relações de trabalho no Brasil, escolhamos a referida convenção para demonstrar, *in concreto*, os reflexos do *status* de suprallegalidade das convenções internacionais do trabalho.

O STF levou a julgamento na ADIn 1.480, da relatoria do Min. Celso de Mello, a (in)aplicabilidade da Convenção n. 158 da OIT como sucedâneo da lei complementar exigida pelo inciso I do art. 7º da Carta Magna, como também debateu a (in)constitucionalidade da convenção.

O constituinte originário deixou a cargo do legislador a função de esmiuçar as hipóteses de demissões injustificadas e suas consequências, dando *preferência* à indenização compensatória como forma de “consertar” a despedida desmotivada.

Digo preferência, porque o constituinte arrolou a indenização compensatória, mas determinou que outros direitos poderiam ser garantidos pela lei complementar. Sabe-se que o trabalho do constituinte deve ser interpretado como útil e inteligente.

É cediço que uma demissão desmotivada gera animosidade entre as partes, e dificilmente elas têm condições de conviver novamente. No entanto, isso se trata de mera presunção. Nada impede que empregado e empregador

possam conviver normalmente após uma demissão injustificada.

Nesse contexto, a indenização compensatória seria a forma mais usual por causa da realidade supracitada. Mas, como já dissemos, nada impede que haja a possibilidade da reintegração ao serviço.

Essa preferência constitucional pela indenização compensatória é fruto do conhecimento dos fatos, pois de nada adianta legislar contra fatos que tornam a norma inútil.

A Convenção n. 158 optou em primeiro lugar pela reintegração. Porém, determinou no seu art. 10 que se a legislação ou a prática nacional não permitir a reintegração, poderá o direito nacional optar pela indenização:

Art. 10. Se os organismos mencionados no art. 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificada e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

Isso significa que a Convenção n. 158 da OIT está coerente com o texto constitucional; portanto, não há nenhuma inconstitucionalidade.

Como dito anteriormente, a lei complementar traria as hipóteses de demissão que não se justifica. Os arts. 4, 5 e 6 da Convenção n. 158 arrolaram causas que não justificam a demissão. Mais uma vez, a Convenção n. 158 demonstra compatibilidade com a Carta Magna.

No entanto, ainda assim, a Convenção n. 158 passaria pelo último teste de fogo: a possibilidade de regulamentar o art. 7º, I, da CF/1988. Para o STF, isso não seria possível, pois segundo a corte suprema (ADI n. 1.480), as convenções têm o mesmo *status* jurídico da lei ordinária, e o constituinte reserva à lei complementar a regulamentação do art. 7º, I.

Sabe-se que não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, no entanto, a jurisprudência do STF entende que a lei ordinária não pode substituir a lei complementar em razão do quórum qualificativo desta — maioria absoluta.

Contudo, essa tese da impossibilidade da Convenção n. 158 da OIT de regulamentar o inciso I do art. 7º da Constituição cai por terra quando às Convenções da OIT é conferido *status* de supralegalidade.

A Convenção n. 158 da OIT só poderia ser revogada por uma nova convenção ou por emenda à Constituição.

Um diploma normativo só pode ser revogado por outro de mesma hierarquia, ou de hierarquia superior. No caso da lei complementar mencionada no art. 7º, I, da CF, essa lei só poderia ser substituída por outra lei complementar ou por outro ato normativo hierarquicamente superior, no caso uma Convenção da OIT.

De antemão, é bom lembrar que a lei complementar ao qual nos referimos não foi ainda editada, portanto, há um *vazio legislativo*.

Em face desse vazio, a Convenção n. 158 da OIT, hierarquicamente superior à lei complementar, supriria a ausência dessa lei, e passaria a regulamentar o direito fundamental à proteção às relações de trabalho contra despedidas desmotivadas (CF, art. 7º, I). A convenção da OIT por ter autoridade normativa superior pode avocar para si o que é da competência de diploma normativo inferior.

Em suma, o que se propõe, aqui, é que com o *status* de supralegalidade da Convenção n. 158 da OIT a ausência da lei complementar seja suprida pela referida convenção; dando, com isso, efetividade à norma constitucional (CF, art. 7º, I).

Isso significa que a Convenção n. 158 da OIT se torna aplicável à ordem jurídica nacional graças ao seu *status* de supralegalidade; isto é, se antes não creditávamos pontos na decisão

do STF na ADIn n. 1.480, agora com a tese da supralegalidade das convenções da OIT, torna-se ainda mais dispendioso qualquer entendimento contrário.

Ao final, concluindo o que proposto neste trabalho, podemos afirmar que a Convenção n. 158 da OIT e seu *status* de supralegalidade, assim como as demais convenções, confere ao *direito internacional público do trabalho um novo diálogo com o direito interno trabalhista*.

Esse novo diálogo se consubstancia na primazia do direito internacional do trabalho sobre o direito interno, aproximando o sistema jurídico brasileiro dos demais sistemas jurídicos das nações mais civilizadas, como a França, a Holanda, a Argentina e outros países que dão superioridade normativa aos compromissos internacionais firmados perante a OIT.

6. Considerações finais

A abordagem que procurei fazer aqui sobre a supralegalidade das convenções da OIT não afasta outras reflexões sobre a incorporação dos tratados e convenções internacionais no plano interno. É preciso sempre buscar novos caminhos que levem à evolução do direito e, conseqüentemente, da sociedade; buscar novos paradigmas, para aumentar o manto protetivo dos trabalhadores.

Nesse cenário, se a nossa corte suprema é bastante tímida em reconhecer o *status* de norma constitucional dos tratados de direitos humanos, por que não desfrutar do pensamento judicial que confere superioridade hierárquica às normas internacionais de direitos humanos sobre o direito infraconstitucional interno?

Sempre pensando na efetividade constitucional, buscamos neste trabalho mais um caminho para aumentar o nível de cidadania dos trabalhadores e de toda sociedade que se beneficia de um sistema que o mercado de trabalho é considerado um *nicho* fundamental para o desenvolvimento socioeconômico.

Entender que as Convenções da OIT merecem tratamento especial, sendo hierarquicamente superiores ao direito infraconstitucional interno, é tentar resolver vários problemas sociais que o legislador pátrio ainda não dá a devida atenção.

Buscar um direito internacional do trabalho forte e eficaz deve ser a meta de qualquer jurista; deve ser a meta de qualquer operador do direito. E a esse dever não ousamos em fugir e, por isso, buscamos abordar o tema do posicionamento jurídico das Convenções da OIT de forma a contribuir com a eficácia dessas normas internacionais, e cada vez mais conferir ao trabalho o seu valor social.

7. Referências bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3, Distrito Federal, Relator: Min. Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, 18 maio. 2001.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.675-1, Distrito Federal, Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça da União, Brasília, 19 set. 2003.

_____. Recurso Extraordinário n. 80.004, Sergipe, Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Diário da Justiça da União, Brasília, 29 dez. 1977.

_____. Recurso Extraordinário n. 466.343, São Paulo, Relator: Min. Cezar Peluso. Diário da Justiça da União, Brasília, 04 jun. 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FERREIRA MENDES, G.; MÁRTIRES COELHO, I.; GONET BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armérico Amado, 1997.

- LUCENA DA ROCHA, Jólia. Precarização dos direitos trabalhistas: análise crítica da legislação pró-capital. In: *Revista da ESMAT* 13, n. 2, nov. 2009.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Convenção n. 158 da OIT*. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é autoaplicável. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5820>>. Acesso em: 14 abr. 2011.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- _____. *Direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 1 v.
- MOURA, Luiz Arthur de. *A Convenção n. 132 da OIT e a revogação dos artigos da CLT referentes às férias*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 117, 29 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4465>> Acesso em: 15 fev. 2011.
- NOBREGA FILHO, Carlos Antonio. Novas perspectivas para a concretização dos direitos fundamentais e a atuação do STF. In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*, n. 32. São Paulo: LTr, p. 81-102, 2009.
- REZEK, J. F. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000.
- SÜSSEKIND, A.; MARANHÃO D.; VIANNA S.; TEIXEIRA L. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003.
- TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11. ed. atual. por Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. 3 v.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. 3 v.
- VIANA, Marcos Túlio. *O que há de novo em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 128-9.
- ZANINI GODINHO, Thiago José. *Elementos de direito internacional público e privado*. São Paulo: Atlas, 2010.

Contratos internacionais de trabalho^(**)

Georgenor de Sousa Franco Filho^(*)

Resumo:

- ▶ O presente texto tem objetivo predominante didático a fim de analisar as condições de celebração de contratos internacionais de trabalho. Cuidando dos elementos de conexão, da ordem pública e da fraude à lei, passa-se a examinar casos específicos da legislação brasileira: engenheiros e demais empregados brasileiros no exterior, aeronautas e marítimos e técnicos estrangeiros no Brasil, apontando conclusões acerca de possíveis problemas destinados a identificar a lei aplicável a esses contratos.

Palavras-chave:

- ▶ Contratos internacionais — elementos de conexão — trabalho no exterior — estrangeiro.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Generalidades
- ▶ 3. Elementos de conexão
- ▶ 4. Ordem pública e fraude à lei
- ▶ 5. Situações especiais
- ▶ 6. Perspectivas e conclusão
- ▶ 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

Um tema que preocupa o mundo hodierno é o decorrente da intensificação do fenômeno da circulação de trabalhadores. No Brasil e do Brasil, saem e ingressam grande número de pessoas para vão exercer, aqui ou alhures, atividades produtivas.

O que se tenciona neste estudo é tentar, de forma didática, situar a realidade legal dos trabalhadores brasileiros que são deslocados para o exterior a fim de continuar trabalhando e dos estrangeiros que vêm para o Brasil, a partir dos diversos elementos de conexão, necessários a identificar a lei aplicável à relação jurídica estabelecida.

(*) Juiz Togado do TRT da 8ª Região. Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Internacional e do Trabalho da Universidade da Amazônia. Presidente Honorário da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Membro da Academia Paraense de Letras. Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Membro da *International Law Association*. Membro do *Centro per la Cooperazione Giuridica Internazionale*.

(**) Este texto originou-se de aula inaugural ministrada no Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Material do Trabalho da PUC-SP (Cogeae), em São Paulo, a 28.03.2011. Expresso meus agradecimentos pelo convite com que me honraram meus prezados amigos professores Min. Pedro Paulo Teixeira Manus, Paulo Sérgio João e Fabíola Abud Marques, coordenadores do Curso.

É este o cerne da questão: saber, em havendo divergência, quais os critérios que devem ser utilizados, a fim de encontrar os mecanismos legais para regular a situação jurídica existente. Este o objetivo deste estudo, envolvendo os contratos internacionais de trabalho, que, por tratar de relações com seres humanos, ganha papel de relevo no mundo globalizado que vivemos.

2. Generalidades

No âmbito do Direito Internacional, estão presentes dois tipos de atos internacionais escritos: o tratado e o contrato.

A diferença é, sobretudo, relativa às partes nas duas normas. No primeiro caso, geralmente, estão presentes Estados, negociando com outros Estados e os diversos sujeitos do Direito Internacional Público, inclusive as organizações internacionais.

Diferentemente, os contratos internacionais são celebrados, mais comumente, entre empresas e/ou pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, com três características básicas:

- a. acordo de vontade visando produzir efeitos jurídicos;
- b. vínculo das partes com sistemas jurídicos; e
- c. elementos de estraneidade (domicílio, nacionalidade, local da sede etc.).

O conhecimento das regras que presidem esses contratos é importante para o comércio internacional, para as relações internacionais, e para empresas e trabalhadores, nos casos em que se celebram *contratos internacionais de trabalho*.

Nos primeiros, há prevalência das leis de mercado (a *Lex mercatoria*), objetivando, com a intensificação do comércio internacional, a maximização de lucros, muita vez acima de questões éticas. Nos segundos, as regras de convivência entre grandes empresas e os Estados impõem adoção de normas e princípios que precisam ser observados.

De outro lado, no mundo da globalização em que vivemos, é imensa a circulação de pessoas,

ocasionada também pela mobilidade de mão de obra, fruto dos vários movimentos migratórios, daí surgindo os contratos internacionais de trabalho, com seus elementos de estraneidade específico.

Demais isso, em face da existência de sistemas jurídicos diferentes, para a solução de conflitos espaciais são aplicados os comandos da antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que é o Decreto-lei n. 4.657, de 04.09.1942.

Existe uma tendência brasileira de se legislar sobre o inútil. Basta ver leis como a que manda não exigir experiência para admissão na empresa; ou criadora da profissão de *flanelinha* (Lei n. 6.242/1975), ou a que cria a faculdade do FGTS para o empregado doméstico, embora este seja obrigatório para todos os demais e não se acha no elenco restritivo do parágrafo único do art. 5º da Constituição, dentre tantas outras.

Dentro dessa linha de desnecessidade, a Lei n. 13.276, de 30.12.2010, criou um novo e desnecessário nome para o Decreto-lei n. 4.657/1942.

A antiga LICC sempre foi usada apenas como LI e geralmente assim chamada, tanto que não foi revogada quando o novo Código Civil foi promulgado, sendo, como sempre foi, a nossa norma de superdireito, que soluciona especialmente os problemas de aplicação espacial da lei, no âmbito do Direito Internacional Privado.

Agora ganhou uma nova e absolutamente desnecessária denominação. Foi sancionada a Lei n. 12.376, de 30.12.2010, que é apenas destinada a alterar a ementa da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) decorrente do PL n. 6.303/2005, do Deputado Celso Russomano (PP-SP).

Evidente que se trata de uma lei ridícula, tanto que Jacob Dolinger acentuou que o Congresso nada mais fez do que *óbvio, evidente, notório, reconhecido, aplicado e respeitado*, significando essa lei... *um desperdício legislativo, uma medida sem significado, uma legislação sem*

sentido... Totalmente desnecessária, absolutamente... sem objetivo, e, acima de tudo, desrespeitadora da ciência jurídica nacional⁽¹⁾.

Essa LINDB, a nossa antiga LICC, mudou apenas a abreviatura porque continua como antes: *norma autônoma, que traça a direção para aplicabilidade das demais normas do ordenamento jurídico nacional*.

O inteiro teor dessa lei desnecessária é o seguinte:

Art. 1º Esta Lei altera a ementa do *Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*, ampliando o seu campo de aplicação.

Art. 2º A ementa do *Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Como se constata de uma breve leitura, a rigor, não promoveu nenhuma *ampliação no seu campo de aplicação*, representando apenas e tão somente uma desnecessária mudança de nomenclatura.

Debalde esse aspecto, o que importa é que é a LINDB (nova sigla) que, juntamente com o Código Bustamante, resolve os conflitos espaciais e temporais de leis em nosso país, sendo, conforme o caso, aplicáveis nos contratos internacionais gerais, e de trabalho, em particular, como se verá a seguir.

Devemos observar, todavia, os limites espaciais de aplicação do Código Bustamante, que é a Convenção de Direito Privado, aplicada apenas nos Estados do Continente Americano, partes desse tratado internacional, diferentemente da CLT, que deve ser aplicada a todos os trabalhadores brasileiros, aqui contratados⁽²⁾.

(1) Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniaomat/2011/01/26/uma-lei-ridicula-923612627.asp>> Acesso em: 28 mar. 2011

(2) A Convenção de Direito Privado foi aprovada na 6ª Conferência Internacional de Americana, em Havana, a 20.02.1928, foi ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n. 18.871, de 13.08.1929.

3. Elementos de conexão

A fim de identificar a lei aplicável ao contrato internacional é preciso identificar os elementos de conexão.

Teoricamente, são sete os elementos de conexão mais conhecidos: autonomia da vontade, nacionalidade, local da coisa, domicílio, lugar da prática delitosa, local da celebração do contrato e lugar da sua execução.

Vejamos, em síntese, de *per se* cada qual.

1. autonomia da vontade: pode ser individual (a de cada pessoa individual considerada) ou coletiva (a do grupo). Seu exercício, todavia, sofre indispensáveis limitações: não pode ofender a soberania nacional, não pode contrariar normas de ordem pública, não pode violar os bons costumes;

2. nacionalidade: destina-se a determinar as regras sobre personalidade, nome, capacidade e direitos de família, não sendo a prevalente, salvo para casos de aeronaves e navios no espaço aéreo e no alto-mar, fora do alcance da jurisdição de algum Estado;

3. *Lex rei sitae*: aplica-se a lei do lugar onde está a coisa para qualificar direitos reais e cuidar das relações a eles ligadas, inclusive sobre bens móveis e penhor, de acordo com o art. 8º, da LINDB, que tem o seguinte teor:

Art. 8º Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.

§ 1º Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens móveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares.

§ 2º O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada.

4. *Lex domicilii* — a lei do domicílio é a prevalecente atualmente no Brasil, em lugar da nacionalidade, para reger direito das pessoas. Assim, o comando que emerge do art. 7º da LINDB, onde se lê:

Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e

o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família

5. *Lex loci delicti commissi* — é a lei do lugar da prática do delito, aplicada para caso de responsabilidade civil;

6. *Lex loci contractus* — é a lei do lugar da celebração do contrato, objeto do art. 9º da LINDB, pela qual a lei do local da constituição da obrigação será a que deverá reger as suas obrigações. Dispõe o art. 9º, da LINDB:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente

7. *Lex loci executionis* — trata-se da aplicação da lei do local da execução do contrato para solucionar os conflitos dele decorrentes. É o que se faz em matéria trabalhista, a teor do art. 651, da CLT, que segue as diretrizes do art. 198, do Código Bustamante, que se aplica exclusivamente aos países do continente americano, porque norma do Direito Internacional Americano.

O art. 651 consolidado, confunde competência da lei com competência territorial. Ali está disposto que:

Art. 651. A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada *pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro.*

§ 1º Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.

§ 2º A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário.

§ 3º Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços. (grifei)

Na mesma linha de raciocínio, isto é, mandando aplicar a lei do local onde é prestada a atividade contratada, o art. 198 do Código Bustamante, que referi acima:

Art. 198. Também é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador.

O conflito de leis, por outro lado, possui alguns critérios para sua solução, a saber:

Cronológico — adota o princípio *Lex posterior derogat priori*, pelo qual a nova norma jurídica revoga a anterior que no for incompatível com ela;

Hierárquico — consagra o princípio da hierarquia das leis, segundo o qual *Lex superior derogat inferior*;

Especialidade — quando *Lex specialis derogat generalis* consagra-se o princípio mencionado, que visa a priorizar a lei específica sobre aquela geral.

Por fim, oriundo da doutrina alemã, há o princípio da hierarquia estática, anotando a possibilidade de conflito entre duas normas constitucionais (a original e uma derivada). Em apertada síntese, pela concepção de Otto Bachof, é possível proclamar a inconstitucionalidade da própria Constituição, deixando prevalecer a norma originária.

4. Ordem pública e fraude à lei

As normas de ordem pública são normas imperativas, cogentes, tipo as trabalhistas, conforme o comando que emerge dos arts. 9º e 17, da LINDB, do art. 651, da CLT, a da

Súmula n. 207, do TST, que consagra o princípio da territorialidade.

De acordo com o art. 9º, *caput*, a lei do país em que se constituírem as obrigações é que as qualificará e regerá. Essa regra geral passa por algumas ponderações, como se verifica nos §§ 1º e 2º da LINDB.

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

A preservação da soberania nacional, da ordem pública e dos bons costumes, está prevista no art. 17, que afasta a aplicação de qualquer prática ocorrida em outro país no Brasil. Ou seja, não há conflito da lei brasileira sobre aplicação da regra *lex loci executionis* porque existe a prevalência da norma de ordem pública. O preceito consagra:

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

A fraude à lei é identificada quando há opção por lei mais favorável para evitar obrigações maiores, embora não exista, nessa lei, qualquer nexo de causalidade com o ato praticado.

5. Situações especiais

Existem quatro situações clássicas que devem ser examinadas quando se cuida de contrato internacional de trabalho.

A primeira refere-se a engenheiro e congêneres, regidos pela Lei n. 7.064/1982. A seguinte é a dos empregados brasileiros em geral no exterior, que segue a linha da Lei n. 7.064/1982, por força da Lei n. 11.962/2009. A terceira cuida da lei aplicável aos aeronautas

e aos marítimos. A última trata de técnicos estrangeiros no Brasil, objeto do Decreto-lei n. 961/1969.

• Engenheiros e congêneres

LEI APLICÁVEL

É importante situação que quem se submete a uma contratação no Brasil, para executar seu trabalho no exterior, não está sendo objeto de dois contratos de trabalho. Trata-se de um só pacto, considerando, inclusive, o princípio da continuidade da relação de emprego.

A regra geral é da aplicação da *lex loci executionis* (art. 3º, *caput, in fine*), permitida, porém, a da lei brasileira, se mais favorável ao trabalhador (art. 3º, II), além, evidente, dos direitos contemplados nessa norma específica (art. 3º, I).

O dispositivo tem a seguinte redação:

Art. 3º A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:

I – os direitos previstos nesta Lei;

II – a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

Alguns pontos a notar. Primeiro, a aplicação da teoria da irradiação, surgida na Alemanha, prevendo que, ao empregado regular que é transferido transitoriamente para trabalhar no exterior, é aplicável a lei do local permanente. Sendo permanente a transferência, aplica-se a *lex loci executionis*.

O segundo aspecto é a teoria da incindibilidade dos institutos jurídicos, que, no Brasil, reconhece a prevalência da norma mais favorável ao trabalhador.

Nesse particular, a teoria do conglobamento admite que sejam aplicáveis a determinado contrato todas as leis de um só sistema jurídico,

e a teoria da acumulação reconhece a possibilidade de se aplicar institutos jurídicos com regência submetida a dois sistemas jurídicos diferentes. Por exemplo, o adicional noturno é de 30% na legislação do Paraguai para a hora normal de 60%. No Brasil, é de 20%, considerando a hora noturna da CLT, de 52'30". Por essa teoria, que se revela inadequada, aplica-se o percentual de 30% (do direito paraguaio) em hora noturna de 52'30" (do direito brasileiro). O correto será verificar qual instituto tem tratamento mais favorável ao trabalhador: se a hora noturna de 52'30" com percentual de 20% do Brasil; ou a hora noturna de 60% com percentual de 30% do Uruguai. Feita a operação deve ser aplicado o instituto do adicional noturno mais benéfico ao trabalhador.

SALÁRIO

A Lei n. 7.064/1982 oferece tratamento especial a certos institutos. O salário-base (art. 5º) será estipulado em moeda nacional (o real brasileiro) e poderá ser depositado em conta bancária, mediante opção expressa, por escrito, do empregado (§ 1º), permitida a conversão para a moeda estrangeira e a remessa dos valores correspondentes ao local de trabalho (§ 2º).

Arte da remuneração do obreiro, que é o adicional pela transferência, poderá ser pago, total ou parcialmente, no exterior e em moeda estrangeira (art. 5º, *caput*, *in fine*)⁽³⁾.

FÉRIAS

De acordo com essa lei, após período de dois anos de permanência fora do Brasil, o

(3) Art. 5º O salário-base do contrato será obrigatoriamente estipulado em moeda nacional, mas a remuneração devida durante a transferência do empregado, computado o adicional de que trata o artigo anterior, poderá, no todo ou em parte, ser paga no exterior, em moeda estrangeira.

§ 1º Por opção escrita do empregado, a parcela da remuneração a ser paga em moeda nacional poderá ser depositada em conta bancária.

§ 2º É assegurada ao empregado, enquanto estiver prestando serviços no exterior, a conversão e remessa dos correspondentes valores para o local de trabalho, observado o disposto em regulamento

empregado por gozar férias anuais no Brasil. As despesas de viagem serão custeadas pelo empregador ou pelo tomador de seu serviço (art. 6º), benefício esse que se estende aos familiares do empregado (cônjuge e dependentes) (art. 6, § 1º).

Havendo, porém, retorno ao Brasil em definitivo, isto é, finda a prestação de serviço no exterior antes do período de gozo das férias, não haverá falar nas despesas de custeio de viagem para esse fim; (art. 6º, § 2º)⁽⁴⁾. Impende observar, no particular, que deve ser cumprida a regra brasileira de concessão de férias, prevista no art. 130, da CLT, que considera o número de faltas no serviço durante o período aquisitivo para fixação do tempo de gozo. Da mesma forma, o empregado tem direito ao abono de 1/3 constitucional (art. 7º, XVII) e a venda de 1/3 de seus dias de férias a gozar (art. 143, da CLT).

HIPÓTESES DE RETORNO

Não havendo mais necessidade nem conveniência para a permanência do empregado, prestando serviços no exterior, poderá ser determinado seu retorno. Esta é a primeira das hipóteses (art. 7º, I), que também poder ocorrer antes do término do serviço, como prevê o art. 7º, parágrafo único, e).

A segunda é a prática de falta grave, que autoriza o rompimento do contrato de trabalho por justa causa (art. 7º, II), e, em ambos os casos as despesas serão arcadas pelo empregador (art. 8º, *caput*), sendo que, na ocorrência de justo motivo para a ruptura do pacto laboral por ato do empregado, este deverá reembolsar a empresa (art. 8º, parágrafo único).

(4) Art. 6º Após 2 (dois) anos de permanência no exterior, será facultado ao empregado gozar anualmente férias no Brasil, correndo por conta da empresa empregadora, ou para a qual tenha sido cedido, o custeio da viagem.

§ 1º O custeio de que trata este artigo se estende ao cônjuge e aos demais dependentes do empregado com ele residentes.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplicará ao caso de retorno definitivo do empregado antes da época do gozo das férias.

A terceira forma de retorno é a do término do serviço no exterior, quando o empregador responderá por todas as despesas com o retorno do empregado ao Brasil (art. 7º, parágrafo único, 1ª parte).

Há mais quatro hipóteses de determinação de retorno ao Brasil, conforme se depreende do parágrafo único do art. 7º, a saber:

- permanência do trabalhador por três anos contínuos servindo fora do país;
- atendimento de necessidade familiar grave, devidamente comprovada;
- motivo de saúde, mediante recomendação médica atrás de laudo adequado; e
- falta grave praticada pelo empregador, que são as hipóteses do art. 483, da CLT⁽⁵⁾.

FGTS

O trabalhador abrangido pela Lei n. 7.064/1982 também tem, como todos os trabalhadores nacionais, direito ao FGTS.

(5) Os arts. 7º e 8º da Lei n. 7.064/1982 têm a seguinte redação:

Art. 7º O retorno do empregado ao Brasil poderá ser determinado pela empresa quando:

- I – não se tornar mais necessário ou conveniente o serviço do empregado no exterior;
- II – der o empregado justa causa para a rescisão do contrato.

Parágrafo único. Fica assegurado ao empregado seu retorno ao Brasil, ao término do prazo da transferência ou, antes deste, na ocorrência das seguintes hipóteses:

- a) após 3 (três) anos de trabalho contínuo;
- b) para atender à necessidade grave de natureza familiar, devidamente comprovada;
- c) por motivo de saúde, conforme recomendação constante de laudo médico;
- d) quando der o empregador justa causa para a rescisão do contrato;
- e) na hipótese prevista no inciso I deste artigo (desnecessidade/inconveniência).

Art. 8º Cabe à empresa o custeio do retorno do empregado.

Parágrafo único. Quando o retorno se verificar, por iniciativa do empregado, ou quando der justa causa para rescisão do contrato, ficará ele obrigado ao reembolso das respectivas despesas, ressalvados os casos previstos no parágrafo único do artigo anterior.

O art. 9º, *caput*, dispõe que o período de duração da transferência no exterior será computado, no Brasil, para todos os fins, e, se a liquidação dos direitos do obreiro tiver que ocorrer no local da prestação do trabalho (o exterior), valores poderão ser deduzidos dos depósitos do FGTS que existirem na conta vinculada do trabalhador (art. 9º, §1º).

A Lei n. 7.064/1982 cuida do regime do FGTS, cujos depósitos deverão ocorrer regularmente durante todo o período de transferência para o exterior, na conta vinculada do obreiro, tendo a jurisprudência do C. TST fixado, na Orientação Jurisprudencial n. 232, que:

FGTS. INCIDÊNCIA. EMPREGADO TRANSFERIDO PARA O EXTERIOR. REMUNERAÇÃO — O FGTS incide sobre todas as parcelas de natureza salarial pagas ao empregado em virtude de prestação de serviços no exterior.

Nesse particular, os pagamentos efetuados na rescisão do obreiro no exterior podem ser deduzidos dos depósitos de FGTS realizados em sua conta, e, se não insuficientes, a diferença poderá ser deduzida do saldo da conta, quando da cessação do contrato (art. 9º, § 2º).

Ademais, a lei prevê que as deduções em moeda estrangeira deverão ser convertidas em real (a lei fala em cruzeiro, que era o meio circulante no Brasil à época da sua edição), pelo câmbio do dia do pagamento (art. 9º, § 3º).

Após todos os procedimentos mencionados, os valores depositados, decorrentes da dedução mencionada, poderão ser levantados pelo empregador, dependendo, todavia, de homologação judicial, que deverá ser procedida na Justiça do Trabalho (art. 9º, § 4º)⁽⁶⁾.

(6) Art. 9º O período de duração da transferência será computado no tempo de serviço do empregado para todos os efeitos da legislação brasileira, ainda que a lei local de prestação do serviço considere essa prestação como resultante de um contrato autônomo e determine a liquidação dos direitos oriundos da respectiva cessação.

§ 1º Na hipótese de liquidação de direitos prevista neste artigo, a empresa empregadora fica autorizada a deduzir esse pagamento dos depósitos do FGTS em

OUTROS ASPECTOS

Há prestações que não irão se incorporar à remuneração do empregado, em decorrência de sua permanência fora do Brasil, a partir de seu retorno. É o caso do adicional de transferência, das prestações *in natura* e de outras vantagens não especificadas na lei, mas inerentes a essa mudança (art. 10).

Ademais, as contribuições que devem ser efetuadas para os serviços integrantes do sistema “S” não são devidas durante o período em que durar a prestação de trabalho fora do Brasil. Com efeito, não haverá recolhimento de contribuições para Salário-Educação, Serviço Social da Indústria (SESI), Serviço Social do Comércio (SESC), Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e Instituto Nacional de Colonização e de Reforma Agrária (INCRA) (art. 11).

EMPREGADOS BRASILEIROS EM GERAL NO EXTERIOR

Aos trabalhadores brasileiros, que prestavam seu labor fora do país, não existia nenhuma lei específica, até 2009. Nesse ano, foi editada a Lei n. 11.962, de 3.7.2009, que estendeu para todas as regras da Lei n. 7.064/1982, tornando concreto o que a jurisprudência já pacificara.

Assim, então, a Lei n. 7.064/1982 passou a regular, conforme a nova redação de seu *caput*, a situação de trabalhadores contratados no Brasil

nome do empregado, existentes na conta vinculada de que trata o art. 2º da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966.

§ 2º Se o saldo da conta a que se refere o parágrafo anterior não comportar a dedução ali mencionada, a diferença poderá ser novamente deduzida do saldo dessa conta quando da cessação, no Brasil, do respectivo contrato de trabalho.

§ 3º As deduções acima mencionadas, relativamente ao pagamento em moeda estrangeira, serão calculadas mediante conversão em cruzeiros ao câmbio do dia em que se operar o pagamento.

§ 4º O levantamento pelo empregador, decorrente da dedução acima prevista, dependerá de homologação judicial.

ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior (art. 1º). Destarte, a todos os empregados em situação que tal, a norma de regência é a Lei n. 7.064/1982.

AERONAUTAS E MARÍTIMOS

A situação jurídico-trabalhista dos aeronautas e dos marítimos em viagem de trabalho ao exterior exige identificação da nacionalidade da aeronave ou do navio, respectivamente, para fins de identificação da lei aplicável. Ou seja, o principal nexo de causalidade será a lei de um desses meios de transporte para solucionar questões ocorridas fora do Brasil.

Com efeito, a nacionalidade de aeronave é dada pelo país de sua matrícula ou registro. É o comando que emerge da Convenção de Paris de 1919 (art. 6º), da Convenção de Chicago de 1944 (art. 17) e, no direito brasileiro, do art. 8º do Código Brasileiro do Ar (Lei n. 7.565, de 19.12.1986).

No que refere ao navio, a sua nacionalidade é identificada pela lei do país cujo pavilhão estiver arvorando, e será essa a lei aplicável aos contratos de trabalho, conforme o comando do art. 91, 1, 2ª parte, da Convenção sobre o Direito do Mar (Montego Bay, 10.12.1982)⁽⁷⁾.

Essa condição é contemplada no Código Bustamante, que prevê que os direitos dos credores regulam-se pela lei do pavilhão (art. 277), que é também a lei que dá poderes e obrigações ao capitão e responsabiliza proprietários e armadores por seus atos (art. 279).

Note-se que as regras dos navios são as mesmas que, conforme o art. 282 do Código Bustamante, se aplicam às aeronaves.

Ainda referentemente aos navios, interessante o aspecto do uso de bandeiras de conveniência. São navios que arvoram bandeira de aluguel, isto é, armadores para usufruir de benefícios fiscais, legais, trabalhistas e outros,

(7) A Convenção de Montego Bay foi ratificada pelo Brasil a 22.12.1988, promulgada pelo Decreto n. 99.165, de 12.03.1990, e passou a vigor em nosso país a partir de 22.06.1995.

mantêm tripulação em boa parte do país da bandeira que arvora, fugindo dessa forma ao cumprimento de obrigações maiores se adotasse a bandeira regular. O uso de bandeira conforme a conveniência do armador, do proprietário ou do capitão do navio, em alto mar, importa em considerar a embarcação como sem nacionalidade, conforme o art. 92,2, da Convenção de Montego Bay de 1982. Em situação dessa natureza, o navio poderá ser objeto de perseguição, porque qualquer navio de guerra ou aeronave militar (art. 111, 5) estará sujeito ao direito de visita, conforme previsto no art. 110 da mesma Convenção internacional.

O que se conclui, nesse aspecto, é que o principal elemento de conexão para os que trabalham em aeronaves ou navios fora do território brasileiro (espaço aéreo e mar territorial) é a nacionalidade do móvel, que se identificará ou pelo registro/matricula (aeronaves) ou pelo pavilhão que arvorar (navios).

TÉCNICOS ESTRANGEIROS NO BRASIL

Outro aspecto interessante do contrato internacional de trabalho é também o que envolve o estrangeiro que vem trabalhar no Brasil.

A regulação é dada pelo Decreto-lei n. 691/1969, cujo art. 1º dispõe:

Art. 1º Os contratos de técnicos estrangeiros domiciliados ou residentes no exterior, para execução, no Brasil, de serviços especializados, em caráter provisório, com estipulação de salários em moeda estrangeira, serão, obrigatoriamente, celebrados por prazo determinado e prorrogáveis sempre a termo certo, ficando excluídos da aplicação do disposto nos arts. ns. 451, 452, 453, no Capítulo VII do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho e na Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966, com as alterações do Decreto-lei n. 20, de 14 de setembro de 1966, e legislação subsequente.

Como se infere, o contrato de trabalho de técnico estrangeiro no Brasil deve ser específico, para serviço especializado, de caráter provisório,

por prazo determinado e prorrogável por tempo certo. Sua prorrogação não torna o contrato por prazo indeterminado, não se aplicando à espécie a regra do art. 451 consolidado⁽⁸⁾.

A lei que regula esse tipo de contratação exclui desse tipo de trabalho o direito do FGTS, levando então a se ter como direito do trabalhador estrangeiro nessa circunstância à indenização, que, em caso de rescisão antecipada do contrato, será calculado à base do restante do contrato pela metade.

O art. 2º reconhece expressamente direito a salário mínimo, repouso semanal remunerado, férias anuais, jornada de trabalho igual ao nacional, turnos ininterruptos de revezamento, seguro de acidente do trabalho, integração à previdência social, e garantia de adoção de normas de higiene e segurança do trabalho, exigindo, para tal, que perceba seu salário exclusivamente em moeda nacional, além dos direitos criados expressamente pela lei.

O parágrafo único do art. 2º veda participação nos lucros da empresa. Parece, nesse aspecto, haver inconstitucionalidade do dispositivo. É que o art. 5º, *caput*, da Constituição, veda a distinção de qualquer natureza entre brasileiros e estrangeiros, inclusive, consoante a previsão do inciso XIII, garantindo o *livre*

(8) Neste sentido: o PARECER CONJUR/MTE N. 430/2010, exarado no Processo n. 47636.000159/2010-00, cuja ementa esclarece: *Duração do contrato de trabalho do estrangeiro. Inaplicabilidade do art. 451 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. O contrato de trabalho do estrangeiro deve observar os ditames da legislação trabalhista, especialmente contidos na CLT, mas também na legislação especial. O trabalho do técnico estrangeiro regulado pelo Decreto-lei n. 691, de 1969, de forma explícita, exclui a aplicação do art. 451 da CLT. O trabalho dos demais estrangeiros dependentes de autorização do Estado somente se dá num contrato a termo, eis que a hipótese de prorrogação desse contrato por prazo indeterminado é incompatível com a natureza do visto temporário previsto em Lei para a hipótese. O prazo máximo de duração do contrato temporário de trabalho é de dois anos, incluída eventual prorrogação nesse período.* (destaquei) Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=260808&ID_SITE=> Acesso em: 23 abr. 2011.

exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, e, evidente, nacionalidade não é qualificação profissional. Ademais, a participação nos lucros e resultados é garantia mínima dos trabalhadores, conforme contempla o art. 7º, XI, do Diploma de 1988.

A moeda de pagamento do técnico estrangeiro que trabalha no Brasil é a corrente, ou seja, o real. É a regra do art. 463 da CLT.

O tema, todavia, enseja muita controvérsia, porque não se aplica o *split salary*, ou seja, o pagamento repartido do salário, parte em moeda nacional, parte em estrangeiro, e, tendo que ser efetuado em real, há a questão da taxa de conversão da moeda estrangeira, que, conforme o disposto no art. 3º do Decreto-lei n. 691/1969 será o da data do vencimento da obrigação.

Por fim, compete à Justiça do Trabalho dirimir todas as controvérsias que envolvam relações jurídicas estabelecidas sob a regência do Decreto-lei n. 691/1969, conforme dispõe o seu art. 4º.

6. Perspectivas e conclusão

Algumas considerações em arremate podem ser feitas. De pronto, não há dúvida de que autonomia da vontade individual não pode ser vista de maneira tão ampla. Sempre há que se considerar a realidade do trabalhador, especialmente do de menor qualificação.

Com efeito, ainda que deva ser amplamente considerada a vontade dos contratantes como importante elemento de conexão válida, deve ser observada a ordem pública, como prevê o art. 17 da LINDB.

O que se infere das preocupações legislativas é o objetivo de aplicar a norma mais benéfica ao trabalhador. É o que consta do art. 3º, II, da

Lei n. 7.064/1982 e do art. 2º do Decreto-lei n. 691/1969, na linha do que está consagrado pelo art. 19, 8, da Constituição da OIT, ratificada pelo Brasil, que contempla o princípio do *favor laboris*⁽⁹⁾.

Nessa linha, e considerando a intensificação das relações entre os diversos países e povos, mormente em decorrência da globalização da economia, e, por consequência, o crescimento cada vez maior da circulação internacional de trabalhadores, impõe-se examinar com bastante cautela as questões que envolvam o trabalho prestado por brasileiros no exterior e por estrangeiros no Brasil, a fim de sempre estar presente o princípio fundamental da vida brasileira, contemplado na Constituição de 1988, qual seja, o do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), independentemente de nacionalidade.

Afinal, como escreveu José Saramago, *a vida é breve, mas cabe nela muito mais do que somos capazes de viver*, e por nada pode o ser humano ser desrespeitado ou violado em sua dignidade.

7. Referências bibliográficas

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Lex, 2010.

BUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado*. São Paulo: Aquarela, 1989.

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

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais de comércio*. São Paulo: RT, 1992.

VALLADÃO, Haroldo Teixeira. *Direito internacional privado (II)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

(9) Dispõe o art. 19, 8, da Constituição da OIT: *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.* (destaquei)

Breves apontamentos sobre as *class actions for damages*

Flávio da Costa Higa^(*)

Resumo:

- ▶ O modelo individualista de tutela jurisdicional experimenta sua bancarrota, pois não responde adequadamente às demandas sociais. No âmbito trabalhista, ele é ainda responsável por um desvirtuamento da Justiça Especializada, cuja atuação acaba tendo como foco preponderante o espólio de uma já falecida relação de emprego, e restrita à reparação econômica de lesões praticadas durante todo o extinto contrato. Nesse cenário, é preciso promover uma ruptura paradigmática nos mecanismos de resolução de conflitos, priorizando as formas coletivas e que interfiram na relação de trabalho ainda existente, objetivando maior economia processual, acesso à justiça e efetivação do direito material. Para tanto, o estudo das *class actions* norte-americanas — evolução histórica, objetivos e procedimento —, pode ser um instrumento útil ao aprimoramento do sistema processual, desde que analisada a sua compatibilidade de modo minudente e escrupuloso, e, bem compreendidas, como em todo estudo de direito comparado, as diferenças sociais, econômicas, culturais e religiosas entre as sociedades.

Palavras-chave:

- ▶ *Class actions* — tutela coletiva — *punitive damages* — representação — devido processo legal.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Apresentação
- ▶ 2. Escorço histórico
- ▶ 3. Objetivos das *class actions*
- ▶ 4. Procedimento nas *class actions*
 - 4.1. Pré-requisitos
 - 4.2. Manutenção/prosseguimento da *class action*
 - 4.3. Certificação
 - 4.4. Notificação
 - 4.5. Coisa julgada
- ▶ 5. Conclusões
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Juiz do Trabalho em Coxim/MS. Mestrando em Direito do Trabalho pela USP. Professor da EMATRA/MS. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior.

1. Apresentação

O presente trabalho tem por escopo desenvolver um breve estudo do tema “*class actions*”, visando a apresentar as linhas gerais de uma sistematização do processo e do procedimento das ações coletivas norte-americanas — fenômeno açulador entre nós —, no mínimo, porque as ações coletivas brasileiras sofrem sua influência por via oblíqua, por meio da doutrina italiana de direito coletivo.

Além disso, o tema também instiga diante da gênese do direito anglo-saxônico, componente do sistema da *common law*, sendo, portanto, de menor vinculação ao direito escrito e fortemente calcado nos precedentes judiciais, com a afirmação dos direitos fundamentais e a edificação das bases de consolidação e aprimoramento do Estado de Direito a partir dos *case law*.

Por outro lado, como adverte Gidi, “a linguagem técnica do direito americano não possui nem almeja a precisão quase matemática ambicionada pela doutrina de tradição derivada da Europa continental. Assim, não é possível compreender o processo civil americano através da sua simples subsunção à nossa linguagem técnico-jurídica, como seria no caso do processo civil alemão, italiano ou espanhol, por exemplo”⁽¹⁾.

Esses dois vetores de construção dogmática do ordenamento jurídico — tenuidade do liame com o direito escrito e forma lexicológica aberta —, conferem ao exegeta tanto maior flexibilidade na aplicação das normas jurídicas quanto maior acuidade no zelo com a transcendência social, política e econômica das decisões, algo que causa certa perplexidade ao hermeneuta de origem germânico-romana, malgrado o nosso ordenamento também imponha, ainda que de modo menos veemente, a mesma diligência⁽²⁾.

Sem embargo, esse fenômeno da ausência de total rigorismo científico na aplicação dos vocábulos e expressões não ocorre em prejuízo da consistência doutrinária, pois “a imprecisão da linguagem se reflete numa maior flexibilidade prática para o aplicador do direito e uma preocupação maior com a justiça do caso concreto e as consequências sociais e econômicas de cada decisão do que numa suposta coerência científica da disciplina processual”⁽³⁾.

Diante disso, o instituto em exame guarda imensa pertinência temática para o estudo do direito coletivo pátrio, na medida em que, apesar de ostentar peculiaridades decorrentes de uma cultura marcada por diferenças sociais, econômicas, políticas e religiosas, pode, desde que depurado mediante adaptações próprias ao direito comparado, ser um instrumento útil à tão almejada coletivização das ações⁽⁴⁾⁽⁵⁾.

normas do Direito Brasileiro”, conforme Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

(3) GIDI, Antonio, *op. cit.*, p. 21.

(4) Prova inconteste desta utilidade foi a precursora obra sobre mandado de segurança coletivo escrita por José Rogério Cruz e Tucci (*Class action e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 26), baseado nos estudos sobre *class actions*.

(5) Acerca da imprescindibilidade da busca de novos mecanismos de solução de litígios, em planos mais coletivizados, alerta Marcos Neves Fava: “O início da reflexão acerca das razões que levaram ao surgimento dos direitos coletivamente tomados e seus respectivos meios de proteção deve identificar-se com a ‘disfunção do processo civil ordinário’, como nomeia Andrea Proto Pisani. O processualista italiano apontava dados de morosidade da justiça da península itálica, em que um processo, no final da década de sessenta e início da de setenta, durava 824 dias na primeira instância e 634 dias na segunda e, se conhecido o recurso para o Tribunal de Cassação, mais 800 dias, e concluía que a Justiça assim ‘in matéria di lavoro si risolve in un sostanziale diniego di giustizia’. Eis o primeiro fundamento de transformação forçada do processo para as ações coletivas: o modelo tradicional de concretização de justiça não basta para apaziguar os conflitos, traduzindo-se, outrossim, em negação de justiça. (...) A ampliação custosíssima dos meios não solve o problema, uma vez que se opera em progressão aritmética, enquanto o aumento de processos dá-se em progressão geométrica. A similaridade entre os processos, o que

(1) GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 21.

(2) Nesse sentido, diz o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, agora denominada “Lei de Introdução às

Por causa de sua extensão, optamos por efetuar um corte metodológico, abordando de modo mais específico as *class actions* que veiculam pretensões indenizatórias (*class action for damages* ou *tort class actions*), sem olvidar, por óbvio, da existência de *class actions* de cunho declaratório ou injuntivo.

2. Escorço histórico

A Inglaterra é apontada como o berço dos litígios coletivos no mundo, tendo “o primeiro caso ocorrido em torno do ano de 1199, quando, perante a Corte Eclesiástica de Canterbury, o pároco Martin, de Barkway, ajuizou ação, versando sobre o direito a certas oferendas e serviços diários, em face dos paroquianos de Nuthamstead, uma povoação de Hertfordshire, assim considerados como um grupo, chamando, no entanto, a juízo apenas algumas pessoas, para, aparentemente, responderem por todos”⁽⁶⁾.

Os primeiros relatos sobre demanda coletiva nos Estados Unidos da América foram confeccionados por Joseph Story⁽⁷⁾, a partir do caso *West v. Randall*⁽⁸⁾, de 1820, que o inspirou a

se torna mais evidente se reunidos a partir da identidade de réus, autoriza a ilação de que sua reunião em ações coletivas ocuparia um lugar na reforma eficaz da distribuição de justiça. (...) O volume intenso de procura do Poder Público, para soluto de litígios oriundos da relação capital-trabalho, figura, pois, como um dos elementos fundantes e uma das razões suficientes para ensejar a busca de um novel sistema judicial de resolução de lides, em plano mais abrangente e menos individual.” (FAVA, Marcos Neves. A classe no polo passivo da ação coletiva. In: JUNIOR, José Hortêncio Ribeiro; CORDEIRO, Juliana Vignoli; FAVA, Marcos Neves; CAIXETA, Sebastião Vieira. *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTR, 2006. p. 69-71).

- (6) MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Coleção temas atuais de direito processual civil. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 38.
- (7) Jurista norte-americano nascido em Marblehead, Massachusetts (18. 9.1779 a 10. 9.1845), tendo integrado a *Supreme Corte* entre os anos de 1811 e 1845, e se notabilizado perante o grande público por sua atuação no caso do navio negreiro espanhol *La Amistad*, que deu origem ao longa-metragem de idêntico nome para o cinema em 1997, dirigido por Steven Spielberg.
- (8) No caso em destaque, assim aduz Daniel Coutinho Silveira: “Primeiro sinal de ressonância nos EUA da

refletir sobre as *group litigation*. Em 1836, o autor publicou a sua obra *Commentaries on Equity Jurisprudence, as administered in England and America*⁽⁹⁾. Nela, apontou, com acerto, o papel e as funções das *group litigation* para o Poder Judiciário e para os jurisdicionados, as quais, segundo ele, serviriam para a redução do número de ações propostas e a facilitação de instauração de demandas que, de outro modo, não seriam ajuizadas, tendo em vista o valor irrisório das pretensões individualmente consideradas.

Em 1842, a *Supreme Court* editou uma série de regras de equidade, assim entendidas como “o conjunto de regras vinculado à força do precedente”⁽¹⁰⁾. Dentre elas, teve relevo para o Direito Coletivo a *Equity Rule 48*, que passou a ser considerada a primeira norma escrita relacionada às *class actions* nos Estados Unidos da América:

Federal Equity Rule 48 (1842)

Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the Court, in its discretion may dispense with making all

matéria foi percebido em julgamento proferido pelo Justice J. Story em *West v. Randall* ao afirmar que não seria exigível o litisconsórcio quando esse se tornasse opressivo e inconveniente para a defesa do direito, admitindo-se a litigância em grupo, mas registrando a não vinculação daqueles que não participaram da ação em relação à sentença. Trata-se de superação da forma para viabilização da tutela jurisdicional adequada.” SILVEIRA, Daniel Coutinho. *Direito e processo: alguns aspectos das class actions*. Disponível em: <<http://direitoeprocessos.blogspot.com/2008/04/algumas-consideraes-sobre-as-class.html>> Acesso em: 14 jun. 2010.

- (9) STORY, Joseph. *Commentaries on equity jurisprudence as administered in England and America*. Obra integral e gratuitamente disponível no sítio de pesquisas “Google books”, no endereço eletrônico: <<http://books.google.com.br/books?id=rSkAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=Commentaries+on+Equity+Jurisprudence&source=bl&ots=R1QyYMGYlu&sig=41ZR31mj9rNny0SN6-JCGiOhzK0&hl=pt>> Acesso em: 15 jun. 2010.
- (10) CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. *A equidade e os meios alternativos de solução de conflitos*. São Paulo: LTR, 2001. p. 35.

of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it represent all the adverse interest of the plaintiffs and defendants in the suit properly before it. But, in such cases, the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties.⁽¹¹⁾

A norma representava um avanço para as ações coletivas, na medida em que possibilitava a representação de um grupo de autores e/ou réus por alguns, de acordo com a discricionariedade do juiz. Todavia, a parte final do texto denunciava a sua vinculação ao individualismo predominante à época, pois limitava consideravelmente os efeitos da decisão judicial, ao estabelecer que a sentença coletiva não podia ser prolatada em prejuízo aos direitos e interesses das partes ausentes.

Embora já houvesse registros de decisões que ignorassem a restrição imposta pela *Federal Equity Rule 48*, como os casos *Smith v. Swormstedt* (1853) e *American Steel & Wire Co. v. Wire Drawers & Die Makers Unions* (1898), sua revogação propriamente dita ocorreu apenas em 1912, com a promulgação da *Federal Equity Rule 38*, cujo teor foi o seguinte:

Federal Equity Rule 38 (1912)

When the question in one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole.⁽¹²⁾

(11) Tradução livre do autor: “Quando as partes em quaisquer dos polos forem muito numerosas, e não puderem, sem manifesta inconveniência e opressivos atrasos no processo, ser todas trazidas para ele, a Corte, em sua discricionariedade, poderá dispensá-las de se tornarem partes, e dar prosseguimento ao processo, tendo, diante de si, partes suficientes para representar todos os interesses adversos aos dos autores e réus no processo propriamente dito. Porém, em tais casos, a decisão deve ser proferida sem prejuízo aos direitos e pretensões das partes ausentes.”

(12) Tradução livre do autor: “Quando a questão for de interesse comum ou geral de muitas pessoas, constituindo uma classe tão numerosa a ponto de tornar impraticável trazê-las todas perante a Corte, um ou mais poderão demandar ou ser demandados pelo todo.”

A grande inovação do novo texto foi a supressão da restrição dos efeitos vinculantes da sentença aos membros da classe que não estivessem presentes no processo. Porém, tal norma não bastou para pacificar as controvérsias acerca do tema, em razão dos termos extremamente lacônicos em que surgiu sua redação, até mesmo para os padrões norte-americanos.

Somente em 1938, com a promulgação do *Federal Rules of Civil Procedure*, uma espécie de “Código de Processo Civil Federal” promulgado pela Suprema Corte norte-americana, houve a publicação da *Rule 23*, disciplinando mais detalhadamente as *class actions*, que passaram a estar disponíveis para a tutela de todos os direitos e não apenas aos casos de equidade. As *class actions* mais conhecidas e famosas hodiernamente, quais sejam, aquelas que contêm pretensão indenizatória (*class actions for damages*), também tiveram seu reconhecimento a partir da *Rule 23*.

Além disso, as *class actions* foram divididas em espécies, conforme escólio de Antonio Gidi, baseando-se na proposta original de James William Moore (submetida ao “Comitê Consultivo para as Normas do Processo Civil Federal” — *Supreme Court Advisory Committee on the Federal Rules*):

Assim, as ações coletivas foram divididas em três categorias, de acordo com a natureza jurídica dos direitos objeto do processo (*character of the right*): *a true class action*, *a hybrid class action* e *a spurious class action*. Quando os direitos envolvidos fossem *joint*, *common* ou *secondary*, caberia uma *true class action*; quando os direitos fossem *several* e envolvessem uma propriedade específica, caberia uma *hybrid class action*; quando os direitos fossem *several*, e houvesse questões de direito ou de fato comuns, caberia uma *spurious class action*.

Apenas a ação que ele chamou *true class action* era verdadeiramente uma ação coletiva. A verdadeira ação coletiva é aquela que permite a representação quando o litisconsórcio de

todos os membros do grupo seria essencial para a solução da controvérsia. Apenas este tipo de ação coletiva estendia a coisa julgada a todos os membros ausentes, independentemente do resultado da demanda (*whether favorable or not*).

As *hybrid class actions* eram um instrumento intermediário entre as *true* e as *spurious class actions*, contendo aspectos de ambas. Daí o seu nome “híbrida”. Assim a sua coisa julgada vincularia apenas as partes no processo, mas vincularia todos os membros do grupo no que se referisse a direitos relacionados à propriedade ou fundo envolvidos no litígio.

No caso das *spurious class actions*, a coisa julgada somente atingiria as partes originais do processo e os membros do grupo que se fizeram parte através da intervenção. Esse é o mecanismo conhecido como *opt in*.⁽¹³⁾

Em 1966, a *Rule 23* passou por uma reforma, a fim de corrigir suas deficiências de redação, já que era tão criticada por ser confusa e demasiadamente abstrata, além de não conter regra clara e específica acerca dos efeitos da coisa julgada e, ainda, por não tutelar adequadamente as pretensões coletivas indenizatórias.

Com a reforma, houve importantes novidades quanto à criação de um modelo mais prático e compreensível, voltado primordialmente para a existência de interesses comuns entre os membros do grupo. Houve, outrossim, previsão inequívoca do efeito vinculante da coisa julgada (*binding effect*) em face de todos os membros do grupo, o que aumentou sobremaneira o poder político e a importância social da ação coletiva indenizatória.

O texto ainda passou por pequenas reformas em 1987, 1998, 2003⁽¹⁴⁾ e 2007, sem significativas mudanças. A mais relevante alteração

(13) *Op. cit.*, p. 48-49.

(14) Na realidade, a alteração de 2003 teve relativa importância substancial, pois apenas incorporou posicionamentos jurisprudenciais sobre procedimentos para aprovação de acordos, escolha de advogados pela Corte e fixação de honorários advocatícios.

ocorreu com a publicação do CAFA (*Class Action Fairness Act*), em 2005, cujo objetivo foi o de transferir para a Justiça Federal a competência para julgar as ações coletivas de valores superiores a cinco milhões de dólares, a fim de evitar abusos em foros estaduais considerados “paraísos” das *class actions*.

3. Objetivos das *class actions*

Peter Cashman alinha as seguintes vantagens das *class actions*:

*The advantages of class actions are said to encompass: * access to justice; * a reduction of litigation expense, per claim, by the aggregation of claims (the ‘economy of scale’ argument); * a means for the efficient resolution of large number of claims; * deterrence of illegal corporate, governmental and other practices; * the promotion of positive changes in financial practices, government decision-making and product design decisions; * the provision of a private mechanism for regulatory enforcement in an environment where governmental regulators have both budgetary and political constraints; * a mechanism for the resolution of claims which provides an opportunity for business to get back to business rather than engage in widespread individual litigation at great cost, both in terms of money and division of corporate resources; * a means by which group members get a ‘free ride’ and have their legal rights and entitlements determined without any risk as to adverse costs; * logistical and other advantages of concentrating claims in one forum; * procedural advantages, including broader discovery; the suspension of statutes of limitation for all class members until the action is completed (or the class members opt out).*⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

(15) CASHMAN, Peter. *Class action — law and practice*. Sydney: The Federation Press, 2007. p. 22-23)

(16) Tradução livre do autor: “Diz-se que as vantagens das *class actions* abarcam: a) acesso à justiça; b) a redução das despesas do litígio, por processo, pela agregação de processos (o argumento da ‘economia de escala’); c) um deslocamento da balança de poder entre os autores individuais e os grandes grupos corporativos

Todavia, pode-se afirmar, em linhas gerais, que as *class actions* visam precipuamente ao atendimento de três propósitos: economia processual, acesso à justiça e efetivação do direito material.

Perfunctoriamente analisada, pode causar espanto a afirmação de que a ação coletiva norte-americana tenha como um de seus escopos a economia processual, haja vista ser esta ação famosa por seus vultosos custos. Porém, a expressão “economia processual” deve ser concebida em sua acepção mais técnica, como a tradução da maior efetividade combinada com o mínimo de atividade jurisdicional possível⁽¹⁷⁾.

e as suas seguradoras; * meios para a resolução eficaz de um largo número de processos; * a promoção de mudanças positivas em práticas financeiras, práticas empregatícias, tomada de decisões governamentais e outras práticas; * a provisão de um mecanismo privado para o regular cumprimento das leis em um ambiente onde os órgãos reguladores governamentais têm restrições tanto orçamentárias quanto políticas; * um mecanismo para a resolução de processos que proveja uma oportunidade para que as empresas retornem às atividades comerciais ao invés de se engajarem em demandas individuais espalhadas por todo lado a um elevado custo, tanto em termos de dinheiro quanto na divisão de recursos corporativos; * meios pelos quais os membros do grupo entrem numa “corrida livre” e tenham seus direitos determinados sem nenhum risco de suportarem ônus; * vantagens logísticas e outras na concentração de processos em um único fórum; vantagens procedimentais, incluindo amplo leque probatório; * a suspensão de todos os estatutos de limitações para todos os membros da classe até que a ação seja encerrada (ou para os membros da classe que exerceram o direito de autoexclusão)”.
(17) Tal princípio é assim explanado por Bebbber: “Segundo esse princípio, também denominado de princípio da economia processual, deve-se obter o máximo de rendimento com o mínimo de atividade jurisdicional, respeitadas as garantias das partes e as regras procedimentais e legais que governam o processo. Cintra, Grinover e Dinamarco têm enunciado o princípio econômico com sentido de “processo acessível a todos, com vistas ao seu custo e à sua duração”. Com efeito, há uma busca incessante dos processualistas a uma justiça ideal. Esta se revela por meio do binômio custo-benefício, ou seja, a justiça tem de ser rápida, barata e justa. Tenta-se alcançar a justiça ideal mediante a criação de procedimentos que visam encurtar caminhos com meios eficazes para a solução dos conflitos de interesses, onde se exija um mínimo de sacrifício

Não obstante as *class actions* sejam efetivamente custosas sob o prisma de uma cifra monetária isoladamente considerada, a possibilidade de julgar uma controvérsia complexa, envolvendo um contingente significativo de pessoas em uma única ação, representa uma notável economia, fundamental para o próprio funcionamento do Poder Judiciário que, por sua vez, poderia ver a sua estrutura em colapso, caso tivesse de julgar cada uma das ações individualmente.

O caso *In Re Hotel Telephone Charges* é emblemático dessa situação, pois se tratava de uma ação que envolvia 40 milhões de litigantes, e, segundo cálculos, se apenas 10% (dez por cento) deles demandassem individualmente, e ainda que cada processo fosse resolvido em uma única audiência de 10 minutos, o processo demoraria 100 anos para ser solucionado.

Outro importante propósito da *class action* é o de proporcionar acesso à justiça, utilizando a via coletiva como ferramenta imbricada à ideia de devido processo legal adjetivo⁽¹⁸⁾, pois, em muitas hipóteses, como nas de dispersão geográfica dos membros lesados por um território de dimensões continentais, ou nas ações cuja pretensão possua valor individualmente insignificante, somente a ação coletiva poderia instrumentar adequadamente a tutela dos interesses desses cidadãos lesados. Neste aspecto particular, entrevê-se o assemelhado das *class actions* às ações civis coletivas do direito brasileiro, mormente no que tange ao fim visado por ambos os instrumentos (embora os resultados práticos sejam bastantes distintos).

(de tempo e de dinheiro) e de esforço”. BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 48.

(18) A intenção aqui é açambarcar o conceito de ação coletiva como ferramenta de “paridade de armas” para disputas judiciais em causas de valores ínfimos, para as quais nenhum bom advogado dedicaria seu tempo e esforço, de modo a demonstrar que o devido processo legal “significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes” (In: TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 483.

Sob escurreita doutrina de Raimundo Simão de Melo, fica evidente o presente cotejo:

(...) na ação civil coletiva, são substitutos processuais na defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos, cuja legitimação extraordinária justifica-se em face da relevância social, da necessidade de se efetivar os direitos do cidadão e de se coletivizar a solução de conflitos individuais porque a reparação de tais direitos, muitas vezes pelo tímido resultado financeiro, não é buscada normalmente pelos lesados individualmente.⁽¹⁹⁾

O mesmo caso *In Re Hotel Telephone Charges*, citado alhures, retrata bem essa situação: a lesão individual era de apenas US\$ 6.00 para cada litigante; contudo, como houvera sido praticada em face de 40 milhões de pessoas, seu montante global redundava em US\$ 240,000,000.00, de modo que, a recusa da ação coletiva implicaria aceitação de microlesões em larga escala, acarretando impunidade e lucros exorbitantes e ilícitos aos ofensores.

Vale registro, ainda, o caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*⁽²⁰⁾, no qual a Suprema Corte reconheceu que o ponto crucial para que a ação fosse mantida como coletiva foi extremamente pragmático e realista, no sentido de que nenhum advogado competente enfrentaria uma causa daquela complexidade em uma ação individual para receber apenas os honorários advocatícios em percentuais sobre o eventual êxito da demanda.

O terceiro e quiçá mais importante objetivo da *class action* é o de efetivação do direito material, pois, de acordo com o vaticínio de Gidi: “o principal fator de estímulo à prática de ilícitos de pequeno valor contra um grupo de pessoas em uma sociedade desprovida de tutela

coletiva de direitos é a sua alta lucratividade associada à certeza de impunidade.”⁽²¹⁾

O autor assevera ainda que a efetivação do direito material pode dar-se de duas formas: “A primeira delas é através da realização autoritativa da justiça no caso concreto de ilícito coletivo, corrigindo de forma coletiva o ilícito coletivamente causado (*corrective justice*). A segunda é realizada de forma profilática, através do estímulo da sociedade ao cumprimento voluntário do direito, através do desestímulo à prática de condutas ilícitas coletivas, por meio de sua efetiva punição (*deterrence*).”⁽²²⁾

Sobre esta última função, embora não seja o foco principal desse escrito, destaca-se, por oportuno, que o direito anglo-saxônico possui outra ferramenta extremamente efetiva para promover a dissuasão de potenciais ofensores, qual seja, o instituto das *punitive damages*⁽²³⁾, ou penas pecuniárias de desestímulo⁽²⁴⁾, pelo

(21) *Op. cit.*, p. 33.

(22) *Op. cit.*, p. 33.

(23) No Brasil, boa parte da doutrina entende que a tradução correta de *punitive damages* seria “indenização punitiva” e não “danos punitivos”. “O que assume caráter punitivo não é o dano, obviamente, mas a indenização a que se condena o seu autor. O mais correto seria falar, assim, em indenização punitiva. Seria esta, aliás, a tradução mais correta para a expressão ‘*punitive damages*’, já que o termo *damages* em inglês indica tanto o dano em si, quanto o montante atribuído à vítima em razão do dano.” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 199). “Os ‘*punitive damages*’ são também denominados ‘*exemplary damages*’, ‘*vindictive damages*’ ou ‘*smart money*’, não se confundindo com os ‘*compensatory damages*’, que têm a finalidade de reparar os danos efetivamente causados. A melhor tradução para o português é denominá-los indenização exemplar ou punitiva, embora também seja adotada a expressão dano punitivo”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Riva. *Princípio da reparação integral*. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69).

(24) Optamos pela expressão “pena pecuniária de desestímulo”, pois a expressão “indenização punitiva” encerra insuperável contradição terminológica. Indenizar é tornar indene, escoimar o dano, ao passo que punir é castigar, reprimir. São funções completamente distintas, inclusive quanto aos pressupostos constitutivos.

(19) MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 283.

(20) O caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974) era uma complexa ação antitruste, em que a pretensão do representante do grupo era de apenas US\$ 70.00.

qual o valor da punição deve contemplar a função de deterrência⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾.

Um exemplo impactante na história dos *punitive damages* se deu no caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.* (1981), mais conhecido como “*Pinto Case*” ou “*Exploding Pinto*”, em que a montadora fabricou um automóvel denominado “Ford Pinto”, que, diante da extrema fragilidade do material com o qual era confeccionado o tanque de combustíveis, ocasionava a explosão dos automóveis em casos de colisão.

A empresa, mesmo ciente do defeito de seu produto, acreditava que financeiramente não era compensador determinar o *recall*, como conta Paula Meira Lourenço:

Com efeito, esta empresa realizara um estudo para saber quanto teria de despende para solucionar aquele problema, mas não procedera a tais modificações porque não acreditou que fosse processada e, se chegasse a sê-lo, nunca pensou ser considerada responsável

(25) No Brasil, embora haja diversos autores que entendam pela possibilidade da aplicação de *punitive damages* nas indenizações, há também objeção de índole constitucional, afirmando que tal “pena privada”, destituída de previsão legal, violaria o disposto no art. 5º, XXXIX da CF, além de afrontar a literalidade do art. 944 do CC, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Nesse sentido, aliás, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6.960/02, de autoria do Sr. Ricardo Fiúza, que alterava o art. 944 do CC, para acrescentar um § 2º ao seu texto, com o seguinte teor: “§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Esse Projeto foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 31.1.2007.

(26) Outro ponto importante a destacar quanto àqueles que se opõe à instituição dos danos punitivos, é o fato de que o novo Código Civil possui cláusula expressa vedando o enriquecimento sem causa (CC, art. 884), o que obstaría, de qualquer sorte, que a indenização fosse destinada às vítimas. Quanto a esse argumento, o professor Antonio Junqueira de Azevedo se opõe sustentando que a indenização deve ser destinada à vítima, por força de sua atuação no caso como “promotor público privado”, envidando esforços para a concretização de um precedente que garanta o reconhecimento de determinado direito fundamental e puna o ofensor (in AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres em direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 383).

pelos mortos das vítimas das explosões ocorridas devido ao defeito de fabrico no automóvel. A FORD alegou ainda que na remota hipótese de vir a ser condenada a pagar indenização às vítimas, ficaria mais barato proceder ao pagamento de *compensatory damages*, do que reduzir os lucros da sua venda pela introdução de alterações ao *design* do Pinto.

O júri ficou chocado com esta argumentação, resultando claro que a conduta do agente tinha sido meticulosamente calculada em termos de racionalidade econômica, pois como o lucro com a venda do automóvel e a poupança de despesas decorrente da recusa de se proceder às modificações necessárias para impedir as explosões (as quais, curiosamente, não ultrapassariam os 4 dólares por carro, de acordo com o referido estudo realizado pelos serviços da FORD), seriam superiores ao pagamento de *compensatory damages*, a FORD escolheu colocar em perigo a segurança dos condutores e passageiros do veículo, revelando indiferença pela vida humana.

Tal conduta tinha de ser punida de forma exemplar, pelo que o Tribunal da Califórnia atribuiu 4,5 milhões de dólares, a título de *compensatory damages*, e impôs 125 milhões de dólares por *punitive damages*, muito embora posteriormente se tenha reduzido o primeiro montante para 3,5 milhões de dólares.⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾

(27) LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 176.

(28) O “caso Pinto” serviu de inspiração ao filme *Class Action* (1991), cujo título foi traduzido para o português como “Julgamento Final”, dirigido por Michael Apted e protagonizado por Gene Hackman e Mary Elizabeth Mastrantonio. Nele, há, de um lado, Tucker Ward, um lendário advogado dos direitos e liberdades civis, defensor dos injustiçados contra os grandes grupos corporativos e o Estado. E do outro, sua filha Margaret Ward, uma advogada igualmente brilhante, cujos conhecimentos e habilidades em Direito estão prestes a torná-la sócia do mais importante escritório de San Francisco. Pai e filha se confrontam em uma causa milionária, em que ela defende os interesses de uma

Destarte, alguns institutos alienígenas, desde que importados e aplicados de forma escrupulosa e em estrita conformação com nosso ordenamento, podem promover a ruptura paradigmática, pelo Poder Judiciário, da lógica perversa de um setor extremamente nocivo do capital, para a qual “o crime compensa”.

Adaptá-los ao nosso sistema demanda perscrutar, despindo-se de preconceitos, as nuances de uma sociedade (a norte-americana) em que o acúmulo de capital possui profundos liames que se coadunam com os fundamentos deônticos e religiosos do anglicanismo⁽²⁹⁾.

grande fábrica de automóveis, e ele, os consumidores vitimados de acidentes causados por veículos daquela procedência. O destaque deste caso é a argumentação da Empresa para velar suas vantagens: era menos custoso arcar com os *compensatory damages* — haja vista o diminuto número de demandas —, do que diminuir a margem de lucro e alterar a estrutura do carro (determinando um *recall*).

- (29) Quanto à lógica capitalista na esfera protestante, discorre com inigualável clareza Max Weber: “A peculiaridade dessa filosofia de avareza parece ser o ideal dos homens honestos, de crédito reconhecido e, acima de tudo, a ideia de dever que o indivíduo tem no sentido de aumentar o próprio capital, assumindo como um fim em si mesmo. De fato, o que nos é aqui pregado não é um meio de fazer a própria vida, mas uma ética peculiar. A infração de suas regras não é tratada como uma tolice, mas como um esquecimento do dever. Essa é a essência do exposto. Não se trata de mera astúcia de negócios, o que seria algo comum, mas de um ‘ethos’. E essa é a qualidade que nos interessa. (...) O homem é dominado pela geração de dinheiro, pela aquisição como propósito de vida. A aquisição econômica não está mais subordinada ao homem como um meio para a satisfação de suas necessidades materiais. Essa inversão daquilo que chamamos de relação natural, tão irracional de um ponto de vista ingênuo, é evidentemente um princípio-guia do capitalismo, da mesma forma que soa estranha para toadas as pessoas que não estão sob a influência capitalista. Ela expressa ao mesmo tempo um tipo de sentimento que está intimamente ligado a certas ideias religiosas. Se, pois, formularmos a pergunta ‘por que’ devemos fazer dinheiro às custas dos homens, o próprio Benjamin Franklin, embora não fosse um deísta convicto, responde em sua autobiografia com uma citação da Bíblia que lhe fora inculcada pelo pai, rígido calvinista, em sua juventude: ‘Vês um homem diligente em seus afazeres? Ele estará acima dos reis’ (Provérbios, 22, 29). O ganho do dinheiro na moderna ordem econômica é, desde que feito legalmente, o resultado e a expressão da virtude e a

No sistema norte-americano, a geração de capital é vista como algo natural e profícuo, pois gera divisas e movimentada a cadeia produtiva, de modo que não se vislumbra desvio ético no fato de haver bancas de advocacia extremamente prósperas tendo como ramo de atividade as ações coletivas indenizatórias, tampouco no fato de o júri estabelecer severas “indenizações” com função punitiva e/ou de deterrence e destiná-las às vítimas⁽³⁰⁾.

Entretanto, dentro da mentalidade do Poder Judiciário brasileiro, o estabelecimento de penas pecuniárias de desestímulo, em ações coletivas, sem que a sua destinação seja para um fundo gerido pelo Estado ou órgãos paraestatais será algo írrito, na medida em que a nossa cultura judicante não vê com bons olhos o “enriquecimento” da vítima, tampouco aceita remunerar condignamente os advogados, cujo próprio nome do crédito laboral possui resquícios idílicos (honorários — do latim: *honor, oris* — honra), nomenclatura quimérica, cujo romantismo em nada guarda realidade com o caráter alimentar que a verba deveras possui⁽³¹⁾.

Contudo, a lucubração não passa de mera conjectura. A França, cuja jurisprudência também é refratária ao caráter punitivo da responsabilidade civil, bem como à destinação de qualquer

da eficiência em certo caminho; e essas eficiência e virtude são, como agora se tornou fácil de ver, o alfa e o ômega da verdadeira ética de Franklin, como foi escrito nas passagens citadas, como aliás em todos seus escritos, sem exceção.” (WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 4. ed. 6. reimp. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 50-52).

- (30) Na França, v. g., a Corte de Cassação não admite função punitiva para a responsabilidade civil, cuja reparação deve ater-se a “todo o dano, mas nada além do dano”. No original: “*Tout le dommage, mais rien que le dommage*”. In: JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 141. Porém, há na doutrina francesa argumentos fortíssimos em favor de a responsabilidade civil abarcar a função de pena privada. Vide: CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: LGDJ, 1995. p. 314-321.
- (31) Nesse sentido: STF, RE n. 470.407/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 09.05.2006.

pena pecuniária às vítimas, possui um anteprojeto de lei do direito das obrigações e da prescrição, no qual o art. 1.371 assim enuncia:

Art. 1371 L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à dès dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables.⁽³²⁾

A regra possui diversos elementos que merecem destaque: i) restringe a pena pecuniária punitiva às hipóteses de dolo e, principalmente, se o objetivo do ato ilícito tiver sido o lucro; ii) endereça o montante à vítima, em princípio, mas confere ao juiz certa discricionariedade para outorgar parte ao erário; iii) ressalta a necessidade de fundamentação especial da decisão; iv) prestigia a ampla defesa, ao exigir que a parcela venha destacada das perdas e danos de caráter compensatório; v) impede que a rubrica seja objeto de contrato de seguros pelo ofensor.

4. Procedimento nas *class actions*

4.1. Pré-requisitos

A *Rule 23* estabelece, inicialmente, uma série de pressupostos processuais e condições para a admissibilidade e o prosseguimento da ação coletiva em juízo, que, na alínea (a), estão assim arrolados:

(a) Prerequisites to a Class Action.

(32) Disponível em: <<http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf>> Acesso em: 14 mar. 2010. Tradução livre do autor: "O autor de um ato ilícito manifestamente deliberado, e notadamente de um ato ilícito lucrativo, poderá ser condenado, além das perdas e danos compensatórios, às perdas e danos punitivos, os quais o juiz pode destinar uma parcela ao tesouro público. A decisão do juiz de outorgar tais perdas e danos deve ser especialmente motivada e seu montante distinto daquelas outras perdas e danos destinados à vítima. As perdas e danos punitivos não são seguráveis."

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable,

(2) there are questions of law or fact common to the class,

(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and

(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.⁽³³⁾

Dessa forma, os requisitos, que devem ser preenchidos cumulativamente, podem ser assim sistematizados:

1 – inviabilidade do litisconsórcio (*joinder impracticability or numerosity*);

2 – existência de questões comuns de fato ou de direito (*commonality*);

3 – tipicidade — Identidade de pretensões ou defesas entre o representante e a classe (*typicality*);

4 – representação adequada — (*adequacy of representation or vigorous prosecution test*).

No que concerne ao primeiro requisito (*numerosity*), não há qualquer número predeterminado que atenda com exatidão ao conceito; ao contrário, as decisões são fartas no sentido de demonstrar que a quantidade de pessoas a inviabilizar o litisconsórcio é um pêndulo que oscilará de acordo com outros critérios, como a dispersão geográfica dos membros do grupo, o diminuto valor das indenizações individuais e a natureza e a complexidade da causa.

(33) Tradução livre do autor: "(a) Pré-requisitos para uma *class action*. Um ou mais membros de uma classe podem demandar ou ser demandados como representantes em favor de todos somente se (1) a classe for tão numerosa que a junção de todos os membros seja impraticável; (2) houver questões de fato ou de direito comuns à classe; (3) os pedidos ou as defesas dos representantes forem típicos de pedidos ou defesas da classe; e (4) os representantes protejam justa e adequadamente os interesses da classe."

Isso porque o imperativo, como de resto todos os demais requisitos, guarda correlação estreita com os objetivos das *class actions*, ou seja, a análise deve se pautar pela busca de uma solução que represente uma medida de economia processual, ao mesmo tempo em que propicie a tutela jurisdicional daqueles que ficariam inibidos de fazê-lo na esfera individual por força dos mais variados empecilhos de ordem prática.

Quanto à existência de questões comuns de fato ou de direito, não há qualquer texto legal ou jurisprudencial que firme sua definição de maneira precisa, havendo, nesse particular, forte conteúdo discricionário na decisão, fruto da extrema confiança depositada nos juízes de primeiro grau⁽³⁴⁾.

Antonio Gidi dá pistas de que o requisito da *commonality* seria uma espécie de exigência próxima ao litisconsórcio unitário, ao sustentar que “uma análise das diversas decisões que enfrentaram o tema autoriza-nos a concluir que haverá questão comum sempre que as circunstâncias do caso concreto permitirem uma decisão unitária da controvérsia coletiva”⁽³⁵⁾.

Deve-se salientar, ainda, que caso o juiz não vislumbre, total ou parcialmente, a presença de tal requisito, não irá inexoravelmente extinguir o processo, podendo adotar as seguintes soluções:

- a) redefinir o grupo, restringindo a ação aos membros ligados por uma questão comum (*class definition*);
- b) limitar a lide à parcela controvertida ligada por uma questão comum (*issue class action*);
- a) dividir o grupo em subgrupos mais homogêneos (*subclasses*);
- b) deixar de certificar a ação como coletiva (*decertification*).

(34) Há um brocardo utilizado pela jurisprudência norte-americana para aferição da *commonality* que expressa bem a confiança no juiz de primeiro grau, que é o “*you-know-when-you-see-one-approach*”.

(35) *Op. cit.*, p. 81.

A tipicidade, por sua vez, é um requisito bem mais fácil de ser aferido objetivamente, pois quer dizer, em síntese, que o representante deve pertencer ao grupo, ou seja, deve ter sofrido o mesmo ato ilícito. Tal requisito encontra fundamento na índole egoísta do ser humano, pois parte-se da presunção de que o cidadão possui uma propensão natural a defender melhor o interesse alheio quando esse interesse coincide com o seu.

Pode-se afirmar, inclusive, a partir da análise das decisões acerca da *typicality*, que a aludida presunção é *juris et de jure*, não comportando quaisquer exceções, por mais interessado que possa parecer o representante. Em *Dupree v. United States*⁽³⁶⁾, não se permitiu ao cônsul do México propor uma *class action* em favor dos cidadãos mexicanos supostamente vítimas de maus-tratos nas prisões norte-americanas, ao fundamento da ausência de tipicidade, pelo simples fato de que o agente diplomático não houvera sido vítima do mesmo ilícito.

Por ser característico no processo coletivo norte-americano tentar salvaguardar, ao máximo, o processo, a ausência do requisito também não é algo inexpugnável, podendo o juiz, dentre outras providências, notificar o grupo, exortando outros membros a se candidatarem à função.

Finalmente, o mais importante dos pré-requisitos para a certificação de uma *class action* é o da representação adequada, pois é por meio dela que se verifica a observância ou não do devido processo legal. A cláusula do *Due Process of Law*, presente nas Emendas V e XIV da Constituição norte-americana, tem como corolários o “*opportunity to be heard*” e o “*day on court*”, dos quais se extrai que, a existência e a validade de um processo em que o cidadão não esteja presente para defender os seus direitos, é algo concebível somente na hipótese de alguém poder rigorosa e adequadamente representá-lo.

(36) *Dupree v. United States*, 559 F.2d 1151.

Em convergência doutrinária, vem a calhar o estudo de Renato Bretz Pereira, a respeito da legitimação para a representação. Consignemo-lo:

O direito norte-americano é extremamente flexível no que diz respeito à legitimação para agir na *class action*. Ao contrário do ordenamento legal brasileiro a respeito da ação civil pública, o qual enumera taxativamente quais os legitimados para a propositura da demanda, a regra 23 concede a qualquer membro da classe legitimidade para a propositura da *class action*. A parte autora sequer necessita de autorização dos demais membros da classe para ajuizar o pedido.

Gize-se a semelhança da legitimação ativa da *class action* e da ação popular, uma vez que, em ambas as hipóteses, o autor defende interesses próprios e alheios, de forma simultânea. Tal flexibilidade, no que diz respeito à legitimação ativa da *class action*, é evidenciada pela doutrina: “Assim, a legitimação ativa ou passiva para defender em juízo os integrantes da categoria é outorgada a qualquer integrante, desde que titular de uma posição juridicamente idêntica aos demais” (TUCCI, 1990. p. 21).⁽³⁷⁾

O requisito da *adequacy of representation* or *vigorous prosecution test* é fundamental para o processo — visto sob a ótica de ambos os polos da relação processual e do próprio Poder Judiciário —, porquanto a sua inexistência implica ausência de coisa julgada (*binding effect*) em relação aos membros ausentes.

Por essa razão, muitas vezes, o próprio réu adota um comportamento aparentemente paradoxal, zelando pela adequada representação das partes ausentes, pois, em verdade, está a defender o seu interesse, porque de nada lhe adiantaria despender esforços e vultosos custos com uma ação coletiva, para que a

questão não fosse definitivamente resolvida, ficando ainda sujeito a ter questionada a validade da representação e, por conseguinte, ser surpreendido com inúmeras ações individuais de mesmo teor.

Não obstante a sua extrema valia, o direito brasileiro não estabelece qualquer forma de controle jurisdicional acerca da idoneidade de representação, exceto quanto ao requisito da pré-constituição das associações, que, entretanto, também pode ser dispensado quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (Lei n. 8.078/1990, art. 82, § 1º).

Vale lembrar que a *adequacy of representation* abrange não só as partes como implica, necessariamente, verdadeira correição sobre o procurador jurídico, bem como sobre seu zelo para com a causa. Idêntico posicionamento é defendido por Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior:

É inerente à figura da representatividade adequada a competência dos advogados que conduzirão a ação, mormente aquela da “*class*”. Neste particular, a Corte deverá examinar a sua “*bone fides*” e sua competência técnica, vale dizer, se tem condições de vencer os desafios que são apresentados no desenvolver das ações destas espécies.⁽³⁸⁾

Em que pese o sistema norte-americano ser muito mais democrático ao tornar acessível a qualquer cidadão a defesa de interesses de uma coletividade *lato sensu*, há um contraponto estabelecido pela fiscalização minuciosa e severa da representação. Com isso, colima-se a diminuição dos riscos de conluio, o estímulo à atuação vigorosa do representante e do advogado, a maior aproximação possível da verdade real e a maior eficácia da decisão prolatada (pela extensão do efeito vinculante da coisa julgada).

(37) PEREIRA, Renato Bretz. *Class action*. Direito processual coletivo. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27338/class_action.pdf?sequence=1> Acesso em: 17 jun. 2010.

(38) WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61.

4.2. Manutenção/prosseguimento da class action

Conforme explanado precedentemente, uma *class action* possui quatro pré-requisitos cumulativos para ser aceita, quais sejam: a numerosidade, questão comum, tipicidade e representação adequada. Todavia, nos termos da alínea (b) da *Rule 23*, uma ação coletiva somente será mantida como tal se, além desses quatro requisitos, houver subsunção a uma das três hipóteses previstas pelas subdivisões (b) (1), (b) (2) e (b) (3), que, em verdade, criam três categorias distintas de ações.

Ater-nos-emos, de acordo com o que fora lançado como proposta, à hipótese trazida pelo item (b) (3) da *Rule 23*, que trata das *class actions* que veiculam pretensões indenizatórias (*class action for damages*) e assim enuncia:

(b) *Class Actions Maintainable.*

An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition:

(3) *the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include:*

(A) *the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;*

(B) *the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class;*

(C) *the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum;*

(D) *the difficulties likely to be encountered in the management of a class action.*⁽³⁹⁾

(39) Tradução livre do autor: "(b) Manutenção das *Class Actions*. Uma ação pode ser mantida como uma *class action* se os pré-requisitos da subdivisão (a) estiverem

O dispositivo retro exige para a certificação da ação coletiva mais dois requisitos: o da predominância e o da superioridade. Pelo primeiro, as questões ou interesses comuns à classe devem predominar sobre as questões individuais. Malgrado tal requisito possa assemelhar-se ao requisito da *commonality*, com ele não se confunde, antes se superpõe, pois este exige a mera *existência* de questões comuns de fato ou de direito, enquanto aquele estabelece que as questões comuns devem *predominar* sobre as questões individuais.

A *ratio legis* de tais requisitos vem ao encontro do próprio espírito das ações coletivas, nas quais é necessário que o processo comporte uma decisão coletiva, o que de veras não é possível quando aspectos individuais façam com que, na prática, a ação se transforme em um feixe de múltiplas ações individuais, gerando os mais variados inconvenientes, notadamente no campo probatório e na fase de liquidação dos danos individuais de uma sentença inidoneamente genérica⁽⁴⁰⁾.

satisfeitos, e, adicionalmente: (3) a Corte julgar que as questões de fato ou de direito comuns aos membros da classe predominam sobre quaisquer questões que afetem apenas membros individuais, e que a *class action* seja superior a todos os métodos disponíveis para a justa e eficiente decisão da controvérsia. Os problemas concernentes a esse julgamento incluem: (A) o interesse de membros da classe em controlar individualmente a propositura ou a defesa de ações individuais separadas; (B) a extensão e a natureza de qualquer litígio concernente à controvérsia já instaurada em favor ou em desfavor dos membros da classe; (C) a conveniência ou inconveniência de se concentrar o litígio acerca de todos os pedidos em um fórum em particular; (D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na administração de uma *class action*."

(40) Sobre essa questão nevrálgica, discorreu com maestria Grinover: "Uma sentença genérica que não seja idônea a pacificar com justiça e um processo coletivo incapaz de solucionar a controvérsia de direito material não podem encontrar guarida num ordenamento processual moderno, como é o brasileiro. A técnica processual deve ser utilizada, então, para corrigir eventuais desvios de caminho de um processo que há de ser aderente à realidade social. Reforça-se, assim, a necessidade de lançar mão de institutos como as condições da ação, para evitar que o processo leve a um resultado ineficaz (em termos utilidade da decisão), inadequado

O propósito é, indubitavelmente, o de facilitar o acesso à justiça com economia processual, porém desde que isso seja viável e justo. A professora Ada Pellegrini Grinover assim justifica a ideia predominante nos requisitos:

O espírito geral da regra está informado pelo princípio do acesso à justiça, que no sistema norte-americano se desdobra em duas vertentes: a de facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam individualmente muito pequenas, e a de obter a maior eficácia possível das decisões judiciais. E, ainda, mantém-se aderente aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e de assegurar a uniformidade das decisões. O requisito da prevalência dos aspectos comuns sobre os individuais indica que, sem isso, haveria desintegração dos elementos individuais; e da superioridade leva em conta a necessidade de se evitar o tratamento da ação de classe nos casos em que ela possa acarretar dificuldades insuperáveis, aferindo-se a vantagem, no caso concreto, de não se fragmentarem as decisões. Nas diversas fases processuais da “*damage class action*”, os tribunais norte-americanos, incorporando as

(em termos de limitação ao contraditório) (...). Nos casos em que a sentença genérica do art. 95 do CDC for de utilidade tão diminuta, a ponto de ser inadequada para solucionar a controvérsia com justiça, a aferição do interesse-utilidade e do interesse-adequação transcenderá o âmbito da técnica processual, para se inscrever como exigência de efetividade do processo. Não será demais lembrar que um provimento jurisdicional desprovido de utilidade prática desprestigiaria o processo e constitui um engodo para a generosa visão de acesso à justiça. O acesso à justiça não pode ser uma promessa vã. Facilitá-lo, por intermédio de ações coletivas, é um grande avanço, assimilado pelo direito processual brasileiro. Mas admitir ações civis públicas inidôneas para gerar provimentos jurisdicionais efetivamente inúteis, só pode levar ao descrédito do instrumento, à frustração dos consumidores de justiça, ao desprestígio do Poder Judiciário (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira*: os requisitos de admissibilidade. Disponível em: <http://www.almeidamelo.com.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3055> Acesso em: 13 jun. 2010.

notes da “*Advisory Committee*”, observam rigorosamente a exigência dos requisitos da prevalência e da superioridade, ligando-a à necessidade de escrupuloso respeito aos parâmetros de justiça e eficácia da decisão.⁽⁴¹⁾

Necessário, pois, que a ação não possua objeto demasiadamente amplo, envolvendo uma gama infindável de peculiaridades e questões individuais, de modo a reclamar decisões individualizadas.

No mesmo diapasão, o requisito da superioridade deve ser analisado à luz do arsenal de remédios jurídicos aptos a solver determinada controvérsia jurídica: se o juiz, ao olhar para o cabedal de instrumentos à disposição, reputar a *class action* o mais eficiente para a justa e eficaz solução da controvérsia, então deverá certificá-la como tal.

Sob a perspectiva do réu, deve-se ter em mente que a ação coletiva é instrumento inegavelmente eficiente, ao mesmo tempo em que é agressivo: a simples certificação de uma ação como coletiva pode gerar-lhe imenso desgaste, sua reputação possivelmente será colocada em xeque e, para as empresas de capital aberto, a mera notícia da existência do trâmite de determinada ação é capaz de engendrar um grande abalo no valor de suas ações. Além disso, a tramitação é demorada, se comparada ao tempo médio de duração de uma ação individual. Por fim, a ação é sempre e inexoravelmente custosa, não apenas pela existência de despesas de monta com advogados, peritos e assistentes, como também pelo fato de que o direito norte-americano desconhece o mecanismo da inversão dos ônus da sucumbência, ou seja, por mais que uma parte seja exitosa na ação, ela não será ressarcida dos gastos contrários para se defender.

Todos esses fatos podem levar a situações esdrúxulas como, por exemplo, acordos extorsivos, entabulados tão somente pela nefasta

(41) *Op. cit.* Acesso em: 13 jun. 2010.

perspectiva de que uma ação coletiva, ainda mais quando vitoriosa, acarreta⁽⁴²⁾.

Portanto, é necessário não apenas que uma ação coletiva seja uma técnica superior de solução de litígios, mas também que essa técnica seja o instrumento mais justo e eficaz para as suas soluções.

Por tudo isso, a própria *Rule 23* enumera algumas questões a serem levadas em conta para a avaliação da predominância e superioridade, como: o interesse dos membros em manejar ações individuais (o que normalmente ocorre quando os valores das pretensões individuais são elevados); a extensão e a natureza de qualquer litígio; a conveniência ou não de concentrar a controvérsia em um único juízo e as dificuldades que possam ser encontradas no manejo de uma ação coletiva.

No comparativo do regramento elucidado com o instrumento do direito brasileiro que se lhe assemelha, Daniel Coutinho Silveira aponta alguns aspectos quanto aos requisitos formais e substanciais de admissibilidade:

No direito brasileiro, esses requisitos também existem ainda que não expressos nas leis que instituem o processo coletivo. Além de exigir a origem comum do direito e a homogeneidade e prevalência do interesse comum na causa para caracterização da ação (art. 81, III, do CDC), também exige a superioridade do mecanismo da tutela coletiva sobre a individual identificada na condição da ação, do interesse de agir e no postulado da efetividade do processo, presentes no sistema brasileiro: o primeiro indica que só se pode usar de medida judicial quando

adequada ao caso, o segundo indica que ela deve ser suficiente para afastar o conflito.⁽⁴³⁾

4.3. Certificação

No direito norte-americano, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro, em que ação individual e ação coletiva são separadas por compartimentos estanques e incomunicáveis, uma ação não é proposta irremediavelmente como coletiva, distinguindo-se o processo em duas fases: a da propositura da ação e o de sua certificação ou não como coletiva.

Com efeito, nos termos da alínea (c) (1) (a) da *Rule 23*, quando uma pessoa demandar ou for demandada como representante de uma classe, a Corte deve, ainda na fase inicial, decidir se uma ação será ou não certificada como uma *class action*. A lei não determina o momento preciso em que o juiz deve prolatar tal decisão, utilizando uma expressão um tanto vaga (*at an early practicable time*), que anseia apenas que o juiz o faça tão logo quanto possível, pois assim o fazendo, o processo terá maior publicidade, propiciar-se-á maior possibilidade de intervenção no processo, de auxílio na colheita das provas, de influência na formação do convencimento do magistrado, etc.

Cabe a qualquer das partes requerer a certificação da ação como coletiva (*motion for certification*), que será levada à superior apreciação do julgador, tendo a sua decisão natureza jurídica de saneamento processual, de cunho interlocutório, que poderá ser alterada ou emendada até a sentença.

Caso o juiz rejeite o pedido de certificação da ação como coletiva, o processo não será extinto, prosseguirá como ação individual entre autor e réu.

Por outro lado, a decisão que certificar uma ação como coletiva deverá definir a classe e delimitar as suas pretensões, questões ou defesas,

(42) José Rogério Cruz e Tucci, ao comentar uma determinada decisão, trouxe a lume uma expressão que nos interessa para a caracterização dessa situação, resgatada do caso *Castano v. The American Tobacco Company*, a fim de caracterizar o abuso das ações coletivas como “a form of legalized blackmail” — uma forma legalizada de chantagem/extorsão judicial (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Processo civil realidade e 20 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 75).

(43) SILVEIRA, Daniel Coutinho. *Direito e processo: alguns aspectos das class actions*. Disponível em: <<http://direitoeprocesso.blogspot.com/2008/04/algumas-consideraes-sobre-as-class.html>> Acesso em: 14 jun. 2010.

bem como indicar o advogado da classe, segundo as diretrizes da *Rule 23* (g). A decisão deverá sopesar a presença ou não dos requisitos cumulativos da alínea (a), e mais o enquadramento em alguma das subespécies da alínea (b), enquanto modelos processuais distintos. Não obstante a importância de tais requisitos, a decisão também possui certo conteúdo discricionário, podendo o juiz, além dos requisitos das alíneas (a) e (b), avaliar a conveniência e oportunidade da certificação da ação. É sobre a avaliação destes requisitos que leciona Linda Mullenix:

Although class certification is largely governed by the explicit requirements in Rule 23, class action jurisprudence also has developed certain implicit requirements for certification that are not articulated in the rule but have developed as a matter of common law. Among these requirements are that there be an objectively ascertainable class definition; that the class representatives have standing; and the class not suffer from justiciability problems, such as ripeness, mootness etc.⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾

Essa decisão é considerada crucial para o processo, pois a partir do momento em que uma ação é certificada como coletiva, ela muda de patamar, o processo ganha um novo status, deixando de ser uma massa amorfa de indivíduos para ser uma entidade capaz de defender seus interesses em juízo por intermédio de representantes. Por isso mesmo, essa é

(44) Tradução livre do autor: “Embora a certificação de classe seja fortemente regulada pelas exigências explícitas na *Rule 23*, a jurisprudência nas ações de classe também desenvolveu certas exigências implícitas para a certificação e que não foram articuladas na lei, mas que foram desenvolvidas como uma questão de *common law*. Dentre eles estão: que haja uma definição de classe objetivamente verificável; que os representantes de classe tenham legitimidade e que a classe não sofra de problemas de justiciabilidade, como a falta de maturação, a discutibilidade etc.”.

(45) MULLENIX, Linda. II. General report — Common law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*. Uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 264).

considerada uma das mais espinhosas batalhas processuais e, na maioria das vezes, a única, haja vista que cerca de 90% (noventa por cento) dos processos terminam em transação.

Diante da relevância de tal decisão, o juiz poderá designar uma audiência a fim de escoimar dúvidas acerca da presença ou não dos requisitos, ouvir as partes e coletar as provas que reputar necessárias à sua convicção.

Dá-se o nome de *preliminary hearing*⁽⁴⁶⁾ a essa audiência, a qual, em princípio, não deve adentrar ao mérito da causa.

Todavia, tendo em vista que a ação coletiva pode ser extremamente traumática ao réu, gerando abusos por parte de alguns autores, notadamente diante da possibilidade de obtenção de acordos extorsivos, alguns juízes adotam a prática da chamada “*preliminary hearing on the merits*”, em que o juiz faz uma espécie de juízo de verossimilhança ou ao menos de plausibilidade, a fim de verificar se a demanda proposta tem um mínimo de possibilidade de êxito.

A despeito de a jurisprudência ser claudicante sobre o assunto, a “*preliminary hearing on the merits*” é um utensílio bastante salutar para a assepsia processual, pois, conforme já dissemos dantes, o réu vencedor de uma *class action* pode ter uma genuína “Vitória Pírrica”⁽⁴⁷⁾,

(46) Baseado em fatos reais, o filme “Erin Brockovich” (EUA, 2000) — dirigido por Steven Soderbergh e estrelado por Julia Roberts, Aaron Eckhart e Albert Finney — traz uma cena em que ilustra perfeitamente a *preliminary hearing*. O juiz da causa, no momento desta audiência preliminar, questiona os procuradores das partes sobre questões a serem, por elas, acrescidas. Diante de suas negativas e, sob a verificação do preenchimento dos requisitos processuais legais, faz, oficiosamente, o pronunciamento da certificação da ação como sendo coletiva. O filme conta a história de Erin (Julia), assistente do advogado Ed Masry (Albert Finney), que consegue provar, em uma batalha judicial acirradíssima, que o uso ilegal de produtos químicos pela Empresa Pacif Gas & Electric foi responsável pela ocorrência de várias formas de tumores e cânceres na população de uma cidade da Califórnia.

(47) “Vitória pírrica ou vitória de Pirro é uma expressão utilizada para expressar uma vitória obtida a alto

em face do desgaste do bom nome e da reputação de sua empresa ao longo do processo e da impossibilidade jurídica de ser ressarcido pelos gastos experimentados para fazer a sua defesa.

Diante da magnitude de tal decisão, ela comporta recurso de imediato, a ser interposto no prazo de 10 (dez) dias, o que representa uma exceção ao sistema processual norte-americano de ações coletivas que, a exemplo do processo do trabalho brasileiro (CLT, art. 893, § 1º e TST, Súmula n. 214), não admite recorribilidade imediata das decisões interlocutórias.

4.4. Notificação

A notificação (*notice*) é o instrumento jurídico pelo qual os membros ausentes da classe ficam cientes da propositura de uma ação coletiva na tutela de seus interesses. No Direito Coletivo Brasileiro, tal requisito é praticamente relegado ao esquecimento, pois a única exigência nesse sentido é a do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), segundo o qual “proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo da ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.

Sem embargo do relativo menoscabo que a legislação pátria faz desse instituto, é extremamente importante proporcionar aos membros ausentes uma informação adequada sobre a causa, pois isso, também se traduz em um imperativo decorrente da cláusula do devido processo legal. Não é possível conceber um processo válido sem que as partes ausentes sejam

devidamente esclarecidas sobre a sua existência, as pretensões e/ou defesas veiculadas, o local onde a demanda tramita, quem é o advogado e o representante do grupo, a possibilidade do exercício do direito de autoexclusão, etc. Notificados, os membros ausentes atuam como espécies de “fiscais privados” da lisura e da idoneidade do andamento da ação, contribuindo para uma solução justa e eficaz, o que atende aos escopos da lei.

A teor do disposto na *Rule 23* (c) (2) (b), a incumbência pelo envio da notificação nas *class actions for damages* é da Corte Jurisdicional. De fato, as notificações são feitas em papel oficial da Corte e assinadas pelo juiz, todavia, a função é normalmente delegada ao advogado do grupo, que deverá confeccioná-la, para depois submetê-la ao crivo do Juízo, nos seguintes termos:

Rule 23

(B) For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must concisely and clearly state in plain, easily understood language:

- *the nature of the action;*
- *the definition of the class certified;*
- *the class claims, issues, or defenses;*
- *that a class member may enter an appearance through counsel if the member so desires;*
- *that the court will exclude from the class any member who requests exclusion, stating when and how members may elect to be excluded; and*
- *the binding effect of a class judgment on class members under Rule 23(c)(3).*⁽⁴⁸⁾

preço, potencialmente acarretadora de prejuízos irreparáveis. A expressão recebeu o nome do rei Pirro do Épiro, cujo exército havia sofrido perdas irreparáveis após derrotar os romanos na Batalha de Heracleia, em 280 a.C., e na Batalha de Ásculo, em 279 a.C., durante a Guerra Pirrica. Após a segunda batalha, Plutarco apresenta um relato feito por Dioniso de Halicarnasso” (Vitória Pirrica. Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Vit%C3%B3ria_p%C3%ADrrica> Acesso em: 14 jun. 2010).

(48) Tradução livre do autor: “(B) Para qualquer classe certificada de acordo com a *Rule 23*(b)(3), a Corte deve dirigir aos membros da classe a melhor notificação possível de acordo com as circunstâncias, incluindo notificações individuais para todos os membros que puderem ser identificados mediante razoável esforço. A notificação deve, de forma concisa e clara, indicar,

A notificação deve ser feita na fase inicial, normalmente após a certificação, pois é quando a ação já possui uma decisão judicial conferindo-lhe o status de coletiva. As maiores polêmicas atinentes à notificação giram em torno dos destinatários e da forma como a notificação deve ser feita.

Com relação ao primeiro aspecto, a norma é um tanto lacônica, dando margem a diversas interpretações, porquanto exige a notificação de todos aqueles que puderem ser localizados por um “esforço razoável”, conceito vago e indeterminado, a ser lapidado pelo juiz de acordo com as peculiaridades do caso concreto, valendo-se, em certo sentido, das ferramentas de que trata o art. 335 do CPC. O réu, normalmente, posiciona-se no sentido de exigir a notificação individualizada a todos os membros ausentes, tanto para tentar estrangular financeiramente a firma de advocacia que patrocina a causa, quanto para dificultar o regular andamento da causa, ou, ainda, sob uma perspectiva mais proba, a fim de garantir a blindagem da decisão com o efeito vinculante em relação a todos os membros ausentes. O autor, por sua vez, tenta sempre propiciar a notificação mais célere e menos onerosa possível.

No que tange à forma de notificação, a controvérsia novamente se instaura, só que, desta vez, perscrutando quais meios de comunicação devem ser empregados para atingir ao desiderato da certificação. Sobre o assunto, os réus tendem a preferir a notificação individual pelo correio, por ser a mais discreta, ao que objetam os autores sob o argumento da onerosidade e dificuldade. Estes, por sua vez, preferem utilizar os órgãos midiáticos

em linguagem de fácil entendimento: * a natureza da ação; * a definição da classe certificada; * as reivindicações da classe, questões ou defesas; * que um membro da classe poderá, se assim desejar, intervir no processo por intermédio de um advogado; * que a Corte excluirá da classe qualquer membro que requisitar a sua exclusão, estatuinto como e quando os membros poderão fazê-lo, e * o efeito vinculante do julgamento de uma *class action* para os membros da classe, de acordo com a *Rule 23(c)(3)*.”

(televisão, jornais, rádio etc.), por seu inegável alcance, ao que os réus contestam pelo mesmo fundamento, alegando que a notificação por tais meios implicará publicidade negativa para a empresa, cuja imagem será desdourada perante a sociedade pela mera notícia da propositura de uma ação desse jaez.

A consequência da ausência de notificação, por óbvio, é a não formação dos efeitos da coisa julgada em relação aos membros ausentes não notificados ou notificados de modo incorreto.

4.5. Coisa julgada

O efeito vinculante da sentença (*binding effect*) proferida em ação coletiva parte da premissa de que todos os membros ausentes foram devidamente representados em juízo, o que permite lobrigar que a coisa julgada tem efeitos *erga omnes*, ilação autorizada desde que respeitado o devido processo legal.

Essa talvez seja uma das diferenças mais marcantes do direito coletivo norte-americano em relação ao brasileiro, na medida em que o efeito vinculante *erga omnes* da coisa julgada para este só depende da representação adequada e do respeito aos preceitos legais, sendo totalmente irrelevante o resultado da demanda (*whether favorable or not*). O sistema das *class actions* desconhece por completo fenômenos como a coisa julgada *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*.

Destarte, julgando pelo acolhimento ou pela rejeição dos pedidos formulados, a sentença estará revestida pelo manto da imutabilidade de seus efeitos endo e extraprocessualmente (coisa julgada formal e material).

Constituem requisitos da sentença nas *class actions for damages* a especificação dos membros do grupo a quem a notificação foi endereçada, com a exclusão daqueles que exerceram o direito ao *opt out*. Os membros não notificados ou, notificados, que exerceram o direito de autoexclusão, não são atingidos pelos efeitos da coisa julgada, porque não foram partes representadas no processo.

Considerando que um dos requisitos para a ação coletiva indenizatória é a predominância de questões comuns sobre as individuais, a toda evidência que somente as questões comuns são imantadas pelo efeito da coisa julgada.

5. Conclusões

O sistema norte-americano de ações coletivas tem como pilares de edificação a tenuidade do liame com o direito escrito e forma lexicológica aberta, possibilitando ao hermenêuta maior flexibilidade na aplicação das normas jurídicas e zelo com o aspecto transcendente das decisões, sem descuidar da consistência doutrinária, pois a fluidez de seu vernáculo propicia maior cuidado com a justiça do caso concreto em detrimento de uma suposta coerência científica.

Historicamente, a tutela coletiva de direitos nas *class actions* evoluiu sobremaneira a partir da criação de um modelo prático e compreensível, voltado precipuamente para os interesses comuns aos membros do grupo e possibilitando a extensão dos efeitos da decisão aos membros ausentes, o que aumentou o seu poder político e a sua importância social.

A *class action* constitui um instrumento de inegável eficiência para a tutela coletiva de direitos, tendo como principais escopos a economia processual, o acesso à justiça e a efetivação do direito material. É também altamente democrática, pois possibilita a defesa de um grupo por qualquer cidadão, e não apenas por um rol de legitimados *numerus clausus*.

A importação de institutos alienígenas como as *class actions* e as *punitive damages* deve ser feita de forma escrupulosa e em estrita conformação com o nosso ordenamento, podendo auxiliar na mudança de paradigma comportamental de setores escusos do capital que se beneficiam de lesões em massa, a partir da funesta lógica de que “o crime compensa”.

São pré-requisitos cumulativos para uma *class action*: a inviabilidade do litisconsórcio, a existência de questões comuns de fato ou de

direito, a tipicidade e a representação adequada. Uma vez preenchidos, o prosseguimento de uma ação coletiva, como categoria distinta de ação — no caso *sub oculis*, ação indenizatória —, deve ainda atender aos requisitos da predominância de interesses comuns sobre os individuais e da superioridade da tutela coletiva sobre os demais métodos.

A decisão que certifica a ação como coletiva é de importância capital para o processo, na medida em que, a partir dela, o processo ganha um novo *status*, deixando de ser uma massa amorfa de indivíduos para ser uma entidade capaz de defender interesses de uma coletividade. Dada a relevância de tal decisão, o juiz deve cercar-se de todas as cautelas possíveis, a fim de evitar que a ação coletiva se traduza num mecanismo legalizado de chantagem judicial, mediante acordos extorsivos em ações desamparadas de qualquer lastro de plausibilidade.

A notificação dos membros ausentes é essencial à garantia da cláusula do devido processo legal, bem como do estado democrático de direito, porquanto permite a todos os envolvidos controlar a atuação jurisdicional, ou mesmo exercerem o direito de autoexclusão (*right to opt out*).

O efeito vinculante *erga omnes* da coisa julgada (*binding effect*) nas ações coletivas depende da representação adequada e do respeito aos preceitos legais, sendo totalmente irrelevante o resultado da demanda, o que constitui uma das mais marcantes diferenças para o direito coletivo brasileiro.

6. Referências bibliográficas

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres em direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: LGDJ, 1995.

CASHMAN, Peter. *Class action — law and practice*. Sydney: The Federation Press, 2007.

CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. *A equidade e os meios alternativos de solução de conflitos*. São Paulo: LTr, 2001.

ERIN BROCKOVICH. Direção: Steven Soderbergh. Roteiro: Susannah Grant. Produção: Danny DeVito, Michael Shamberg e Stacey Sher. Elenco: Julia Roberts, Albert Finney, Aaron Eckhart e outros. Estúdio: Jersey Films. Distribuidora: Columbia TriStar Pictures/Universal Pictures. Drama. EUA, 2000, 1 DVD de 145 min.

FAVA, Marcos Neves. A classe no polo passivo da ação coletiva. In: JUNIOR, José Hortêncio Ribeiro; CORDEIRO, Juliana Vignoli; FAVA, Marcos Neves; CAIXETA, Sebastião Vieira. *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. Disponível em: <http://www.almeidamel.com.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3055> Acesso em: 13 jun. 2010.

_____; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*. Uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007.

JULGAMENTO FINAL. Direção: Michael Apted. Roteiro: Carolyn Shelby, Christopher Ames e Samantha Shad. Elenco: Gene Hackman, Mary Elizabeth Mastrantonio e outros. Drama. EUA, 1991, 1 DVD de 106 min.

LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. rev.

atual. e ampl. Coleção Temas atuais de direito processual civil. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Renato Bretz. *Class action*. Direito processual coletivo. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27338/class_action.pdf?sequence=1> Acesso em: 17 jun. 2010.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Riva. *Princípio da reparação integral*. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVEIRA, Daniel Coutinho. *Direito e processo: alguns aspectos das class actions*. Disponível em: <<http://direitoeprocessos.blogspot.com/2008/04/algumas-consideraes-sobre-as-class.html>> Acesso em: 14 jun. 2010.

STORY, Joseph. *Commentaries on equity jurisprudence as administered in England and America*. Obra integral e gratuitamente disponível no sítio de pesquisas “Google books”, no endereço eletrônico: <<http://books.google.com.br/books?id=rSktAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=Commentaries+on+Equity+Jurisprudence&source=bl&ots=R1QyYMgYIu&sig=41ZR31mj9JrNy0SN6-JCGiOhzK0&hl=pt>> Acesso em: 15 jun. 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class action e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Processo civil realidade e 20 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1994.

VITÓRIA PÍRRICA. Sítio eletrônico da Wikipédia — A Enciclopédia Livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Vit%C3%B3ria_p%C3%ADrrica> Acesso em: 14 jun. 2010.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 4. ed. 6. reimp. São Paulo: Martin Claret, 2009.

As técnicas de seleção de pessoal realizadas na admissão do trabalhador

Rúbia Zanotelli de Alvarenga^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo visa abordar os limites do poder diretivo do empregador quanto ao procedimento de técnicas e de seleção de pessoal que são utilizados pelo empregador na fase pré-contratual. A finalidade das técnicas de seleção de pessoal realizadas na admissão do trabalhador é aferir as habilidades profissionais dos candidatos ao emprego e permitir a contratação daquele que a empresa considerar mais apto para o preenchimento do posto de trabalho ofertado. Em um primeiro momento, será destacado o papel das entrevistas a que são submetidos os candidatos ao emprego durante o processo de seleção, ao passo que, em um segundo momento, será abordada a importância das indagações que são estabelecidas no questionário formulado pelo empregador ao candidato ao posto de trabalho durante a seleção de pessoal.

Palavras-chave:

- ▶ Direitos de personalidade — técnicas de seleção de pessoal — entrevistas — questionários.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. As técnicas de seleção de pessoal
 - ▶ 1.1. Entrevistas
 - ▶ 1.2. Questionários
- ▶ 2. Conclusão
- ▶ 3. Referências bibliográficas

1. As técnicas de seleção de pessoal

Os procedimentos de seleção de pessoal são aqueles que visam a analisar as qualidades e as características profissionais, bem como a

qualificação técnico-profissional do candidato ao emprego durante a sua contratação.

O objetivo do empregador durante a realização dos métodos de seleção de pessoal é averiguar se as condições físicas, psicológicas e comportamentais do candidato ao emprego estão em consonância com o trabalho que será executado pelo mesmo.

(*) Mestre e Doutoranda em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora de Direito do Trabalho, Direito Previdenciário e Processo do Trabalho da Faculdade Casa do Estudante de Aracruz-ES e de Cursos de Pós-graduação.

De acordo com SANTOS, a seleção de pessoal compreende “o processo pelo qual são escolhidas as pessoas adaptadas a uma determinada ocupação ou esquema operacional”⁽¹⁾. Assevera ainda que: “seleção nem sempre significa escolher os que revelam aptidões ou capacidades nos seus índices mais elevados (...) e, sim, os mais adequados a uma situação predeterminada”⁽²⁾.

Para LOBOS, a seleção de pessoal representa:

O processo de administração de recursos humanos, por meio do qual a empresa procura satisfazer suas necessidades de recursos humanos, escolhendo aqueles que melhor ocupariam determinado cargo na organização, com base em uma avaliação de suas características pessoais (conhecimentos, habilidades, etc.) e de suas motivações.⁽³⁾

Já CHIAVENATO considera a seleção como “um processo pelo qual uma organização escolhe, de uma lista de candidatos, a pessoa que melhor alcança os critérios de seleção para a posição disponível”⁽⁴⁾.

PONTES afirma⁽⁵⁾ que cada pessoa possui necessidades diferentes. Em razão disso, é preciso avaliar se as necessidades fisiológicas, sociais e de segurança, de estima e de autorrealização do candidato ao emprego serão satisfeitas no cargo e na empresa.

As técnicas ou os procedimentos de seleção podem consistir em: preenchimento de uma ficha pelo candidato, entrevistas, questionários, dinâmicas de grupo, simulação de desempenho, análise de currículo, dinâmica de grupo; além de testes de conhecimento, de personalidade,

psicológicos e grafológicos; e, ainda, exames médicos, toxicológicos e genéticos.

Consoante ao ensinamento de LEITE e RIOS, “diante da inexistência de previsão legal, a seleção e seus métodos devem seguir o princípio da boa-fé, de modo que do empregador é exigida uma atitude lícita na utilização dos métodos de investigação”⁽⁶⁾.

Em razão disso, o candidato ao emprego deve ser previamente comunicado acerca das técnicas de seleção que serão aplicadas pelo empregador durante a realização dos testes e dos exames.

Quando as informações solicitadas pelo empregador nos procedimentos de seleção pessoal são estranhas às aptidões profissionais a serem exercidas pelo interessado à vaga, ficarão constatados constrangimentos e prejuízos à autoestima e à dignidade do mesmo. Além disso, ficará caracterizado tratamento diferenciado entre os candidatos ao emprego durante tal procedimento, restando violado por isso o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), que assim estatui:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

Acerca do dispositivo acima ressaltado, COGO diz que “a garantia constitucional vigente de que todos são iguais perante a lei é a base para toda a proteção do indivíduo, que aqui queira viver em liberdade e trabalhar com dignidade”⁽⁷⁾.

Entretanto, apesar da disposição expressamente contida no art. 5º da Constituição Federal de 1988, que visa a afastar qualquer tipo de

(1) SANTOS, Oswaldo de Barros. *Psicologia aplicada à orientação e seleção de pessoal*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1985. p. 72.

(2) *Idem*.

(3) LOBOS, Júlio. *Administração de recursos humanos*. São Paulo: Atlas, 1979. p. 57.

(4) *Apud* COGO, Sandra Negri. *Gestão de pessoas e a integridade psicológica do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2006. p. 81.

(5) PONTES, Benedito Rodrigues. *Planejamento, recrutamento e seleção de pessoal*. São Paulo: LTr, 2008. p. 136.

(6) LEITE, Rafaela Corrêa; RIOS, Sílvia Carine Tramontin. *Momentos do controle durante a contratação*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 169.

(7) COGO, Sandra Negri. *Gestão de pessoas e a integridade psicológica do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2006. p. 31.

discriminação realizada durante a fase pré-contratual no Direito do Trabalho, MOTTA informa⁽⁸⁾ que o moderno mundo dos negócios é marcado pela complexidade e pelos particularismos, relatando que o desenvolvimento de tecnologias e a necessidade de mudanças rápidas e profundas na organização da empresa e no desenvolvimento do trabalho produtivo exigem posturas agressivas.

Este mesmo autor ainda afirma que, na teoria geral da administração, o papel do administrador é o de estudar e de determinar o comportamento humano e a forma de produção, a fim de se atingir a maior eficiência possível, considerando como molas propulsoras a capacidade das máquinas e dos trabalhadores (MOTTA⁽⁹⁾).

Em razão disso, COGO adverte⁽¹⁰⁾ que as organizações empresariais, para alcançarem os desafios quotidianos do mercado, bem como a maximização dos lucros, implementam programas de excelência em todos os ramos da administração, como em: planejamento estratégico, produção, vendas, finanças, logística, comportamento organizacional e gestão de pessoas.

Percebe-se, assim, que o processo de gestão e de administração empresarial existente no atual mundo dos negócios pretende baixar os custos e maximizar os lucros.

Em razão disso, assevera o referido senador que “de uns tempos para cá, esses métodos de recrutamento têm sido aplicados com algumas distorções, a ponto de provocar danos morais aos candidatos que são obrigados a realizar atividades vexatórias e atentatórias de sua honra e dignidade”.

Desse modo, é inegável que, em decorrência dos poderes conferidos ao empregador no

contexto da relação de emprego, os direitos de personalidade acabem por ser violados, tendo em vista tal poder ser exercido, não raras vezes, de forma abusiva, violando preceitos constitucionais fundamentais. Para evitar a violação aos direitos humanos fundamentais que assistem ao empregado, torna-se necessária a cautela por parte do empregador de forma que possa garantir, de um lado, o exercício do poder empregatício sem abusividade; e, de outro, a observância dos direitos de personalidade do empregado.

A consagração do direito de propriedade como caracterizador do regime capitalista condensou nas mãos do detentor do poder empregatício um poder ameaçador da garantia da intimidade e, em geral, do respeito aos direitos fundamentais do empregado.

Além disso, esclarece SIMÓN:

(...) é extremamente delicada a situação de um trabalhador candidato a um emprego. Ainda que se trate do acerto de um contrato, onde deveria imperar a autonomia da vontade, pelas circunstâncias específicas que envolvem a relação de emprego, o trabalhador fica numa posição de inferioridade.⁽¹¹⁾

A autora acima referenciada ainda destaca que o contrato de trabalho se assemelha a um contrato de adesão, e o empresário, detentor dos meios de produção e no exercício do seu direito de propriedade, acaba impondo as condições que regerão o contrato de trabalho, mesmo porque o trabalhador, dispondo apenas de sua força de trabalho, necessita do emprego para a sua subsistência própria e a de sua família. A situação se complica, quando se soma a isso o famoso fantasma do desemprego que ronda a sociedade capitalista⁽¹²⁾.

Por esses motivos, SIMÓN enfatiza⁽¹³⁾ que a ocorrência de lesão do direito à intimidade

(8) *Ibidem*, p. 67.

(9) *Apud* COGO, Sandra Negri. *Gestão de pessoas e a integridade psicológica do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2006. p. 68.

(10) *Idem*.

(11) SIMÓN, Sandra Lía. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 129.

(12) *Idem*.

(13) *Idem*.

e à vida privada, sem que haja resistência por parte do trabalhador, é muito mais evidente durante o processo seletivo. Em um primeiro plano, o candidato pode temer que a sua contratação deixe de se concretizar e, em um segundo plano, porque, além de não se concretizar, a empresa pode informar sua eventual resistência a outras empresas, que também poderão deixar de admiti-lo por tal motivo.

Em recente pesquisa realizada sobre a finalidade das dinâmicas de grupo no processo de contratação de pessoal, foi vislumbrada a possibilidade de trabalhadores sofrerem constrangimentos de ordem moral durante a sua realização. Vejamos, conforme o site: <www.cipo.org.br/rotadotrampo> Acesso em: 20 jan. 2011:

A dinâmica de grupo é mais uma etapa do processo de seleção que avalia as questões de comportamento do candidato diante dos demais concorrentes. Nesse processo, não são analisados conhecimentos técnicos, mas a capacidade de expressar ideias e integrar-se. O objetivo é avaliar o desempenho do candidato e como desenvolve o trabalho em grupo, verificar algumas habilidades que são necessárias para o preenchimento da vaga. (...) O candidato deve ter jogo de cintura para lidar com imprevistos e saber improvisar, saber ouvir e principalmente saber se colocar, expor e defender suas ideias. Na dinâmica de grupo, normalmente os candidatos enfrentam situações desafiadoras e precisam representá-las de diversas formas, como: fazer propagandas, dramatizações e se colocar publicamente. *O candidato deve saber que tudo o que for feito será avaliado e não deve se preocupar com os **constrangimentos** e sim com a vaga que irá ocupar.* (grifo nosso)

Sônia das Dores Dionísio, Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, numa brilhante decisão proferida em novembro de 2005, já condenou a prática das chamadas técnicas de dinâmica de grupo. Para a juíza, a sua aplicação desvirtuada ou inconsequente

pode caracterizar a prática de assédio moral. Vejamos:

ASSÉDIO MORAL DINÂMICA GRUPAL. DESVIRTUAMENTO. VIOLAÇÃO AO PATRIMÔNIO MORAL DO EMPREGADO. ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO. A dinâmica grupal, na área de recursos humanos, objetiva testar a capacidade do indivíduo, a compreensão das normas do empregador e gerar a sua socialização. Entretanto, sua aplicação inconsequente produz efeitos danosos ao equilíbrio emocional do empregado. Ao manipular tanto a emoção, como o íntimo do indivíduo, a dinâmica pode levá-lo a se sentir humilhado e menos capaz que os demais. Impor pagamentos de prendas publicamente, tais como dançar a dança da boquinha da garrafa, àquele que não cumpre sua tarefa a tempo, configura assédio moral, pois o objetivo passa a ser o de inferiorizá-lo e torná-lo diferente do grupo. Por isso golpeia a sua autoestima e fere o seu decoro e prestígio profissional. A relação de emprego cuja matriz filosófica está assentada no respeito e confiança mútua das partes contratantes impõe ao empregador o dever de zelar pela dignidade do trabalhador. A CLT, maior fonte estatal dos direitos e dos deveres do empregador e do empregado impõe a obrigação de o empregador abster-se de praticar lesão à honra e à boa fama do seu empregado (art. 483). Se o empregador age contrário à norma, deve responder pelo ato antijurídico que praticou, nos termos do art. 5º, X da CF/88. (Recurso Provisó) TRT 17ª Região, RO n. 01689.2004.008.17. 00-0. Relª Juíza Sônia das Dores Dionísio. DJU 18.11.2005. AC n. 08693/2005.

Em razão disso, é preciso estabelecer limites à atuação patronal durante a fase pré-contratual no decorrer das técnicas de seleção utilizadas pelo empregador nesta etapa, pois a legislação trabalhista não estipula os limites quanto à adoção de tais métodos durante tal procedimento, e vislumbra-se, na ementa acima transcrita, um caso de assédio moral.

A dinâmica do assédio moral resulta em sérios prejuízos à integridade física e à saúde psicológica do trabalhador, podendo ocasionar,

dependendo da conduta praticada pelo empregador, o aparecimento das seguintes doenças decorrentes: alteração no humor, medo, palpitações, tristeza, mágoa, sentimento de revolta, dores no peito, diminuição da libido, insegurança, perda da concentração, dores de cabeça, dores musculares, bruxismo e pensamentos suicidas⁽¹⁴⁾.

Assim, para Marie France Hirigoyen, tem-se constatado que “o mundo do trabalho está se tornando cada vez mais penoso, onde se exige cada vez mais das pessoas, que se trabalha cada vez mais e em condições que são psicologicamente cada vez mais duras (...)” (Disponível em: <www.assediomoral.org> Acesso em: 20 jan. 2011).

A situação se agrava quando o empregado, muitas vezes por causa da necessidade econômica, abdica de seu direito de personalidade na fase pré-contratual do Direito do Trabalho, permitindo a invasão de sua intimidade e de sua integridade moral pelo empregador.

Dessa forma, adverte SEIN: “premido da necessidade econômica e pela dificuldade de obtenção de trabalho, não raro o aspirante a um emprego abdica de aspectos de sua personalidade, em garantia da adesão de seu comportamento futuro à vontade ordenada do empregador.”⁽¹⁵⁾

Acerca da submissão do candidato ao emprego por meio de entrevistas invasivas, testes psicológicos de personalidade e dinâmicas de grupo que ultrapassem os limites acessíveis do empregador, COELHO enfatiza:

Deve-se ter em mente a condição peculiar do indivíduo que se submete a testes psicológicos e dinâmicas de grupo, ou, indo mais além, a testes genéticos ou polígrafos, entrevistas avançadas com mais de uma pessoa, uma vez que o candidato é a parte fragilizada na

relação, quer e depende da aprovação na vaga para emprego essencial para a sobrevivência digna. Não estão fora de questão, ainda, como se viu pelas tendências do mercado atual, testes grafológicos e utilização de técnicas diversas, por profissionais não habilitados, visando selecionar candidatos a emprego.⁽¹⁶⁾

Desse modo, no que se refere aos procedimentos de seleção pessoal adotados no âmbito empresarial no decorrer da fase pré-contratual, BARROS assevera⁽¹⁷⁾ que o empregador deve limitar-se a obter dados somente no que se refere à capacidade profissional do empregado. Quando aquele não se contenta em receber dados profissionais do candidato ao emprego e decide invadir a vida privada deste, por investigar as suas características pessoais sem qualquer conexão com a natureza da prestação de serviços ou com a organização do trabalho, restará clara a conduta discriminatória praticada pelo empregador.

A discriminação, de acordo com PONTES, “representa o cerceamento das potencialidades do ser humano, visto que, num prejulgamento errôneo, não é dada à pessoa a oportunidade de comprovar suas potencialidades”⁽¹⁸⁾.

Em razão do preconceito ou da discriminação, muitas vezes operados pelo empregador em desfavor do candidato ao emprego durante as técnicas de seleção pessoal, convém registrar o pensamento de COELHO:

O chamado perfil ou cara da empresa pode indicar discriminação, seja estética, seja por personalidade. Afinal, não admitido por tendências agressivas, ou por excessiva sociabilidade, deve o candidato, no mínimo, obter conhecimento de tal diagnóstico, seja

(14) SILVA, Jorge Luiz de Oliveira da. *Assédio moral no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Jurídica, 2005. p. 44.

(15) *Apud* BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 2009. p. 60.

(16) COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 67.

(17) BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 2009. p. 61.

(18) PONTES, Benedito Rodrigues. *Planejamento, recrutamento e seleção de pessoal*. São Paulo: LTr, 2008. p. 141.

por discriminação, no caso, por exemplo, de rejeição por tendências homossexuais, seja porque deve existir plausibilidade entre a rejeição e o perfil do candidato.⁽¹⁹⁾

Nesse sentido, somente em situações excepcionais, o empregador poderá adentrar, com prudência, durante a realização da contratação, em informações sobre a vida pessoal do candidato ao emprego. São informações inerentes ao cargo, que, caso não sejam verificadas, poderão colocar em risco a segurança da coletividade ou do próprio trabalhador. Trata-se, por exemplo, das funções que exigem o manuseio de arma de fogo e a autorização prévia da autoridade competente para o exercício de tal atividade.

Nesse enleio, o estudo se mostra pertinente na medida em que visa a analisar as questões que envolvem o abuso aos direitos de personalidade do trabalhador no decorrer das técnicas de seleção de pessoal durante a fase pré-contratual, seja mediante as entrevistas ou mesmo pela descabida exigência de informações sobre a vida pessoal do trabalhador que ultrapassem para além das atividades profissionais do candidato ao emprego, mesmo porque reza o art. 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O objetivo é assegurar o pensamento sempre bem saudosos de COGO, que assim destaca:

(...) o homem da pós-modernidade não é apenas um, ao contrário, está no coletivo, necessita além da liberdade e igualdade, ainda, de um meio ambiente desenvolvido e saudável, para então promover a fraternidade na aldeia global onde está inserido.⁽²⁰⁾

(19) COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 46.

(20) COGO, Sandra Negri. *Gestão de pessoas e a integridade psicológica do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2006. p. 33.

1.1. Entrevistas

As entrevistas destinadas à contratação do trabalhador situam-se na fase pré-contratual, ou seja, na fase que antecede à formação do contrato de trabalho definitivo.

Assim, nas entrevistas a que são submetidos os candidatos ao emprego durante o processo de seleção, as perguntas formuladas pelo empregador no exercício do seu poder de direito, devem se pautar por questões relacionadas às atividades, às experiências e às aptidões profissionais do candidato ao emprego para o desempenho do cargo, bem como a dados pessoais comuns, como filiação, naturalidade, data de nascimento, estado civil, filhos, etc.

Questionamentos não condizentes com as habilidades do interessado à vaga, ou, como nas palavras de NASCIMENTO, “com a finalidade de descobrir aspectos que guardem relação com a personalidade do candidato e com a sua esfera de intimidade e de privacidade”⁽²¹⁾, acarretarão a prática de ato de discriminação por parte do empregador e implicarão responsabilidade civil pré-contratual pelo prejuízo decorrente da violação do seu direito de personalidade conforme art. 5º, inciso X da CF/1988.

Para TEIXEIRA FILHO, dano moral é:

(...) O sofrimento humano provocado por ato ilícito de terceiro que molesta bens imateriais ou magoa valores íntimos da pessoa, os quais constituem o sustentáculo sobre o qual a sua personalidade é moldada e a sua postura nas relações em sociedade é erigida.⁽²²⁾

Já MEDEIROS NETO considera o dano moral ou extrapatrimonial:

(...) lesão injusta imprimida a determinados interesses não materiais, sem equipolência econômica, porém concebidos como valores

(21) NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009. p. 109.

(22) TEIXEIRA FILHO, João de Lima; MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. vol. I. São Paulo: LTr, 1999. p. 636.

jurídicos protegidos, integrantes do leque de proteção interna ou externa, inerentes à personalidade do ser humano, podendo também alcançar valores extrapatrimoniais reconhecidos pelo sistema legal à pessoa jurídica ou a uma coletividade de pessoas.⁽²³⁾

Os direitos de personalidade são inerentes à pessoa humana e a ela estão vinculados. Tais direitos estão insculpidos no art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988, que consagraram a defesa dos direitos da personalidade como valores supremos. Sem essa proteção constitucional, a dignidade da pessoa humana não se concretiza na ordem juristrabalhista brasileira.

COELHO, ao demonstrar a importância da aplicação da teoria da responsabilidade pré-contratual, quando constatada a não razoabilidade quanto ao uso das técnicas de seleção de pessoal pelo empregador, adverte:

A lógica do mercado pode tornar-se, facilmente, a lógica da discriminação: dentre outras, a estética, na medida em que exclui obesos, etária, porque exclui os mais velhos, e, porque não dizer, psíquica, na medida em que exclui, pelo prisma negativo, os não dinâmicos, os não ambiciosos, os não expansivos... pergunta-se: quem estará apto para trabalhar e, afinal, o mercado serve ao homem ou inverteu-se a equação e, agora, o mercado é o grande irmão que exclui o ser humano em seus planos de longo prazo? A solução desse problema está, portanto, na utilização com a máxima efetividade, da teoria da responsabilidade pré-contratual aplicada ao direito do trabalho.⁽²⁴⁾

A tutela aos direitos de personalidade tem como finalidade primordial resguardar as qualidades e os atributos essenciais do trabalhador nas relações de trabalho, pois, como

assevera COGO, “os direitos da personalidade se apresentam como guardiões, entre outros: da vida humana, da igualdade, da intimidade, da honra, da imagem e da liberdade”⁽²⁵⁾.

A Constituição Federal de 1988 protege os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade e, por consequência, a sua condição de dignidade no que tange à tutela aos direitos de personalidade do trabalhador. Em razão disso, os direitos de personalidade representam emanações do princípio da dignidade da pessoa humana e estão inseridos no título dos direitos e das garantias fundamentais.

Consoante ensina LEITE e RIOS, “os direitos de personalidade são espécies de direitos inerentes à dignidade humana que têm por objeto a proteção da incolumidade física, psíquica e moral da própria pessoa”⁽²⁶⁾.

Logo, a manifestação da dignidade se faz presente na incolumidade do direito à vida, à honra, à saúde, à integridade física, à integridade moral, à intimidade e à garantia da afirmação social do trabalhador nas fases *pré-contratual*, *de execução do contrato de trabalho* e *pós-contratual*.

Essa proteção fundamental possui o intuito de garantir ao trabalhador o bem-estar desejado em todos os âmbitos da sua vida social e profissional, visto que, como destaca TEPEDINO: “a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana.”⁽²⁷⁾

De acordo com SARLET:

(...) os princípios constitucionais, essência da Constituição, são o fio condutor de todas as interpretações tendentes a extrair do sistema jurídico pátrio a proteção dos direitos elementares da vida humana, dentre eles o da

(23) MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. São Paulo: LTr, 2007. p. 57.

(24) COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 62.

(25) COGO, Sandra Negri. *Gestão de pessoas e a integridade psicológica do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2006. p. 45.

(26) LEITE, Rafaela Corrêa; RIOS, Sílvia Carine Tramontin. *Momentos do controle durante a contratação*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 44.

(27) TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 524.

intimidade, para salvaguarda das informações mais basilares de sua própria existência: as psíquicas.⁽²⁸⁾

NASCIMENTO estabelece⁽²⁹⁾, então, que o empregador não pode fazer perguntas relacionadas à vida pessoal, familiar, afetiva e sexual do candidato ao emprego, muito menos realizar indagações sobre as opiniões políticas, filosóficas ou religiosas do trabalhador, eis que tais informações não interferem nas aptidões profissionais do candidato nem no objeto de sua futura prestação de serviços.

Segundo BARROS:

O princípio da não discriminação possui conexão com a garantia dos direitos da personalidade e atua como limite imposto pela Constituição Federal à autonomia do empregador, quando da obtenção de dados a respeito do candidato ao emprego, e se projeta durante a execução do contrato.⁽³⁰⁾

A autora assim instrui:

Deverá o empregador, em princípio, abster-se de fazer perguntas ao candidato a respeito de suas origens raciais, opções políticas, convicções religiosas, atividades sindicais. É necessário, também, que se reconheça ao candidato ao emprego o direito de ocultar circunstâncias alheias à causa contratual não relacionada diretamente com o cargo que irá ocupar diante de situações de imposição coativa.⁽³¹⁾

PONTES também orienta da seguinte forma:

Permita que o candidato fale livremente, dando a ele liberdade de expressão, e ajude-o a preencher as omissões quando necessário. Tanto o entrevistador como o candidato

devem sentir-se bem com a experiência, portanto o clima da entrevista deve ser agradável, natural e humano.⁽³²⁾

De tal modo, as perguntas formuladas pelo empregador devem cingir-se a informações estritamente necessárias sobre a vida profissional do candidato ao emprego e manter-se em relação direta com o cargo a que o empregado se dispõe a exercer no ambiente de trabalho.

Dessa forma, enfatiza SIMÓN:

Além de observar o princípio da não discriminação, o empregador, no exercício do poder de direção, deverá limitar-se a tomar informações relacionadas às atividades profissionais que o candidato desempenhará se contratado, para aferir as suas aptidões. Conseqüentemente, não devem ser admitidos métodos que, sub-repticiamente, têm por objetivo “desvendar” aspectos da personalidade do candidato no que diz respeito à sua esfera íntima e privada.⁽³³⁾

Portanto, no procedimento das entrevistas, não poderá haver intromissões na esfera íntima e privada do candidato ao emprego, tais como perguntas ou opiniões que desrespeitam os aspectos da personalidade do candidato (opinião política, opção sexual, crença religiosa).

Consoante ensina NASCIMENTO:

(...) todas e quaisquer informações obtidas neste procedimento de avaliação devem ser relacionadas apenas com as atividades profissionais do trabalhador e com o objeto de sua prestação de serviços. Trata-se, portanto, de nítido e legítimo limite imposto pela ordem constitucional ao limite de alcance do exercício do poder diretivo do empregador.⁽³⁴⁾

(28) Apud COGO, Sandra Negri. *Gestão de pessoas e a integridade psicológica do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2006. p. 36.

(29) NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009. p. 109.

(30) BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 2009. p. 61.

(31) *Idem*.

(32) PONTES, Benedito Rodrigues. *Planejamento, recrutamento e seleção de pessoal*. São Paulo: LTr, 2008. p. 164.

(33) SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 132.

(34) NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009. p. 110.

O mesmo autor ainda estabelece que o procedimento de entrevista deve se limitar a obter informações sobre o candidato ao emprego, de acordo com os seguintes aspectos: a) histórico escolar e profissional; b) experiência, qualificações e aptidões profissionais; c) organização de trabalho; d) desenvolvimento de atividades; e) outros assuntos relacionados com o perfil da vaga e com o objeto da prestação de serviços⁽³⁵⁾.

Assim, caso o entrevistador viole o direito à intimidade e à vida privada do candidato ao emprego durante a realização da entrevista, o entrevistado poderá esquivar-se de responder ao que lhe foi questionado, ou mesmo responder falsamente ou omitir as informações necessárias para o preenchimento da vaga de emprego.

Nessa situação, deve-se invocar a teoria da responsabilidade civil pré-contratual ao candidato que fora excluído de uma vaga de emprego por ter resistido contra a prática abusiva de seus direitos de personalidade pelo empregador durante a fase pré-contratual.

Assim estabelece NASCIMENTO:

(...) durante o procedimento de entrevista, o empregado não está obrigado a responder às perguntas formuladas pelo empregador que estejam relacionadas com a sua intimidade e com a sua vida privada, eis que dissociadas do objeto do contrato de trabalho e nada têm a ver com o trato das obrigações contratuais.⁽³⁶⁾

Nesse enleio, as entrevistas devem ser destinadas única e exclusivamente aos fatos profissionais decorrentes das exigências técnicas para o preenchimento do cargo, sendo proibida qualquer diferenciação e discriminação quanto a sexo, raça, cor, crença religiosa e idade.

Como bem destacam LEITE e RIOS, “durante a entrevista de emprego, há o direito à

(35) NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009. p. 109.
(36) *Ibidem*, p. 110.

informação do empregador e o direito à privacidade do emprego”⁽³⁷⁾.

Assim, nenhuma pergunta pode ir além do que se considera requisito para o preenchimento adequado da vaga de emprego. Os direitos à intimidade e à vida privada são violados quando as perguntas são abusivas e não têm qualquer relação com a avaliação do candidato ao cargo disponível. Também serão abusivas quando refletem preconceito ou mesmo quando requerem respostas tão pessoais que chegam a constranger o candidato⁽³⁸⁾.

MOREIRA considera a entrevista como:

Diálogo entre o candidato ao trabalho e o empregador ou um seu representante tendo por objecto identificar o que melhor se adéqua ao posto de trabalho, sendo uma técnica bastante habitual e com a vantagem de ser simples, permitindo aos trabalhadores obter maior intercâmbio de informação e aos empregadores uma observação directa das reacções espontâneas daqueles.⁽³⁹⁾

Para NASCIMENTO, a entrevista “revela legítima forma de manifestação do poder diretivo do empregador que contrata força de trabalho compatível com anecessidade empresarial, visando à obtenção dos resultados esperados”⁽⁴⁰⁾.

Reza o art. 5º, *caput* e inciso IV da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

(37) LEITE, Rafaela Corrêa; RIOS, Sílvia Carine Tramontin. *Momentos do controle durante a contratação*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 171.

(38) *Idem*.

(39) *Idem*.

(40) NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009. p. 108.

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. (grifo nosso)

(...)

De acordo com o referido dispositivo constitucional, a liberdade de pensamento compreende a possibilidade de o indivíduo expressar o seu pensamento, com o intuito de preservar a sua individualidade e a sua intimidade. O direito fundamental à intimidade é inerente à natureza humana. Os Direitos Fundamentais são direitos inerentes a cada pessoa humana pelo simples fato de esta existir. São direitos que visam a consolidar a noção atualizada da dignidade fundamental do ser humano.

O primeiro parágrafo do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece que “a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”.

Assevera BARBUGIANI:

Inerência significa dizer que, aos seres humanos, independentemente de raça, religião, idade, etnia, ideologia, nacionalidade, sexo, entre outras, são garantidos certos direitos integrantes do chamado padrão vital mínimo pelo simples fato de serem humanos.⁽⁴¹⁾

Em razão disso, o empregador não pode realizar questionamentos sobre aspectos da vida privada do candidato, muito menos acerca de suas opiniões políticas, filosóficas e outras mais, porque, como assevera SIMÓN “a primeira regra que deve nortear um processo de seleção é a da não discriminação, corolário do princípio da igualdade”⁽⁴²⁾.

Consoante ensina NASCIMENTO, “as normas jurídicas servem para o fim de coibir e eliminar as condutas discriminatórias praticadas

pelo empregador e promover a igualdade de participação a todos os trabalhadores”⁽⁴³⁾.

Caracterizam, por exemplo, perguntas discriminatórias e vexatórias durante a sua realização: *Você é heterossexual? É portador de alguma patologia? É filiado a algum partido político? Pertenceu ou pertence à diretoria de algum tipo de sindicato? Você lê que tipo de leitura: jornal, revista, romances e obras técnicas? Na sua família, há histórico de câncer, alzheimer ou parkinson? Você é ou já foi um simpatizante do comunismo?*

No magistério de PONTES, a entrevista de seleção “visa a averiguar a qualificação, o potencial e a motivação do candidato ao cargo”⁽⁴⁴⁾. Portanto, para ele, a entrevista possui a seguinte finalidade:

(...) verificar com profundidade se o candidato possui a qualificação necessária para a ocupação do cargo aberto, além, é claro, de avaliar globalmente o candidato. É importante salientar que essas entrevistas permitem à empresa conhecer melhor o candidato e também permitem que o candidato conheça melhor a empresa e sua cultura.

Por fim, vale registrar o pensamento de BARROS:

O ideal seria submeter as indagações ao sindicato de classe ou ao Ministério do Trabalho, para aferição da relevância das perguntas formuladas, no que tange ao normal desenvolvimento das atividades a serem desempenhadas. Note-se, todavia, que tal procedimento não é observado, inexistindo disposição legal a respeito.⁽⁴⁵⁾

1.2. Questionários

Da mesma maneira que as entrevistas, as indagações estabelecidas no questionário

(41) BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *A inserção das normas internacionais de direitos humanos nos contratos individuais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 49.

(42) SIMÓN, Sandra Lía. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 130.

(43) NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009. p. 109.

(44) PONTES, Benedito Rodrigues. *Planejamento, recrutamento e seleção de pessoal*. São Paulo: LTr, 2008. p. 138.

(45) BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 2009. p. 63.

formulado pelo empregador devem estar em conformidade com as aptidões profissionais desenvolvidas pelo candidato ao emprego. Assim, indagações sobre opiniões políticas, religiosas ou mesmo decorrentes da situação familiar e recreativa contidas no questionário acerca do futuro candidato à vaga de emprego irão acarretar abuso em seu conteúdo.

LEITE e RIOS orientam⁽⁴⁶⁾ no sentido de mencionar que a finalidade única do questionário como meio de seleção de pessoal é a de aferir as capacidades do candidato ao emprego para o fim de escolher aquele que melhor se encaixe nas exigências do cargo a ser ocupado. Destacam as autoras, ainda, que a sua utilização é proibida quando visa a obter informações sobre a vida privada do indivíduo. Assim, se a seleção tiver como base informações sobre a vida privada do candidato ao emprego, tornar-se-á discriminatória.

MOREIRA também instrui acerca da utilização do questionário como meio de seleção de pessoal:

É necessário ter em atenção um elementar princípio de proporcionalidade que impõe que as perguntas formuladas ao candidato, quando intrusivas da sua vida privada, sejam proporcionais à importância que o aspecto tem para o desempenho normal da atividade. Mas, mais uma vez, há que atender que se trata de situações excepcionais e que a regra geral é a da total irrelevância da vida privada do trabalhador na valoração da sua aptidão profissional e que, por isso, se o empregador pode realizar questionários para averiguar a capacidade dos candidatos, não pode efectuar perguntas que excedam o necessário para obter este fim, sendo-lhe proibido imiscuir-se na esfera privada destes.⁽⁴⁷⁾

Para o questionário ser considerado um método lícito de seleção de trabalhadores

(46) LEITE, Rafaela Corrêa; RIOS, Sílvia Carine Tramontin. *Momentos do controle durante a contratação*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 177.

(47) *Idem*.

durante o pré-contrato de trabalho, é necessário que o empregador formule questões diretamente vinculadas à formação profissional do candidato ao emprego, como as informações atinentes a trabalhos anteriormente realizados, ao cargo, à experiência profissional no cargo que irá desenvolver, aos certificados e diplomas já obtidos e à capacidade profissional do candidato para o exercício da função, sob pena de ferir o direito à intimidade e à privacidade do trabalhador.

Assim, no caso dos questionários, o candidato ao emprego pode falsear informação ou mesmo se recusar a responder a perguntas que estejam relacionadas diretamente com a atividade profissional que será desenvolvida no cargo ao qual disputa a vaga.

LEITE e RIOS esclarecem:

Pode-se considerar que, neste caso, o candidato agirá com o que os romanos chamavam de *dolus bonus*, em razão da finalidade da atitude dolosa, isso em razão de que o candidato não terá a finalidade de prejudicar, mas, pelo contrário, de proteger sua intimidade de uma intromissão ilegítima e injustificada do empregador.⁽⁴⁸⁾

Vale ressaltar que a Lei n. 9.029/1995, que dá providências sobre a discriminação no trabalho, estipula em seu art. 1º que fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

VIANA ensina sobre a previsão normativa estipulada no art. 1º da Lei n. 9.029/1995:

(...) se a lei dá ao empregador a faculdade de escolher entre João e Pedro, é em atenção ao princípio da propriedade privada, mas também em razão do seu fim social — tantas vezes declarado e tão poucas vezes cumprido. Se o empregador se vale daquela faculdade para dar vazão aos seus preconceitos, estão, não apenas traindo o destino daquela norma, mas ferindo a liberalidade de outra norma

(48) *Ibidem*, p. 178.

— exatamente a que impede, em todos os níveis, a discriminação. Daí o artigo em questão, que surge como uma terceira norma, fazendo uma espécie de silogismo: se todos são iguais perante a lei e, se a liberdade de contratação tem o fim de atender às necessidades da empresa, quem escolhe A ou B com propósitos discriminatórios age ilícitamente.⁽⁴⁹⁾

2. Conclusão

É sabido que recrutar e selecionar pessoas são partes vitais dos programas de gestão empresarial utilizados pelas empresas para alcançar as suas finalidades econômicas. Entretanto, as técnicas apregoadas nos processos de provimento de pessoal não podem afetar os parâmetros legais impostos pela Constituição Federal de 1988. O uso do poder de organização, derivado do poder diretivo do empregador, deve ser exercido em conformidade e nos limites dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais de proteção ao trabalhador. Tais preceitos constitucionais representam limites à conduta praticada pelo empregador, quando este se encontra no exercício de seu poder organizacional na fase pré-contratual.

Os preceitos constitucionais contidos no art. 5º, *caput* e incisos I, III, X, XII, XXIII, LIII, LIV, criam barreiras ao exercício abusivo do poder empregatício, impedindo que este afronte a liberdade e a dignidade de todo trabalhador.

Em conclusão, caso a conduta pelo empregador durante a aplicação das técnicas de seleção de pessoal na fase pré-contratual não esteja em consonância com os princípios constitucionais do trabalho acima enumerado, será passível de danos morais o trabalhador, caracterizando violação às garantias fundamentais da intimidade, vida privada, honra e imagem, direitos constitucionalmente assegurados pela inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

(49) VIANA, Márcio Tulio. A proteção trabalhista contra atos discriminatórios. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Tulio (Coords.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2010. p. 361.

3. Referências bibliográficas

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *A inserção das normas internacionais de direitos humanos nos contratos individuais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 2009.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

COGO, Sandra Negri. *Gestão de pessoas e a integridade psicológica do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2006.

LEITE, Rafaela Corrêa; RIOS, Sílvia Carine Tramontin. *Momentos do controle durante a contratação*. Curitiba: Juruá, 2008.

LOBOS, Júlio. *Administração de recursos humanos*. São Paulo: Atlas, 1979.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. São Paulo: LTr, 2007.

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

PONTES, Benedito Rodrigues. *Planejamento, recrutamento e seleção de pessoal*. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Oswaldo de Barros. *Psicologia aplicada à orientação e seleção de pessoal*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1985.

SILVA, Jorge Luiz de Oliveira da. *Assédio moral no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Jurídica, 2005.

SIMÓN, Sandra Lía. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima; MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. Vol. I. São Paulo: LTr, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar: 2004.

VIANA, Márcio Tulio. A proteção trabalhista contra atos discriminatórios. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Tulio (Coords.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2010.



Jurisprudência

**Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho**



Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

- **RECURSO DE REVISTA — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA — TERCEIRIZAÇÃO — DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — OMISSÃO — “CULPA IN VIGILANDO” — DECISÃO DO STF NA ADC N. 16.** Compete ao ente público, quando pleiteada em Juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em Lei de fiscalização da execução do contrato administrativo. Recurso de Revista conhecido e provido.

ACÓRDÃO

(8ª Turma)

GMCA/msm/wt

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. **TST-RR-173800-49.2008.5.12.0028**, em que é Recorrente **HUMBERTO DUTRA DE SIQUEIRA** e Recorrido **MUNICÍPIO DE JOINVILLE**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, pelo acórdão a fls. 264/273, deu provimento ao Recurso Ordinário do segundo Reclamado e negou provimento ao do Reclamante.

O Reclamante interpõe Recurso de Revista a fls. 275/284, com fundamento no art. 896 da CLT.

Despacho de admissibilidade a fls. 294/295, com contra-razões apresentadas a fls. 297/305.

Parecer do Ministério Público do Trabalho a fls. 318/322, pelo conhecimento e provimento do Recurso de Revista.

É o relatório.

VOTO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, examino os específicos do Recurso de Revista.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA — TERCEIRIZAÇÃO — DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — OMISSÃO — “CULPA IN VIGILANDO” — DECISÃO DO STF NA ADC N. 16

Conhecimento

O Tribunal de Origem deu provimento ao Recurso Ordinário do Município Reclamado, aos seguintes fundamentos:

“A sentença declarou a responsabilidade subsidiária do Município de Joinville pelos créditos trabalhistas do autor, com amparo no art. 455 da CLT e no inciso IV da Súmula n. 331 do TST.

Irresignado, o Município pretende a reforma da sentença. Apresentou os seguintes

argumentos: a autora prestou seus serviços para a primeira ré, EBV Limpeza, Conservação e Serviços Especiais Ltda.; a EBV foi contratada pelo Município mediante prévio processo de licitação; no processo licitatório o contratante não tem poder de escolha, que recai sobre o licitante que preencher os requisitos da habilitação e oferecer as melhores condições; não há culpa *in vigilando*, uma vez que eventual inadimplemento ocorreu por ocasião da rescisão do contrato de trabalho havido entre autora e primeira ré, não podendo o Município se imiscuir na gestão da empresa contratada; não há culpa nem dolo do Município na contratação da EBV, devendo ser excluído do feito por ilegitimidade passiva; não detém nenhuma responsabilidade sobre eventuais créditos trabalhistas da autora, em face do preceituado pelo § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993; é inaplicável a Súmula n. 331 do TST; o feito deve ser extinto em face do Município de Joinville, sem julgamento do mérito.

O Município de Joinville lançou edital de concorrência pública visando à contratação de empresa prestadora de serviços de limpeza e conservação e preparo de alimentos, cujo direito de adjudicação recaiu sobre a primeira ré, EBV Empresa Brasileira de Vigilância Ltda.

A responsabilidade objetiva da Administração Pública não serve para fundamento da declaração havida, porquanto pressupõe a existência de ato ilícito praticado pelo Estado (ou preposto) ou sua omissão no cumprimento de um dever jurídico.

A empresa contratada pela Administração Pública não pode ser considerada como preposta do Estado perante os seus empregados, mas tão somente perante os beneficiários dos serviços prestados ou nas atividades que realizar na consecução do contrato. A empresa contratada não age na função de agente público na contratação de seus empregados, mas sim unicamente em seu interesse

privado. A teoria do risco/proveito, neste caso, encontra-se restrita ao âmbito da relação empregado/empregadora, não permitindo sua aplicação também àqueles que se beneficiaram dos serviços ou produtos, sem que haja determinação legal específica.

O art. 37, § 6º, da CRFB, *in verbis*, não autoriza tal interpretação:

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

Dessa forma, não há como responsabilizar a Administração Pública, ainda que subsidiariamente, com base na teoria objetiva, por falta de disposição legal específica ao caso.

Aliás, cumpre apontar que, ao contrário, a legislação excetua qualquer responsabilidade da Administração Pública por encargos trabalhistas de suas contratadas, assim previsto no art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93:

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.

(...)

Porém, a responsabilização da Administração Pública por encargos trabalhistas de suas empresas contratadas, segundo o Tribunal Superior do Trabalho, com entendimento consolidado no Enunciado n. 331, IV, decorre da responsabilização subjetiva, por ***culpa in eligendo*** e ***culpa in vigilando***.

Culpa, nas palavras de Agostinho Alvin, corresponde à inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Compreende-se a ação na prática de um ato ilícito e a omissão no cumprimento de um dever de agir que se encontra estabelecido em lei.

Aliás, a observância do princípio da legalidade constitui, a meu ver, o maior de todos os princípios que regem os atos da administração.

A responsabilização por *culpa in eligendo* decorre da má-escolha na contratação da empresa. No caso trabalhista, há essa responsabilização na hipótese em que o tomador dos serviços contrata uma empresa prestadora de serviços que sonega os direitos de seus empregados.

Contudo, não consigo vislumbrar como pode a Administração Pública ser responsabilizada por tal motivo, quando sua única opção será a do cumprimento das regras de licitação, prevista na Lei n. 8.666/93, para contratação de serviços.

A eleição das empresas, mais especificamente a habilitação dos interessados, decorre de critérios específicos, constantes do art. 27 do referido Diploma Legal. O rol de documentações não pode ser ampliado pela Administração Pública, a contar, por exemplo, com outras exigências a garantir a contratação de empresa adimplente com seus empregados, como exemplo, certidão negativa de fiscalização do trabalho, certidão negativa de débitos trabalhistas e tantos outros documentos a comprovar sua idoneidade perante os encargos trabalhistas.

As exigências, além do estabelecido pela Lei, inquinam de vício absoluto o ato licitatório, por inobservância ao princípio da legalidade, que, neste caso, é estrita, ou seja, cabe ao Administrador o cumprimento exato do que a norma autoriza.

Aliás, a existência de ato contrário ao direito corresponde a outro elemento caracterizador da responsabilidade subjetiva, que não resta comprovado quando da contratação de empresas via licitação.

Não há, portanto, qualquer vontade da Administração ou discricionariedade preponderante, devendo única e exclusivamente cumprir as fases previstas na licitação, atendendo a todas as exigências legais.

A *culpa in vigilando*, por sua vez, caracteriza-se pela falta de fiscalização, por parte do contratante, do correto adimplemento das obrigações trabalhistas da contratada.

Da mesma forma que o procedimento licitatório, os contratos administrativos encontram-se vinculados ao disposto na Lei n. 8.666/93, que em seu bojo traz as cláusulas necessárias a sua confecção e, principalmente, o disposto no art. 55, XIII, que obriga o contratado a manter durante a execução do contratado todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, o que significa dizer que não poderá a Administração Pública exercer um poder de fiscalização maior do que a lei determina, estando adstrita a exigir a mesma documentação da fase de habilitação para aferição de idoneidade da contratada durante a execução do contrato.

A situação do contrato entre particulares é diversa, porquanto possuem autonomia na contratação, podendo estipular cláusulas que impliquem uma maior fiscalização das obrigações trabalhistas, podendo exigir um controle de jornada, certidões negativas, folha de pagamento, etc. ...

No caso da Administração Pública, essa possibilidade não existe, caracterizando-se em abuso de autoridade ou desvio de finalidade exigir-se além do que permite a legislação.

A fiscalização da execução do contrato, prevista no art. 58, III, cc arts. 67 e 68, todos da Lei n. 8.666/93, encontra-se adstrita ao objeto do contrato, no caso, a prestação de serviços, não podendo adentrar sobre os contratos de trabalho dos empregados da contratada.

Assim, por disposição legal (falta de norma autorizadora), não pode a Administração Pública exigir documentação diversa ou até mesmo fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas das empresas prestadoras de serviços contratadas. Não se pode verificar se houve a correta anotação de ponto,

o pagamento de horas extras, o pagamento de adicionais e outras verbas do contrato de trabalho.

Ressalto, ainda, que, mesmo tendo a Administração Pública conhecimento de tais irregularidades, elas não ensejam eventual rescisão do contratado de prestação de serviços, pois não estão constituídas nas cláusulas contratuais (art. 78, I, da Lei n. 8.666/93).

Assim, entendo que não houve qualquer descumprimento de norma legal ou qualquer outro ato contrário ao direito por parte da Administração Pública, a não ser o exato cumprimento dos ditames legais.

Não se pode olvidar, nem quero fazer assim parecer, a situação do empregado da empresa prestadora de serviços que teve seus direitos sonegados, sem que houvesse qualquer garantia de restabelecê-los. Entretanto, aponto para o caso específico da Administração Pública, que o prejuízo causado ao empregado se encontra no mesmo patamar do prejuízo causado pela responsabilização subsidiária imposta.

A solução encontrada pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho pode parecer a mais justa, em proteção aos direitos do empregado hipossuficiente, porém contraria as normas e os princípios de direito.

A situação se revela cômoda ao contratado da Administração Pública e também aos seus empregados, cuja sonegação das obrigações trabalhistas passou a ser generalizada e sua satisfação garantida, posteriormente, pela Administração, a regra geral.

Assim, não há preocupação de nenhuma das partes quanto a suas obrigações e deveres, cabendo unicamente à Administração o prejuízo pelos danos que dizem terem sido causados. A Administração não tem como provar se houve o correto pagamento das verbas, a correta anotação da jornada, o correto pagamento das horas extras e verbas rescisórias.

Posto isso, dou provimento ao recurso ordinário para excluir da condenação a declaração de responsabilidade subsidiária do Município de Joinville. (fls. 266/270-verso)

O Recorrente insurge-se contra a exclusão da responsabilidade subsidiária do Município. Aponta contrariedade à Súmula n. 331, IV, do TST e colaciona arestos à divergência. Requer, ainda, seja o Reclamado responsabilizado subsidiariamente pelo pagamento das multas dos arts. 467 e 477, § 8º, da CLT.

Em recente decisão, o E. Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado na ADC n. 16, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, dispositivo que afasta a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado.

Não obstante, a própria Corte Suprema ressalvou a possibilidade de a Justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a culpa *in vigilando* da Administração Pública e, diante disso, atribuir responsabilidade ao ente público pelas obrigações, inclusive trabalhistas, inobservadas pelo contratado.

De fato, a própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se lê do art. 58, III, da Lei n. 8.666/93:

“O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III – fiscalizar-lhes a execução;”

A obrigação de fiscalização, por parte da Administração Pública, é complementada pelo disposto no art. 67, *caput* e § 1º, do mesmo diploma legal:

“A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.”

Partindo dessas premissas, compete ao ente público, quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em lei. Do contrário, ou seja, caso o ente público não se desvencilhe desse encargo processual, na forma dos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC, restará caracterizada a culpa *in vigilando* da Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever legal de fiscalização da execução do contrato administrativo. Trata-se de hipótese em que o ônus probatório é transferido ao ente público em face do princípio da aptidão para a prova, cuja incidência, no Processo do Trabalho, resulta da maior vulnerabilidade processual e material do trabalhador.

Na hipótese dos autos, verifica-se que o Recorrido não se desincumbiu do ônus de comprovar a efetiva fiscalização da execução do contrato.

Ressalte-se, inclusive, que, em contestação, o Município Reclamado pugna pelo afastamento da responsabilidade pretendida, arrimando-se no disposto no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, sem, contudo, apontar qualquer elemento ou indício no sentido de que cumpriu a obrigação de fiscalização da execução do contrato administrativo.

Ademais, caso prosperasse a tese do Eg. TRT, a Administração Pública estaria isenta de qualquer responsabilidade pelos serviços terceirizados contratados, embora tenha se beneficiado da prestação de serviços, em evidente afronta aos princípios constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e IV, da Constituição). Além disso, negar a possibilidade de fiscalização da execução do contrato pela Administração

Pública afronta a obrigação legal que expressamente lhe é imposta, a teor dos arts. 58, III, e 67, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.666/93.

Assim sendo, outra conclusão não se alcança senão a de que, no caso concreto, resta caracterizada a conduta culposa, por omissão, da Administração Pública (*culpa in vigilando*), razão pela qual se atribui a responsabilidade subsidiária ao ente público, com fundamento nos arts. 186 e 927, *caput*, do CC, pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos ao Autor.

Importa registrar que essa conclusão não viola o art. 97, da Constituição (cláusula da reserva de Plenário), nem contraria a Súmula Vinculante n. 10 do STF, mas, ao contrário, confere interpretação sistemática ao art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 (cuja constitucionalidade é aqui assumida como premissa decisória), considerando-se os demais preceitos desse diploma legal, bem como o próprio entendimento assentado pelo STF no julgamento da ADC n. 16.

Trago à colação precedentes do Eg. TST nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. O Tribunal Regional decidiu a controvérsia em consonância com a Súmula n. 331, IV, desta Corte Superior, que tem por fundamento principalmente a responsabilidade subjetiva, decorrente da culpa *in vigilando* (arts. 186 e 927 do Código Civil). Isso porque os arts. 58, III, e 67 da Lei n. 8.666/93 impõem à administração pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços por ela celebrados. No presente caso, o ente público tomador dos serviços não cumpriu adequadamente essa obrigação, permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente a seus empregados as verbas trabalhistas que lhes eram devidas. Saliente-se que tal conclusão não implica afronta ao art. 97 da CF e à Súmula Vinculante n. 10 do STF, nem desrespeito à decisão do STF na ADC n. 16, porque não parte da

declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, mas da definição do alcance da norma inscrita no citado dispositivo com base na interpretação sistemática, em conjunto com as normas infraconstitucionais citadas acima.” (**Agravo de instrumento conhecido e não provido. Processo:** AIRR - 42440-62.2009.5.11.0002 **Data de Julgamento:** 2.2.2011, **Relatora Ministra:** Dora Maria da Costa, 8ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 4.2.2011)

“**AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA — ENTIDADES ESTATAIS — RESPONSABILIDADE EM CASO DE CULPA — IN VIGILANDO — NO QUE TANGE AO CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA POR PARTE DA EMPRESA TERCEIRIZANTE CONTRATADA — COMPATIBILIDADE COM O ART. 71 DA LEI DE LICITAÇÕES — INCIDÊNCIA DOS ARTS. 159 DO CCB/1916, 186 E 927, — CAPUT—, DO CCB/2002. ABRANGÊNCIA DA CONDENAÇÃO. VALE TRANSPORTE. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO.** A mera inadimplência da empresa terceirizante quanto às verbas trabalhistas e previdenciárias devidas ao trabalhador terceirizado não transfere a responsabilidade por tais verbas para a entidade estatal tomadora de serviços, a teor do disposto no art. 71 da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações), cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF. Entretanto, a inadimplência da obrigação fiscalizatória da entidade estatal tomadora de serviços no tocante ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa prestadora de serviços gera sua responsabilidade subsidiária, em face de sua culpa *in vigilando*, a teor da regra responsabilizatória incidente sobre qualquer pessoa física ou jurídica que, por ato ou omissão culposos, cause prejuízos a alguém (art. 186, Código Civil). Evidenciando-se essa culpa *in vigilando* nos autos, incide a responsabilidade subjetiva prevista no art. 159 do CCB/1916, arts. 186 e 927, — *caput*—, do CCB/2002, observados os respectivos períodos de vigência.

Registre-se que, nos estritos limites do recurso de revista (art. 896, CLT), não é viável reexaminar-se a prova dos autos a respeito da efetiva conduta fiscalizatória do ente estatal (Súmula n. 126/TST). Sendo 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 ora subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.” (Processo: AIRR – 215640-82.2006.5.02.0482 **Data de Julgamento:** 15.12.2010, **Relator Ministro:** Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 4.2.2011)

“**AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. MUNICÍPIO. ADC 16. CULPA IN VIGILANDO. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.** Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC n. 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 desprovido.” (Processo: AIRR – 4567-76.2010.5.01.0000 – **Data de Julgamento:** 15.12.2010, **Relator Ministro:** Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 28.1.2011)

Pelo exposto, **conheço** por contrariedade à Súmula n. 331, IV, do TST.

Mérito

Em relação à responsabilidade pelo pagamento das multas, verifica-se que a sentença

deferiu o pagamento da multa prevista no art. 477, § 8º e indeferiu a do art. 467 da CLT.

Quanto à multa do art. 467, o tema está precluso, pois não houve insurgência do Reclamante no ponto em Recurso Ordinário. A responsabilidade do Município pelo pagamento da multa do art. 477, § 8º, no entanto, é consectário lógico do restabelecimento da sentença no ponto.

Conhecido o apelo por contrariedade a súmula desta Corte, **dou-lhe provimento** para restabelecer a sentença quanto à responsabilidade subsidiária do segundo Reclamado.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, **conhecer** do Recurso de Revista no tema “RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA”, por contrariedade à Súmula n. 331, IV, do TST, e, no mérito, **dar provimento** ao recurso para restabelecer a sentença quanto à responsabilidade subsidiária do segundo Reclamado. Brasília, 1º de junho de 2011.

Carlos Alberto Reis de Paula

Ministro Relator

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

- **EMENTA: BÔNUS DE VENDA E PRÊMIO DESEMPENHO.** Os demonstrativos de salários comprovam o pagamento habitual de “remuneração por desempenho” e “bônus de vendas”, de forma a caracterizar a natureza salarial das parcelas.

Processo: 0078200-58.2009.5.04.0005 RO

VISTOS e relatados estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO** interposto de sentença proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, sendo recorrente **ATENTO BRASIL S.A.** e recorridos **ALESSANDRA DIAS BARRETO E TELEFÔNICA S.A.**

Ajuizada a ação trabalhista em face do contrato apontado na petição inicial, no período de 9.11.2004 a 07.12.2007, foi proferida a Sentença às fls. 597/606, complementada pela decisão de embargos declaratórios da fl. 610.

A primeira reclamada interpôs recurso ordinário, às fls. 613/654, arguindo a nulidade processual por cerceamento de defesa em face do indeferimento da oitiva de testemunhas e de realização de nova inspeção judicial. No mérito, objetiva a reforma da Sentença com relação à condenação ao pagamento das seguintes parcelas: horas extras e reflexos, integração das parcelas bônus de vendas e remuneração por desempenho, equiparação salarial, vale-refeição, indenização pro dano moral, honorários advocatícios e *dumping* social. Requer, ainda, seja observada a Súmula 340, seja afastada a multa e indenização deferidas em sede de embargos de declaração, autorizados os descontos fiscais e previdenciários e quanto a aplicação do art. 475-J do CPC.

Contra-razões, às fls. 666/676, pelo reclamante.

É o relatório.

ISTO POSTO:

Recurso ordinário da primeira reclamada

1. Da nulidade processual por cerceamento de defesa

Inconforma-se a reclamada com a sentença que entendeu desnecessária a oitiva de suas testemunhas, alegando restar evidenciado o cerceamento de defesa da recorrente, requerendo seja declarada a nulidade do processo desde o indeferimento da produção de prova oral quanto ao horário de trabalho da reclamante, devendo os autos retornar à Vara de origem para regular instrução do feito.

Examina-se.

Em audiência, fl2. 592, o Juiz *a quo* considerou que “*como ocorrem em tantos outros feitos, o preposto da Atento mais uma vez admite a possibilidade de alteração dos registros de horários, confessando sua manifesta inidoneidade, não será produzida prova oral acerca da jornada, conforme, aliás, é a determinação do art. 400 do CPC*”, tendo registrado o protesto da reclamada.

Ademais o depoimento da preposta da primeira reclamada é claro quanto ao fato de que

“o supervisor pode fazer ajustes no sistema de ponto, colocando-as em **negrito com justificativa**; que podia ocorrer de o empregado se “deslogar e logar” várias vezes ao dia e, nesses casos, o supervisor faz a correção; que até julho ou agosto/2007 as pausas eram pré-assinaladas”.

Gize-se que o julgador pode indeferir prova que entender desnecessária à decisão do processo, mormente se considerar que já pode decidir com a prova já colhida nos autos. No caso, tem-se que questão acerca da existência de horas extras resultou suficientemente esclarecida, mormente diante da hipótese de manipulação dos registros de horário pela 1ª reclamada, conforme salientado na sentença, fls. 599. De outra parte, não se vislumbra que a oitiva de testemunha pudesse acrescentar outros fatos não esclarecidos, sendo incabível a anulação do processo nessa oportunidade.

Nega-se provimento.

2. Do indeferimento da inspeção judicial

A primeira reclamada não se conforma com o indeferimento de seu pedido de realização nova inspeção judicial. Refere que “em razão da tese de que os registros de horário procedidos pelo supervisor nos controles de horário — em raras e específicas situações e com ciência do empregado — todavia, em que pese tal ocorrência, não autoriza a conclusão de jornada absurdamente diversa das constantes nas folhas-ponto acostadas aos autos pela reclamada” (fl. 616). Afirma que justamente para afastar as “falaciosas assertivas” de jornada extensa que era necessária a realização de nova inspeção judicial.

Examina-se.

Conforme bem dito na sentença, “como é de amplo conhecimento do Poder Judiciário Trabalhista em Porto Alegre, no processo 00050-2005-027-04-00-7 (fls. 14-38) foi realizada diligência na sede da demandada, em que Oficiais de Justiça e servidor integrante do serviço de informática do TRT da 4ª Região

aferiram a idoneidade do sistema de ponto eletrônico, são de conhecimento desta julgadora, já que apresentadas em outros processos ajuizados contra a primeira demandada. Conforme registrado nos aludidos documentos, foi constata a existência de divergência entre os horários de login e logout no sistema da ré e os horários consignados nas folhas de controle de ponto. Certificaram as oficiais, a esse respeito, que, inobstante a informação de que vinculados os registros de horário ao acesso do trabalhador ao sistema informatizado, “Comparando a Folha de Controle de Ponto do operador André Luiz de Avellar, relativa ao dia 10.8.2005, com o Relatório login/logout do Agente do mesmo dia, verifica-se que há divergência entre os horários constantes no referido relatório”. Acrescentam, ainda, que também foi constatada a mesma divergência em relação à folha de controle de ponto de outros operadores. Nesses termos, resta evidenciada a infidelidade dos registros de horário mantidos pela ré, bem como a possibilidade de alteração das anotações de horário, por parte do supervisor, fato que restou confirmado por preposta da ATENTO, quando ouvida no Processo n. 00050-2005-027-04-00-7”. Foi mencionado, ainda, que “não podem continuar a insistir na validade de registros de horário já inúmeras vezes reputados inidôneos, em relação aos quais não operaram qualquer mudança significativa. É importante salientar que a própria ATENTO traz aos autos cópia de nova inspeção judicial em que confirmada a possibilidade de alteração dos registros, pelos supervisores. A própria ATENTO produz prova testemunhal em que é admitida a inidoneidade desses documentos(!)”.

Assim, em que pese os protestos da primeira reclamada, não ocorre o cerceamento de defesa pois conforme despacho da fl. 584/verso, “desnecessária a realização de perícia-inspeção, em face das provas já produzidas nos autos, que revelam, por exemplo, a não utilização de certificação digital e a nova produção de recibo, do registro efetuado pelo empregado”.

Rejeita-se a prefacial.

3. Das horas extras e reflexos

Insurge-se a reclamada com o deferimento de horas extras. Reitera que todas as horas laboradas pela autora encontram-se devidamente consignadas. Repisa as alegações a respeito das perícias realizadas com relação a veracidade dos registros. Enfatiza que o depoimento pessoal serve apenas para alcançar a confissão. Conclui que a reclamante não trouxe aos autos nenhuma prova da jornada declinada na inicial. Assevera que demonstrou nos autos o registro das horas extras e o correto pagamento. Ressalta que a prova das horas extras deve ser cabal. Diz que a Sentença ao valorar a prova “testemunhal” em detrimento da prova documental diverge da orientação jurisprudencial dominante, afora se olvidar do princípio da razoabilidade. Postula a reforma.

A sentença deferiu o pedido ao fundamento de que *“comprovado que a primeira reclamada age sistematicamente de modo a deturpar o registro das informações relativas aos horários praticados pelo autor, impõe-se a rejeição das “folhas de controle de ponto” como prova das jornadas cumpridas na contratualidade, tendo por descumprido o ônus probatório imposto pelo art. 74, §2º, da CLT, relativamente a todo o período contratual”*.

Constou ainda, com relação ao banco de horas que *“em face da inidoneidade dos registros, não há falar em efetiva adoção do sistema denominado “banco de horas”, porque não provada a concessão das folgas correlatas e porque a ausência de controle confiável torna o regime instrumento de fraude a direitos trabalhistas. A nulidade do regime também decorre do fato de que implementado de forma a exigir a prestação de horas extras habituais pela trabalhadora, ou seja, com evidente aviltamento do convívio social do empregado e de quaisquer atividades extra-profissionais que possa cogitar. Incide, na espécie, o que dispõe o art. 9º da CLT”*.

Deferiu, ainda, com relação aos intervalos intrajornada, o pagamento de sua integralidade, *“Em atenção ao disposto no art. 9º e 71,*

§ 4º, da CLT e em consonância com o entendimento adotado pelo colendo TST, tais períodos deverão ser pagos na sua integralidade, acrescidos do adicional legal, e com reflexos em repouso semanais e feriados, já que a concessão de intervalos por períodos reduzidos desvirtua o direito ao repouso do trabalhador, não permitindo que atinja o objetivo precípua da norma, qual seja, a manutenção da higidez física e mental”.

Examina-se.

No que tange à efetiva jornada cumprida pelo reclamante, a sentença considerou inválidos os registros de horários.

Salienta-se que em duas ocasiões anteriores o sistema de registros de horários utilizado pela reclamada foi objeto de prova específica. A primeira delas, por intermédio de diligência determinada pela 27ª Vara do Trabalho desta Capital, em 2005. A segunda, por iniciativa da 19ª Vara do Trabalho, também desta Capital, mediante perícia determinada pelo Juiz do Trabalho daquela Vara, realizada em 2008. Foi, ainda, elaborado, em fevereiro de 2008, o Parecer Técnico, em decorrência de análise dos sistemas de ponto eletrônico em operação na demandada, a requerimento desta, pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo.

A primeira reclamada junta, às fls. 365/503 a *“Análise dos Sistemas relativos ao Ponto Eletrônico em operação da empresa Atento Brasil de Porto Alegre — RS”*, realizado pelo Centro de Tecnologia da Informação, Automação e Mobilidade — CIAM.

Conforme se verifica nas fls. 365, o Parecer Técnico juntado pela reclamada foi realizado em data não informada, mas consta à fl. 366/verso se trata de proposta de trabalho formulada em maio de 2007. Da mesma forma a perícia juntada às fls. 469 é datada de 30.6.2008, tendo sido realizadas visitas à primeira reclamada a partir de 11 de abril de 2008. Têm-se, portanto que tais inspeções não são aplicáveis ao caso sob análise eis que **o contrato de trabalho da**

reclamante com a primeira reclamada ***vigorou de 9.11.2004 a 7.12.2007.***

Desta forma, entende-se que os registros de horário juntados aos autos não reproduzem fielmente a jornada laborada pelo autor, como já decidido na sentença. Assim, diante da imprestabilidade dos registros de horário juntados.

Assim, diante dos termos do depoimento pessoal do autor, onde afirma que “*que trabalhava das 8h às 19h, sendo que dois dias por semana tinha de trabalhar das 10h às 21h; que tinha um dia de folga semanal; que fruía intervalo de 30 minutos*”, cumpre manter a sentença, inclusive quanto aos intervalos.

A base de cálculo das horas deferidas deve observar todas as parcelas de caráter salarial pagas de forma habitual na vigência do contrato de trabalho, nos termos do disposto na Súmula n. 264 do TST. Desta forma, os bônus de venda e a remuneração por desempenho integram a base de cálculo das horas extras.

Nega-se provimento.

4. Da aplicação da Súmula n. 340 do TST

No caso, não foi demonstrado nos autos o pagamento de comissões. Ainda, a autora não era remunerada exclusivamente por salários variáveis — bônus, o que afasta a aplicação da Súmula n. 340 do TST.

Nega-se provimento.

5. Do bônus de venda e da remuneração por desempenho

Insurge-se a primeira reclamada contra a Sentença que deferiu a reclamante a integração das parcelas “*remuneração de desempenho*” e “*bônus de venda*” em repousos semanais remunerados e feriados, férias com 1/3, 13^{os} salários e FGTS acrescido de 40%. Sustenta, em resumo, que não se está diante de pagamentos realizados com o objetivo de mascarar parcelas de natureza salarial. Afirma que a parcela “*remuneração por desempenho*” consiste em um bônus concedido ao empregado que obtém

desempenho destacado em um referido mês, em decorrência de uma avaliação realizada por simples liberalidade da empresa, sem prévia determinação. Alega que a parcela é variável e paga quando da obtenção de resultados favoráveis, razão pela qual não há de se falar em habitualidade e, conseqüentemente, integração ao salário. Pugna para que não seja considerada integralmente do salário, para fins de incorporação e pagamento de outras verbas, a remuneração de desempenho alcançada ao reclamante. Em relação à parcela “*bônus de vendas*”, sustenta, em resumo, que referida parcela foi alcançada a reclamante em decorrência de sua previsão na cláusula 4^a do contrato de trabalho firmado que demonstra o caráter indenizatório da verba. Assevera que deve ser reformada a decisão, eis que tal parcela não se encontra arrolada e nem se assemelha aquelas hipóteses do art. 457, §1^o, da CLT. Busca a reforma da Sentença.

Examina-se.

Inicialmente cumpre observar que a sentença indeferiu o pedido de integração da parcela “*remuneração por desempenho*” eis que não há, nos autos, prova do pagamento de referida parcela. Sem objeto, portanto, o recurso, no particular.

A sentença deferiu “*pagamento de diferenças de horas extras, repousos semanais, feriados, aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13^{os} salários e FGTS, com acréscimo de 40%, pelo cômputo, dos valores adimplidos no curso do contrato sob a rubrica “bônus de vendas”, em montante a ser apurado em liquidação de sentença*”.

Os recibos de pagamentos das fls. 238 demonstram que a reclamante recebeu a parcela denominada “*bônus de vendas*”, nos seguintes meses: dezembro/2004 a março/2006; junho/2006; de setembro/2006 a junho/2007; e de agosto/2007 a novembro/2007.

Refere-se que a reclamada integrou a parcela acima referida nos repousos remunerados, bem como nos recolhimentos previdenciários e depósitos de FGTS.

Assim, é inequívoca a natureza salarial desses pagamentos.

Portanto, é devida a pretensão da reclamante quanto aos reflexos desses valores na base de cálculo do salário-hora, 13º salário proporcional e férias proporcionais com 1/3, conforme deferido.

Nega-se provimento.

6. Da equiparação salarial

Pretende a primeira reclamada a reforma da decisão quanto ao deferimento de diferenças salariais decorrentes da equiparação salarial. Expõe que não foram preenchidos os requisitos do art. 461 da CLT Assevera que a paradigma exercia a função de Assistente de Suporte a Internet, setor BackOffice e vendas online enquanto a reclamante laborava no setor de vendas receptivo e após trabalhou no setor de vendas ativo. Observa que na data de admissão da autora o salário da paradigma já havia sido reajustado em virtude da norma coletiva, o que não ocorreu com a reclamante. Postula a reforma.

Examina-se.

A Sentença julgou comprovada a identidade de funções, com realização de idênticas tarefas entre a reclamante e a paradigma Luciana Regina Macedo de Quevedo.

Cabe a análise da prova oral:

Informa o preposto da primeira reclamada em depoimento pessoal (folha 592): “*que tanto Luciana quanto Júlio trabalharam no setor de vendas, Luciana fazendo vendas pela internet e Julio trabalhava no administrativo*”.

Informa a primeira testemunha indicada pela reclamante (fl. 592/verso): “*que atuou como supervisora da reclamante; que Luciana também trabalhava no mesmo local fazendo as mesmas funções da autora; que não conhece o paradigma Júlio*”.

Informa a segunda testemunha indicada pela reclamante (fl. 592/verso): “*que trabalhou para a atento de julho/2006 a janeiro/2008,*

fazendo vendas tanto receptiva quanto ativa; que Luciana e a reclamante também faziam vendas; que não conhece Júlio”.

Informa a segunda testemunha indicada pela reclamada (folha 592/verso):

“*que não lembra de ter sido supervisora da reclamante; que **quase não via a reclamante trabalhando** porque trabalhava no **turno da noite**; que Luciana trabalhava de noite fazendo vendas on-line; que, ao que sabe, a reclamante era operadora de vendas;*”.

À demandada incumbia comprovar a inexistência de igual produtividade e perfeição técnica, ônus do qual não se desvencilhou.

Sentença mantida.

7. Do vale refeição

A sentença condenou a reclamada ao pagamento de “vale-refeição”, considerando que “*havendo sido reconhecido que a autora cumpria carga horária superior a 180h mensais, faz jus ao pagamento da verba conforme maior valor previsto nas referidas normas coletivas (cuja inobservância é mesmo incontroversa, conforme termos da defesa apresentada, à fl. 200)*”.

Contra tal decisão insurge-se a primeira reclamada. Aduz que as normas coletivas não podem ser interpretadas de forma ampliativa eis que prevêem o pagamento do vale-refeição apenas para os trabalhadores contratados para uma jornada de 200 ou 220 horas.

Examina-se.

Inicialmente cumpre observar que o vale lanche encontra previsão na norma coletiva juntada aos autos, conforme se verifica às fls. 157/158, sendo que em seu parágrafo segundo, ficou estabelecido que tais parcelas “*não se incorporarão em hipótese alguma ao salário dos empregados, e sobre a mesma não haverá incidência de quaisquer encargos fiscais e trabalhistas*”.

Como já referido anteriormente, a Sentença reconheceu como extras as horas excedentes da sexta diária e trigésima sexta semanal, tendo em vista que contratado o reclamante para 180

horas mensais, considerado o horário das 8h às 19h, ou das 10h às 21h, com 03 minutos de intervalo, em 06 dias por semana.

Portanto, embora contratado o autor para uma carga horária de 180 horas mensais, ele cumpria horário além de 220 horas mensais, motivo pelo qual tem direito ao pagamento do vale-refeição no curso do contrato de trabalho.

Contudo pequeno reparo merece a sentença eis que deve ser autorizado o abatimento dos valores já adimplidos sob mesmo título, bem como o pagamento das diferenças deve observar o disposto nas normas coletivas quanto à parcela do empregado.

Assim, dá-se provimento parcial ao recurso ordinário da reclamada para autorizar o abatimento dos valores já pagos sob o mesmo título de vale-refeição e autorizar o desconto da parcela de responsabilidade do empregado.

8. Das penas aplicadas em sede de embargos de declaração

A primeira reclamada postula reforma da decisão no que pertine à litigância de má-fé, alegando que não foi comprovado qualquer indício que gerasse a penalidade imposta. Saliencia que só queria manifestação expressa a respeito da compensação dos valores já adimplidos a título de vale-refeição.

Examina-se.

O juízo de origem condenou a primeira reclamada “ao pagamento de multa no valor de no valor de R\$ 7.300,00, bem como ao pagamento de indenização a ser revertida em favor da reclamante, no valor de R\$ 73.000,00” (fl. 610).

Isso porque o juízo entendeu que “Como não é razoável crer desconheça, a parte — especialmente porque devidamente representada — as hipóteses de cabimento de embargos de declaração, entendo esteja agindo mediante manifesto abuso do direito de defesa. Litiga, pois, de má-fé, atraindo, com isso, a incidência do que estabelece o art. 17, incisos IV (opuser resistência injustificada ao andamento do processo); V (proceder de modo temerário em qualquer

incidente ou ato do processo) e VI (provocar incidentes manifestamente infundados), do CPC”.

Efetivamente, como se viu no item do vale-refeição, não houve manifestação a respeito do possível abatimento de valores já adimplidos pela primeira reclamada. Portanto, não se vê motivos para a condenação em litigância de má-fé, pois não verificada, no presente feito, nenhuma das hipóteses dos incisos do art. 17 do Código de Processo Civil. Esta norma é a que cuida da atuação processual das partes.

Dá-se provimento parcial ao recurso, para absolver o reclamado da condenação ao pagamento de indenização por litigância de má-fé.

9. Do dano moral. Da indenização

Insurge-se a reclamada contra a condenação ao pagamento de indenização por dano moral. Sustenta, em síntese, que “restou comprovado pelo depoimento das testemunhas da ré que, apesar da cobrança de metas, diga-se, prática comum da iniciativa privada, estas não eram exorbitantes, tampouco geravam algum tipo de punição ao empregado que não as cumpria” (fl. 642). Aduz que “não humilhou a recorrida, nem submeteu a mesma a situação vexatória”. Postula a reforma.

Na sentença, o Juízo *a quo* concluiu: “A prova oral ampara a tese obreira no sentido de que a autora e seus colegas de trabalho eram vítimas de tratamento ofensivos pelos superiores hierárquicos. A primeira testemunha inquirida, ex-supervisora da demandante, relata a orientação institucional para agir com excesso de rigor e impor pressão totalmente inadequada aos empregados da ré “que atuou como supervisora da reclamante... que tinha de cobrar metas dos atendentes e tinha de fazê-lo no próprio local onde eles trabalhavam; que tinha orientação para chamar os atendentes de incompetente e de fazer constantes comparações entre eles; que também era orientada a ameaçá-los constantemente de demissão; que só podia liberar os atendentes para ir ao banheiro 5 minutos por dia; se extrapolassem esse período tinha de

chamá-los”. A testemunha Zaira confirma os mesmos fatos ofensivos à dignidade dos trabalhadores, inclusive em relação à autora: “que sofriam pressões por metas; que alguns supervisores eram mais agressivos que outros; que lembra da supervisora Débora que cobrava a reclamante ameaçando-a de dispensa e comparando-a com os colegas; que só podiam utilizar 5 minutos da jornada para ir ao banheiro”. Embora as testemunhas apresentadas pela ré neguem haver presenciado pressões ou ofensas em relação à demandante, confirmam a existências de cobrança pelo atingimento de metas, que são realizados “feedback” mediante “chamada” à mesa do supervisor ou diante dos outros colegas, em “conversas” de até uma hora, o que, absolutamente, não abona a conduta da empregadora, tampouco contraria especificamente o relatado pelas testemunhas inquiridas.”, condenando a reclamada ao pagamento de “indenização por danos morais que fixo em importe equivalente a **10 salários mínimos**, a ser corrigida pelos mesmos critérios aplicáveis aos débitos trabalhistas, a partir da data de publicação da sentença” (grifos atuais).

Examina-se.

A reclamante informa em seu depoimento pessoal que: “que sofria pressão por metas; que até para ir ao banheiro precisava de autorização; que não foi dispensada nem quando seu filho teve febre e passou mal na escola; que em uma oportunidade seu filho sofreu queimaduras que o deixaram enfaixado por três meses; que apresentou atestado na empresa mas mesmo assim não foi dispensada do trabalho; (...)”.

A testemunha Patricia Cristina dos Passos, que trabalhou na primeira reclamada como supervisora afirma que “*tinha de cobrar metas dos atendentes e tinha de fazê-lo no próprio local onde eles trabalhavam; que tinha orientação para chamar os atendentes de incompetente e de fazer constantes comparações entre eles; que também era orientada a ameaçá-los constantemente de demissão; que só podia liberar os atendentes para ir ao banheiro 5 minutos por*

dia; se extrapolassem esse período tinha de chamá-los”.

Da mesma forma a testemunha Zaira Coelho Ferreira afirma que “*sofriam pressões por metas; que alguns supervisores eram mais agressivos que outros; que lembra da supervisora Débora que cobrava a reclamante ameaçando-a de dispensa e comparando-a com os colegas; que só podiam utilizar 5 minutos da jornada para ir ao banheiro”*”.

Também resta claro pelos depoimentos mencionados na sentença que havia cobrança de metas “*mediante “chamada” à mesa do supervisor ou diante dos outros colegas, em “conversas” de até uma hora, o que, absolutamente, não abona a conduta da empregadora, tampouco contraria especificamente o relatado pelas testemunhas inquiridas”*

A indenização por danos morais se justifica quando comprovado que a empregada foi atingido em sua esfera de valores não patrimoniais, nos termos do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Nesse contexto, concorda-se com a sentença.

Quanto ao valor da indenização por dano moral, são oportunas algumas considerações. Dentro do quadro mais geral dos processos habitualmente em exame, se pode afirmar que lesão em análise tem gravidade leve. A reclamada não é de pequeno porte. A duração do contrato é próxima a trinta e seis meses. Sendo assim, nestes autos, se mantém o valor arbitrado considerando-o o mais razoável para a indenização por dano moral.

Sentença mantida.

10. Da indenização por danos social (dumping social). Julgamento extra petita. Quantum indenizatório

A primeira reclamada, Atento Brasil S.A., insurge-se contra a Sentença que condenou as reclamadas, de forma solidária, ao pagamento de indenização pela prática de “*dumping social*”. Sustenta que o presente feito deve ter a sua

decisão totalmente reformada, por evidente equívoco no julgamento quanto a condenação ao pagamento de tal parcela, uma vez que não houve qualquer pedido, nesse sentido, na peça vestibular. Salienta que não há amparo jurídico para a condenação titulada, uma vez que visa criar fundo em conta judicial para satisfação de crédito oriundo de outras ações trabalhistas arquivadas com dívida na unidade judiciária do juízo de origem. Alega que, ainda que se considerasse existente a lesão referida na Sentença, decorrentes dos inúmeros processos contra a mesma reclamada nos mesmos aspectos, ainda assim careceria de iniciativa a indenização impingida na Sentença, uma vez que determinada de ofício. Afirma que na presente ação a reclamante postula alguns direitos que não teriam sido alcançados pela empregadora e requer o deferimento das verbas correspondentes, sendo uma reclamatória trabalhista normal. Diz que, além disso, não “*agiu de forma temerária, não tentou induzir o Juízo em erro e sempre atuou no sentido de aprimorar toda e qualquer não conformidade anteriormente verificada*” (fl. 650). Postula a exclusão da condenação ao pagamento de indenização por “*dumping social*”.

Examina-se.

A **sentença** (fl. 606) condenou as reclamadas nos seguintes termos: “CONDENO as reclamadas ao pagamento de indenização pela prática de *dumping social*, em valor que fixo em **R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais)**, a ser corrigido na proporção dos créditos trabalhistas, a partir da data de publicação da presente decisão. O valor deverá ser depositado em conta à disposição do Juízo e será utilizado para **pagamento dos processos arquivados com dívida nesta Unidade Judiciária**, a iniciar pelo mais antigo, observada a ordem cronológica, na proporção de no máximo R\$ 10.000,00 para cada exequente”.

Primeiramente, cabe referir que no processo trabalhista, tendo em vista os princípios da celeridade e do aproveitamento dos atos processuais, o julgamento *extra petita* não acarreta

a nulidade da Sentença. Apenas se exclui parte excedente ao postulado, quando se verifica sua ocorrência.

Tendo por base as considerações iniciais expostas na Sentença e reproduzidas no item 5 e o conteúdo constante dos presentes autos, coaduna-se com o entendimento do juízo de origem acerca da conduta das reclamadas no que se refere ao agir de forma **reiterada e sistemática** na precarização e violação de direitos, principalmente os trabalhistas.

Destaca-se, em relação a essa questão, o enunciado aprovado na **1ª Jornada de Direito Material e Processual**, em 2007, realizada no **Tribunal Superior do Trabalho**, com a seguinte redação:

“4. “DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões recorrentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois como tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os arts. 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.”

Como bem exposto pelo juízo *a quo*, o entendimento inovador acima mencionado **é plenamente aplicável e socialmente justificável para a situação que estabeleceu na presente demanda**. Como já referido na sentença, “*quem não paga horas extras e comete distorções salariais para um grande número de empregados, aufere com isso vantagens financeiras que lhe permitem competir em condições de desigualdade no mercado. Nessa esteira, a confirmar o novo paradigma instaurado pela*

ordem constitucional de 1988, o art. 187 do Código Civil define como ilícito o ato praticado pelo “titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. É por isso que a atuação do grupo econômico — no presente feito e em tantas outras demandas em tramitação na comarca de Porto Alegre — implica verdadeiro dumping social, a perpetrar macrolesão que, por sua vez, exige um tratamento rigoroso e diferenciado, por parte do Poder Judiciário Trabalhista”.

Lembra-se, ainda, os fundamentos constantes do Processo n. 0058800-58.2009.5.04.0005, também da lavra da Juíza Valdete Souto Severo, nos seguintes termos: “(...) considerando o número expressivo de processos relatando realidade de contumaz e reiterada inobservância dos mais elementares direitos humanos (nem sequer refiro os trabalhistas, mas apenas aqueles decorrentes do necessário respeito à integridade moral dos trabalhadores), entendo esteja a reclamada a praticar o que a jurisprudência trabalhista vem denominando “dumping social”. (...) Ao desrespeitar o mínimo de direitos trabalhistas que a Constituição Federal garante ao trabalhador brasileiro, a empresa não apenas atinge a esfera patrimonial e pessoal desse ser humano, mas também compromete a própria ordem social. Atua em condições de desigualdade com as demais empresas do mesmo ramo, já que explora mão de obra sem arcar com o ônus daí decorrente, praticando concorrência desleal.

Em um país fundado sob a lógica capitalista, em que as pessoas sobrevivem daquilo que recebem pelo seu trabalho, atitudes como aquela adotada pela reclamada se afiguram ofensivas à ordem axiológica estabelecida. Isso porque retiram do trabalhador, cuja mão de obra reverte em proveito do empreendimento, a segurança capaz de lhe permitir uma interação social minimamente programada. (...) Ou seja, ao colocar o lucro do empreendimento acima da condição humana daqueles cuja força de trabalho justifica e permite seu desenvolvimento como empresa.

Na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada pelo TST, em 23.11.2007, da qual participaram operadores de todas as áreas do direito do trabalho, foi aprovado Enunciado dispendo: “DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. (...)

O professor Eugênio Facchini Neto, ao tratar da função social da responsabilidade civil, refere que “se o Direito, muitas vezes, sente-se incapaz para evitar e neutralizar os riscos, se os danos são inevitáveis, frutos inseparáveis da convivência social e do desenvolvimento tecnológico, ao menos o Direito deve buscar formas de fornecer segurança jurídica, no sentido de que todo o dano injusto (entendendo-se por dano injusto todo aquele para o qual a vítima não deu causa) deve ser, na maior medida possível, reparado”. O autor conclui o texto declarando: a ideia de função social, no âmbito do direito privado, está ligada ao valor da solidariedade. A própria solidariedade, na verdade, nada mais é do que uma consequência jurídica da inerente socialidade da espécie humana. Se a pessoa humana não consegue sobreviver senão em sociedade, se dependemos diuturnamente de outras pessoas, não só para vivermos com qualidade de vida, mas até mesmo para sobrevivermos, então resta claro que o que quer que façamos tem repercussão na vida de outrem. O Direito deve levar isso em consideração”. Esse é o fundamento axiológico da noção de reparação do dano social, que atinge não apenas a esfera individual, mas também essa sociedade, que pretendemos seja justa e solidária. (FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre, v. 34, n.105, p. 153-188, mar. 2007).” Portanto, entende-se que, no caso, as reclamadas cometeram o denominado **dumping social**.

Dessa forma, afigura-se razoável, diante da situação posta no processo, manter a Sentença que condenou as reclamadas, solidariamente, ao pagamento de indenização a título de *dumping social*. Entende-se razoável, contudo, reduzir o valor da condenação que foi arbitrado em R\$ 700.000,00 para **R\$ 100.000,00**. Para

tanto, recorde-se que as lesões aqui tratadas, nos demais itens, são aquelas que habitualmente tem ocorrido. Ademais trata-se de ação individual.

Registre que a condenação solidária das reclamadas se justifica como forma de se coibir a conduta reiterada e sistemática de contratação de mão de obra irregular e precária, bem como para se coibir o agir do qual resulte em outras violações como as constatadas nos presentes autos e já referidas.

Salienta-se, ainda, e de conformidade com o já exposto pelo juízo de primeiro grau, que não há falar em julgamento *extra petita*, diante dos fundamentos retro expendidos. Não há falar, também, em violação de dispositivos legais e constitucionais, principalmente os referidos nos recursos.

Em relação à **destinação do valor arbitrado** a título de *dumping* social, é razoável que tal valor seja destinado ao “Fundo de Defesa dos Direitos Difusos”, criado pela **Lei n. 7.437/85**, cujo objetivo é promover a reparação dos bens lesados e não sendo mais possível, os valores devem ser destinados a uma finalidade compatível. Sobre a questão, lembre-se o artigo do Juiz Rodrigo Trindade de Souza, “**PUNITIVE DAMAGES E O DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal.**”.

Dá-se provimento parcial ao recurso ordinário da primeira reclamada para reduzir a condenação ao valor de R\$ 100.000,00, a título de “**dumping social**”.

11. Dos descontos fiscais e previdenciários

Os descontos previdenciários e fiscais devem ser autorizados, uma vez que decorrem de obrigação legalmente imposta. Nesse sentido, a Súmula n. 25, deste Tribunal Regional:

“DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. São cabíveis, independentemente de sua previsão no título judicial, resguardada a coisa julgada”.

Considera-se que o imposto de renda incidente sobre as parcelas tributáveis deve ser realizado incontinenti, por se tratar de norma cogente de ordem pública. Neste sentido, o entendimento da recente Súmula n. 51 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região dispõe:

“DESCONTOS FISCAIS. BASE DE CÁLCULO. “Os descontos fiscais incidem, quando do pagamento, sobre o valor total tributável, monetariamente atualizado, excluídos os juros de mora.”

Quanto aos descontos previdenciários, devem ser autorizados na forma do art. 43 da CLT e Provimento n. 01/96 da CGJT.

A forma de cálculo dos referidos descontos deve atender ao entendimento contido na Súmula n. 26 deste Tribunal Regional, *in verbis*:

“DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. BASE DE CÁLCULO. Os descontos previdenciários apuram-se mês a mês, incidindo sobre o valor histórico sujeito à contribuição, excluídos os juros de mora, respeitado o limite máximo mensal do salário-de-contribuição, observados as alíquotas previstas em lei e os valores já recolhidos, atualizando-se o valor ainda devido”.

Dá-se provimento ao recurso ordinário da reclamada para autorizar os descontos previdenciários e fiscais na forma das Súmulas ns. 26 e 51, deste Tribunal Regional.

12. Da aplicação do art. 475-J do CPC.

Pretende a recorrente a reforma da decisão que determinou a aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC, para o caso de descumprimento da decisão nas condições e prazos ali previstos para cumprimento da decisão. Entende que a regra do artigo citado não tem aplicação subsidiária ao processo do trabalho, porque existente regra específica na CLT (art. 880, *caput*), a qual nada refere acerca de acréscimo para hipótese de não satisfação voluntária do crédito exequendo.

A questão atinente à aplicabilidade do disposto no art. 475-J, do CPC, com a redação dada pela Lei n. 11.232, de 22.12.2005, tem sido examinada por este Tribunal Regional, havendo, inclusive, o entendimento de que

inaplicável ao processo do trabalho a multa prevista no art. 475-J do CPC, na medida em que a CLT possui regramento próprio regendo a execução (CLT, art. 880). Nesse sentido, a Decisão no Processo n. 00953-2003-102-04-00-8, publicado em 17.8.2007, da 2ª Turma, em que relatora a juíza Carmen Gonzalez, bem como a decisão no Processo n. 01251-2002-003-04-00-9, da 7ª Turma, publicado em 24.1.2007, em que relatora a Juíza Maria Inês Cunha Dornelles.

Também pertinente a abordagem de Manoel Antônio Teixeira Filho, sobre a matéria, In: “As Novas Leis Alterantes do Processo Civil e Sua Repercussão no Processo do Trabalho”, LTr, São Paulo, v. 70, n. 03, março de 2006. p. 287, lembrando que a CLT não é omissa quanto ao procedimento para a execução por quantia certa.

No caso, não se percebe utilidade quanto à celeridade para aplicação da multa em análise.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso ordinário da reclamada para afastar a aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC.

13. Dos honorários advocatícios

A reclamante postulou honorários advocatícios. Igualmente apontou sua difícil situação econômica, fl. 13.

A sentença deferiu o pagamento de honorários de 15% do valor da condenação.

Contra tal decisão insurge-se a primeira reclamada.

Examina-se.

Entende-se que são devidos os honorários ao seu procurador, na base de 15% do montante da condenação, sendo cabível a aplicação da Lei n. 1.060/50, que regula, em geral, a assistência judiciária gratuita, ainda que sem juntada a credencial sindical. Medite-se que outra interpretação desta mesma Lei, com base na Lei n. 5.584/70, implicaria em sustentar o monopólio sindical da defesa judicial dos trabalhadores, o que seria ineficiente para muitos trabalhadores.

Recorde-se, ainda, que ao Estado incumbe a prestação de assistência judiciária aos necessitados, nos termos do art. 5º, LXXIV da Constituição, motivo pelo qual não pode adotar o expresso em diversas manifestações jurisprudenciais do TST, valendo salientar que a Instrução Normativa 27 do mesmo já admite o cabimento de honorários para as demais ações, sobre relações de “trabalho”. Ademais, em setembro de 2005, o Pleno do TRT desta 4ª Região cancelou sua anterior Súmula n. 20 no sentido do descabimento dos honorários buscados.

Nega-se provimento.

Ante o exposto,

ACORDAM os Magistrados integrantes da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por maioria, vencidos os Desembargadores Flávia Lorena Pacheco quanto aos honorários advocatícios e quanto a manutenção da condenação ao pagamento de “*dumping social*” e Luiz Alberto de Vargas quanto a redução do valor arbitrado a título de “*dumping social*”, dar provimento parcial ao recurso da primeira reclamada para autorizar o abatimento dos valores já pagos sob o mesmo título de vale-refeição e autorizar o desconto da parcela de responsabilidade do empregado; para absolvê-la da condenação ao pagamento de indenização por litigância de má-fé; para reduzir a condenação ao valor de R\$ 100.000,00, a título de “*dumping social*”, observada a destinação fixada na fundamentação; para autorizar os descontos previdenciários e fiscais na forma das Súmulas n. 26 e 51, deste Tribunal e para afastar a aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC.

Valor da condenação reduzido em R\$ 680.000,00, para os fins legais.

Intimem-se.

Porto Alegre, 30 de março de 2011 (quarta-feira).

DESEMBARGADOR RICARDO CARVALHO FRAGA

Relator

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região

- **ACIDENTE DE TRABALHO. NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTENTE. DANOS MORAIS E MATERIAIS INDEVIDOS.** Evidenciando-se pelo conjunto probatório a inexistência de nexo de causalidade entre a morte do empregado e o acidente de trabalho sofrido nas instalações da empresa, em razão da força maior, improcede a condenação da empregadora ao pagamento de indenização por danos morais e materiais à mãe do obreiro falecido.

Processo: 0000749-32.2010.5.14.0008

Recurso Ordinário: 00749.2010.008.14.00-1

Órgão julgador: 1ª turma

Origem: 8ª Vara do Trabalho de Porto Velho – RO

Recorrente(s): Júlia Santos Amaral

Advogado(s): Haroldo Lopes Lacerda e Outra

1º Recorrido(s): Miranda Filho Construções Ltda.

Advogado(s): Nelson Canedo Motta

2º Recorrido(s): Energia Sustentável do Brasil S/A.

Advogado(s): Rochilmer Mello da Rocha Filho e Outros

3º recorrido(s): Construtora B.S. S/A.

Advogada(s): Ana Graziela Ribeiro d'Alessandro e Outros

Relatora: Desembargadora Maria Cesarineide de Souza Lima

Revisor: Juiz Convocado Shikou Sadahiro

1. Relatório

Trata-se de recurso ordinário (fls. 498/536) interposto pela reclamante contra a sentença de fls. 469/480-v, que julgou improcedentes os pedidos de indenização por dano moral, de pensão mensal, de indenização por dano psicológico, de despesas de tratamento médico e psicológico e de juros e correção monetária.

Em suas razões (fls. 499/536), a recorrente alega ter direito à indenização por danos morais, sob o fundamento de que a morte de seu filho, Sr. Leonardo Santos Amaral (ex-empregado da 1ª reclamada), foi causada por motivo de acidente de trabalho, conforme atestam as informações extraídas do atendimento médico, do laudo tanatoscópico e da certidão de óbito.

Assevera, ainda, que a segunda e terceira reclamadas devem responder solidária ou subsidiariamente pelos danos, e que o pleito deve ser analisado sob a ótica da responsabilidade objetiva, tendo em vista que as recorridas desenvolvem atividades de risco por pertencerem ao ramo da construção civil.

Asseguram que as envolvidas foram negligentes na observância das normas de higiene e segurança dos empregados e não prestaram os cuidados necessários ao ex-obreiro, o que teria sido determinante para a sua morte.

Requereram, finalmente, que sejam as empregadoras condenadas a pagar indenização por danos materiais e morais, em decorrência do abalo íntimo sofrido com a perda de seu filho.

Contrarrazões apresentadas pela 1ª reclamada (fls. 539/559) e pela 3ª reclamada (fls. 561/572), ambas pugnando pela manutenção da sentença.

Notificada regularmente, a 2ª reclamada deixou transcorrer em branco o prazo para contrarrazoar.

Desnecessária a intervenção do Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 89 do Regimento Interno deste Tribunal.

2. Fundamentos

2.1. Conhecimento

Recurso tempestivo (fls. 496 e 498) e devidamente instrumentado (fl. 43). Isenta a recorrente do recolhimento das custas processuais, em face da assistência judiciária gratuita (fls. 469/480).

Tempestivas as contrarrazões apresentadas, respectivamente, às fls. 539/560 e 561/572, pela MIRANDA FILHO CONSTRUÇÕES LTDA. e CONSTRUTORA B.S. S/A. Por sua vez, intimada (fls. 538-v), a 2ª reclamada deixou de apresentar recurso.

Assim, decide-se conhecer do recurso ordinário e das contrarrazões.

2.1.1. Preliminares de ilegitimidade passiva da terceira reclamada (Construtora B.S. S/A.)

Entende a terceira reclamada (Energia Sustentável do Brasil S/A) ser parte ilegítima para compor o polo passivo da lide, o que sustenta com fulcro na inexistência de vínculo de subordinação jurídica.

Rejeita-se a preliminar, em razão de que o fundamento invocado não resvala na ausência das condições da ação, pois adentra no caráter meritório da demanda, momento em que o óbice deverá ser analisado.

Preliminar rejeitada.

2.2. Mérito

Aduz a recorrente que seu filho foi contratado, em 1º.7.2009, pela 1ª recorrida (MIRANDA FILHO CONSTRUÇÕES LTDA.) para trabalhar na construção da cidade de Nova Mutum, situada nas imediações de Jaci Paraná (distrito de Porto Velho), na função de servente de construção civil, recebendo R\$ 481,77 (quatrocentos e

oitenta e um reais e setenta e sete centavos) como último salário.

Registra que o filho sofreu acidente de trabalho no dia 3.7.2009 (sexta-feira), quando, ao realizar determinado serviço, se desequilibrou e caiu em uma vala, causando trauma na coluna cervical e muitas dores; que foi atendido por uma enfermeira, pois no local não havia médico; que ficou abandonado no alojamento no sábado, sem qualquer assistência; que passou a receber comida dos próprios colegas, pois não conseguia se deslocar até o refeitório; que continuou sem assistência nos dias seguintes; que, em 9.7.2009, a 1ª recorrida (MIRANDA FILHO CONSTRUÇÕES LTDA.), ao tomar ciência da mobilização dos companheiros para enviar o colega abalado até Porto Velho, prontificou-se a conduzi-lo ao Pronto Socorro João Paulo II; que em virtude de a empresa tê-lo abandonado no hospital, ele foi medicado e liberado para ficar em casa, sendo conduzido pela empregadora à casa de sua mãe.

Pontua, ainda, que, em 13.7.2009, por insistência de seus familiares, a 1ª recorrida (MIRANDA FILHO CONSTRUÇÕES LTDA.) levou o Sr. Leonardo para fazer exames em uma clínica, porém, resistiu à proposta da família de que o obreiro fosse internado em um hospital particular ou conduzido ao hospital público; que a empresa limitou-se a realizar exames simples e baratos, pois não arcaria com exames mais caros; que, em 14.7.2009, após a realização de exames parciais, a empresa levou o empregado para sua casa, não cedendo, novamente, à pressão dos parentes para internar o empregado ou adotar medidas mais efetivas para ajudá-lo, haja vista que o acidentado não conseguia mais se locomover, vindo a padecer de dores agudas; que, na madrugada do dia 15.7.2009, a família conduziu o Sr. Leonardo ao Hospital João Paulo II, local onde veio a falecer em consequência do prefalado acidente laboral.

Afirma, por derradeiro, que a empregadora relutou em emitir a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT), e que o fez somente após

a morte do obreiro e, ainda assim, devido aos insistentes rogos de seu núcleo familiar.

Por seu turno, a primeira recorrida (MIRANDA FILHO CONSTRUÇÕES LTDA.) redarguiu que o Sr. Leonardo recebeu todos os EPIs (fls. 137); que ele reclamou de uma “fisgada na perna direita” e que não houve qualquer queda ou escorregão; que, no dia seguinte (4.7.2009), o acidentado passou a tarde em Jaci Paraná com quatro amigos e um irmão; que estes perderam o ônibus de retorno ao alojamento; que o obreiro participou de uma noitada em um bar, e que ali se envolveu em uma briga para apartar um de seus irmãos, ocasião em que sofreu pancadas na cabeça; que o Sr. Leonardo retornou no domingo, sendo que nesse dia teria, inclusive, jogado bola com os colegas; que na 2ª feira o Sr. Eliseu Aloisio, percebendo que o empregado estava mancando, o encaminhou à enfermaria; que o obreiro descansou na 3ª e 4ª-feiras e, na 5ª-feira, o encarregado o levou ao João Paulo II.

Afirma que, nesse período, prestou toda a assistência possível ao acidentado e à sua família, o que o fez por meio do pagamento das despesas de exames e consultas, da compra de remédios, de adiantamentos para locomoção, bem como pela quitação dos custos do funeral e sepultamento do falecido, consoante atestam os recibos e documentos juntados às fls. 145/174.

Ressalta, ao final, que o Sr. Leonardo jamais relatou a ocorrência de pancadas e/ou dores na cabeça ou na medula cervical, ao revés, afirmou sentir apenas uma fisgada na perna, imediatamente ao mencionado acidente. No que tange à demora na emissão da CAT, acentua que não estava convicta de que a dor na perna pudesse ser reconhecida como acidente de trabalho, encontrando dificuldades para enquadrar o caso específico do funcionário.

A recorrente assevera, prefacialmente, que a atividade da empresa, sendo de risco, atrairia a responsabilização objetiva, na forma do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Entretanto, cumpre analisar se a atividade normalmente

desenvolvida pela autora do dano implica, no plano global, em risco para todos os empregados, independentemente da função exercida.

Abstrai-se dos autos que o Sr. Leonardo, na função de servente de construção civil, executava serviços de rede de água e esgoto, fato que, em si mesmo, não tem o condão de emanar à atividade da empregadora um risco maior que o normalmente suportado pela coletividade. Infere-se, portanto, que o pleito deverá ser apreciado à luz dos requisitos da responsabilidade subjetiva, seguindo-se à análise de sua possível configuração, com supedâneo no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988.

Insta sublinhar que, diversamente da responsabilidade objetiva, em que é suficiente a demonstração de nexos causal entre a conduta comissiva ou omissiva e o dano, a responsabilidade subjetiva estabelece a obrigação de indenizar apenas quando o sinistro vier a ser causado por ato do empregador, porque é fundada na conduta ilícita (dolosa ou culposa), à dicção dos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil. Outrossim, é mister averiguar se estão reunidos, no vertente caso, todos os elementos necessários à deflagração do dever reparatório, lastreado nos dispositivos supracitados.

Analisando-se o conjunto probatório, é de se notar que o dano é patente, conforme demonstra a certidão de óbito de fl. 72, onde se lê que a causa da morte foi “traumatismo raquimedular/edema cerebral e pulmonar/lesão de órgão nobre/acidente de trabalho queda”. Todavia, impende esclarecer a existência de liame causal entre o aludido acidente de trabalho e a “causa mortis” declarada no referido documento público.

Faz-se ressalva, nesse ponto, no sentido de que o caso específico dos autos revela que as peculiaridades de como se chegou ao veredito de que teria ocorrido, de fato, um típico acidente de trabalho, não restou assente de dúvidas quanto às suas circunstâncias.

Respalda-se a assertiva acima tanto pela dúvida da empregadora, que encontrou dificuldade

para proceder ao preenchimento e emissão da CAT (visto que tanto o acidentado quanto as pessoas que presenciaram o acidente não o reportaram imediatamente à empresa), quanto pelos depoimentos prestados em juízo, considerando que, das seis testemunhas ouvidas, apenas os senhores Samuel Miranda de Souza (fl. 461-v) e Raiflan de Lima Passo (fl. 463) afirmaram ter presenciado o acidente, sendo que apenas o último relatou ter visto o Sr. Leonardo descer a vala. É de se levar em conta, ainda, que a sócia da 1ª recorrida (MIRANDA FILHO CONSTRUÇÕES LTDA.), em seu depoimento, declarou: “nenhum funcionário mencionou ter presenciado o acidente do Leonardo” (fl. 460).

Conclui-se, portanto, que as circunstâncias em que o acidente de trabalho chegou ao conhecimento das partes, bem como a ausência de um diagnóstico preciso por parte dos médicos que examinaram o empregado, dificultaram a apreciação da verdade real. Entrementes, superar-se-á essa questão, a fim de que o pleito seja analisado a partir do contexto fático do acidente de trabalho em cotejo com o conteúdo probatório do processo.

Destaca a recorrente que, no caso em tela, a 1ª recorrida (MIRANDA FILHO CONSTRUÇÕES LTDA.), ao não proporcionar aos empregados um meio ambiente de trabalho seguro, teria sido responsável pela fatalidade. Assim, deve ser obrigada a reparar o dano, em razão do descumprimento das normas legais de segurança, higiene e saúde, que lhe são impostas pela lei.

Observa-se, porém, que a recorrente não trouxe aos autos qualquer elemento de prova capaz de confirmar a negligência da empregadora no seu dever de garantir um ambiente de trabalho seguro. É mister salientar que, em condições normais, um desnível de 60 (sessenta) centímetros de profundidade não oferece, por si só, condições de periculosidade, em que pese à inexorabilidade do infortúnio, presente em qualquer atividade humana.

No tocante ao fornecimento dos equipamentos de proteção individual, a 1ª testemunha da

reclamante, Sr. Domingos Sávio Barbosa da Silva, esclareceu que todos os empregados, inclusive o Sr. Leonardo, utilizavam no trabalho botas, óculos, protetor no pescoço, protetor no ouvido, luvas e capacete, pois havia muitos fiscais no local (fl. 461-v).

No mesmo sentido, a segunda testemunha do obreiro, Sr. Samuel Miranda de Souza, confirma que ele usava EPI na hora do acidente (fl. 462). Ademais, o termo de entrega de equipamentos de proteção individual, juntado à fl. 137, confirma o cumprimento da NR-6 pela recorrida.

De outro lado, compulsando-se os documentos de fls. 159/174, os quais demonstram que a recorrida custeou as despesas referentes aos remédios, às consultas particulares, aos exames radiológicos em clínicas particulares, aos deslocamentos e ao serviço funerário, bem como a afirmação do Sr. Domingos Sávio Barbosa da Silva, de que o encarregado trouxe o Leonardo até o João Paulo II, aguardou o atendimento e os levou para casa (fl. 461), é estreme de dúvidas que a 1ª recorrida (MIRANDA FILHO CONSTRUÇÕES LTDA.), longe de ter abandonado o empregado à própria sorte, prestou todos os cuidados imediatos e cabíveis ao obreiro acidentado.

Afastada as alegações de negligência nas condições de segurança dos empregados e de falta de assistência, urge investigar se a lesão sofrida pelo Sr. Leonardo, no ambiente laboral, corresponde à causa da morte lançada no laudo tanatoscópico de fls. 70/71, no qual se declara que o instrumento contundente para o óbito teria sido a queda.

Nesse senda, importa assinalar que, conquanto o laudo tanatoscópico tenha concluído que “a vítima viera a falecer de traumatismo raquimedular, com edema cerebral e de órgãos nobres (pulmões), causados por instrumento contundente (queda)”, as provas constantes dos autos não subsidiam essa ilação. Quanto ao local da lesão, os excertos abaixo (extraídos dos depoimentos) dissipam as dúvidas:

“Ele relatou que tinha se machucado, escorregado e machucado a perna” (Júlia Santos Amaral, mão de Leonardo, fl. 459); “o Leonardo disse para o Eliseu que sentiu uma fisgada na perna” (Sra. Maristela, sócia da 1ª reclamada, fl. 459-v); “ele estava ‘puxando a perna’ dizendo que estava machucado” (1ª testemunha do reclamante, fl. 461); “quando ele foi descer, sentiu uma fisgada na perna e sentou na beira do barranco” (2ª testemunha do reclamante, fl. 461-v); “ele foi descer uma vala e torceu a perna” (3ª testemunha do reclamante, fl. 463); “o depoente perguntou o que houve e ele disse que tinha escorregado e bateu a perna” (1ª testemunha da reclamada, fl. 463-v).

Perante tais constatações, o conjunto probatório evidencia a inexistência de elementos objetivos que permitam afirmar que o acidente sofrido pelo trabalhador (queda com lesão na perna) guarda nexos de causalidade com a lesão que teria causado a morte do trabalhador (traumatismo raquimedular).

Em suma é que, provavelmente, remanesceram fatos que poderiam ter influenciado no agravamento do fatídico acidente, chegando a recorrida, nesse ponto, a levantar suspeitas de que o Sr. Leonardo, nos dois dias seguintes à sua queda (4 e 5.7.2009), teria se envolvido em briga na qual teria levado pancadas na cabeça e jogado futebol (fls. 543/544). No entanto, embora essas alegações permitam construir conjecturas envolta aos fatos suso debatidos, elas não merecem consideração, porque eivadas de força probante e por demais abstratas, carentes de demonstração no plano concreto, pelo que se revelam inaptas à apreciação judicial.

Não há que se olvidar, porém, que esta relatora se solidariza com a dor desta família, motivo pelo qual deixa registradas estas palavras que tentam expressar o sentimento de quem também é mãe:

Dói em mim, como relatora,
ter que lhe dizer,
mãe recorrente,

que a decisão monocrática,
infelizmente,
não há como reformar,
uma vez que não há nos autos elementos
probatórios
que possam comprovar o alegado em seu
petitório.
Não! Não pense que a juíza de primeiro grau,
que também é filha,
ou nós, juízes integrantes da 1ª Turma deste
Regional,
que somos também pais,
sejamos insensíveis, frios ou máquinas de dizer
o direito.
Não! Não é essa a nossa trilha,
pois, além das leis dos homens, também rogamos
a Deus sabedoria.
Todavia,
não temos o dom para curar todos os males,
todos os ais...
Somos apenas seres humanos,
cuja missão, embora vocacionada,
é árdua, é espinhosa,
e necessita, ao julgar,
ouvir, não apenas uma, mas todas as vozes que
constam de um processo.
E sendo sabedores de sua imensa dor,
pois, como disse Giuseppe Ghiaroni
“perder o filho é como achar a morte,
perder o filho quando grande e forte,
quando já podia ampará-la e compensá-la,”
recorremos nós, julgadores,
mediante o recurso da oração,
à Mãe de Deus,
que assim como você, mãe recorrente,
perdeu seu filho Jesus tão precocemente.
Que Ela possa aliviar os seus sofrimentos,
ó mãe sofredora,
E com você atravessar esse vale da morte,
tornando-lhe uma mulher ainda mais aguerrida,
mais forte,
apesar da dor e da saudade
que habitam seu coração,
que não calam no seu peito.
Entretanto, você precisa seguir em frente,
enxugue o pranto, saia do leito,
há outros filhos que necessitam dos seus feitos,
de sua devoção.
Que Deus lhe proteja, mãe recorrente,
Em todos os caminhos desta vida.

Às vezes sofrida,
mas, sempre querida,
E que Ele cure as suas mágoas, suas feridas.

Em face dos argumentos alinhavados, não se pode afirmar que a 1ª recorrida MIRANDA FILHO CONSTRUÇÕES LTDA. (ou a prestação do serviço) foi a causadora do sinistro, ou que teria concorrido, direta ou indiretamente, para o agravamento do estado de saúde do funcionário falecido, motivo porque deve-se confirmar o julgado atacado, em que o juízo “*a quo*” reconheceu a ausência denexo causal entre o evento danoso e a conduta da empresa, situação que eximiu a 1ª recorrida (MIRANDA FILHO CONSTRUÇÕES LTDA.) do dever de indenizar.

Decorrencia lógica, torna-se despicienda a delimitação da responsabilidade de cada reclamada no presente litígio, motivo pelo qual se exclui qualquer responsabilidade das empresas ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL S/A. (2ª recorrida) e CONSTRUTORA B.S. S/A. (3ª recorrida).

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

2.3. Conclusão

DESSA FORMA, decide-se conhecer do recurso ordinário, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva, suscitada pela terceira reclamada CONSTRUTORA B.S. S/A., e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se a decisão de primeiro grau.

3. Decisão

ACORDAM os Magistrados integrantes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, à unanimidade, conhecer do recurso ordinário e rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva, suscitada pela terceira reclamada CONSTRUTORA B.S. S/A. No mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora. Sessão de julgamento realizada no dia 6 de abril de 2011.

Porto Velho-RO, de 6 de abril de 2011.

**MARIA CESARINEIDE DE SOUZA LIMA
DESEMBARGADORA-RELATORA**

Vara do Trabalho de Lorena – SP

- **EMENTA: FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DISPONIBILIZADO AO EMPREGADO. DEVER DO EMPREGADOR DE REPARAR O DANO, AINDA QUE O REGULAMENTO INTERNO CONTENHA CLÁUSULA DE DESONERAÇÃO DE RESPONSABILIDADE.** Ao manter estacionamento destinado a veículos dos empregados, com acesso nas proximidades da portaria do estabelecimento, inclusive com câmera de segurança voltada para aquele local, o que possibilitava controle de entrada e saída, a reclamada assumiu a obrigação de guarda e vigilância, não a desonerando de tal encargo a inserção em regulamento interno de cláusula no sentido de que não se responsabilizaria pelos danos causados a automóveis deixados em terrenos de sua propriedade. A disponibilização desse benefício estimulava os trabalhadores a deixarem seus veículos naquele local com relativa tranquilidade quanto à segurança, já que se tratava de estacionamento agregado às instalações empresariais, devidamente cercado e sinalizado. **ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO DANO MATERIAL.** A atualização monetária da reparação material incide desde a data da publicação da cotação de mercado do bem juntada aos autos.

Processo: 0138300-49.2008.5.15.0088

Recurso Ordinário em Procedimento Sumaríssimo

2ª Turma — 4ª Câmara

Recorrente: Gentil César dos Reis Velloso

Recorrido: Roseli Aparecida Benfica Velloso

Recorrido: Yakult S.A. Indústria e Comércio

Origem: Vara do Trabalho de Lorena

Juiz Sentenciante: André da Cruz e Souza Wenzel

Dispensado o relatório nos termos do art. 852-I da CLT.

VOTO

Conheço do recurso interposto, eis que presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

Insurge-se o recorrente contra a r. decisão que julgou improcedente a demanda, sob o

fundamento de que a reclamada não possuía dever de guarda e vigilância sobre o veículo do autor deixado no estacionamento externo da ré.

Sustenta em sede recursal que a recorrida ao colocar ampla área destinada a estacionamento de veículos deve arcar com o ônus de vigilância e guarda dos automóveis lá estacionados, devendo por imposição legal responder civilmente pelos danos causados por negligência no dever de vigiar.

As fotografias de fls. 56/62, trazidas com a defesa, evidenciam que a reclamada mantinha em suas cercanias um estacionamento, o qual, segundo a prova oral, era utilizado pelos seus empregados e pelos seus clientes.

Vê-se de fls. 58 que parte do estacionamento era coberta e destinava-se a bicicletas e motocicletas. A outra parte, embora sem cobertura, tinha a área destinada aos veículos delimitada por sinalização horizontal, em vagas individuais.

As fotos revelam que o estacionamento era inteiramente pavimentado, cercado por alambrado e continha uma entrada nas proximidades da portaria de acesso ao estabelecimento da reclamada.

Ao manter o estacionamento nessas condições, inclusive com câmara de segurança voltada para ele (fls. 103/104), a reclamada assumiu o dever de vigilância, não a desonerando de tal encargo a inserção em regulamento interno de dispositivo no sentido de que não se responsabilizaria pelos danos causados a veículos deixados em terrenos de sua propriedade, mesmo porque não se trata aqui de mera área desprovida de qualquer segurança. Trata-se, na verdade, de área cercada, destinada a estacionamento, com entrada a poucos metros da guarita.

Não há dúvida de que a disponibilização desse benefício estimulava os trabalhadores a deixarem seus veículos naquele local, com relativa tranquilidade quanto à segurança, já que, como dito, tratava-se de estacionamento agregado às instalações empresariais, devidamente preparado para receber e acomodar automóveis, motocicletas e bicicletas, inclusive com cobertura e sinalização.

Registre-se, por fim, que o caso dos autos não se confunde com aquelas situações em que os empregados deixam os veículos em vias públicas, nas proximidades da empresa, ou mesmo em recuos na área externa. Tratava-se,

como já dito acima, de estacionamento no interior da empresa, devidamente cercado e sinalizado.

Por tais razões, responderá a reclamada pelos danos causados ao obreiro, que em viagem para o exterior, a serviço, teve furtado o veículo que deixara no mencionado estacionamento.

Condeno a reclamada a pagar ao reclamante a importância de R\$ 6.500,00, preço do veículo furtado, conforme tabela encartada às fls. 15 dos autos, com atualização monetária a partir de 13.6.2007, data da publicação daquela cotação. Os juros de mora incidirão a partir da propositura da ação, na forma do art. 883 da CLT.

Não há, contudo, que falar em reparação de danos morais, uma vez que qualquer pessoa está sujeita a ter furtado o seu veículo, com todos os aborrecimentos e contratempos daí decorrentes.

Indevidos os honorários advocatícios, eis que ausentes os requisitos da Lei n. 5.584/70.

Isto posto, decido conhecer do recurso ordinário e dar-lhe parcial provimento para condenar a reclamada a pagar ao reclamante a importância de R\$ 6.500,00, a título de reparação de danos materiais, com atualização monetária a partir de 13.6.2007 e juros de mora a contar a da propositura da ação. Custas pela reclamada sobre o valor da condenação arbitrado em R\$ 10.000,00, no importe de R\$ 200,00.

Fabio Grasselli

Relator

Jurisprudência

Sentenças

5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS

PROCESSO: 007820-58.2009.5.04.0005

Vistos, etc.

ALESSANDRA DIAS BARRETO ajuíza ação trabalhista em face de ATENTO BRASIL S.A. e TELEFÔNICA S.A. aduzindo, em síntese, haver trabalhado para a primeira reclamada, sempre em benefício da segunda, de 9.11.2004 a 7.12.2007, tendo sido despedida sem de forma imotivada. Após breve exposição de fatos, em que afirma o descumprimento de diversos direitos trabalhistas, pede a condenação das reclamadas ao pagamento das parcelas que especifica às fls. 08-9. Postula, ademais, a concessão do benefício da assistência judiciária. Atribui à causa o valor de R\$ 30.000,00. Anexa documentos.

A segunda reclamada não comparece à audiência, nem justifica sua ausência, sendo declarada revel e confessa quanto à matéria de fato.

Rejeitada a conciliação, a primeira reclamada contesta o feito (fls. 171-212). Suscita a prescrição e refuta os argumentos expendidos pela autora, afirmando a improcedência da demanda. Requer, ademais, a compensação de valores pagos sob os mesmos títulos, além de autorização para retenção das contribuições previdenciárias e fiscais. Anexa documentos.

No prosseguimento da audiência, são colhidos depoimentos da autora, do preposto da primeira reclamada e de quatro testemunhas, encerrando-se a instrução.

As partes aduzem razões finais remissivas, restando infrutífera a nova tentativa de conciliação. Vêm os autos conclusos para a prolação da sentença.

Examino.

1. Prescrição

Considerada a data de ajuizamento da presente demanda e o período de vigência do contrato, inexistente prescrição a ser pronunciada, porque não decorrido o biênio desde a data da despedida, tampouco cinco anos desde o início da exigibilidade de qualquer das parcelas vindicadas. Rejeito.

2. Responsabilidade. Grupo econômico

Em razão dos documentos trazidos aos autos no Processo n. 1.159/2007, disponíveis na internet e, pois, de conhecimento público, que constituem Parecer Técnico exarado pelo Ministério da Fazenda, a propósito da aquisição, pela ATENTO, das empresas IBI Administradora e IBI Participações, é de ser reconhecida a existência de grupo econômico entre as reclamadas. No site do Ministério da Fazenda⁽¹⁾ é possível obter a cópia do aludido parecer, bem como de outro, também exarado pelo CADE, denominado Parecer n. 161/01/COGSE/SEAE/MF, de 20 de abril de 2001, em referência ao Ofício n. 1138/00/GAB/SDE/MJ, de 14.3.2000⁽²⁾, em que consta “Atento Brasil S.A. (“Atento”), **empresa do Grupo Telefônica S.A.**, de origem espanhola, com sede em São Paulo, atua nas áreas de *telemarketing* e *teletendimento*, sendo considerada a maior empresa de serviços “e-CRM” do Brasil e América Latina, com mais de 10 mil posições de atendimento e aproximadamente 20 mil funcionários especializados na gestão terceirizada de “*Call Center*” e soluções “e-CRM”. Informa que “*No Brasil, o Grupo Telefônica possui diversas empresas atuantes na área de telefonia fixa,*

(1) <<http://www.fazenda.gov.br>>.

(2) <<http://www1.seae.fazenda.gov.br/littera>>.

telefonia móvel, provimento de acesso à Internet, dentre outras, cuja lista completa encontra-se no item I.8 do questionário do Anexo I do CADE.” A informação é confirmada pelo site do Grupo Telefônica⁽³⁾, em que na composição do Grupo Telefônica aparece o Grupo ATENTO, especificando que entre os participantes do Grupo Telefônica na América Latina está a Telefônica S/A. Nos expressos termos do art. 2º, § 2º, da CLT, sempre que as sociedades, ainda que tenham personalidade jurídica própria, constituam grupo econômico “*serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas*”. No mesmo sentido, o art. 4º da Lei n. 6.830-80 trata da legitimidade para responder pelos créditos trabalhistas, dos responsáveis nos termos da Lei. A hipótese do art. 2º, § 2º, da CLT é de responsabilidade solidária expressamente prevista, sem que seja possível cogitar, em tal caso, de benefício de ordem. Isso porque a Lei equipara o grupo econômico à figura do empregador. Com efeito, a redação do artigo mencionado traz inequívoca a ideia de que as sociedades que compõem grupo econômico são solidariamente responsáveis ‘para os efeitos da relação de emprego’, e não apenas ‘nas obrigações’ dela decorrentes. Ora, empresa é “*a organização dos fatores da produção exercida, posta a funcionar, pelo empresário*”, “*o exercício de atividade produtiva*” (conforme MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito de Trabalho: direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr. 1992. v. II). Para o direito do trabalho, a concepção de empresa está necessariamente ligada aos meios concatenados para o fito de realizar um objeto comum e, com ele, obter lucro. No mesmo sentido, Mauricio Godinho Delgado define grupo econômico como “*a figura resultante da vinculação justrabalhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em*

(3) <http://www.telefonica.es/informeanual/site_portugues>.

decorrência de existir entre esses laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 386). Ou seja, é possível caracterizar grupo econômico, para os efeitos da relação jurídica de emprego, ainda quando as empresas o negam em âmbito comercial. No caso vertente, as reclamadas declaram espontaneamente a formação de grupo econômico, em seus veículos de comunicação de massa. Declaram essa realidade, ainda, perante o CADE, para efeito de ver cancelada a compra ou incorporação de empresas ao seu grupo. Não há, pois, como afastar a incidência do dispositivo legal antes mencionado, em hipótese como a vertida nos presentes autos. Trata-se da incidência do fenômeno que Russomano denomina despersonalização do empregador, ou seja, a equiparação da figura do empregador, por ficção jurídica, à empresa (ou seja, ao grupo econômico assim considerado). Diante desses elementos, sendo incontroverso nos autos que a mão de obra da reclamante sempre foi aproveitada pela segunda reclamada, e havendo prova robusta de que as empresas fazem parte do mesmo grupo econômico, DECLARO a responsabilidade solidária de ambas, pelos créditos porventura reconhecidos à autora na presente demanda.

3. Diferenças salariais por equiparação. Desvio de função

3.1. A reclamada contesta a equiparação salarial pretendida em relação aos paradigmas Luciana Regina Macedo de Quevedo e Julio Henrique Brombatti ao argumento de que desempenhavam funções distintas da autora. Não logra, contudo, provar o fato oposto como impeditivo do direito vindicado.

Observe-se, na espécie, que a simples diferença de denominação entre os cargos exercidos por um e outro trabalhador não constitui elemento suficiente a afastar a incidência da norma isonômica do art. 461 da CLT, já que se trata

de distinção artificial criada pela própria empregadora. Com efeito, admitir o estabelecimento de diferenças salariais com base tão somente na denominação da função atribuída pela empregadora equivaleria tornar letra morta a norma antes referida, autorizando a empregadora a promover distinções salariais injustificadas para trabalhos de igual valor. Assim, uma vez criada pela empregadora a discriminação remuneratória, deve ela provar a efetiva diferença de atribuições, especialmente quando, como no caso dos autos, verifica-se proximidade entre os conteúdos ocupacionais sugeridos pelo nome do cargo.

No caso em apreço, conforme já mencionado, a demandada não logra provar o fato impeditivo à aplicação da norma isonômica. Ao contrário, das 04 testemunhas inquiridas apenas as 02 primeiras revelam deter efetivo conhecimento dos fatos controvertidos, corroborando a tese obreira no sentido de que ela e a paradigma Luciana laboravam no mesmo local, executando as mesmas tarefas.

Por tudo o dito, e considerado, ainda, o referido pela autora em audiência no sentido de que postula a equiparação preferencialmente em relação à primeira paradigma, acolho a pretensão deduzida, para deferir à autora o pagamento de diferenças salariais por equiparação ao paradigma Luciana Regina Macedo de Quevedo, em valores a serem apurados em liquidação, observado o princípio da irredutibilidade salarial a partir da maior remuneração observada. Para fim de cálculo, deverá ser excluído o período em que existente prova nos autos quanto ao afastamento da autora em benefício previdenciário.

3.2. Havendo sido reconhecido que a demandada efetuava o pagamento de salário em importe inferior ao efetivamente devido à autora, defiro, também, o pagamento de diferenças de horas extras, aviso prévio, férias, com acréscimo de 1/3, 13^º salários e FGTS, com acréscimo de 40%, pelo cômputo das diferenças salariais ora reconhecidas como devidas.

4. Jornada

4.1. Como é de amplo conhecimento do Poder Judiciário Trabalhista em Porto Alegre, no Processo n. 00050-2005-027-04-00-7 (fls. 14-38) foi realizada diligência na sede da demandada, em que Oficialas de Justiça e servidor integrante do serviço de informática do TRT da 4^a Região aferiram a idoneidade do sistema de ponto eletrônico, são de conhecimento desta julgadora, já que apresentadas em outros processos ajuizados contra a primeira demandada. Conforme registrado nos aludidos documentos, foi constatada a existência de divergência entre os horários de *login* e *logout* no sistema da ré e os horários consignados nas folhas de controle de ponto. Certificaram as oficialas, a esse respeito, que, inobstante a informação de que vinculados os registros de horário ao acesso do trabalhador ao sistema informatizado, “*Comparando a Folha de Controle de Ponto do operador André Luiz de Avellar, relativa ao dia 10.8.2005, com o Relatório login/logout do Agente do mesmo dia, verifica-se que há divergência entre os horários constantes no referido relatório*”. Acrescentam, ainda, que também foi constatada a mesma divergência em relação à folha de controle de ponto de outros operadores. Nesses termos, resta evidenciada a infidelidade dos registros de horário mantidos pela ré, bem como a possibilidade de alteração das anotações de horário, por parte do supervisor, fato que restou confirmado por preposta da ATENTO, quando ouvida no Processo n. 00050-2005-027-04-00-7. Releva destacar ainda que, mesmo que fossem fidedignos os horários consignados nos referidos controles, não poderiam ser tidos como fiel demonstrativo da jornada trabalho, já que a vinculação do registro do horário ao ingresso e saída do sistema informatizado (*login* e *logout*) exclui do cômputo da jornada período de inequívoca disponibilidade da empregada ao empregador.

A instrução de diversos processos contra a ATENTO tem revelado que a primeira reclamada, até hoje, não tomou providência eficaz

no sentido de atender ao comando contido na CLT, quanto à documentação idônea das jornadas de seus empregados. Tal é o que admite o preposto inquirido no presente feito “*que o supervisor pode fazer ajustes no sistema de ponto, colocando-as em negrito com justificativa; que podia ocorrer de o empregado se ‘deslogar e logar’ várias vezes ao dia e, nesses casos, o supervisor faz a correção*”. Nos mesmos termos foi o depoimento da pessoa apresentada como presentante da demandada ATENTO no processos 00044-2009-005-04-00-6: “*que confirma declarações prestadas em outros processos, no sentido de que: ‘o supervisor pode fazer correção no registro de horário de seus subordinados quando houver necessidade’, ‘que até agosto de 2007 o horário de intervalo era pré-assinalado, portanto não tinha necessariamente correspondência com o horário que realizava’, ‘que mesmo nesse período o operador lançava pausa no sistema quando saía para o intervalo, o que permitia que não recebesse chamadas durante aquele período, mas não eram esses horários de pausa que ficavam registrados nas folhas de controle de ponto e assim aqueles previamente assinalados’, ‘que confirma que há uma semana prestou declarações em outro processo atestando a fidedignidade dos registros de intervalo; que era o conhecimento que tinha naquela oportunidade’, ‘que confirma o depoimento da fl. 94 no sentido de que o horário que consta na folha-ponto é o de login e logout’; que até hoje o sistema lança automaticamente os horários de login/logout e o supervisor tem acesso a essa planilha para fazer a destinação das horas extras para a coluna banco de horas ou para a coluna horas extras; que não é verdade a afirmação prestada na data de ontem a este Juízo, pela testemunha apresentada pela própria reclamada, sr. Daniel Morim de Campos, quando afirma ‘o sistema não lhe permite marcação de horas extras em número superior a duas por dia; que isso é assim hoje em dia’; que confirma como correta a informação prestada na data de ontem por Daniel Morim de Campos Velho, de que ‘o supervisor, com a sua senha, pode registrar horários*

e fazer correções, retificando horários já lançados’; que não é verdade a afirmação prestada na data de ontem a este Juízo, pela testemunha apresentada pela própria reclamada, sr. Daniel Morim de Campos, no sentido de que ‘acontece, por exemplo, de um empregado da noite fazer também o turno da manhã’.

Na mesma ata de audiência, também se indicou fatos verificados em outros processos ajuizados contra a mesma ré, em que a mesma preposta apresenta declarações contraditórias entre si ou flagrantemente prejudiciais à tese empregadora referente à fidedignidade dos controles: “*Observo que a sra. Marta já atuou como preposta em outros feitos similares, tendo também ela prestado declarações conflitantes, como aliás já evidenciado na sentença proferida no Processo n. 00732-2008-005-04-00-5. Naqueles autos, a parte autora inclusive juntou cópia de atas de audiência em que a mesma preposta, ouvida como presentante da Atento, modificou suas declarações em curto espaço de tempo. Igualmente, no Processo n. 00938-2009-005-04-00-6, por mim instruído neste mês, a preposta da ATENTO refere que “os supervisores têm acesso a folha-ponto para fazer correção ou ajuste no horário, o que sempre é acompanhado de uma justificativa; que o supervisor da reclamante, por cerca de 3 meses, foi Michel; que podia acontecer de o empregado “se deslogar e logar” várias vezes ao dia”. Registro, por fim, que o Poder Judiciário trabalhista não se presta a albergar atitudes de manifesta deslealdade processual, como aquela evidenciada não apenas no presente feito, mas também nas inúmeras outras demandas em que a reclamada repete atitudes como a ora evidenciada”.*

Assim, comprovado que a primeira reclamada age sistematicamente de modo a deturpar o registro das informações relativas aos horários praticados pelo autor, impõe-se a rejeição das “folhas de controle de ponto” como prova das jornadas cumpridas na contratualidade, tendo por descumprido o ônus probatório imposto pelo art. 74, § 2º, da CLT, relativamente a todo o período contratual.

Pondero, no particular, que a exigência legal quanto à manutenção de registros de horário se destina a assegurar ao empregado a adequada contraprestação do seu labor, devendo, por isso, retratar fielmente os horários cumpridos. Assim, o simples lançamento do horário contratual ou de horários genéricos que desconsideram variações de minutos, não desincumbem o empregador da obrigação legal, na medida em que se trata, em verdade, de prática destinada a tomar quitação antecipada (e irregular) de direitos de caráter público e alimentar (nula, portanto, de pleno direito, a teor do art. 9º da CLT). Em decorrência a ausência de apresentação dos aludidos documentos acarreta o descumprimento do ônus probatório que lhe incumbia, a teor do art. 74, § 2º, da CLT. Estando a contraprestação do trabalho assalariado ligada ao módulo tempo, o adequado controle da jornada constitui elemento nuclear do contrato, porque intimamente ligada às obrigações patronais de pagar pelo labor ofertado e de garantir condições de trabalho dignas e saudáveis, além de garantia fundamental do empregado, sem a qual fica à mercê da exploração absoluta de sua força de trabalho, em moldes não compatíveis com o atual estágio de desenvolvimento da sociedade civilizada. Por conseguinte, o desatendimento do ônus probatório definido no art. 74, § 2º, da CLT, seja por ausência total dos controles, seja pela manutenção de registros infíeis aos fatos efetivamente verificados, não constitui simples falta do empregador, mas sim claro abuso de suas prerrogativas contratuais, conduta que deve ser veementemente coibida pelo judiciário, sob pena de se permitir que a fraude contra a dignidade do trabalhador se torne negócio lucrativo. Decorrencia disso, à luz dos princípios que informam esta Justiça especializada, e, em especial o de tutela à dignidade humana e de vedação à má-fé é que a negligência da ré importe sucumbência quanto ao objeto da prova, determinando o acolhimento das jornadas descritas na petição inicial.

Observo que a conduta adotada pela primeira reclamada, que após a inspeção judicial em nada alterou seu sistema de controle de ponto (ao menos não produz prova alguma nesse sentido), revela descaso com o Poder Judiciário Trabalhista e com seus empregados. Trata-se de empresa de grande porte, com mais de 2.000 empregados só no Brasil, que responde a inúmeras demandas junto às Varas do Trabalho de Porto Alegre, muitas das quais já julgadas, com a declaração judicial de que seu sistema de controle de horário não é idôneo. Ainda assim, insiste em manter o mesmo procedimento. Lida com a contumaz inobservância dos direitos fundamentais, como se fosse apenas uma lícita estratégia de administração. Ora, a CLT expressamente determina, ao empregador com mais de dez empregados, a manutenção de *registro escrito da jornada*⁽⁴⁾. Ao fazê-lo, estabelece um *dever* diretamente relacionado ao processo. O dispositivo, em realidade, especifica o *tipo de prova* legalmente aceitável, para o efeito de comprovação da jornada realizada pelo empregado. O faz por inspiração do princípio protetivo que orienta o direito do trabalho e que necessariamente contamina seu instrumento (o processo). A produção dessa prova incumbe ao empregador. A não apresentação dos registros implica descumprimento de dever do empregador, sujeito, pois, à respectiva sanção. A prova oral, ainda que pretendesse desconstituir a tese apresentada pela outra parte, não teria o condão de afastar o imperativo legal pelo qual jornada se prova mediante documento, sempre que houver no estabelecimento mais de dez empregados.

Se a Lei especifica o meio para a prova de determinado fato e impõe a uma das partes contratantes a obrigação de produzi-la (como no

(4) Art. 74, CLT – § 2º – Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

caso da jornada), a sua não produção implica o acolhimento da tese adversária, como sanção ao *dever* instituído pelo texto legal. É exatamente essa a dicção do art. 400 do CPC. Admitir o contrário, implicaria tornar letra morta o art. 74 da CLT, já que bastaria ao empregador descumprir a imposição legal de manutenção do registro escrito, para ver franqueada a possibilidade de elidir a pretensão ao pagamento de horas extras mediante a apresentação de testemunhas em juízo. É exatamente essa a conduta da ATENTO. Embora inúmeras decisões judiciais venham, todos os dias, atestando a inidoneidade dos seus registros, a empresa não se preocupa em alterar seu sistema. Limita-se a pretender produção de prova oral da jornada.

Como salienta com maestria o Ministro João Orestes Dalazen, tal raciocínio é “kafka-niano”, na medida em que beneficia o infrator da Lei⁽⁵⁾. Em decisão proferida pelo TST, o

(5) HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. ART. 74, § 2º, DA CLT. EXPRESSÕES ‘EMPRESA’ E ‘ESTABELECIMENTO’. 1. À luz de uma exegese mais alinhada com os princípios gerais e específicos do direito do trabalho, especialmente o da proteção, não há como deixar de conferir caráter processual à regra do art. 74, § 2º, da CLT, que traz previsão da obrigatoriedade de formação de prova que, pré-constituída pelo empregador, destina-se a amparar o empregado na produção de elementos probatórios destinados à comprovação de jornada de trabalho. 2. Tratando-se de norma cujos objetivos são eminentemente processuais, forçoso convir que, embora impropriamente se refira a ‘estabelecimento’, o comando inscrito no art. 74, § 2º, da CLT dirige-se à ‘empresa’. 3. Se quem comparece em juízo é, naturalmente, a ‘empresa’ e não o ‘estabelecimento’, e se é sobre a primeira que recai o ônus processual referido, não faz sentido entender que ao segundo se enderece o aludido comando legal. 4. Não repugna, por outro lado, à inteligência da Súmula n. 338 do TST o acolhimento de horas extras após a oitava, com base em inversão do ônus da prova e presunção da jornada alegada na petição inicial, se incontroversa a inexistência de controle de ponto, a que está obrigado o empregador, por lei. 5. O descumprimento patronal de manter o registro de ponto do empregado, em observância à lei (CLT, art. 74, § 2º), equivale a dispor do registro de ponto e recusar-se imotivadamente a apresentá-lo ao órgão julgante quando instado a tanto. 6. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento (TST-RR-416131/1998, 1a T., Red. Min. João Oreste Dalazen, DJU 23.5.2003).

Ministro João Orestes Dalazen menciona que o que o art. 74, § 2º, da CLT estabelece “é a previsão da obrigatoriedade de formação de prova que, pré-constituída pelo empregador, destina-se a amparar o empregado na produção de elementos probatórios destinados à comprovação de jornada de trabalho. [...] **o registro de ponto constitui prova obrigatória na legislação brasileira para o empregador com mais de dez empregados. Sonega essa prova substancial ao julgamento da lide o empregador que deixa de exhibir em Juízo o controle por escrito do horário de trabalho, ou o exhibe, mas, inequivocamente, os documentos não espelham a realidade fática. Em um e em outro caso, descumpra o empregador a lei** e daí dimana a presunção comum favorável ao alegado pelo empregado. A meu juízo, não se pode beneficiar o infrator da lei, que, com sua orientação, prejudica a fiscalização e a prova da jornada de trabalho efetivamente cumprida” (sem grifo no original). Embora faça referência à presunção gerada pelo descumprimento do dever, o que se tem — quando não observado dever legal afeto à pretensão (direito processual) — é a aplicação de uma sanção legalmente prevista, como também bem leciona Pontes de Miranda, na passagem antes citada. Portanto, a não apresentação dos registros, quando o empregador está obrigado a mantê-los, ou a exibição de controles inidôneos, não gera mera presunção de veracidade das alegações contidas na petição inicial, mas sim impõe a aplicação da sanção contida no art. 400, II, do CPC, qual seja, de indeferimento da prova oral. Falando expressamente do entendimento consubstanciado na Súmula n. 338, acrescenta o Ministro que “a diretriz em apreço, todavia, a meu sentir, somente pode ter lugar quando e se o empregador, em obediência à lei, dispuser do controle de frequência” (idôneo) e que “a não se interpretar assim a Súmula n. 338 do TST, estaríamos concebendo uma situação **verdadeiramente “kafkiana”**: **melhor seria aos empregadores jamais manterem o registro de ponto dos empregados visto que,**

assim, nunca se veriam intimados a exibí-los em Juízo e, em derradeira análise, jamais se criaria a presunção de que cogita a Súmula n. 338 do TST". O único reparo a ser feito, em nosso entender, diz com a circunstância de que não se tem, no caso, verdadeira presunção, mas *dever do empregador*, razão pela qual a argumentação jurídica tão bem apresentada pelo Ministro Dalazen se afina com a aplicação do processo como *instrumento contaminado pelos princípios que justificam a existência desse ramo especial do direito*. É exatamente essa a hipótese dos autos. A primeira reclamada não observa o dever legal de manutenção e exibição de registros idôneos. Logo, faz concluir correta a versão da petição inicial, no particular.

Por conseguinte, acolho a tese obreira no particular, limitada apenas pelo depoimento pela própria parte (confissão real), para fixar tenha a trabalhadora laborado das 8h às 19h, ou das 10h às 21h (o que arbitro, para fim de liquidação, tenha ocorrido em dias alternados, nessa ordem, a partir do primeiro trabalho), com 03 minutos de intervalo, em 06 dias por semana.

Face à flagrante insuficiência dos valores adimplidos a remunerar a integralidade do sobrelabor verificado, defiro à autora o pagamento de diferenças de horas extras, assim consideradas as excedentes a 6 horas diárias e 36 e seis horas semanais, com reflexos em repouso semanais remunerados e feriados (limites contratuais do labor admitidos pela ré à fl. 197). Para fim de cálculo, deverão ser consideradas as jornadas acima fixadas, o divisor 180, e o adicional legal ou pactuado (conforme mais benéfico à trabalhadora). A base de cálculo a ser considerada é integrada por todas as parcelas remuneratórias adimplidas no curso do contrato ou deferidas na presente decisão (atentando-se para inoocorrência do cômputo em duplicidade com o deferido a título de reflexos). O cômputo dos valores adimplidos ou deferidos a título de equiparação salarial, bônus de vendas e remuneração por desempenho será objeto de

exame nos itens específicos. Por fim, a apuração dos valores ora deferidos deverá excluir os períodos em que a autora esteve comprovadamente afastada em benefício previdenciário ou em atestado médico (conforme documentos juntados com a defesa). Deverá ser computado, conforme termos acima definidas, as jornadas prestadas pela autora em dias em que realizados exames médicos, próprios ou de seu filho, porque a ausência de registros pela ré autoriza a conclusão de que tais horas de trabalho tenham sido regularmente compensadas.

4.2. Em face da inidoneidade dos registros, não há falar em efetiva adoção do sistema denominado "banco de horas", porque não provada a concessão das folgas correlatas e porque a ausência de controle confiável torna o regime instrumento de fraude a direitos trabalhistas. A nulidade do regime também decorre do fato de que implementado de forma a exigir a prestação de horas extras habituais pela trabalhadora, ou seja, com evidente aviltamento do convívio social do empregado e de quaisquer atividades extra-profissionais que possa cogitar. Incide, na espécie, o que dispõe o art. 9º da CLT. Com efeito, a Constituição da República somente autoriza esse tipo de prática mediante previa convenção, ou seja, mediante ajuste bilateral que resulte benéfico a ambas as partes, conforme ocorre, por exemplo, nos regimes de compensação para supressão do trabalho aos sábados (em que o interesse do empregado também é contemplado pela certeza de que poderá programar sua vida social de acordo com os horários disponíveis). Observe-se que não há qualquer sinalagma em se outorgar ao empregador a prerrogativa de estender livremente a jornada do empregado em qualquer dia e conceder folga em períodos indeterminados e sem prévio aviso, já que a consequência disso é um excessiva sujeição da pessoa humana, que se vê obrigada a deixar à disposição do empregador tempo muito maior do que aquele formalmente admitido em Lei. Trata-se, pois, de evidente abuso das prerrogativas contratuais por uma das partes, cuja nulidade decorre dos

princípios que regem nosso sistema jurídico, incluindo o da boa-fé.

A esses elementos, soma-se, ainda, a manifesta inconstitucionalidade da Lei n. 9.601/98. Tal legislação olvida noção essencial de trabalho suplementar, ao equiparar a hora normal de trabalho (ou de folga) com a hora extra. Demais disso, fixa período para pagamento (compensação) superior até mesmo àquele fixado em lei para o pagamento dos salários, na medida em que autoriza seja a compensação efetuada em até um ano. Como esclarece Jorge Luiz Souto Maior, ao tratar do tema, o mínimo a ser exigido, para que a nova redação do art. 59 da CLT fosse compatível com os princípios que inspiram o texto constitucional e que justificam a Justiça do Trabalho como ramo especial do direito, é que fossem primeiro concedidas as folgas, para depois haver exigência de labor extraordinário. Do modo como previsto, “o trabalho extraordinário, como regra, deixa de ser pago com adicional e ainda possui um prazo maior que o próprio pagamento do salário para seu acerto” (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 329). Por isso, o mesmo autor conclui em artigo publicado na Revista da ANAMATRA, vol. III, edição de 2002: “O banco de horas, em absoluto, pode ser considerado constitucional, na medida em que permite que uma dívida trabalhista (o pagamento das horas extras), se pague com prazo de um ano e sem o respectivo adicional, quando se compensa uma hora extra com uma hora normal, sem falar nos efeitos perversos que esta incerteza de horários provoca no cotidiano dos trabalhadores”. Também nesse sentido posiciona-se o Exmo Dr. Juiz Rafael Marques, segundo o qual “sabe-se que a previsão legal para o banco de horas é fruto do desmantelamento este mesmo Estado Social para o Estado Neoliberal, que nada mais é do que a adequação das relações de trabalho às normas do grande capital, priorizando especialmente este em detrimento do trabalho, o que não é recomendável se considerarmos que o capital deve existir em

razão das pessoas e não estas em razão dele. Ora, os trabalhadores, salvo melhor juízo claro, também são seres humanos.” Por fim, o aludido regime demonstra-se incompatível com o princípio da proibição de retrocesso, consoante o qual há de ser rejeitada qualquer alteração constitucional ou legal que atente contra os direitos sociais, os extinga ou os mitigue, sob pena de ofensa ao núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, sobretudo quando implicar afronta à dignidade da pessoa humana⁽⁶⁾. Nesse sentido aponta o caput do art. 7º da Constituição, ao definir que suas disposições e outras que se pretendam aplicável se destinam à melhoria da condição social dos trabalhadores (e não, pois, por evidente, a maximizar sua exploração).

4.3. Por todos esses elementos, defiro o pagamento das diferenças de horas extras, assim consideradas aquelas trabalhadas além de oitava diária e da quadragésima quarta semanais, com reflexos em repousos semanais e feriados. Deixo de acolher o pedido relativo à adoção da jornada de seis horas diárias e trinta e seis semanais (com divisor 180) porque não provou o autor se enquadrar em hipótese de aplicação da jornada diferenciada. Para efeito de cálculo, deverão ser considerados os cartões-ponto juntados aos autos, e, nos períodos em que ausentes os registros, as jornadas fixadas no item 3.2 da presente, inclusive no que tange ao pagamento integral dos intervalos. Deverão ser observados os adicionais legal ou normativos (aquele que for mais favorável), a hora reduzida noturna, e, ainda, o critério estabelecido na Súmula n. 23 do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, corroborado pelo § 1º do art. 58 da CLT, (acrescentado pela Lei n. 10.243, de 19.6.2001). Por fim, por cogitar de verbas de natureza salarial, defiro, o pagamento de diferenças pela integração das horas extras em repousos semanais remunerados, bem

(6) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 121.

como em férias acrescidas de 1/3, gratificação natalina, aviso-prévio e FGTS acrescido de 40%, (inclusive pelo aumento da média remuneratória).

Por tudo o dito, declaro a nulidade do regime de compensação de jornada mediante banco de horas. Inviável, ademais, a aplicação da parte final do item IV da Súmula n. 85 do TST. Tratando-se de regime estatuído em contrariedade à lei, é nulo de pleno direito, a teor do art. 9º da CLT e art. 166, VII do Código Civil, não se podendo reputar a ele qualquer efeito exonatório em relação à obrigações da empregadora.

4.4. Com relação aos intervalos intrajornada, o fundamento acima expendido também leva ao acolhimento da tese presente na inicial, de que foram fruídos apenas parcialmente. Em atenção ao disposto nos arts. 9º e 71, § 4º, da CLT e em consonância com o entendimento adotado pelo colendo TST⁽⁷⁾, tais períodos deverão ser pagos na sua integralidade, acrescidos do adicional legal, e com reflexos em repouso semanais e feriados, já que a concessão de intervalos por períodos reduzidos desvirtua o direito ao repouso do trabalhador, não permitindo que atinja o objetivo precípua da norma, qual seja, a manutenção da higidez física e mental.

4.5. Deixo de deferir o pagamento da dobra relativa ao período de descanso dos domingos laborados, porquanto admitido na petição inicial quanto ao gozo de 01 dias de repouso por semana. Defiro, entretanto, o pagamento da dobra relativa ao período de descanso dos feriados de todo o período contratual (que se acolhe como trabalhados em face do descumprimento do ônus probatório das demandadas quanto à manutenção de controles hígidos), sem prejuízo do pagamento das horas extras prestadas em tais dias. Nesse sentido o que dispõe o art. 9º da Lei n. 605 de 1949. Ou seja, nos feriados em que houve trabalho, o reclamante recebeu apenas a remuneração

pelo período de descanso. Tal remuneração, desse período de descanso (24h consecutivas), porém, é devida em dobro, em face da exigência indevida de trabalho em tais dias. Além disso, são devidas as horas efetivamente trabalhadas, que deverão ser calculadas com adicional de 50% ou aquele pactuado, quando mais favorável ao trabalhador.

4.6. Por cogitar de verbas de natureza salarial, defiro, ainda, o pagamento de diferenças de aviso prévio, férias, com acréscimo de 1/3, 13º salários, e FGTS, com acréscimo de 40%, pelo cômputo das diferenças de horas extras reconhecidas como devidas (inclusive referentes a intervalos intrajornada violados), já integradas em repouso semanais e feriados, pelo aumento da média remuneratória.

5. Dumping social

A primeira reclamada possui mais de 1.502 processos ativos na comarca de Porto Alegre⁽⁸⁾. Todas as semanas (para não dizer todos os dias de pauta), são instruídos processos envolvendo não apenas o mesmo grupo econômico, como também as mesmas pretensões: horas extras não pagas, distorções salariais insustentáveis. Trata-se, pois, de empreendimento que pratica macrolesões, na medida em que o desrespeito aos mais elementares direitos constitucionais trabalhistas é reiteradamente trazido ao conhecimento do Poder Judiciário, sem que nada seja feito, pela empresa, para alterar a situação. A apresentação de registros reputados inidôneos já foi considerada, por si só, suficiente para configurar uma atuação de má-fé por parte da ATENTO, como observo na decisão proferida recentemente pelo TRT desta Região, segundo a qual “*Recurso ordinário do segundo reclamado. Matéria remanescente. Indenização por litigância de má-fé. Rejeição do recurso, porque fraudulento os registros de horário apresentados pelo recorrente, a caracterizar a litigância de má-fé imputada em primeiro grau*”. (Acórdão do

(7) Orientação Jurisprudencial n. 307 da SDI, I.

(8) Consulta feita em 24.11.2008, junto ao sistema informatizado (INFOR) da Justiça do trabalho de Porto Alegre.

Processo n. 00379-2005-006-04-00-7 (RO), Redator: DENISE MARIA DE BARROS, Data: 3.4.2008, Origem: 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre). No mesmo sentido, em outra decisão lê-se: “**LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Havendo a primeira reclamada incorrido em violação ao dever de lealdade inculcado no art. 14, incisos I, II, III e IV, do CPC, enquadra-se nas hipóteses de litigância de má-fé previstas nos incisos I, II e V do art. 17 do CPC**” (Acórdão do Processo n. 00145-2006-020-04-00-7 (RO), Redator: ROSANE SERAFINI CASA NOVA, Data: 17.9.2008, Origem: 20ª Vara do Trabalho de Porto Alegre). Reconhecendo o agir processual temerário e de má-fé, das empresas do grupo econômico demandado, há, ainda: Acórdão do Processo n. 00196-2006-020-04-00-9 (RO); Acórdão do Processo n. 00134-2005-003-04-00-0 (RO) (No corpo do qual, lê-se: “**pela indevida movimentação do aparato judiciário, sem justa causa, por deduzir pretensão contra fato incontroverso que lhe desfavorece, cujo desconhecimento não poderia alegar, alterando a verdade de tais fatos, procedendo de modo temerário e interpondo, no tópico, recurso com intuito manifestamente protelatório, é declarado litigante de má-fé. Assim, impõe-se-lhe, em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT, multa equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da causa, assim entendido o montante apurado devido à Autora, a final, por haver-se com conduta imprópria e infringente das disposições dos incisos I, II, III e IV do art. 14, expondo-se à cominação do art. 16 pela prática das previsões dos incisos I, II e VII do art. 17, o que se procede com autorização do art. 18, § 2º, todos do CPC, de aplicação supletiva ao processo do trabalho. A multa fixada corresponderá a 20% do valor da causa, tal qual se apurar devido, a final, após atualizado monetariamente o crédito, e o que não se confunde com o valor atribuído à causa, de que trata o art. 259 do mesmo diploma legal** — Relator Desembargador George Achutti” e Acórdão do Processo n. 01321-2005-020-04-00-7 (RO) (No corpo do qual lê-se: “Não se

trata de caso de utilização de remédios jurídicos facultados pela lei, mas sim, de **tentativa de induzir o Juízo em erro, mediante alteração da verdade dos fatos, quando a reclamada pretendeu utilizar, como meio de prova, os registros de horário já declarados fraudulentos, exigindo, inclusive, a produção de prova oral para elidir a falsa prova documental pré-constituída**. Essa conduta efetivamente constituiu litigância de má-fé, expressamente prevista no art. 17, II, V e VI, do CPC, cabendo a indenização fixada, com base no art. 18, do mesmo diploma legal”. — Relator Desembargador Leonardo Meurer Brasil)

O princípio da boa-fé objetiva, do qual decorrem os deveres de lealdade e de transparência, citados nas decisões acima colacionadas, informa todos os âmbitos do direito, contaminando a aplicação das regras jurídicas. Traduz-se como regra de conduta. Nosso Estado Democrático de Direito, pautado que é pela dignidade da pessoa humana, pela valorização social do trabalho e pela função social, tem na boa-fé um elemento jurídico fundamental para toda e qualquer relação de direito que estabeleça, inclusive de ordem processual. Os deveres que decorrem da lealdade e da boa-fé objetiva operam *defensiva e ativamente*, isto é, *impedindo o exercício de pretensões e criando deveres específicos*. A nova ordem constitucional instaura o paradigma da solidariedade, pelo qual devem as partes agir com lealdade e respeito nas relações. Empresta-se especial relevância à ética e à confiança. Por isso, é que as reclamadas não podem simplesmente omitir do juízo a informação que veiculam na internet, no sentido de que compõem o mesmo grupo econômico. Também não podem continuar a insistir na validade de registros de horário já inúmeras vezes reputados inidôneos, em relação aos quais não operaram qualquer mudança significativa. É importante salientar que a própria ATENTO traz aos autos cópia de nova inspeção judicial em que confirmada a possibilidade de alteração dos registros, pelos supervisores. A própria ATENTO produz prova testemunhal

em que é admitida a inidoneidade desses documentos(!). E as reclamadas não agem desse modo apenas no presente feito, mas em todos aqueles por mim instruídos e julgados, os quais envolvem sempre situações de similar e manifesto desrespeito aos direitos constitucionais trabalhistas.

Convém observar que a configuração de conduta temerária não se confunde com a intenção de agir de modo a causar dano a outrem (culpa ou dolo). Em realidade, as partes — sobretudo diante do direito fundamental a um processo eficaz e célere — art. 5º, LXXVIII, CF — têm a obrigação de agir sem deduzir defesas temerárias, sem induzir em erro o Juízo mediante apresentação de documentos já reiteradamente declarados fraudulentos. E mais: têm a obrigação de evitar a reiteração de demandas de igual natureza, corrigindo os atos ilícitos verificados em sua atividade econômica. Nesse sentido, o TST já se posicionou, inclusive em demanda da qual a ATENTO fazia parte, afastando expressamente a necessidade de comprovação de culpa, para a verificação de um agir de má-fé. Nos autos do processo AIRR – 1735/2006-006-18-40, recentemente publicado em 1º.8.2008, julgado em 18 de junho de 2008, da lavra do Relator EMMANOEL PEREIRA, consta (no texto da decisão): “Convém registrar que o abuso do direito de defesa, como, aliás, qualquer conduta abusiva, prescinde do intuito de prejudicar a parte contrária ou quem quer que seja. Constitui um gritante equívoco argumentar que, sem a intenção de causar prejuízo, não há litigância de má-fé. Ora, a má-fé, no caso, resulta de uma conduta abusiva. (...) Conforme a doutrina hodierna, para que se caracterize o abuso de direito ou, mais amplamente, o exercício abusivo das posições jurídicas subjetivas, prescinde-se da comprovação de que o agente tinha a intenção ou mesmo a consciência de que estava ultrapassando os limites impostos pela lei. Irrelevante, aqui, indagar acerca do dolo ou da culpa stricto sensu (negligência, imprudência e imperícia). **Se, objetivamente analisada, a**

conduta do agente transpôs as fronteiras da boa-fé, dos bons costumes ou do fim social e econômico do direito, o abuso estará configurado (BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 138-9). No mesmo sentido, se posiciona Ronnie Preuss Duarte, ressaltando que, na dicção do art. 187 do Código Civil, a caracterização do abuso ‘prescinde da consciência do agente de estar causando prejuízo a outrem (ou) de agir excedendo os limites impostos pelos fins econômicos ou sociais do direito em causa. Basta o efetivo e manifesto ultrapassar desses limites para se ter a situação de ilicitude do exercício’ (DUARTE, Ronnie Preuss. ‘A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil brasileiro’. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*, v. 2. São Paulo: Método, 2004. p. 421)”.

Na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada pelo TST, em 23.11.2007, da qual participaram operadores de todas as áreas do direito do trabalho, foi aprovado enunciado dispondo: “**DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os arts. 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT**”.

É exatamente essa a hipótese dos autos. Como referido por Carlos Henrique Bezerra Leite, em recente palestra organizada pela Escola Judicial do TRT desta Região⁽⁹⁾, não podemos mais olhar para o processo como uma lide entre A e B, desconhecendo os efeitos nocivos de práticas reiteradas de inobservância da Constituição Federal, por parte de alguns empregadores. Nesse sentido, em sentença proferida nos autos do Processo n. 427/08-5, que tramita junto à comarca de Jundiáí, o Exmo. Dr. Juiz Jorge Luiz Souto Maior refere que: *“os direitos sociais são o fruto do compromisso firmado pela humanidade para que se pudesse produzir, concretamente, justiça social dentro de uma sociedade capitalista. Esse compromisso em torno da eficácia dos Direitos Sociais se institucionalizou em diversos documentos internacionais nos períodos pós-guerra, representando também, portanto, um pacto para a preservação da paz mundial. Sem justiça social não há paz, preconiza o preâmbulo da OIT (Organização Internacional do Trabalho). Quebrar esse pacto significa, por conseguinte, um erro histórico, uma traição a nossos antepassados e também assumir uma atitude de descompromisso com relação às gerações futuras. Os Direitos Sociais (Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social, com inserção nas Constituições) constituem a fórmula criada para desenvolver o que se convencionou chamar de capitalismo socialmente responsável”*.

O compromisso das empresas com a manutenção do sistema capitalista, passa pela observância das normas trabalhistas vigentes. Consequentemente, o desrespeito reiterado a essas normas implica quebra do pacto social instituído a partir de 1988. Implica comprometimento do próprio sistema capitalista de produção que adotamos. O prejuízo decorrente do dano social extrapola os limites do direito patrimonial. Extrapola, inclusive, os limites dos direitos individuais da reclamante.

(9) Palestra proferida em 21.11.2008, no auditório da Escola Judicial do TRT da Quarta Região, no âmbito do Curso de Interpretação Constitucional ofertado pela Escola para Juizes do Trabalho e servidores.

Atinge todos os trabalhadores cuja mão de obra justifica a existência mesma do grupo econômico reclamado. **Atinge, inclusive, o próprio Estado social, na medida em que permite uma concorrência desleal.** Quem não paga horas extras e comete distorções salariais para um grande número de empregados, auferindo com isso vantagens financeiras que lhe permitem competir em condições de desigualdade no mercado. Nessa esteira, a confirmar o novo paradigma instaurado pela ordem constitucional de 1988, o art. 187 do Código Civil define como ilícito o ato praticado pelo *“titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*. É por isso que a atuação do grupo econômico — no presente feito e em tantas outras demandas em tramitação na comarca de Porto Alegre — implica verdadeiro *dumping social*, a perpetrar macrolesão que, por sua vez, exige um tratamento rigoroso e diferenciado, por parte do Poder Judiciário Trabalhista.

No processo antes mencionado, o Dr. Juiz Jorge Luiz Souto Maior também esclarece que: *“as agressões ao Direito do Trabalho acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, sendo que destas agressões o empregador muitas vezes se vale para obter vantagem na concorrência econômica com relação a vários outros empregadores. Isto implica, portanto, dano a outros empregadores não identificados que, inadvertidamente, cumprem a legislação trabalhista, ou que, de certo modo, se vêem forçados a agir da mesma forma. Resultado: precarização completa das relações sociais, que se baseiam na lógica do capitalismo de produção. Óbvio que esta prática traduz-se como “dumping social”, que prejudica a toda a sociedade e óbvio, igualmente, que o aparato judiciário não será nunca suficiente para dar vazão às inúmeras demandas em que se busca, meramente, a recomposição da ordem jurídica na perspectiva individual, o que representa um*

desestímulo para o acesso à justiça e um incentivo ao descumprimento da ordem jurídica". Por isso, continua o admirável jurista, "*as práticas reiteradas de agressões deliberadas e inescusáveis (ou seja, sem o possível perdão de uma carência econômica) aos direitos trabalhistas constituem grave dano de natureza social, uma ilegalidade que precisa de correção específica, que, claro, se deve fazer da forma mais eficaz possível, qual seja, por intermédio do reconhecimento da extensão dos poderes do juiz no que se refere ao provimento jurisdicional nas lides individuais em que se reconhece a ocorrência do dano em questão. A esta necessária ação do juiz, em defesa da autoridade da ordem jurídica, sequer se poderia opor com o argumento de que não lei que o permita agir desse modo, pois seria o mesmo que dizer que o direito nega-se a si mesmo, na medida em que o juiz, responsável pela sua defesa, não tem poderes para fazê-lo. Os poderes do juiz neste sentido, portanto, são o pressuposto da razão de sua própria existência*".

Acrescento, por fim, que a jurisprudência cível vem aceitando a condenação ao pagamento de indenização por dano social (*dumping*) em hipóteses de ofensa ao direito do consumidor. Com mais razão ainda, é possível e necessário coibir a reiteração de condutas socialmente lesivas, no âmbito das relações de trabalho.

Por todos esses elementos, que decorrem de insistentes provocações ao Poder Judiciário Trabalhista, para que tome conhecimento das macrolesões perpetradas pelo grupo econômico a que pertencem as reclamadas, entendo aplicável, ao caso vertente, o que estabelecem os arts. 404 do Código Civil e 652, *d*, da CLT. Por consequência, condeno as reclamadas ao pagamento de indenização pela prática de *dumping social*, em valor que fixo em R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais), a ser corrigido na proporção dos créditos trabalhistas, a partir da data de publicação da presente decisão. O valor deverá ser depositado em conta à disposição do Juízo e será utilizado para pagamento dos processos arquivados com dívida nesta Unidade

Judiciária, a iniciar pelo mais antigo, observada a ordem cronológica, na proporção de no máximo R\$ 10.000,00 para cada exequente.

Observo que, havendo manutenção da decisão proferida em outros processos, em que também reconhecida a prática de dano social, o valor lá fixado a título de indenização será compensado com o quantum aqui fixado, de modo a não haver cumulação de condenações por idêntico motivo.

6. Vale-refeição

As normas coletivas aplicáveis à relação determinam o pagamento de vale-alimentação em valores proporcionais à carga horária cumprida pelo empregado. Assim, havendo sido reconhecido que a autora cumpria carga horária superior a 180h mensais, faz jus ao pagamento da verba conforme maior valor previsto nas referidas normas coletivas (cuja inobservância é mesmo incontroversa, conforme termos da defesa apresentada, à fl. 200). Saliendo, por demasia, que não se sustenta o alegado pela ré quanto à impossibilidade de cômputo de trabalho extraordinário para esse fim, face ao evidente escopo da norma, que busca prover ao empregado tanto mais alimentos quanto maior for o tempo que fique à disposição da empregadora. Demais disso, afigura-se mesmo absurda a interpretação sugerida pela ré, que pretende atribuir menor valor ao trabalho extraordinário em relação à jornada normal.

Presentes tais elementos, e observada a ausência de prova nos autos quanto ao adimplemento de qualquer valor a propósito, defiro à obreira o pagamento de vale-refeição, pela observância dos critérios estatuídos nas normas coletivas e da carga horária efetivamente cumprida pela autora, conforme fixado no item precedente da presente decisão.

7. Remuneração por desempenho. Bônus de vendas. Integrações

7.1. Não identifico nos autos prova de pagamentos sob a rubrica "remuneração por desempenho", o que também não foi indicado

pela obreira no demonstrativo da fl. 567. Inviável, pois, o deferimento diferenças de outra parcelas pela integração dos pagamentos realizados a tal título.

7.2. De outra parte, Os demonstrativos de pagamento trazidos aos autos registram que a autora percebeu valores sob a rubrica “bônus de vendas”. Embora a reclamada negue o caráter remuneratório e, portanto, o direito à integração em outras verbas, não traz aos autos documentos que comprovem os termos em que foram instituídas aludidas parcelas. A não apresentação de prova quanto aos critérios definidores da dita “liberalidade”, impõe o acolhimento de que se trate de parcela para pelo trabalho. Com efeito, a CLT, em seu art. 457, § 1º, fixa que as parcelas decorrentes de contrato de emprego revestem-se, como regra, de natureza salarial. Prevê, também, taxativamente, nos parágrafos do próprio art. 457 e do art. 458, as exceções admitidas a essa regra. Logo, em se tratando de parcela paga pelo trabalho prestado e não para o trabalho (caso dos adiantamentos ou ressarcimentos de despesas necessárias à execução da atividade produtiva) as verbas genericamente pagas ao empregado devem necessariamente integrar a remuneração para o cálculo das outras verbas decorrentes da legislação trabalhista.

Defiro, pois, à autora o pagamento de diferenças de horas extras, repouso semanais, feriados, aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS, com acréscimo de 40%, pelo cômputo, dos valores adimplidos no curso do contrato sob a rubrica “bônus de vendas”, em montante a ser apurado em liquidação de sentença.

8. FGTS incidente sobre as parcelas deferidas

Já contemplado em cada item da presente decisão.

9. Multa prevista no art. 467 da CLT

Inaplicável, na espécie, o disposto no art. 467 da CLT, porque não há verbas incontroversas relativas ao “montante das verbas rescisórias”.

10. Indenização por danos morais

A prova oral ampara a tese obreira no sentido de que a autora e seus colegas de trabalho eram vítimas de tratamento ofensivos pelos superiores hierárquicos. A primeira testemunha inquirida, ex-supervisora da demandante, relata a orientação institucional para agir com excesso de rigor e impor pressão totalmente inadequada aos empregados da ré “*que atuou como supervisora da reclamante ... que tinha de cobrar metas dos atendentes e tinha de fazê-lo no próprio local onde eles trabalhavam; que tinha orientação para chamar os atendentes de incompetente e de fazer constantes comparações entre eles; que também era orientada a ameaçá-los constantemente de demissão; que só podia liberar os atendentes para ir ao banheiro 5 minutos por dia; se extrapolassem esse período tinha de chamá-los*”. A testemunha Zaira confirma os mesmos fatos ofensivos à dignidade dos trabalhadores, inclusive em relação à autora: “*que sofriam pressões por metas; que alguns supervisores eram mais agressivos que outros; que lembra da supervisora Débora que cobrava a reclamante ameaçando-a de dispensa e comparando-a com os colegas; que só podiam utilizar 5 minutos da jornada para ir ao banheiro*”.

Embora as testemunhas apresentadas pela ré neguem haver presenciado pressões ou ofensas em relação à demandante, confirmam a existências de cobrança pelo atingimento de metas, que são realizados “*feedback*” mediante “chamada” à mesa do supervisor ou diante dos outros colegas, em “conversas” de até uma hora, o que, absolutamente, não abona a conduta da empregadora, tampouco contraria especificamente o relatado pelas testemunhas inquiridas.

Em vista de tais declarações, tenho por comprovada a ocorrência de conduta irregular da empregadora, mediante abuso no exercício do poder diretivo, em procedimentos perfeitamente definíveis como de assédio moral e, pois, danosos à moral objetiva e subjetiva da autora.

O tratamento degradante e ofensivo à reputação da autora promovido pelo preposto da reclamada ensejaria a reparação do dano mesmo à luz do art. 927 do Código Civil, merendo ainda maior reprimenda, entretanto, quando se observa que foi perpetrado no curso de relação de trabalho. Com efeito, ao definir, em seu art. 1º, a opção por organizar um Estado Democrático de Direito, colocando lado a lado — mas de forma sucessiva ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana — “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, a Constituição da República determina que a organização da atividade produtiva deve ter por pressuposto o respeito aos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a igualdade (ao menos) formal entre os indivíduos. Assim, quando se admite que a atividade produtiva se organize de forma que um indivíduo possa dispor sobre o tempo de outro e determinar-lhe os procedimentos (poder diretivo) tal ocorre em forma de exceção, sem afetar o valor de um e outro indivíduo perante o ordenamento ou a sociedade. Trabalho e tempo do empregado é do que pode dispor o empregador em troca da assunção dos riscos da atividade econômica (compensado, finalmente pela apropriação do lucro da atividade e da expropriação da mais-valia). Não tem, portanto, a disposição sobre a própria pessoa do empregado, ou a prerrogativa de macular os direitos de personalidade do trabalhador. Nesse sentido, os incisos III e X do art. 5º da Constituição vedam o tratamento degradante e asseguram indenização pela violação da honra e imagem das pessoas, mesmo quando ausente dependência de qualquer ordem. Com ainda mais razão o empregador deve zelar pela adequação e proporcionalidade dos seus procedimentos, na medida em que age sob outorga de especial confiança da sociedade, que lhe permite situação provisória de prevalência em face de outro indivíduo. Nesse contexto, a violação da honra e reputação de empregado pelo seu empregador assume condão mais dramático do que se observa em relações horizontais,

porque significa exercício abusivo de poder, com consequências ainda mais nefastas face ao caráter de avaliação negativa e reprimenda disciplinar. Em virtude disso, não há simples subsunção das regras dos arts. 196 e 927 nas hipóteses de violação de direito moral de empregado, mas antes a aplicação das normas nelas consubstanciadas sobre novo fundamento: o de coibir a reiteração da prática, porque violadora não só dos direitos do indivíduo, mas também dos valores mais caros ao Estado democrático. Reforça-se, pois, na seara trabalhista, a regra já aplicável na esfera cível quanto ao efeito reparador mas também pedagógico da indenização. Presentes tais fundamentos, ponderada a gravidade do dano sofrido pelo trabalhador, mas também o vulto da empregadora-ofensora, defiro ao autor o pagamento de indenização por danos morais que fixo em importe equivalente a 10 salários mínimos, a ser corrigida pelos mesmos critérios aplicáveis aos débitos trabalhistas, a partir da data de publicação da sentença.

11. Assistência judiciária gratuita. Honorários advocatícios

Defiro o benefício da assistência judiciária gratuita, nos termos do art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal. Ficam asseguradas à reclamante as isenções previstas nos incisos I a V do art. 3º da Lei n. 1.060/50, inclusive no tocante aos respectivos honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o valor da condenação, apurado a final, observado o art. 133, conjugado com o art. 1º, inciso IV (princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito), ambos da Constituição Federal de 1988. No particular, entendo que o art. 133, conjugado com o art. 1º, inciso IV (princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito), ambos da Constituição Federal de 1988, derrogaram o 14 da Lei n. 5.584-70. Sendo, o Advogado, indispensável à administração da Justiça e tendo, o Brasil, como princípio fundamental, o da valorização social do trabalho, não há como negar ao profissional liberal que

prestou serviços, o pagamento de seus honorários. A Lei n. 5.584-70, anterior ao texto da Constituição Federal, se afigura incompatível não apenas com seus termos, como também com os princípios que a inspiram. Admitir o contrário implicaria olvidar os fundamentos que justificam a existência mesma da Justiça do Trabalho. Nesse sentido: “*HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SÚMULAS. INDEPENDÊNCIA DO JUIZ. O direito à assistência judiciária gratuita insere-se entre os fundamentais, conforme art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, não estando sujeito a ser esvaziado pela ação do intérprete. Restrição à liberdade proveniente de lei editada sob a ditadura militar que não prevalece em face da Constituição em vigor. Nesse contexto, a jurisprudência tem adotado soluções alternativas, contrárias aos entendimentos “cristalizados” em súmulas, para resguardar a efetividade do direito fundamental, em nítida expressão do princípio da independência inerente ao exercício da atividade jurisdicional. Condenação ao pagamento de honorários advocatícios, mediante a simples declaração de carência econômica do reclamante, que é mantida.*” (Processo: 00167-2004-331-04-00-3 (RO), Rel. Juiz: JOSÉ FELIPE LEDUR, j. em 19.5.2005, publicado em 2.6.2005, 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, unânime). O valor deverá ser atualizado na proporção dos créditos trabalhistas, a contar da data da publicação da presente sentença.

12. Contribuições fiscal e previdenciária

Não autorizo os descontos previdenciários e fiscais. Não haveria incidência de imposto de renda sobre as verbas reconhecidas como devidas, caso tivessem sido pagas à época própria, mês a mês. Por conseguinte, a inadimplência da empregadora não pode ensejar prejuízo ao trabalhador. Antes disso, o prejuízo advindo do pagamento extemporâneo do crédito, deverá ser suportado exclusivamente pela reclamada, que a ele deu causa. Nesse sentido, a regra geral

da responsabilidade prevista no art. 927 do Código Civil. Por sua vez, o art. 28 da Lei n. 8.212/91, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei n. 9.528/97, faz referência a valores *devidos*, além dos pagos e creditados. Trata, porém, das contribuições recolhidas à época própria, ou seja, durante a execução do contrato de trabalho. Se não há adimplemento tempestivo das verbas salariais, o que se verifica é uma atitude culposa do responsável pelo pagamento do crédito alimentar e pela retenção e recolhimento do encargo. Assim, a contribuição previdenciária, que originariamente é devida também pelo empregado, nos termos do arts. 195 da Constituição Federal e do art. 11 da Lei n. 8.212-91, passa a constituir responsabilidade exclusiva do empregador, quando o crédito é inadimplido. Em tal caso, a direta responsabilidade do empregador decorre de expressa disposição legal, consoante art. 33, § 5º, parte final, da Lei n. 8.212/91. Ora, se é do empregador a obrigação de recolhimento do INSS, cota-parte do empregado, à época própria, é apenas ele o responsável pelo não cumprimento dessa obrigação, devendo arcar com o ônus daí decorrente. Admitir que a parte final do § 5º do art. 33 da Lei n. 8.212/91, ao responsabilizar diretamente o empregador pelo valor não recolhido da contribuição do empregado, se limita apenas às verbas espontaneamente remuneradas na vigência do contrato de emprego, implicaria manifesta afronta a tal dispositivo, que estabelece não ser lícito à empresa “alegar *omissão* para se eximir do recolhimento” (grifei). Significaria aceitar que a “*omissão*” referente ao não pagamento de salário ou de parte dele na época própria fosse alegável pelo empregador como causa legítima de inexistência de salário-de-contribuição ou de menor salário-de-contribuição, em inobservância ao disposto no art. 28, inciso I, da Lei n. 8.212/91, que cogita da totalidade dos rendimentos devidos a qualquer título, durante o mês, “*destinados a retribuir o trabalho*”. O não adimplemento tempestivo de verbas salariais, satisfeitas apenas mediante coerção estatal,

implica manifesto prejuízo ao trabalhador. Além de deixar de receber seus salários na época própria, deixa de ter contribuição adequada para o sistema de previdência e de auferir as vantagens daí decorrentes. Deve, pois, o devedor ser responsabilizado pelo dano causado ao trabalhador, assumindo, sozinho, os encargos sociais – previdenciários e fiscais – decorrentes do crédito reconhecido, tal como estabelece o multicitado art. 33, § 5º, da Lei n. 8.212/91. A reclamada deverá, porém, efetuar o recolhimento das contribuições fiscal e previdenciária incidentes sobre os créditos reconhecidos em favor da reclamante, nos termos do art. 46 da Lei n. 8.541-92 e 43 da Lei n. 8.212-91, comprovando-os nos autos.

13. Compensação. Cálculo. Critérios

Não há créditos de mesma natureza e relativos ao mesmo fato gerador, passíveis de serem compensados. A correção monetária deverá observar a legislação vigente à época do cálculo, utilizando o FACDT do mês de competência. Os juros são os legais, à razão de 1% ao mês, a contar da data do ajuizamento da demanda. O FGTS deverá ser atualizado com os mesmos critérios previstos para os créditos trabalhistas.

ANTE O EXPOSTO, **acolho em parte**, a pretensão deduzida por ALESSANDRA DIAS BARRETO em face de ATENTO BRASIL S.A. e TELEFÔNICA S.A., para, nos termos da fundamentação expandida, CONDENAR as reclamadas, solidariamente, a pagarem à reclamante: diferenças salariais por equiparação ao paradigma Luciana Regina Macedo de Quevedo; diferenças de horas extras, aviso prévio, férias, com acréscimo de 1/3, 13º salários e FGTS, com acréscimo de 40%, pelo cômputo das diferenças salariais ora reconhecidas como devidas; diferenças de horas extras, assim consideradas aquelas trabalhadas além de oitava diária e da quadragésima quarta semanais, com reflexos em repouso semanais e feriados, apuradas conforme jornadas e critérios definidos no item próprio; valor referente ao

período integral dos intervalos intrajornada violados, com adicional legal e reflexos em repouso semanais e feriados; dobra relativa ao período de descanso dos feriados laborados; diferenças de aviso prévio, férias, com acréscimo de 1/3, 13º salários, e FGTS, com acréscimo de 40%, pelo cômputo das diferenças de horas extras reconhecidas como devidas (inclusive referentes a intervalos intrajornada violados), já integradas em repouso semanais e feriados, pelo aumento da média remuneratória; vale-refeição; diferenças de horas extras, repouso semanais, feriados, aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS, com acréscimo de 40%, pelo cômputo, dos valores adimplidos no curso do contrato sob a rubrica “bônus de vendas”, em montante a ser apurado em liquidação de sentença; indenização por danos morais. Concedo à autora o benefício da Assistência Judiciária Gratuita. Além disso, CONDENO as reclamadas ao pagamento de indenização pela prática de *dumping* social, em valor que fixo em R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais), a ser corrigido na proporção dos créditos trabalhistas, a partir da data de publicação da presente decisão. O valor deverá ser depositado em conta à disposição do Juízo e será utilizado para pagamento dos processos arquivados com dívida nesta Unidade Judiciária, a iniciar pelo mais antigo, observada a ordem cronológica, na proporção de no máximo R\$ 10.000,00 para cada exequente. Observo que havendo manutenção da decisão proferida no Processo n. 00732-2008-005-04-00-5, em que também reconhecida a prática de dano social, o valor lá fixado a título de indenização será compensado com o quantum aqui fixado, de modo a não haver cumulação de condenações por idêntico motivo. Juros e correção monetária na forma da Lei. Montante a ser apurado em liquidação de sentença. Custas de **R\$ 14.600,00**, calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação, de **R\$ 730.000,00**, pelas reclamadas. Transitada em julgado a presente decisão, proceda-se à

liquidação por simples cálculos, observado o FACDT do mês de competência e os juros legais de 1% ao mês, e intemem-se as reclamadas para pagamento, nos termos do art. 475-J, do CPC, restando fixadas as condições e prazo ali previstos para cumprimento da decisão,

consoante autoriza o art. 832, § 1º, da CLT. Parte cientes. Intime-se a União. Sentença proferida por mim,

Juíza do Trabalho Valdete Souto Severo,
e assinada digitalmente, para publicação em 30.3.2010.

1ª Vara do Trabalho de Sete Lagoas – MG

SENTENÇA

Relatório

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Processo: 000723-44.2010.503-0039

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO — PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Réu(s): SINDICATO DOS EMPREGADOS EM TURISMO E HOSPITALIDADE DE SETE LAGOAS E SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

JUIZ: GERALDO MAGELA MELO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO — PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO, autor, qualificado às fls. 02, ajuizou ação civil pública em face do SINDICATO DOS EMPREGADOS EM TURISMO E HOSPITALIDADE DE SETE LAGOAS E DO SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, Réus, igualmente qualificados, aduzindo que a Convenção Coletiva firmada entre os réus contém cláusulas nocivas aos trabalhadores; que na cláusula 8ª ficou estabelecido prazo para pagamento de 13º salário até o dia 15 de dezembro, quando a Lei determina que metade do 13º salário seja paga entre os meses de fevereiro e novembro de cada ano; que a cláusula 14ª prevê o pagamento de contribuição compulsória para os empregados, no valor de R\$ 12,50 por mês, para custear atendimento médico aos integrantes da categoria e a seus dependentes, nas instalações do sindicato; que o art. 611 da CLT dispõe que a norma coletiva deve regular sobre condições de trabalho, o que não é o caso da referida

cláusula; que essa cláusula não cogitou o direito de os trabalhadores serem consultados quanto à possibilidade desse desconto, em afronta à norma contida no art. 545 da CLT; que a cláusula 55ª prevê o desconto de contribuição assistencial no importe de 8%, a incidir sobre o salário dos empregados associados e não associados, o que contraria a Constituição da República, a qual, garante a livre associação e filiação das entidades sindicais; que a letra *f* da cláusula 19ª condiciona a homologação das rescisões contratuais pelo Sindicato à apresentação dos comprovantes de pagamento dos valores correspondentes ao Programa de Assistência Familiar e das contribuições sindicais; que requer, como antecipação de tutela, a suspensão dos efeitos dessas cláusulas, tendo em vista que elas causam prejuízo aos trabalhadores.

Audiência em 22.9.2010, conciliação impossibilitada; os réus apresentaram defesas. O primeiro réu aduz que a Lei n. 4.749/65 faculta aos empregadores pagarem a metade do 13º salário entre os meses de fevereiro e novembro de cada ano ou pagar o valor integral até o dia 20 de dezembro, sendo a cláusula 8ª benéfica aos trabalhadores, já que antecipa o vencimento; que, conforme consta da cláusula 14ª da CCT, o empregado tem direito a se opor ao desconto do plano assistencial familiar; que a não apresentação dos documentos discriminados na letra *f* da cláusula 19ª da CCT não é empecilho para a homologação de rescisão contratual, mas permite ao sindicato verificar se a empresa vem pagando as cotas do plano assistencial familiar em prol de seus empregados; que a contribuição assistencial tem respaldo no art. 513, alínea *e*, da CLT.

O segundo réu sustenta que se trata de ação anulatória e argui preliminar de incompetência

funcional do juízo de primeira instância para declarar a nulidade de dispositivos inscritos em instrumentos coletivos de trabalho. No mérito, alega que a taxa assistencial deve se estender a todos os membros da categoria, uma vez que os benefícios dela decorrentes também alcançam a sua integralidade; que a cláusula em questão assegura ao trabalhador o direito de oposição à cobrança desses contribuições; que nada impede que se exija a comprovação de cumprimento de normas convencionais no ato da homologação de rescisões, conforme está na letra *f* da cláusula 19ª; que, além dos sindicatos, a homologação pode ser realizada pela autoridade local do Ministério do Trabalho e pelo representante do Ministério Público; que a grande adesão de trabalhadores ao programa de assistência familiar revela a sua aceitação; que o próprio TRT da 3ª Região já firmou entendimento quanto à legalidade de cláusula que faculta o pagamento da gratificação natalina em parcela única dentro do prazo máximo fixado em lei. Liminar indeferida (fls. 70). Protestos do Autor (fls. 553). O autor apresentou impugnação às defesas e aos documentos juntados (fls. 555/571). Na audiência de instrução, não foram provas produzidas outras provas. Encerrada a instrução. Razões finais remissivas. Conciliação Inviabilizada.

É o relatório.

Fundamentação

Da Competência do Juízo de Primeira Instância

Rejeito a preliminar de incompetência funcional arguida pelo 2º réu, uma vez que, nos termos do que dispõe o art. 2º da Lei n. 7.347/85, a regra geral é de que a ação civil pública seja ajuizada perante os órgãos de primeira instância, no caso, as Varas do Trabalho.

Ademais, não se trata de Ação Anulatória de Convenção Coletiva, mas de Ação Civil Pública, com formulação de pedidos de condenação

em obrigação de não fazer (pedido n. 1), de declaração de nulidade de cláusulas normativas (pedido n. 2) e de condenação em obrigação de fazer (pedido n. 3), devendo ser proposta originariamente em primeira instância, sob pena de afrontar cabalmente o princípio do duplo grau de jurisdição.

Calha frisar que o Regimento Interno do TRT 3ª Região (Resolução Administrativa n. 127/2002), dispõe no art. 39, inciso III, alínea *c*, que: “Compete à Seção Especializada em Dissídios Coletivos julgar as ações anulatórias em matéria de sua competência”, qual seja, a criação de normas e condições de trabalho de uma determinada categoria, o que não se confunde com um dos escopos da Ação Civil Pública, que é a reparação ou extirpação de normas já existentes em Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho lesivas aos trabalhadores.

Por fim, ressalte-se que a competência do regional para o Poder Normativo está afeta à criação de normas em sede de dissídio coletivo, ou seja, sentença normativa, no presente caso, não se pleiteia criar normas, mas anular cláusula de convenção coletiva, sublinhe-se, competência originária de tribunal é exceção e quando não expressamente prevista, descabe aplicação interpretação extensiva para suprimir instância.

Em face do exposto, rejeito a preliminar.

Inépcia da Inicial de Ofício

A petição inicial que contenha defeito que inviabilize o exercício do direito de ação ou traga efetivo prejuízo ao direito de defesa deve ser declarada inepta. Na hipótese dos autos, a matéria referente ao pleito de que os Réus fossem condenados a publicar esta sentença na imprensa local, não foi trazida na causa de pedir da peça vestibular, isto é, não foram apresentados fatos e fundamentos jurídicos para tal pedido. Portanto, **extingo o processo sem resolução do mérito**, nos termos do art. 267, I, *c/c* art. 295, parágrafo único, inciso I, do CPC, nesse tocante.

Da Impugnação de Documentos pelo Autor

Rejeitam-se as impugnações do Autor aos documentos trazidos com as defesas, uma vez que inexistem provas que demonstrem a impropriedade desses documentos.

Do Mérito

Do Prazo para Pagamento do 13º Salário

O Autor alega que na cláusula 8ª da CCT firmada entre os Réus ficou estabelecido prazo para pagamento de 13º salário até o dia 15 de dezembro, em afronta à legislação, que determina que metade do 13º salário seja paga entre os meses de fevereiro e novembro de cada ano e a outra metade até o dia 20 de dezembro.

O primeiro réu aduz que a Lei n. 4.749/65 faculta aos empregadores pagarem a metade do 13º salário entre os meses de fevereiro e novembro de cada ano ou pagarem o valor integral até o dia 20 de dezembro, sendo a cláusula 8ª benéfica aos trabalhadores, já que antecipa o vencimento.

O segundo réu alega que o próprio TRT da 3ª Região já firmou entendimento quanto à legalidade de cláusula que faculta o pagamento da gratificação natalina em parcela única dentro do prazo máximo fixado em lei.

Com efeito, diferentemente do entendimento do primeiro réu, a Lei n. 4.749/65 não dá opção ao empregador, mas determina que a metade do salário recebido pelo empregado seja paga entre os meses de fevereiro e novembro de cada ano, e a outra metade, até o dia 20 de dezembro.

Portanto, a norma autônoma inscrita na cláusula 8ª da convenção coletiva prevê benefício apenas para os empregadores, vale dizer, é uma via de mão única, já que, os empresários podem movimentar seu capital de giro enquanto privam os empregados de anteciparem suas compras de final de ano, inclusive de anteciparem seu 13º para com suas férias, caso queiram.

Face ao exposto, declaro a nulidade da cláusula 8ª da CCT 2009 e determino que os Réus se abstenham de celebrar norma coletiva que permita aos empregadores deixar de antecipar a metade do 13º salário aos empregados, em contrariedade ao art. 2º da Lei n. 4.749/65.

Do Plano de Assistência Familiar

Aduz o autor que a cláusula 14ª da CCT prevê o pagamento de contribuição compulsória para os empregados, no valor de R\$ 12,50 por mês, para custear atendimento médico aos integrantes da categoria e a seus dependentes, nas instalações do sindicato. Ressalta que o art. 611 da CLT dispõe que a norma coletiva deve tratar das condições de trabalho, o que não é o caso da referida cláusula, a qual, inclusive, não cogita o direito de os trabalhadores serem consultados quanto à possibilidade desse desconto, em afronta à norma contida no art. 545 da CLT.

O primeiro réu assevera que, conforme consta da cláusula 14ª da CCT, o empregado tem direito a se opor ao desconto do plano assistencial familiar.

O segundo réu afirma que a grande adesão de trabalhadores ao programa de assistência familiar revela a sua aceitação.

Observa-se, dos termos da cláusula em questão (fls. 42/43), que essa norma é benéfica aos trabalhadores, sendo razoável a cobrança daqueles que queiram usufruir do Programa de Assistência Familiar, de um módico valor para seu custeio, até porque, tal benefício se estende a seus dependentes. Ressalte-se que essa norma não priva aos empregados a liberdade de escolha, já que o parágrafo quinto faculta a oposição ao desconto mensal da contribuição em seus salários.

De mais a mais, essa norma é legítima e deve ser valorizada, nos termos do disposto no inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal/88, sob pena de se consubstanciar em excessivo protecionismo por parte do Estado-Juiz, o que apenas contribuiria para o desestímulo à negociação coletiva, implicando em

substituição das soluções autônomas pelas heterônomas para os conflitos coletivos do trabalho, com multiplicação das demandas e retorno ao paternalismo estatal, incompatível com o atual estágio de evolução das relações capital-trabalho.

Indefiro.

Do Desconto de Contribuição Assistencial

O Autor sustenta que a cláusula 55^a prevê o desconto de contribuição assistencial no importe de 8%, a incidir sobre o salário dos empregados associados e não associados, o que contraria a Constituição da República, que garante livre associação e filiação das entidades sindicais.

O primeiro réu afirma que a contribuição assistencial tem respaldo no art. 513, alínea *e*, da CLT e o segundo réu alega que a taxa assistencial deve se estender a todos os membros da categoria, uma vez que os benefícios dela decorrentes também alcançam a sua integridade.

Não é inconstitucional a exigência de contribuições instituídas por normas coletivas para todos os empregados, desde que haja previsão para utilização do direito de oposição, o que se verifica nas normas coletivas carreadas aos autos, conforme entendimento pacífico dos Pretórios, colacionamos:

Processo n. 01584-2008-020-03-00-4 RO
Data de Publicação 10.6.2009 DEJT Página:
206 Órgão Julgador Nona Turma Relator
Emília Facchini Revisor Antônio Fernando
Guimarães Tema CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA — DESCONTO EMENTA — CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA — PREVISÃO DO DIREITO DE **OPOSIÇÃO**.
Com relação aos descontos a título de contribuição assistencial e confederativa, prevalece o entendimento expresso no Precedente Normativo de n. 119 e na Orientação Jurisprudencial de n. 17, ambos da c. Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, bem como na Súmula n. 666 do Supremo Tribunal Federal, no sentido da

exigibilidade/obrigatoriedade de contribuições sindicais previstas em instrumento coletivo apenas para trabalhadores sindicalizados. **Havendo, contudo, previsão expressa nos instrumentos coletivos do direito de oposição do empregado que discorde da cobrança da contribuição confederativa, o que era exercido pelos empregados da empresa, não se pode considerar indevidos os descontos efetuados ao título.**

Mesmo entendimento do professor Mauricio Godinho:

A jurisprudência da Seção de Dissídios Coletivos do TST tem, entretanto, considerado inválidas tais contribuições, quando dirigidas a trabalhadores não sindicalizados, na esteira do que também compreende com relação à contribuição confederativa (PN 119, SDC). **É claro que se houver no instrumento coletivo negociado dispositivo autorizando a insurgência do trabalhador não sindicalizado contra a referida contribuição, não há por que negar-se validade aos mencionados dispositivos e contribuições convencionais.** (grifos nossos)

Destarte, havendo previsão para o exercício do direito de oposição, por exemplo, § 1º da Cláusula 55, fls. 54, entendo não vilipendiada a garantia constitucional de liberdade sindical.

Dos Requisitos para Homologação de Rescisão Contratual

Alega o Autor que a letra *f* da cláusula 19^a condiciona a homologação das rescisões contratuais pelo Sindicato à apresentação dos comprovantes de pagamento dos valores correspondentes ao Programa de Assistência Familiar e das contribuições sindicais.

O primeiro Réu afirma que a não apresentação dos documentos discriminados na letra *f* da cláusula 19^a da CCT não é empecilho para a homologação de rescisão contratual, mas permite ao sindicato verificar se a empresa vem pagando as cotas do plano assistencial familiar em prol de seus empregados.

O segundo réu aduz que nada impede que se exija a comprovação de cumprimento de

normas convencionais no ato da homologação de rescisões e que, além dos sindicatos, a homologação pode ser realizada pela autoridade local do Ministério do Trabalho e pelo representante do Ministério Público.

A homologação rescisória é um ato gratuito e um dever sindical, com o intuito de proteger o trabalhador, pois esse, como hipossuficiente que é, não tem conhecimento suficiente para aferir a regularidade das verbas adimplidas e da documentação apresentada. Vale dizer, a homologação deve proteger o trabalhador e não o sindicato, na medida em que a cláusula estabelece que “só poderão ser efetuadas” e exige a comprovação dos recolhimentos em favor do sindicato obreiro, desvirtuou a ideia de proteção do trabalhador, para proteção do sindicato.

Realmente o sindicato deve velar pela regularidade de suas contribuições, pois a militância sindical é dispendiosa e sindicato atuante, logicamente, possui inúmeros gastos, todavia, tal ato não justifica em trazer prejuízo ao trabalhador, qual seja, deixar de homologar sua rescisão e acabar atrasando o desenrolar de sua vida funcional. Assim, melhor seria se a falta da documentação requerida na cláusula em epígrafe levasse à alguma punição da empresa faltosa, mas não do obreiro que não responsabilidade com tal recolhimento.

Entrementes, declaro nulo o item *f* da cláusula 19ª da CCT 2009, e determino que os Réus se abstenham de celebrar norma coletiva que autorize ao Sindicato dos Trabalhadores a deixar de homologar rescisão contratual por falta de apresentação pelo empregador dos comprovantes de pagamento dos valores correspondentes ao Programa de Assistência Familiar e das contribuições sindicais.

Do Requerimento Liminar

Mantenho o indeferimento da liminar, por não haver perigo na demora, ainda mais em

se considerando que as cláusulas guerreadas vigeram no ano de 2009 e o ajuizamento pelo *Parquet* se deu em abril de 2010.

Dispositivo

Ante o exposto, rejeito a preliminar suscitada; extingo o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, I, c/c art. 295, parágrafo único, inciso I, do CPC em relação ao pleito de que os Réus fossem condenados a publicar esta sentença na imprensa local, e julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos para, declarar a nulidade da cláusula 8ª da CCT 2009 e determinar aos Réus que abstenham de celebrar norma coletiva que permita aos empregadores deixar de antecipar a metade do 13º salário aos empregados, em contrariedade ao art. 2º da Lei n. 4.749/65, bem como declaro nulo o item *f* da cláusula 19ª da CCT 2009, e determino que os Réus se abstenham de celebrar norma coletiva que autorize ao Sindicato dos Trabalhadores a deixar de homologar rescisão contratual por falta de apresentação pelo empregador dos comprovantes de pagamento dos valores correspondentes ao Programa de Assistência Familiar e das contribuições sindicais, sob pena de pagamento de multa diária, conforme pedido, de R\$ 30.000,00, revertida ao FAT.

Não há condenação passível de incidência tributária.

Custas pelos Réus, no importe de R\$ 600,00, calculadas sobre R\$ 30.000,00 valor arbitrado à condenação.

Intimem-se as partes, ressalvando-se que MPT que deverá ser intimado pessoalmente.

Cumpra-se.

Sete Lagoas, 16 de dezembro de 2010.

Geraldo Magela Melo

Juiz do Trabalho

Nadège da Silva Vieira

Diretora de Secretaria

1ª Vara do Trabalho de Presidente Prudente – SP

PROCESSO: 0000078-28.2010.5.15.0026

Vistos, etc.

MARCELO CABRERA BOVOLATI ajuizou **RECLAMAÇÃO** contra **CASA DO PEQUENO TRABALHADOR DE PRESIDENTE PRUDENTE** e **MUNICÍPIO DE PRESIDENTE PRUDENTE**. Aduziu ter sido admitido pela primeira reclamada em 18.5.2009, para trabalhar como Auxiliar de Vendas, sendo despedido, sem justa causa, em 1º.10.2009, quando recebia salário mensal de R\$ 360,00. De acordo com a cláusula 5ª do contrato celebrado, este teria a duração de 12 (doze) meses. Em razão da rescisão antecipada, deve ser aplicado o art. 479 da CLT, com o pagamento de metade de todas as verbas salariais a que teria direito até o término do contrato. Os reclamados deverão ser condenados de forma solidária e/ou subsidiária. Devem ser pagas as verbas incontroversas na primeira audiência, sob pena de acréscimo de 50%, conforme art. 467 consolidado. Devida a multa do § 8º do art. 477 da CLT.

Postulou “multas” dos arts. 479 (correspondente à metade dos salários, férias mais 1/3, 13º salário e FGTS mais 40% do período que faltava para expirar o contrato), 467 e 477 da CLT. Requereu os benefícios da justiça gratuita e condenação dos reclamados em custas e honorários advocatícios. Protestou por provas. Atribuiu à causa o valor de R\$ 3.722,05 (Três mil setecentos e vinte e dois reais e cinco centavos). Juntou documentos.

Infrutífera a tentativa de conciliação. Após correção do polo passivo, foi inquirida a preposta da primeira reclamada e determinadas

providências pelo Juízo, esclarecendo as partes que não teriam provas orais (fls. 26-27).

Contestando, sustentou a primeira reclamada ser instituição de utilidade pública, filantrópica e sem fins lucrativos, que visa a inserção de adolescentes no mercado de trabalho. O reclamante foi contratado como Aprendiz de Auxiliar de Vendas, trabalhando na Zona Azul até a data da demissão, ocorrida de forma antecipada pelo fato de não ter se adaptado. Mantém equipe técnica visando a dar integral cumprimento às normas atinentes ao “menor aprendiz”. O reclamante já há algum tempo exercia suas funções de maneira desmotivada e apresentava baixo rendimento em suas tarefas e baixo rendimento escolar. A rescisão contratual ocorreu por sua culpa exclusiva. Pagou as verbas rescisórias devidas, uma vez que a rescisão ocorreu por justa causa. Não se aplica ao “menor aprendiz” o disposto nos arts. 479 e 480 da CLT. Impugnou todos os pleitos. Protestou por provas. Juntou documentos.

Ofereceu contestação também o Município de Presidente Prudente. Arguiu, em preliminar, sua ilegitimidade passiva. Sustentou, no mérito, que, por meio da Lei Municipal n. 5.720/2002, foi autorizado a firmar convênio com entidades sem fins lucrativos ou filantrópicas, para a venda de cartões de estacionamento regulamentado de veículos automotores nas vias públicas de Presidente Prudente, denominado “Zona Azul”. Em razão disto, firmou convênio com a primeira reclamada, com o objetivo de promover o desenvolvimento pessoal e profissional do “menor carente”, na condição de adolescente assistido. A conveniada é responsável

pelas obrigações sociais e trabalhistas, razão pela qual não há qualquer responsabilidade do município. Impugnou todos os pleitos. Protestou por provas. Juntou documentos.

Encerrada a instrução processual (fls. 84).

Não ofereceram razões finais as partes no prazo que lhes foi conferido para tanto, conforme certificado a fls. 85-verso.

Convertido o julgamento em diligência (fls. 87), tendo a primeira reclamada regularizado sua representação processual (fls. 92-97).

Inconciliados.

É O RELATÓRIO.

Tudo considerado, **DECIDO:**

I – PRELIMINAR:

CARÊNCIA DA AÇÃO — ILEGITIMIDADE PASSIVA:

A ação, como é cediço, é direito autônomo desvinculado do direito material. O reclamante pretende a responsabilização solidária e/ou subsidiária do segundo reclamado pelos direitos vindicados no presente feito. Ao apontar, de forma justificada, as partes que pretende responsabilizar, estabeleceu ele a pertinência subjetiva da lide.

Assim, as partes são legítimas e encontram-se representadas por profissionais do Direito. É patente o interesse processual do obreiro, caracterizado pela simples resistência às pretensões deduzidas que, de seu turno, encontram previsão abstrata no ordenamento jurídico vigente.

A existência ou não de responsabilidade por eventuais direitos deferidos por quem não seja titular empresarial do vínculo não enseja a carência da ação, sendo matéria que respeita ao mérito da demanda.

Rejeito a preliminar.

II – MÉRITO:

CONTRATO DE APRENDIZAGEM — NULIDADE — EFEITOS:

Em regra, a aprendizagem deve ser ministrada pelas entidades integrantes do Sistema

Nacional de Aprendizagem, o conhecido sistema “S”. São elas: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), Serviço Nacional de Aprendizagem de Transportes (SENAT) e Serviço Nacional de Aprendizagem de Cooperativismo (SESCOOP).

A grande inovação introduzida pela Lei n. 10.097/2000 foi a possibilidade de, não havendo cursos ou vagas suficientes nos referidos serviços para atender a demanda dos estabelecimentos, ser a aprendizagem ministrada por outras entidades qualificadas em formação técnico-profissional metódica.

Tais entidades, de acordo com o art. 430, I e II, da CLT, podem ser Escolas Técnicas de Educação (inclusive agrotécnicas) ou entidades sem fins lucrativos, que tenham por objetivo a assistência ao adolescente e à educação profissional, desde que registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. No segundo perfil se encaixa a primeira reclamada.

Assim, a princípio, estaria formalmente regular o contrato de aprendizagem celebrado entre o reclamante e a primeira reclamada, para prestação de serviços ao segundo, não fosse este ente público. Já advertimos (*O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil*. São Paulo: LTr, 2006. p. 247), mesmo em relação a empresas públicas e sociedades de economia mista, que, embora interpretação literal do que consta no *caput* do art. 16 do Decreto n. 5.598/2005 (que regulamentou a lei de aprendizagem) leve a conclusão de que não haveria necessidade de concurso ou processo seletivo para admissão de aprendizes, tal não é recomendável, mormente quando o tomador de serviços é um município.

O precedente (dispensa de concurso público ou, ainda, até mesmo de processo seletivo), é extremamente perigoso, na medida em que “(...) pode resultar em transgressão da proibição constitucional, com ampla possibilidade

de privilegiar-se apaniguados dos ocupantes momentâneos do poder” (*Op. e p. cit.*).

De qualquer modo, ainda que não seja este o caso, não se pode olvidar a finalidade de tal espécie de contrato (de aprendizagem empresária). Segundo o art. 62 do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se aprendizagem a “formação técnico-profissional ministrada segundo as diretrizes e bases da legislação de educação em vigor”.

Eis o significado que a UNESCO, segundo o Glossário “Terminologia do ensino Técnico e Profissional”, empresta ao termo ensino técnico-profissional:

(...) é termo utilizado em sentido *lato* para designar o processo EDUCATIVO quando este implica, além de uma formação geral, estudos de caráter técnico e a aquisição de conhecimentos e aptidões práticas relativas ao exercício de certas profissões em diversos setores da vida econômica e social. Como consequência de seus objetivos extensos, o ensino técnico e profissional distingue-se da “formação profissional” que visa essencialmente a aquisição de qualificações práticas e de conhecimentos específicos necessários para a ocupação de um determinado emprego ou de um grupo de empregos determinados.

O ensino técnico e profissional deverá constituir uma parte integrante do sistema geral de educação e, em face disso, uma atenção particular deverá ser concedida a seu valor cultural. Deverá exceder a simples preparação para o exercício de uma determinada profissão, preparação cujo objetivo principal é fazer com que o estudante adquira competência e conhecimentos teóricos estritamente necessários a esse fim; deverá juntamente com o ensino geral, assegurar o desenvolvimento da personalidade, do caráter e das faculdades de compreensão, de julgamento, de expressão e de adaptação. Para isso, conviria elevar o conteúdo cultural do ensino técnico e profissional a tal nível que a especialização inevitável não fosse empecilho ao desenvolvimento de interesses mais amplos (*Technical and vocational education. Recommendations by UNESCO and International*

Labour Organization, Paris, Unesco e Geneva, OIT, 1964. p. 34). (Warren *apud* OLIVEIRA, Oris. 1993. p. 11-12).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96), em seu art. 40, prescreve que a educação profissional deve ser desenvolvida de forma articulada com o ensino regular ou por estratégias diversas de educação continuada, em instituições especializadas ou no ambiente de trabalho. Fora isto, atualmente, o conceito de contrato de aprendizagem é dado pelo art. 428 da CLT, que possui a seguinte redação:

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

Necessário sempre ter em conta, portanto, que o contrato de aprendizagem deve propiciar formação técnico-profissional metódica, assim entendida a atividade que alterna teoria (estudo) e prática, mas não de forma aleatória, como ocorria na hipótese. Necessariamente deve haver um método de ensino-trabalho (projeto pedagógico) organizado de forma a que as tarefas confiadas ao aprendiz aumentem gradativamente de complexidade, a fim de que o objeto — principal — de aprendizagem no ambiente de trabalho seja alcançado.

Pois bem! No caso destes autos, a preposta da primeira reclamada, Rosângela Zamineli de Lima, que conforme o documento de fls. 71 é Psicóloga, esclareceu que o reclamante trabalhava na zona azul, ou seja, comercializava bilhetes de estacionamento nas ruas de Presidente Prudente. Não há como conceber, em situação tal, que haja associação entre teoria e prática e, muito menos, que possa haver aumento de complexidade em uma atividade

de venda de cartões de zona azul. Acrescentou mais (fls. 27, com grifos nossos):

(...) Na Zona Azul **também trabalham moças**. A faixa etária dos que trabalham na Zona Azul é de **16 a 18 anos**, sendo que a partir de dezembro do ano passado só passaram a contratar só quem **passou de 18 anos**. A contratação de quem tem mais de 18 anos é **também na condição de aprendiz**. A entidade tem registro no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Os adolescentes** que trabalham na Zona Azul **não têm autorizações individuais para trabalhar na rua**.

Ora, daí só emerge, com clareza, uma série de irregularidades. Em primeiro lugar, verifica-se, nitidamente, infringência ao art. 405, § 2º, da CLT, uma vez que, adolescentes, tanto do sexo masculino como feminino, trabalham nas ruas de Presidente Prudente, sem autorização judicial, transformando-se em presas fáceis de pessoas inescrupulosas. Anoto, já aqui, que no meu entender, referido dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que, em face do Princípio da Proteção Integral insculpido no art. 227 da Carta Maior, a pobreza não pode ser elemento definidor de permissão que, certamente, causará prejuízo à formação intelectual e moral do adolescente.

De qualquer modo, a partir do momento em que, a própria entidade admite que a partir de dezembro do ano passado passou a contratar apenas jovens com mais de 18 anos, e na condição de aprendizes, fica evidenciado que o interesse maior não é a formação e qualificação profissional de adolescentes, mas o fornecimento de mão de obra barata para o serviço de Zona Azul. Isto por que só está ela autorizada a contratar adolescentes. Embora a aprendizagem tenha sido estendida a pessoas com até 24 anos de idade (ou se, com alguma deficiência, até com idade superior), isto não quer dizer que a Casa do Pequeno Trabalhador possa ministrar aprendizagem para adultos.

A respeito, na obra citada, na subseção 6.3.1, sob o título “Entidades de assistência e

educação profissional só poderão contratar e ministrar aprendizagem para adolescente”, às páginas 233-234, já discorreremos sobre o assunto nos seguintes termos:

A Lei n. 11.180/2005 não promoveu qualquer alteração no art. 430 da CLT. Assim, há que se entender que, se os Serviços Nacionais de Aprendizagem não oferecerem cursos ou vagas suficientes para atender os jovens de 18 a 24 anos, em relação a estes, a demanda poderá até ser suprida por Escolas Técnicas de Educação (inciso I), mas não pelas entidades mencionadas no inciso II do artigo citado. É que ele é expresso ao mencionar que referidas entidades são aquelas, sem fins lucrativos, “que tenham por objetivo a **assistência ao adolescente** e à educação profissional, **registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente**” (grifos nossos).

Além disto, a Portaria n. 702 transcrita, também limita o desenvolvimento de programas de aprendizagem por referidas entidades a “adolescentes na faixa de 14 a 18 anos de idade”, esclarecendo (art. 1º) que a inscrição desses programas junto ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente se dará “na forma do parágrafo único do art. 90 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990”, que trata de entidades que executem programas de proteção e socioeducativos destinados a crianças e adolescentes (e não a maiores de 18 anos).

Ressalte-se que os critérios estão traçados na Resolução CONANDA n. 74/2001 (...). Não divisamos, portanto, hermenêutica que possibilite a referidas entidades a atuação com jovens na faixa etária compreendida entre 18 e 24 anos.

Não fosse o bastante, a contratação de jovens com mais de 18 (dezoito) anos contraria até mesmo o convênio celebrado entre a entidade e o município (fls. 60-66), que é destinado apenas a “(...) promover o desenvolvimento pessoal e profissional do menor carente, na

condição de adolescente assistido (...)”, conforme expresso já na sua cláusula primeira (Do Objeto).

Por outro lado, preponderância da finalidade produtiva sobre a educacional, de qualificação profissional, é evidenciada especialmente no “laudo técnico” de fls. 37-38, merecendo realce alguns trechos (com grifos nossos):

(...) e quando o condutor estaciona não atende por estar distraído, tal comportamento refletiu em **baixo rendimento no trabalho, implicando em baixas vendas**, sendo que ainda alguns professores passaram a relatar a falta de produção do adolescente na sala de aula.

(...)

Cabe ressaltar que apresentar **baixo rendimento (nas vendas)** não se faz significativo, pois sabemos, das variáveis que não são passíveis de controle, como clima (tempo) setor etc. Porém o fato de apresentar **rendimento (abaixo da média) e em meses consecutivos**, corrobora a falta de comprometimento manifestadas [*sic*] pelo adolescente tanto no trabalho como no curso.

O curioso é que embora afirme que o baixo rendimento nas vendas não seria significativo, o laudo justifica tal afirmação apenas em face das variáveis que não seriam passíveis de controle, para logo após reafirmar o grande peso que se emprestou ao rendimento, ao dizer que o do reclamante era abaixo da média, o que teria ocorrido em meses consecutivos. Isto é possível identificar também no quanto mais narrou a psicóloga que atuou como preposta. Descreveu a rotina do adolescente nos seguintes termos (fls. 26-27, com grifos nossos):

(...) O reclamante trabalhava na Zona Azul e internamente, como todos os aprendizes, o reclamante fazia um curso, que contava como horas trabalhadas. O reclamante tinha aulas com professores de português, psicólogos de relacionamento interpessoal e temáticas ligadas à venda. O curso tem certificação. O curso **não é só de qualificação em vendas**, mas ele é reconhecido e está validado. O curso é realizado desta forma

porque entendem que ele deve proporcionar outras aptidões para que quando sair de lá ele possa trabalhar no que for. A duração do curso é de um ano, sendo que isto é enquanto ele estiver contratado como aprendiz. O reclamante trabalhava de segunda-feira a sábado, das 8h00 às 12h00 ou das 12h30 às 17h20. O curso ocorre **uma vez por semana**, todas as segundas ou sábados, sendo que o do reclamante era na segunda, das 8h00 às 12h00. No dia que fazia o curso, o reclamante trabalhava à tarde. A **produtividade é avaliada** porque não querem que ele trabalhe(e) lá só para receber no final do mês, pois tem que ser interessante para ele. A depoente não se recorda em que série o reclamante estava, mas era no colegial. Quem afere o rendimento escolar é a pedagoga, sendo que a equipe técnica é formada também por psicóloga e assistente social. **O rendimento escolar do reclamante no início era ruim, mas no final melhorou significativamente**. Há mais de uma modalidade de cursos, sendo que os meninos que trabalham em mercado tem o curso de mercado, em empresa, administrativo, e assim em diante. (...)

Note-se que o laudo menciona notas escolares ruins e falta de produção do adolescente na sala de aula, mas o depoimento, em sentido oposto, revela que o rendimento escolar teria melhorado significativamente.

Difícil imaginar, de todo modo, desenvolvimento de formação técnico-profissional metódica para vendedor de cartões de zona azul. E ainda que tal fosse possível, a defesa apresentada pela Casa do Pequeno Trabalhador também evidenciou a preponderância do critério produtivo sobre o educacional, ao esclarecer, corroborando o laudo de fls. 37-38, que, dentre as causas que motivaram o desligamento do reclamante, estava o fato de que “(...) vinha tendo baixo rendimento no desenvolvimento de sua tarefa (...)” (fls. 30-31). Acrescentou, lastimavelmente, que “(...) a rescisão se deu por justa causa” (fls. 31).

Um dos objetivos da formação do aprendiz, conforme disposto no art. 2º, IX, da Portaria

n. 702/2001 do Ministério do Trabalho e Emprego, é encontrar mecanismos para propiciar a permanência dos aprendizes no mercado de trabalho após o término do contrato de aprendizagem. Agora, como obter emprego que exige qualificação para quem só aprendeu a vender cartões de zona azul nas ruas da cidade? A aprendizagem deve ocorrer em atmosfera adequada ao desenvolvimento dos programas específicos, e a rua certamente não é um desses ambientes, notadamente sendo o aprendiz adolescente.

Fato curioso, aliás, é que na atividade de comercialização de cartões da Zona Azul nas vias públicas de Presidente Prudente não há profissionais qualificados, apenas aprendizes, o que é possível extrair dos próprios termos do convênio celebrado entre os reclamados. Quem seriam, então, os monitores para a orientação no desenvolvimento da atividade prática/teórica?

Observe-se ainda que, instada a comprovar a regularidade do curso, a Casa do Pequeno Trabalhador não trouxe aos autos cópia do projeto pedagógico, como deveria (art. 23, § 2º, do Decreto n. 5.598/2005). E o curso de Vendedor de Comércio Vajerista, que inscreveu no Cadastro Nacional de Aprendizagem, certamente não contempla a comercialização de cartões de zona azul. O Resumo do Curso de fls. 77-80, por seu turno, na parte da organização, prevê que 360 horas seriam destinadas aos Módulos I e II da parte teórica (sendo 160 no Módulo I — Núcleo Básico para Aprendizagem, e 200 horas para o Módulo II — Técnicas em Vendas do Comércio Vajerista), total que, da forma como vinha se desenvolvendo, nunca seria alcançado. Além disto, contrariando seus fins, a entidade se propõe a atender jovens de 16 a 20 (vinte) anos (*vide* fls. 80).

Não resta a mínima dúvida, diante da prova — documental e oral — colhida, que o contrato de aprendizagem, na hipótese versada nestes autos, foi completamente desvirtuado. Em primeiro lugar, não havia ensinamento técnico-profissional metódico, pois nem correlação entre as atividades teóricas e práticas

existia. Além disto, adolescentes, de ambos os sexos, sem autorização judicial, eram — e são — expostos aos riscos do trabalho desenvolvido nas ruas, sendo feita tabula rasa da condição de pessoas em peculiar condição de desenvolvimento. Por fim, o critério produtivo prevalece sobre o educacional, a ponto de se aferir o rendimento na comercialização de cartões de zona azul, sendo este o fato preponderante para o desligamento do reclamante.

Outra irregularidade verificada: na cláusula 5ª do contrato de aprendizagem (fls. 49), está estipulada jornada diária (embora dita semanal) de 5:36 horas, perfazendo o total de 170 horas, compreendendo atividades nos dois ambientes, o que não era respeitado. Conforme depoimento da preposta, a parte teórica só era ministrada uma vez por semana, às segundas-feiras, das 8h00 às 12h00, sendo que, em tais dias, o reclamante trabalhava à tarde.

Em situação tal, não fosse ente público o tomador de serviços e teria, no reclamante, autêntico empregado comum, sob a máscara de aprendiz. A parte final do art. 431 da CLT, que preconiza que quando a contratação do aprendiz é realizada pela entidade não haveria vínculo empregatício com a empresa tomadora dos serviços, nem se aplicaria na hipótese. Como em face de vedação constitucional expressa (art. 37 da CF), não é possível reconhecer o vínculo com o município, e nem isto foi postulado, deve ser mantido com a primeira reclamada. Em face do princípio da primazia da realidade, não importa a verdade meramente formal, que emerge de documentos, devendo prevalecer, na hipótese, a verdade real, que revela um empregado comum.

Presentes os requisitos configuradores da relação de emprego previstos nos arts. 3º (trabalho prestado por pessoa física, não eventualidade, subordinação e onerosidade) e 2º da CLT (pessoalidade), e não preenchidos aqueles relacionados à aprendizagem, deve esta ser declarada nula de pleno direito (art. 9º da CLT), sendo o caso de DECLARAR-SE, incidentalmente (pelo fato de não ter sido postulado

especificamente) também o vínculo empregatício comum havido entre o reclamante e a primeira reclamada.

Sendo nulo o contrato de aprendizagem, muitos outros direitos (além dos que foram pleiteados) seriam — potencialmente — devidos ao reclamante. Se válido fosse (o contrato), por exemplo, teria assegurada, inclusive, estabilidade, pois um dos objetivos da aprendizagem é fornecer, ao final do curso, com aproveitamento, certificado de qualificação profissional. Disto sequer se cogitou na relação existente entre o reclamante e os reclamados.

A própria contratação por prazo determinado não se justificaria, pois, não sendo de aprendizagem (em razão da nulidade), também não estariam presentes, na hipótese, os requisitos do art. 443, § 2º, alíneas *a* a *c* da CLT. De qualquer modo, adstrito o Juízo ao que está sendo postulado, é o caso de verificar se o reclamante faz jus, como pede, à indenização, por metade, da remuneração a que teria direito até o termo do contrato, conforme previsão contida no art. 479 da CLT. E a resposta é positiva.

Nos contratos de aprendizagem não se aplica o art. 479, defende-se a primeira reclamada. De fato. Também não o 480 e nem — por extensão — o 481 do mesmo diploma legal. Entretanto, na hipótese — como já destacado — não se cuida de aprendizagem verdadeira, lícita, mas de falsa aprendizagem, fraude mesmo. Assim, deve-se analisar a solução que seria mais favorável ao obreiro, até em razão do que prescrevem os arts. 227 da Constituição Federal e 1º e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, que positivaram, no plano constitucional e infraconstitucional respectivamente, o princípio da proteção integral e prioritária que deve ser devotada a crianças e adolescentes no Brasil.

Assim, se como é certo, embora não seja de aprendizagem, o contrato do reclamante só expiraria em 18.5.2010 (conforme cláusula 5ª de fls. 49), tendo ele sido despedido em

1º.10.2009, como demonstram os documentos existentes nos autos, faz jus aos salários do tempo faltante, por metade, nos termos do art. 479 mencionado. Não se cogita de compensação de outros valores pagos por títulos diversos. Entretanto, ao contrário do que pretende o reclamante, na base de cálculo não são incluídas férias mais 1/3, 13º salário e FGTS mais 40% relativos ao período, pois a indenização prevista prevê apenas salário (na verdade remuneração, mas, neste caso, não há gorjetas).

Neste sentido, aliás, a lição de Sergio Pinto Martins (*Comentários à CLT*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 499, *in nota* 5 do art. 479 da CLT): “A remuneração a que se refere a lei não envolve o 13º salário e as férias, pois não há projeção dos efeitos do contrato de trabalho para o cálculo de outras verbas”. Assim, multiplicados os R\$ 360,00 que lhe eram pagos à época por sete meses completos e 18 (dezoito) dias, chega-se ao resultado de R\$ 2.736,00 que, divididos ao meio, resultam R\$ 1.368,00 (Mil trezentos e sessenta e oito reais), sendo esta a importância que lhe é devida a título de indenização.

Anote-se que não passou despercebido ao Juízo que a base de cálculo utilizada pelo reclamante foi de R\$ 2.520,00. Entretanto, como o valor pedido a título de indenização foi de R\$ 1.681,05, superior ao que está sendo deferido, ficam desconsiderados os equívocos matemáticos cometidos para se chegar a ele, não se vislumbrando qualquer vício de julgamento na hipótese.

A importância deverá ser acrescida de atualização monetária a partir de 01.10.2009, com juros decorrentes da mora de 1% ao mês a partir da data de ajuizamento da ação, ou seja, a partir de 15.1.2010.

Não há verbas rescisórias incontroversas que justifiquem o acréscimo de 50% previsto no art. 467 da CLT.

Sendo nulo o contrato de aprendizagem, no entanto, considerando que a indenização pela ruptura antecipada de contrato por prazo

determinado não foi paga, devida a multa do § 8º do art. 477 da CLT (R\$ 360,00), por descumprimento dos prazos estipulados no § 6º do mesmo dispositivo legal.

RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO:

O Município de Presidente Prudente, aparentemente autorizado por Lei Municipal, celebrou convênio com a primeira reclamada para a contratação de adolescentes e jovens para a comercialização de bilhetes da Zona Azul. E, neste caso, como se verá, agiu com culpa.

A questão da responsabilidade do tomador de serviços, mesmo após o advento da Lei n. 8.666/93, encontra-se já superada por iterativa jurisprudência cristalizada na Súmula n. 331, IV, do TST, do seguinte teor:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quando 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).

No caso, em que — ao que se infere do que dos autos consta — nem certame público (licitação, por exemplo) houve, inquestionavelmente presente a culpa *in eligendo* e também *in vigilando*, pois conhecedor o município das irregularidades que, com seu beneplácito, estão sendo cometidas.

Isto por que, ainda que contenham disposições que objetivavam imputar a responsabilidade por encargos trabalhistas — dentre outros — exclusivamente à conveniada (disposições que, aliás, não afetam interesses de terceiros), o convênio juntado em cópia nos autos (fls. 60-66), possibilitava que o município conveniente acompanhasse o cumprimento de obrigações — dentre outras — trabalhistas. Ademais, o próprio convênio é equivocado no seu objeto.

Aliás, o conveniente, que se beneficiou diretamente dos serviços prestados pelo reclamante, não só poderia, mas deveria ter fiscalizado e exigido o integral cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da conveniada. Assim, o segundo reclamado é responsável subsidiário pelos direitos aqui reconhecidos.

DESNECESSIDADE DE REEXAME NECESSÁRIO:

Não se vislumbra qualquer incompatibilidade entre o art. 1º, V, do DL n. 779/69 e os §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC. Aliás, interpretação teleológica, que leve em consideração a natureza do crédito trabalhista, recomenda a aplicação do comando emergente dos dispositivos em questão, de forma supletiva (art. 769 da CLT), ao processo do trabalho.

A questão, aliás, restou pacificada pela Súmula n. 303, I do TST:

Fazenda Pública. Duplo grau de jurisdição.

I. Em dissídio individual, está sujeita ao duplo grau de jurisdição, mesmo na vigência da CF/88, decisão contrária à Fazenda Pública, salvo:

- a) quando a condenação não ultrapassar o valor correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos;
- b) quando a decisão estiver em consonância com decisão plenária do Supremo Tribunal Federal ou com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho.

No caso em tela, desnecessária a remessa de ofício para reexame do julgado, porquanto o valor não ultrapassa a 60 (sessenta) salários mínimos, além do que a condenação subsidiária do município está em consonância com Súmula do C. Tribunal Superior do Trabalho.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E IRRF:

Não há, na espécie, dada a natureza jurídica das parcelas deferidas, contribuições previdenciárias a recolher ou IRRF.

CUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO DA SENTENÇA:

Considerando a condenação ao pagamento de quantia certa, o não cumprimento voluntário da sentença, com a satisfação do débito no prazo de quinze dias, importará no acréscimo de multa no percentual de dez por cento sobre o total atualizado e acrescido de juros, nos termos do art. 475-J do Código de Processo Civil, de aplicação supletiva no processo do trabalho, por força da previsão contida no art. 769 da CLT.

PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS:

Não se duvida que os propósitos da Casa do Pequeno Trabalhador sempre foram os melhores possíveis. Entretanto, decorridos mais de dez anos da promulgação da (ainda nova) lei da aprendizagem, não se justifica mais que continue a manter a contratação irregular de aprendizes, agora se propondo até mesmo, em completo desvirtuamento de seus desígnios, a atender jovens com mais de dezoito anos com igual irregularidade, fornecendo simplesmente mão de obra barata, sem cumprir as exigências pedagógicas da aprendizagem.

É chegada a hora de dar um basta às irregularidades. Muita coisa melhorou, mas precisa a entidade adequar-se à legislação vigente. É preciso que sua diretoria e sua equipe técnica multidisciplinar tenham conhecimento da legislação e estejam preparadas para ministrar aprendizagem verdadeira.

Até mesmo a denominação (Casa do Pequeno Trabalhador) permite antever a necessidade de um novo olhar da entidade sobre a idade mínima para o trabalho, a luta pela prevenção e erradicação do trabalho infantil (que é brasileira, mas também mundial) e a proteção que deve ser devotada ao adolescente trabalhador, especialmente no que respeita à aprendizagem, proposta que abraçou. Isto por que não se concebe que pequeno seja trabalhador.

Há que se entender, definitivamente, que, a não ser que a pessoa sofra de hipodesenvolvimento corporal acentuado (nanismo), não

se concebe que trabalhe enquanto pequena, pois aos pequenos (crianças e adolescentes até idade inferior à legalmente permitida) deve ser assegurado sim o direito fundamental ao não trabalho, que lhes permita brincar, estudar, ao tempo certo qualificar-se profissionalmente, enfim, desenvolver-se nos aspectos físico, psicológico, moral e educacional, entre outros, pois são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, que devem ter respeitada tal condição.

Casa do Adolescente Trabalhador ou Casa do Adolescente Aprendiz (a última até melhor), por exemplo, são alternativas que dariam, já na denominação, até mesmo ao público externo, noção de propósitos e visibilidade melhor do que é permitido, lícito e adequado fazer em prol dos adolescentes no campo da qualificação profissional. Assim, impõe-se, até para que falsa permissividade não seja sugerida, inclusive a alteração na denominação da primeira reclamada, que hoje afronta a legislação vigente.

De qualquer modo, a análise deste caso permite constatar inúmeras irregularidades que estão sendo cometidas por ambos os reclamados, merecendo parte delas enumeração, para que providências sejam — por eles mesmos e pelas autoridades competentes — adotadas:

1. Falsa aprendizagem com fornecimento de mão de obra barata para tomador de serviço que é ente público, sem submissão dos contratados a regular concurso (a questão do concurso é matéria, entretanto, controversa, como já salientado);
2. Não observância dos arts. 62 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e art. 40 da LDBE — Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96), por não adequação da aprendizagem aos seus contornos;
3. Inexistência de Formação Técnico-Profissional Metódica (ausência de projeto pedagógico), em desrespeito ao art. 428 e seguintes da CLT;

4. Incompatibilidade do trabalho realizado em ruas, praças e outros logradouros, com o desenvolvimento físico, moral e psicológico dos adolescentes, em descumprimento à Constituição Federal (art. 227), ao art. 428 da CLT e ao Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA;

5. Inexistência de aumento gradativo da complexidade dos serviços na venda de cartões de estacionamento da zona azul, em afronta aos arts. 428 e seguintes da CLT e Decreto n. 5.598/2005;

6. Entidade que deve ter sua atuação voltada para adolescentes, ministrando falsa aprendizagem também para jovens com mais de 18 anos, infringindo o art. 430 da CLT, a Portaria n. 702/2001 do Ministério do Trabalho e Emprego, o art. 90 do Estatuto da Criança e do Adolescente; a Resolução CONANDA n. 74/2001 e o próprio convênio que celebrou com o município, dentre outros dispositivos de proteção;

7. Inexistência de autorização judicial (no caso, do Juiz do Trabalho competente) para trabalho em ruas, praças e outros logradouros, a par da não recepção, pela Constituição Federal, do § 2º do art. 402 da CLT;

8. Prevalência do aspecto produtivo sobre o pedagógico, não havendo teoria aliada à prática, como exige a lei;

9. Inexistência de curso específico aprovado e, bem assim, de qualificação peculiar certificada;

10. Inexistência de Projeto Pedagógico específico, em descumprimento ao art. 23, § 2º, do Decreto n. 5.598/2005, com impossibilidade material de cumprimento da carga horária proposta, além de envolvimento (fls. 80) previsto de jovens de 16 a 20 anos, ou seja, também de adultos, que já estaria ocorrendo desde o final de 2010, conforme depoimento da proposta.

Em razão das irregularidades acima relacionadas e do quanto mais exposto na presente

sentença, deverão ser expedidos ofícios com cópias, além da presente, de todo o processado (excetuados atos de mero impulso processual e notificações/intimações) aos seguintes órgãos para que, no âmbito das respectivas competências, adotem as providências necessárias:

1. Ministério Público do Trabalho;
2. Ministério Público Estadual (Promotoria da Infância e da Juventude);
3. Ministério do Trabalho e Emprego;
4. Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (inclusive para reavaliação, nos termos do § 3º do art. 90 do ECA);
5. Conselho (um dos) Tutelar de Presidente Prudente.

JUSTIÇA GRATUITA E HONORÁRIOS:

O benefício da justiça gratuita pode ser concedido, a requerimento ou de ofício, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família (art. 790, § 3º, da CLT c.c. art. 14 da Lei n. 5.584/70).

A declaração de pobreza, firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, sob as penas da lei, gera presunção de veracidade (arts. 1º da Lei n. 7.115/83), mas para gozar dos benefícios da assistência judiciária (nesta compreendida a justiça gratuita), basta que a parte afirme, na petição inicial, que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado (art. 4º da Lei n. 1.060/50).

Conjugando-se o disposto na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 790, § 3º) e nas Leis ns. 5.584/70 (art. 14), 1.060/50 (arts. 4º e 5º, § 4º) e 7.115/83 (art. 1º), ante a afirmação de pobreza contida na inicial, defere-se os benefícios da justiça gratuita pleiteados.

Quanto aos honorários de advogado, no processo do trabalho somente são devidos

quando preenchidos os requisitos da Lei n. 5.584/70 e Súmula n. 219 do C. Tribunal Superior do Trabalho, cuja validade foi confirmada, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, pela Súmula n. 329 da mesma Corte (Súmula n. 8 do E. TRT da 15ª Região). Indefere-se.

Posto isso, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos formulados, para, nos exatos termos, limites e exceções contidos na fundamentação, que fica fazendo parte integrante deste, **CONDENAR** os reclamados (o segundo subsidiariamente) a pagar ao reclamante:

- a) indenização (R\$ 1.368,00) por rompimento antecipado de contrato por prazo determinado (art. 479 da CLT), devendo a importância ser atualizada monetariamente a partir de 1º.10.2009, com juros de mora de 1% ao mês a partir de 15.1.2010 (data do ajuizamento da ação); e
- b) multa do § 8º do art. 477 da CLT (R\$ 360,00).

O não cumprimento voluntário da sentença, com a satisfação dos débitos no prazo de quinze dias, importará no acréscimo de multa no

percentual de 10% (dez por cento) sobre o total atualizado e acrescido de juros, conforme art. 475-J do CPC c/c art. 769 da CLT.

Providencie a Secretaria a expedição de ofícios para Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Estadual (Promotoria da Infância e da Juventude), Ministério do Trabalho e Emprego, Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (inclusive para reavaliação, nos termos do § 3º do art. 90 do ECA) e Conselho (um dos) Tutelar de Presidente Prudente, nos termos e para os fins constantes da fundamentação.

Custas pelos reclamados, no importe de R\$ 80,00 (Oitenta reais), calculados sobre o valor (já considerada a atualização monetária, juros e eventual multa por inadimplemento no prazo fixado) ora arbitrado de R\$ 4.000,00 (Quatro mil reais). Isento o município nos termos do art. 790-A, I, da CLT.

Presidente Prudente, 31 de Março de 2011.

Intimem-se. Nada mais.

JOSÉ ROBERTO DANTAS OLIVA

Juiz do Trabalho

Índice Geral



Doutrina

Sobre as ações regressivas previdenciárias: a competência da Justiça do Trabalho.

1. Introdução. 1.1. A competência material da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45/2004: uma obra em construção pela sociedade de intérpretes da Constituição. 1.2. O problema da definição do ramo do Poder Judiciário competente para o julgamento das ações regressivas acidentárias: a delimitação da investigação. 2. Ações regressivas previdenciárias: o problema da definição da competência jurisdicional. 2.1. A retrospectiva opção pela competência da Justiça comum e os precedentes do Supremo Tribunal Federal. 2.2. Da leitura exegética do art. 109 da Constituição e da opção pela competência da Justiça Federal. 2.3. A competência da Justiça do Trabalho para as ações regressivas acidentárias: homenagem ao princípio da unidade de convicção e ao esforço de se construir um tecido jurisdicional harmônico de proteção ao meio ambiente de trabalho. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas

15

Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. I. A razão da escolha do tema. II. Legalidade e gestão no sistema processual civil português. 1. Os (alegados) antecedentes da gestão processual. 2. O art. 265-A do CPCpt e o princípio da adequação processual. 3. O regime processual experimental. 4. A gestão processual na potencial reforma do processo declarativo português. III. A gestão processual e o princípio da igualdade. IV. A gestão processual no Projecto de Código de Processo Civil brasileiro ..

39

Da impossibilidade de dispensa desmotivada de empregados públicos das empresas estatais. 1. Introdução. 2. Regime jurídico das empresas estatais. 3. Caráter essencial das empresas estatais. 4. Regime jurídico-administrativo. 5. Da incidência do regime jurídico-administrativo sobre

o ato de dispensa de empregados públicos pelas empresas estatais. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas

51

Execução de sentença provisória: instrumento de efetividade da execução trabalhista. 1. (In)justiça em números. 2. A execução de sentença provisória do art. 475-O do CPC. 3. Aplicação do art. 475-O do CPC no processo do trabalho. 4. Especificidades da execução de sentença provisória no processo do trabalho. 4.1. Instauração *ex officio*. 4.2. Penhora em dinheiro. 4.3. Dispensa de caução. 5. A execução de sentença provisória na pendência das diversas espécies recursais. 5.1. Pendência de recurso extraordinário ou de agravo de instrumento para admiti-lo. 5.2. Pendência de recurso de agravo de instrumento em recurso de revista. 5.3. Pendência de recurso ordinário ou de agravo de instrumento para destrancá-lo. 5.4. Pendência de recurso interposto em face de decisão proferida na execução. 6. Execução de sentença provisória de obrigação de fazer. 7. Inexigibilidade da multa do art. 475-J do CPC na execução de sentença provisória. 8. Referências bibliográficas

69

Responsabilidade civil e violência urbana: considerações sobre a responsabilização objetiva e solidária do Estado por danos decorrentes de acidentes laborais diretamente vinculados à insegurança pública. 1. Introdução. 2. Rumos contemporâneos do direito: ampla proteção da pessoa humana e garantia de máxima tutela da vítima. 3. Aspectos contemporâneos da vivência humana: a delicada questão da insegurança pública. 4. (In)segurança pública: (in)eficiência estatal e reparação de danos. 5. Violência urbana e acidente de trabalho: uma perigosa simbiose. 6. Violência urbana, ação indenizatória trabalhista e responsabilização do Estado: abordagem de caso concreto. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas

81

O processo psicológico e a obtenção da verdade judicial. O comportamento de partes e testemunhas. 1. Introdução. 2. Fatores constitutivos do testemunho. 2.1. Fatores de influência na percepção de acontecimentos. 2.2. Influência da tendência afetiva no processo de percepção. 2.3. Influência do hábito na percepção. 3. Fatores capazes de mudar a evocação de memórias. 3.1. Importância da repressão na evocação das lembranças ligadas a uma tendência afetiva desagradável ou imoral. 3.2. Fatores que influenciam o ato de expressão do testemunho. 3.3. Principais diferenças entre o testemunho dado por relato espontâneo e o obtido por interrogatório. 4. A metodologia da busca da verdade judicial: os elementos fundamentais inseridos no contexto do procedimento dos interrogatórios. 4.1. As classes de perguntas mais importantes nos interrogatórios judiciais. 4.2. Os mecanismos para se atingir o grau máximo de sinceridade nas respostas em interrogatórios judiciais. 4.3. Causas mais comuns da inexatidão do testemunho. 4.4. Influência do tipo de personalidade na classe do testemunho. 5. Referências bibliográficas .. 112

Empregado terceirizado: consequências do acidente de trabalho e da doença profissional. 1. Introdução. 2. Problematização: terceirização. Empregado terceirizado. Definição. Previsão legal. 3. O fenômeno da terceirização e a degradação das condições de trabalho. 4. Lesões acidentárias: acidente do trabalho, doença profissional e doença do trabalho. 5. Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: medidas preventivas. 5.1. Meio ambiente do trabalho. 5.2. Insalubridade e periculosidade. 5.3. Fornecimento de EPIs-EPCs. 5.4. Assédio moral. 6. Responsabilidade da tomadora de serviços: punição e educação. 6.1. As repercussões da experiência estrangeira. 6.2. Responsabilidade civil subjetiva ou objetiva. 6.3. Responsabilidade civil subsidiária ou solidária. 6.4. Responsabilidade penal da tomadora de serviços.

7. Consequências do acidente de trabalho e da doença profissional no *telemarketing*: um estudo de caso. 7.1. Histórico do *telemarketing*. 7.2. O adocimento dos teleoperadores. 7.3. A influência do meio ambiente do trabalho na saúde e na qualidade de vida dos trabalhadores. 7.4. A responsabilidade da empresa tomadora de serviços de *telemarketing*. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas 142

Um novo diálogo entre o direito internacional e o direito do trabalho brasileiro: o status jurídico de supralegalidades das convenções da OIT. 1. Introdução. 2. Aspectos gerais do direito internacional público do trabalho. 3. Direito internacional e o direito interno. Teorias. 4. O direito internacional público e a ordem jurídica brasileira. 4.1. As Constituições brasileiras e os tratados internacionais: uma visão histórica. 4.2. A posição da atual Constituição sobre o tema. 4.3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a consagração da ideia de supralegalidade das normas internacionais. 5. O *status* de supralegalidade das Convenções da OIT e sua repercussão no direito brasileiro. 5.1. As Convenções da OIT e seu *status* jurídico. 5.2. Reflexos na ordem infraconstitucional das Convenções da OIT: aplicação do princípio da norma mais benéfica. 5.3. Análise casuística da aplicação da Convenção n. 158 da OIT. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas 162

Contratos internacionais de trabalho. 1. Introdução. 2. Generalidades. 3. Elementos de conexão. 4. Ordem pública e fraude à lei. 5. Situações especiais. 6. Perspectivas e conclusão. 7. Referências bibliográficas 184

Breves apontamentos sobre as *class actions for damages*. 1. Apresentação. 2. Escorço histórico. 3. Objetivos das *class actions*. 4. Procedimento nas *class actions*. 4.1. Pré-requisitos. 4.2. Manutenção/prosseguimento da *class action*. 4.3. Certificação. 4.4. Notificação. 4.5. Coisa julgada. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas 194

As técnicas de seleção de pessoal realizadas na admissão do trabalhador. 1. As técnicas de seleção de pessoal. 1.1. Entrevistas. 1.2. Questionários. 2. Conclusão. 3. Referências bibliográficas	214
---	-----

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	229
--	-----

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região	236
---	-----

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região	247
--	-----

Vara do Trabalho de Lorena – SP	253
---------------------------------------	-----

Sentenças

55ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS	257
---	-----

2ª Vara do Trabalho de Sete Lagoas – MG .	275
---	-----

13ª Vara do Trabalho de Presidente Prudente – SP	280
--	-----

