

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 STROTBEK**

Capa: **FORMA E CONTEÚDO EDITORA CRIATIVA**

Finalização: **FABIO GIGLIO**

Impressão: **HR GRÁFICA E EDITORA**

© Todos os direitos reservados

ILTR[®]

EDITORA LTDA.

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

LTr 4857.9

Maiο, 2013

PRESIDENTE ANAMATRA
RENATO HENRY SANT'ANNA

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.

CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO
Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Membro Benemérito do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Professor de Direito do Trabalho do Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da AMATRA 12. Professor honoris causa da Academia Catarinense da Advocacia Trabalhista. Professor Convidado-Permanente da Escola Superior de Advocacia da OAB-SC. Juiz Titular da 7ª Vara do Trabalho de Florianópolis – 12ª Região (SC).

CLEBER LÚCIO DE ALMEIDA
Graduado pela Faculdade de Direito da UFMG. Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho pela PUC/SP. Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor universitário. Juiz Titular da 11ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – 3ª Região (MG).

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 da 7ª Vara do Trabalho de Salvador-BA. Coordenador Executivo da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região – Emata 5.

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS
Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Juiz titular da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba-PR.

NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI
Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e em Dogmática Jurídica. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor em Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu. Professor Convidado-Permanente da Escola Superior de Advocacia da OAB/SC. Diretor de Formação e Cultura da ANAMATRA (gestão 2011-2013). Membro da Comissão Técnico-Científica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) (2006-2077). Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Tubarão – 12ª Região (SC).

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>Editorial — A reflexão do 7º Congresso Internacional da ANAMATRA</i>	11
<i>Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sententas</i>	13
Doutrina	
Justiça social e direito à igualdade no Estado Democrático de Direito: a responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania <i>Sérgio Cabral dos Reis</i>	17
O direito fundamental à proteção do emprego <i>Roberta Ferme Sivoletta</i>	36
Processo eletrônico, <i>software</i> , norma tecnológica e o direito fundamental à transparência tecnológica. Elementos para uma teoria geral do processo eletrônico <i>Sebastião Tavares Pereira</i>	54
A aplicação da antecipação de tutela no processo de execução <i>Vicente de Paula Maciel Júnior</i>	73
A sentença liquidada como instrumento de alcance do princípio constitucional da razoável duração do processo <i>Elton Antônio de Salles Filho</i>	94
A legitimidade da tomadora dos serviços para responder à execução trabalhista <i>Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo</i>	104
Considerações acerca do ato de dispensa dos empregados de sociedades de economia mista <i>José Mario Porto Neto</i>	119
O nexo causal entre depressão e trabalho <i>Graziella Ambrosio</i>	129

Jurisprudência

— Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

— Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	151
Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	166
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região	173
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região	179
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região	186
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	200

Sentenças

4ª Vara do Trabalho de Florianópolis – SC	211
Vara do Trabalho de Parintins – AM	226
Vara do Trabalho de São José do Rio Pardo – SP	244
1ª Vara do Trabalho de Paraupabas – PA	248
9ª Vara do Trabalho de Belém – PA	261
Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa – BA	269
2ª Vara do Trabalho de Maceió – AL	281
Índice Geral	295

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

A reflexão do 7º Congresso Internacional da ANAMATRA

No ano em que a CLT se torna septuagenária, os magistrados do trabalho brasileiros reuniram-se em Washington, Estados Unidos, para participar de mais uma versão do Congresso Internacional da Anamatra. Um ato de ousadia, diriam alguns, dadas as enormes diferenças existentes entre o nosso sistema, associado ao modelo germano-românico, e o norte-americano, fundado na *common law*. De exotismo, diriam outros, pautados na certeza da quase inutilidade do colhimento de saberes alheios à realidade jurisdicional brasileira. Todavia, felizmente, prevaleceu o outro lado dessa moeda. O Congresso foi um sucesso. A começar pela abertura dos congressistas à nova realidade a que estavam sendo introduzidos. O interesse demonstrado nos debates e indagações formuladas foi um termômetro apto a aferir o envolvimento de todos.

De concreto, se pode sintetizar a experiência com a constatação de que o sistema americano de proteção ao trabalho está pautado na negociação coletiva, onde os sindicatos tiveram — sim, o verbo ter é usado no passado porque, a partir de 1947, com a mudança da legislação, esse quadro passou a se alterar profundamente — um protagonismo no estabelecimento de condições de trabalho que, por um lado, impactavam positivamente os salários e, por outro lado, propunham-se a estabelecer certa correlação entre a democracia no trabalho e a política, entendendo-se que o fortalecimento da primeira teria reflexos inevitáveis sobre a segunda. Assim, a condição de ator social por excelência, emprestada ao sindicato, foi, ao mesmo tempo, pragmática e estratégica ao modelo de desenvolvimento americano. Porém, ao longo do tempo, o número de sindicalizados sofreu considerável redução e, com ele, o espectro de proteção aos trabalhadores, o que não significa, contudo, que o quadro atual permita concluir pela inexistência de normas que assegurem direitos à massa trabalhadora. Prova disso está na judicialização dos conflitos oriundos das relações de trabalho.

Com efeito, o sistema norte-americano revela várias fórmulas para a solução desses conflitos, materializadas tanto no campo administrativo, quanto no judicial. Na órbita administrativa, muitos são os organismos de mediação e solução das demandas de trabalhadores, ou mesmo dos entes sindicais. No âmbito estritamente judicial, chama a atenção o fato de que tanto a Justiça Estadual quanto a Justiça Federal podem julgar questões trabalhistas, diferenciando-se a competência afeta a cada qual, fundamentalmente, segundo o tipo de norma que enlaça a lide, se estadual ou federal. A coletivização das ações revela um grande espectro de possibilidades para que a ação judicial seja mais efetiva, rica em significado e, por que não dizer, democrática, instigando maior reflexão, entre nós, acerca de possibilidades que usualmente não vêm sendo exploradas no Brasil.

Outro aspecto revelador de particular importância: a pessoa do magistrado. Mostraram-se inevitáveis as comparações. A começar pela principal atribuição do juiz estadunidense, consistente na gestão processual, que pouco tem a ver com o sentido emprestado ao papel

de gestor entre nós, porquanto limitada à relação processual em sentido estrito. Isso ocorre em virtude de grande parte dos julgamentos ficar a cargo do júri popular. A gestão, pois, dirige-se à colheita de provas e à formatação jurídica dos atos atinentes ao processo, com o correspondente oferecimento ao júri. Assim, o ato gerencial do juiz não se orienta à solução de questões estruturais afetas à administração dos serviços judiciais, o que propicia maior dedicação do seu tempo ao julgamento em si mesmo.

Outra nota a despertar interesse é a vinculação política dos magistrados de lá. Como o processo de ingresso na carreira não obedece à lógica concursal, esse acesso se dá pela chancela dos pretendentes por intermédio de um partido político, não ficando muito clara a possibilidade de independência efetiva dos julgadores, diante desse enlace. Aliás, a fórmula de inserção acaba por fechar as portas da carreira aos mais jovens, notabilizando-se a magistratura norte-americana pela elevada faixa etária de seus componentes. Não foi possível concluir, porém, sobre o impacto desse perfil de magistratura sobre o conteúdo das decisões proferidas. De todo modo, os estudiosos do Direito dizem que, nos dias de hoje, não há sistema exclusivamente consuetudinário ou positivista. Prova disso se revelaria no crescente protagonismo em sistemas como o do Brasil, do chamado jurisprudencialismo.

Ainda que a aproximação entre as duas vertentes se verifique, o 7º Congresso revelou como são distintas as realidades da prática jurídica entre nossos países. Ensinou, também, a importância que o Direito e o Judiciário têm para a formação de um país. Sobre isso, disse o Presidente da *International Judicial Academy*, Dr. James Apple, que, em toda cidade americana, haverá, na praça central, um órgão do Poder Judiciário, característica que remonta a tempos de há muito idos, em que se criou o hábito de frequência popular aos julgamentos. Isso o fez concluir que “os tribunais e o direito representam papel de fundamental importância para o desenvolvimento dos Estados Unidos e da sociedade americana”.

Entre nós, não foi diferente, apesar de ter sido. É verdade que no Brasil não foi criado o hábito popular de assistir a julgamentos e sessões judiciais. Contudo, temos um Direito do Trabalho construído pela atuação firme de uma magistratura comprometida com a redução de desigualdades, ciente do papel primordial das decisões que profere no âmbito da sociedade em que está inserida. Não por acaso, quando são celebrados os 70 anos da CLT, o que se está a comemorar é a existência de trabalho com direitos. Parece pouco — mas não é — termos um sistema de tutela do trabalho humano, dotado de uma doutrina de ótima qualidade, além de um ramo do Poder Judiciário vocacionado a dar vida e concretude a essa complexidade. Os ataques à CLT, paradoxalmente mais intensos durante os festejos de seu aniversário, constituem, na essência, agressão ao sistema de proteção que ela acaba por encarnar.

Não por acaso, a reflexão que o 7º Congresso Internacional da Anamatra convida a fazer é, essencialmente, a importância que o Direito e o Poder Judiciário têm para uma sociedade que se pretende verdadeiramente democrática. Não temos uma vara ou um juízo em cada praça de cidade. Mas, sim, temos um Direito do Trabalho que deve estar em todas elas e em toda parte desse imenso Brasil.

Maio de 2013.

A Comissão Editorial

Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças

1. Da finalidade

1.1. A *Revista Trabalhista Direito e Processo* tem por finalidade promover o debate e a reflexão crítica sobre os principais temas de competência da Justiça do Trabalho. Para tanto, se propõe a divulgar a produção científica de magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados, bem como de outros profissionais do Direito.

2. Da Comissão Editorial

2.1. Caberá à Comissão Editorial da Revista analisar, aprovar e selecionar as sentenças, os acórdãos e os artigos científicos a serem publicados.

2.2. Da decisão da Comissão não caberá pedido de reconsideração ou recurso.

3. Do encaminhamento

3.1. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos deverão ser encaminhados virtualmente apenas para endereço eletrônico que constará em cada edital que será publicado no sítio da Anamatra na internet, sob a forma de anexo à mensagem eletrônica.

3.2. O encaminhamento dos artigos científicos autoriza automaticamente a publicação. Caso opte pela posterior desautorização, o autor deverá proceder à comunicação pelo mesmo endereço eletrônico constante no subitem anterior, até o prazo de dez dias antes do encaminhamento do material pela comissão à editora.

3.3. Da mensagem eletrônica, deverá constar o endereço completo (residencial ou profissional) do autor para posterior encaminhamento de um exemplar com o trabalho publicado.

4. Das Sentenças e dos Acórdãos — Requisitos

4.1. As sentenças e os acórdãos encaminhados para publicação poderão versar sobre qualquer matéria.

4.2. Os acórdãos estão limitados ao máximo de três por desembargador ou ministro.

4.3. As sentenças e os acórdãos deverão ser remetidos, obrigatoriamente, acompanhados da data de publicação no Diário Oficial ou com a indicação da audiência em que foram publicados, constando, inclusive, o número dos autos do processo em que foram proferidos.

4.4. Já tendo sido publicada a sentença ou o acórdão, o prolator/relator deverá, obrigatoriamente, indicar em que veículos houve a publicação.

5. Dos artigos científicos — Requisitos

5.1. Os artigos científicos terão tema livre, devendo ser, preferencialmente, inéditos no Brasil.

5.2. Os artigos científicos deverão ser encaminhados devidamente corrigidos do ponto de vista ortográfico.

5.3. Os artigos científicos observarão, obrigatoriamente, os seguintes requisitos:

5.3.1. conterão entre cinco e trinta páginas, preparados em formato *Microsoft Word*;

5.3.2. os textos conterão, obrigatoriamente, a seguinte estrutura: a) título (e subtítulo, se houver); b) nome do autor; c) qualificação sucinta do autor (em nota de rodapé); d) resumo em português, com o máximo de duzentas palavras; e) mínimo de três e máximo de seis palavras-chaves que representem o conteúdo do texto; f) sumário; g) introdução; h) corpo do texto; i) considerações finais; j) referências bibliográficas; e k) data de elaboração, devendo ser, preferencialmente, recente;

5.3.3. a referência ao autor do artigo (subitem 5.3.2, alínea “b”) deverá conter os dados relativos à sua maior titulação acadêmica, além do cargo que ocupa na respectiva Região da Justiça do Trabalho, com indicação do Estado da Federação em caso de magistrado ou de membro do Ministério Público do Trabalho. O autor, se for o caso, deverá identificar-se como mestrando ou doutorando, assumindo a obrigação de lançar a publicação no seu currículo plataforma LATTES mantido no site do CNPQ: <<http://www.cnpq.br>>;

5.3.4. as citações deverão ser feitas em sistema de nota de rodapé, de acordo com as normas atualizadas da ABNT; não serão aceitos trabalhos com citação do tipo autor-data;

5.3.5. as referências bibliográficas deverão vir no final do texto;

5.3.6. as citações de textos de outros autores que ultrapassem três linhas devem ser feitas em parágrafo apartado, com recuo de 4 cm e sem aspas; as demais citações deverão vir no corpo do texto, entre aspas;

5.3.7. com o encaminhamento dos artigos, os seus autores automaticamente autorizam a Anamatra e a LTr Editora a realizar pequenas correções gramaticais que não alterem o teor do trabalho.

6. Da não observância dos requisitos formais

6.1. Os trabalhos que não observarem as normas deste edital, especialmente as formais, serão devolvidos aos seus autores, para readequação em oito dias, sob pena de não publicação.

7. Disposições gerais

7.1. O encaminhamento das sentenças, dos acórdãos e dos artigos científicos autoriza automaticamente a sua publicação (ver subitem 3.2).

7.2. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos recebidos para seleção não serão devolvidos e poderão ser publicados em números posteriores do periódico, a critério da Comissão Editorial, permanecendo no banco de dados da Revista, sendo desnecessária nova autorização do prolator/relator/autor.

7.3. Caso o remetente não concorde com a publicação nos números posteriores da Revista, deverá informar expressamente na mensagem de encaminhamento.

7.4. O conteúdo dos artigos científicos é de responsabilidade exclusiva de seus autores.

7.5. Não haverá nenhuma retribuição pecuniária pelos artigos enviados ou publicados, uma vez que a simples remessa para publicação importa a renúncia dos direitos autorais de natureza patrimonial.

Comissão Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo

Doutrina

Justiça social e direito à igualdade no Estado Democrático de Direito: a responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania⁽¹⁾

Sérgio Cabral dos Reis^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo versa sobre o papel do Estado contemporâneo na consolidação da cidadania, cujo conceito moderno é construído a partir da noção de indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos, que constituem espaços políticos de resistência contra hegemonia. A dignidade dos cidadãos, base dos direitos humanos, não deve ser vista apenas no aspecto formal, mas sim em decorrência do respeito à diferença e da solidariedade social. Demonstra-se que o Estado, nesse contexto, tem a responsabilidade de consolidar políticas públicas que, na prática, permitam o desenvolvimento das potencialidades dos cidadãos, conferindo-os real liberdade, o que somente ocorre, como manifestação concreta do princípio da igualdade material, com a concretização dos direitos sociais.

Palavras-chave:

- ▶ Direitos humanos — Direitos sociais — Igualdade — Respeito à diferença — Cidadania.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Direitos humanos e espaços de luta por dignidade
- ▶ 3. A igualdade e o direito à diferença como base dos direitos humanos
- ▶ 4. O direito à igualdade no Estado Democrático de Direito e a força normativa dos direitos sociais
- ▶ 5. A solidariedade e o fortalecimento da cidadania como fatores concretos de legitimação do Estado Democrático de Direito
- ▶ 6. Conclusões
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Máster em *Teoría Crítica en Derechos Humanos y Globalización* pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR/PR. Professor da graduação e da pós-graduação “*latu sensu*” do UNIPE. Juiz do Trabalho na Paraíba.

(1) O presente texto foi publicado no livro *Cidadania plural e diversidade: a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças*. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; NEWTON, Paulla Christianne da Costa (Coords.). São Paulo: Verbatim, 2012. p. 53-69.

1. Introdução

A eficácia dos direitos sociais pressupõe o reconhecimento das diferenças existentes em grupos de vulnerabilidade social e o respeito à força normativa dos princípios constitucionais da isonomia e da solidariedade. Entre essa conclusão e a realidade brasileira, todavia, há um fosso, inclusive ideológico, gigantesco. Estaria o Estado brasileiro preparado para a missão de promover o desenvolvimento social? Há, no Brasil, discriminação decorrente de *status* social? O que são direitos humanos? O direito à igualdade e o direito à diferença possuem relações com a democracia? O que legitima o Estado Democrático de Direito? Qual é o papel do Estado no processo de consolidação da cidadania contemporânea? São essas as questões que, em princípio, pretende-se responder neste artigo. As reflexões que se seguem pretendem reforçar a necessidade de conscientização sobre o respeito aos direitos sociais como pressuposto do desenvolvimento do Brasil.

2. Direitos humanos e espaços de luta por dignidade

É preciso afastar, desde logo, qualquer concepção de ordem moral, utópica ou de índole *jusnaturalista* quanto aos direitos humanos e aos direitos fundamentais.

“Direitos do homem” é uma expressão que vem sendo utilizada pela doutrina⁽²⁾ para se referir a valores (ético-políticos) relativos à dignidade da pessoa humana, mas que ainda não se encontram positivados na ordem jurídica. Entretanto, esse fato não ocorre quando se faz referência aos “direitos humanos” e aos “direitos fundamentais”, cuja dicotomia tende cada vez mais a ser afastada.

Para Ingo Wolfgang Sarlet⁽³⁾, a expressão “direitos humanos” refere-se aos direitos do ser

humano reconhecidos na ordem internacional, enquanto que os “direitos fundamentais” são direitos positivados nas Constituições dos Estados, de modo que tudo se resume apenas na diferença quanto ao tipo de garantia que eles representam: naquele caso, no plano internacional, ao passo que, neste, na esfera interna dos Estados.

É inevitável perceber, nessa linha de pensamento, que “direitos humanos” e “direitos fundamentais” não são expressões que se excluem reciprocamente; pelo contrário, são inter-relacionadas⁽⁴⁾, já que se referem a direitos positivados⁽⁵⁾, ainda que em esferas distintas, motivo pelo qual devem ser coercitivamente exigidos, não existindo hierarquia entre eles⁽⁶⁾. Logo, para que essa distinção não apresente uma funcionalidade negativa, deve-se reconhecer, na pior das hipóteses, a íntima relação entre esses direitos.

Ainda que se defenda com acerto que uma crescente “consciência ética coletiva” poderia conduzir à exigência de direitos humanos além da organização estatal⁽⁷⁾, não se pode

(4) *Ibidem*, p. 34-35.

(5) Fábio Konder Comparato adota posição ligeiramente distinta, pois defende que os “direitos fundamentais” típicos são os “direitos humanos” positivados nas Constituições, nas leis e nos tratados internacionais. Em outras palavras, os direitos fundamentais seriam todos os direitos humanos positivados, ou seja, já reconhecidos em textos normativos nacionais e internacionais. Para esse notável jurista, há um aparente pleonismo nas expressões “direitos humanos” e “direitos do homem”, pois se referem a “(...) algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos” (COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70-71).

(6) CAPLAN, Luciana. Direitos sociais da Constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria Coêlho Borges (Coords.). *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008. p. 281-282.

(7) COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 74.

(2) MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 25-27.

(3) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29-30.

deixar de reconhecer que a positivação desses direitos estabelece uma maior segurança às relações sociais. Esse fato, inclusive, deve ser verificado nos processos de integração regional, como o Mercosul e a União Europeia, a fim de proteger com a maior eficácia possível os direitos humanos, ou seja, de maneira equivalente, nas esferas interna e internacional, o que justifica a erosão da diferenciação entre os dois termos (“direitos fundamentais” e “direitos humanos”), que devem ser utilizados indistintamente⁽⁸⁾. Afinal, na pertinente observação de José Adércio Leite Sampaio:

Fundamentais e humanos são sempre direitos como produto do consenso sobre as necessidades frustradas, sobretudo em decorrência de assimetria de poder, de domínio opressivo ou de exclusão de beneficiários de vantagens relevantes.⁽⁹⁾

O alcance desse processo de internacionalização dos direitos humanos, a partir da Declaração Universal (1948), envolve três aspectos relevantes: (I) a revisão da tradicional noção de soberania absoluta do Estado, agora relativizada, na exata medida em que são admitidas intervenções domésticas em favor da proteção dos direitos humanos; (II) a consolidação de que o indivíduo, como sujeito de direito, deve ter direitos protegidos na esfera internacional; (III) a noção de que os direitos humanos compõem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os direitos civis e políticos hão de ser conjugados com os direitos econômicos, sociais e culturais⁽¹⁰⁾.

(8) RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos na integração econômica: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24-25.

(9) SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 289.

(10) PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos sociais nos planos interno e internacional. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). *Direito previdenciário e Constituição: estudos em*

Deve-se adotar, dessa forma, uma concepção unitária dos direitos humanos, única adequada à complexidade da sociedade contemporânea, reconhecendo entre eles uma unidade de sentido constitucional, uma interligação sistêmica e dialética, a inexistência de diferenças estruturais e uma exigibilidade *prima facie*, sempre dependente das possibilidades reais e jurídicas⁽¹¹⁾.

Nesse contexto, a luta pela concretização dos direitos sociais, especialmente nos países de economia frágil, sempre em crise, envolve a própria estabilidade constitucional. Ao invés da harmonia, da total previsibilidade, do formalismo, da rígida separação de poderes, do divórcio entre o Estado e a Sociedade, características do Liberalismo, a Constituição Social na democracia caracteriza-se pelo conflito, pelos conteúdos dinâmicos, pelo pluralismo e pela tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade⁽¹²⁾. Conforme preleciona Paulo Bonavides, “volvidos para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da ordem social, esses direitos se inserem numa esfera de luta, controversia, mobilidade, fazendo sempre precária a obtenção de um consenso sobre o sistema, o governo e o regime”⁽¹³⁾.

Os direitos humanos, na realidade, devem ser entendidos como processos de luta pela dignidade humana, o que inclui a busca pela efetividade dos direitos sociais. Em outros termos, os direitos humanos são os instrumentos que permitem a constatação de indignações e a criação de condições materiais de uma vida digna. Enfim, em uma perspectiva dinâmica, os direitos humanos são as práticas que possibilitam, dentro de uma sociedade pluralista, a iniciação de processos nos quais grupos

homenagem a Wladimir Novaes Martinez. São Paulo: LTr, 2004. p. 15.

(11) SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 70.

(12) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 380.

(13) *Ibidem*, p. 380-381.

subordinados pela divisão social hegemônica possam conquistar suficiente poder (político, social, econômico, cultural e jurídico) com a finalidade de atingir um acesso igualitário aos bens indispensáveis à vida com dignidade⁽¹⁴⁾.

Sob uma perspectiva crítica, não se deve contentar, na atualidade, com simplesmente “ter direitos”, notadamente quando a maioria da população mundial não pode exercê-los por falta de condições materiais para isso. Para não se cair na lógica mais tradicional e retrógrada do positivismo, deve-se entender que os direitos humanos não são direitos conquistados de forma definitiva, mas sim um processo para acesso aos bens. Uma Constituição ou um Tratado Internacional não criam direitos humanos. Estes são uma convenção cultural utilizada para introduzir uma tensão entre os direitos reconhecidos e as práticas sociais que buscam tanto o seu reconhecimento positivado como outra forma de reconhecimento ou outro procedimento que garanta algo que é, concomitantemente, exterior e interior a tais normas⁽¹⁵⁾.

Não se deve começar, pois, pelos “direitos” positivados, mas sim pelos “bens” (materiais e imateriais) exigíveis para se viver com dignidade (liberdade de expressão, convicção religiosa, educação, moradia, trabalho, meio ambiente, cidadania, alimentação sadia, tempo para o lazer e formação, patrimônio histórico-artístico etc.), porque a luta pelos direitos existe exatamente em função do injusto e desigual processo de divisão desses bens. Os direitos humanos, desse modo, seriam sempre os resultados provisórios das lutas sociais pela vida com dignidade, entendida não de forma abstrata, como simples acesso aos bens, mas concretamente, ou seja, pelo acesso aos bens de forma

igualitária, sem privilégios ou situações de opressão e subordinação⁽¹⁶⁾.

Nas palavras de Flávia Piovesan, “os direitos humanos combinam sempre o exercício da capacidade de indignação com o direito à esperança, a partir de uma gramática de inclusão”⁽¹⁷⁾. Essa esperança de construir progressivamente um mundo melhor, inclusive, é essencial para a sobrevivência desses espaços de luta por dignidade, pois, como enfatiza Costas Douzinas, “o fim dos direitos humanos chega quando eles perdem o seu fim utópico”⁽¹⁸⁾. Trata-se da esperança de grupos vulneráveis com um projeto constitucional de maior integração popular, solidariedade e igualdade, o que incluiu a questão da distribuição de renda no país, normalmente por uma ação estatal criativa e de capacidade transformadora, em repúdio à indiferença social.

3. A igualdade e o direito à diferença como base dos direitos humanos

Como afirma Canotilho, “um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais é o princípio da igualdade”⁽¹⁹⁾. A igualdade é a ideia principal das teorias da justiça⁽²⁰⁾, relacionando-se à questão da valoração correta, racional⁽²¹⁾. Assim, além de conteúdo indissociável do conceito de dignidade da pessoa humana, base dos direitos humanos, a

(16) *Idem*.

(17) PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos sociais nos planos interno e internacional. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). *Direito previdenciário e Constituição: estudos em homenagem a Wladimir Novaes Martinez*. São Paulo: LTr, 2004. p. 14.

(18) DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 384.

(19) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 426.

(20) RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 12-19.

(21) ALEXI, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 400.

(14) FLORES, Joaquín Herrera. *Teoría crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1-12.

(15) FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Boiteux, 2009. p. 29-40.

igualdade constitui um imperativo à exigência de concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, especialmente em países de modernidade tardia e com alarmantes índices de desigualdade, como é o caso do Brasil.

A complexidade do mundo atual demonstra a coexistência de dois universos: o da cultura consumista e o da exclusão social. No consumismo, impera a idolatria do mercado, fabricam-se sonhos, massificam-se desejos e comportamentos, e as pessoas já não são vistas pelas suas virtudes, mas pelo que têm, de modo que os valores são confundidos com a noção de preço, ao passo que, no mundo da exclusão social, vivem os desvalidos de todo gênero, marginalizados ou explorados⁽²²⁾.

Nesse contexto, como ideologia dominante que pretende abrir espaços de luta por uma vida digna, a fim de construir um mundo melhor, ético e solidário, é preciso reinventar os direitos humanos na perspectiva da igualdade e da diferença. Em outras palavras, a base de qualquer discurso sério e realista a respeito dos direitos humanos deve partir da promoção da igualdade e do respeito à diferença, inclusive e, principalmente, no âmbito da política internacional.

A solidariedade, que impede a omissão ou a indiferença, é o vínculo que deve ser observado pelos Estados para tentar minimizar os problemas enfrentados pela humanidade em todas as partes do mundo, já que, sozinhos, é praticamente impossível construir uma sociedade mais igualitária e menos excludente⁽²³⁾. Como único valor que realmente pode ser universalizado, trata-se de fundamento material de um direito supranacional mínimo, a fim de prevenir a guerra, sobretudo nuclear, tendo como fim último assegurar a tutela do

indivíduo da esfera internacional⁽²⁴⁾. Dito de outro modo, a construção de uma cidadania mundial está fundamentada na solidariedade e na harmonização ética da humanidade, para se evitar, assim não se entendendo, a desagregação social, em decorrência da concentração do gênero humano sobre si mesmo, acelerada pelos avanços da tecnologia, prevalecendo o Estado que tem o maior poderio bélico⁽²⁵⁾.

Caminha-se para uma cultura cosmopolita, que não despreza o papel do Estado e da Constituição na concretização de valores éticos, mas reconhece a existência de democracias em comunidades particulares, que paulatinamente vão se alastrando ao plano global⁽²⁶⁾. O *constitucionalismo mundial* impõe a adoção de um multiculturalismo progressista capaz de reconhecer as diferenças culturais e de conhecimento, para se estabelecer uma *globalização plural*.

Diálogo e multiculturalismo, dessa forma, são dois ingredientes necessários para que a globalização ganhe um sentido valorativo aceitável no século XXI. O cosmopolitismo em matéria de direitos humanos não pode provocar o choque de civilizações, pois, do contrário, estará servindo para a opressão cultural. Em outros termos, a globalização só conferirá legitimidade aos direitos humanos se inserir no seu conceito reais valores de inclusão social, em relação aos quais a retórica não deve mascarar interesses escusos de nações desenvolvidas, de forma que jamais devem ser compreendidos como um legado ocidental imposto a povos orientais, e muito menos um legado do norte a ser imposto ao sul⁽²⁷⁾.

(22) COSTA NETO, Antônio Cavalcante da. *Lazer, direitos humanos & cidadania: por uma teoria do lazer como direito fundamental*. Curitiba: Pretexto, 2011. p. 98-99.

(23) GUERRA, Sidney. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 184-187.

(24) TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 295-296.

(25) CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 65.

(26) NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2011. p. 268 e 281.

(27) BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 350-352.

Diante da complexidade que domina as relações contemporâneas e da fragmentação dos espaços e das identidades culturais, o multiculturalismo, por meio do diálogo intercultural, possibilita o convívio pacífico, em um mesmo espaço geopolítico, entre grupos com valores culturais distintos, sem implicar o rompimento com as suas raízes, tampouco enfraquecimento da cultura do passado, abrindo as portas para o presente, mas, em contrapartida, fechando os caminhos para qualquer espécie de fundamentalismo, adaptando os povos às novas circunstâncias plurais e a um mundo cada vez mais diversificado. Em um mundo desigual, reconhecer o próximo, normalmente, significa lidar com minorias devoradas pela unilateralidade decorrente da mundialização hegemônica, e excluídas da dialogicidade integracionista que caracteriza as relações internacionais contemporâneas. Possibilitar uma convivência cultural heterogênea reclama não somente tolerar a diversidade, mas também exercer a solidariedade enquanto ação que mobiliza a sociedade, os Estados, os blocos econômicos e toda a racionalidade estrutural que caracteriza os primórdios deste século XXI⁽²⁸⁾.

Conforme preleciona Joaquín Herrera Flores⁽²⁹⁾, são premissas do multiculturalismo crítico a *racionalidade de resistência* e o *diálogo cultural*. A racionalidade de resistência vai de encontro à racionalidade formal do universalismo *a priori*, que não valoriza a prática social como parte integrante da experiência jurídica dos direitos humanos, e, por outro lado, questiona a racionalidade material localista, que prioristicamente se fecha à tendência universalista. A visão complexa dos direitos humanos, diferentemente da concepção abstrata e localista, procura ver o mundo a partir da

periferia e não do centro. O olhar a partir do centro tende a ser excludente e reducionista. O universal, nesse contexto, deve ser visto como ponto de chegada e não de partida, tendo como pressuposto o diálogo e a convivência intercultural. Cada cultura, nesse contexto, deve reconhecer não apenas sua *incompletude*, mas a necessidade de abertura ao diálogo intercultural, que não implica uniformização de valores culturais homogêneos.

Deve-se buscar, portanto, a completude cultural. No particular, preconiza Boaventura de Sousa Santos:

O verdadeiro ponto de partida do diálogo é o momento da frustração ou de descontentamento com a cultura a que pertencemos, um sentimento, por vezes confuso, de que a nossa cultura não fornece respostas satisfatórias para todas as nossas questões, perplexidades ou aspirações. Este sentimento suscita a curiosidade por outras culturas e suas respostas, uma curiosidade quase sempre assente em conhecimentos muito vagos dessas culturas. De todo o modo, o momento de frustração ou de descontentamento envolve uma pré-compreensão da existência e da possível relevância de outras culturas. Dessa pré-compreensão emerge a consciência da incompletude cultural e dela nasce o impulso individual ou colectivo para o diálogo intercultural e para a hermenêutica diatópica.⁽³⁰⁾

Observa-se que não se trata de sobrepor uma cultura sobre a outra, mas, sim, do crescimento mútuo por meio de trocas, enfim, uma prática intercultural cujo tempo de diálogo não pode ser estabelecido unilateralmente, pois a decisão pertence a cada cultura.

Desde que não comprometam o exercício da liberdade, como a prática do terrorismo,

(28) MEDEIROS, Ana Letícia Barauna Duarte. Multiculturalismo. In: BARRETO, Vicente de Pulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 588-592.

(29) FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Boiteux, 2009. p. 156-162.

(30) SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 33.

as diferenças culturais devem ser respeitadas, sendo condenáveis a intolerância e a discriminação baseadas em religião ou crença, bem como a perseguição das minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas⁽³¹⁾. Nesse contexto, seja por parte do Estado, seja pela própria sociedade, é fundamental uma política de educação para os direitos humanos, coerente à pluralidade do mundo, estimulando o respeito ao próximo, independentemente de qualquer variável social, desenvolvendo a cidadania por meio de uma cultura de reconhecimento da diversidade⁽³²⁾.

Tem razão José Afonso da Silva quando afirma que “a *igualdade* constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra”⁽³³⁾. Distinções admitidas são aquelas que, à luz da Constituição, guardam relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados, sem singularizar atual e definitivamente um destinatário determinado⁽³⁴⁾. Assim, dignidade humana, democracia pluralista e direitos humanos andam harmonicamente juntos, possibilitando o convívio com a diferença, o que significa a inclusão do outro e pressupõe a tolerância, única forma de manifestação de um olhar não exigente, para evitar uma descarga sempre crescente de xenofobismo, autoritarismo social e discriminação⁽³⁵⁾.

No Brasil, infelizmente, embora ainda sejam recorrentes atitudes de injusto preconceito em relação a mulheres, idosos, homossexuais, portadores de necessidades especiais, nordestinos, índios e negros, destaca-se a discriminação social. Valoriza-se, normalmente, a posição social do cidadão, o peso da sua influência e do seu patrimônio, independentemente de qualquer outra variável. Em regra, são discriminações indiretas, extremamente sutis, encobertas por práticas e ideias que influenciam comportamentos socialmente aceitos, recriam e reforçam desigualdades⁽³⁶⁾. Conforme preleciona Firmino Alves Lima:

O ato discriminatório não é somente uma quebra da igualdade. Vai mais além, e leva a vítima a uma situação de falta de tratamento digno em relação à sua pessoa, desqualificando-a perante os modelos de comparação e os demais seres humanos.⁽³⁷⁾

Nesse contexto de indiferença social, pode-se afirmar que, para o Estado, a igualdade é, concomitantemente, limite e meta, pois deve agir positivamente para promovê-la, buscando a redução das desigualdades sociais a níveis toleráveis e a proteção dos grupos vulneráveis, diante da opressão exercida pelos mais fortes no cenário socioeconômico⁽³⁸⁾.

É preciso perceber, todavia, que, no contexto da globalização hegemônica, depredadora e genocida em que se vive atualmente, a igualdade a ser buscada não pode ser meramente formal, abstrata e desconectada da realidade, pois, se for assim, pode-se prestar à reprodução de vínculos de dominação vitimizadora. Deve, portanto, ser material, a ponto de criar condições emancipatórias e de dignidade. Não

(31) CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009. p. 72-73.

(32) WOLKMER, Antonio Carlos; BATISTA, Anne Carolinne. Direitos humanos e processos de lutas na perspectiva da interculturalidade. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coords.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 141-146.

(33) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 211.

(34) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 47-48.

(35) BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos*: estudos de teoria crítica e filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 144-146.

(36) PAULA, Carlos Alberto Reis de. Discriminação nas relações de trabalho. In: PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDS, Roberto de Figueiredo (Coords.). *Os novos horizontes do direito do trabalho*: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira. São Paulo: LTr, 2005. p. 184-185.

(37) LIMA, Firmino Alves. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. São Paulo: Elsevier, 2011. p. 55.

(38) SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 141-142.

se trata de reduzir os seres humanos a uma condição idêntica, já que seria impossível, pois o ser humano é único em sua individualidade, mas de assegurá-los, concretamente, em condições idênticas, de viver suas diferenças. A igualdade material que reconhece e respeita a diversidade é uma conquista histórica que não pode ser sacrificada em nome dos interesses do mercado autorregulado e do processo de globalização depredador que desconsidera o valor da vida humana⁽³⁹⁾.

A igualdade, portanto, pressupõe diferenças, desde que estas não sejam arbitrárias, mas embasadas no texto e no sentimento constitucional. Não se trata apenas de um princípio de Estado de Direito, mas também um princípio de Estado Social, ou melhor, um *princípio de justiça social*. Dessa forma, a igualdade material relaciona-se com a concretização de políticas públicas no sentido de efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como à própria ideia de *igual dignidade social*, que funciona não apenas com fundamento antropológico-axiológico contra *discriminações injustas*, como também atua como norma jurídica impositiva de compensação de desigualdade de oportunidades, inclusive sancionadora por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão)⁽⁴⁰⁾.

4. O direito à igualdade no Estado Democrático de Direito e a força normativa dos direitos sociais

Respeitar a igualdade, segundo Ronald Dworkin, “significa para o governo tratar todos os cidadãos como livres, como independentes ou com igual dignidade”⁽⁴¹⁾. Sendo assim,

pode-se dizer que o princípio da igualdade atua como técnica de efetivação dos direitos sociais, por ser um postulado indissociável da solidariedade e da democracia, categorias que possibilitam a obtenção da verdadeira liberdade⁽⁴²⁾. Dessa forma, revela-se imperioso estabelecer a correlação entre a igualdade, a solidariedade, a eficácia dos direitos sociais e o Estado Democrático de Direito.

O Estado Liberal de Direito, que surgiu sobre as promessas de neutralidade e não intervenção, para viabilizar o desenvolvimento pleno dos indivíduos, à margem da atuação dos poderes públicos, tem as seguintes características marcantes: (I) primado da lei; (II) divisão absoluta das funções estatais (separação dos poderes); (III) generalidade e abstração das regras; (IV) distinção entre direito público e direito privado (separação entre Estado e sociedade)⁽⁴³⁾.

É que a função do Estado, nesse paradigma clássico, deveria se restringir à garantia da autonomia da vontade e a liberdade contratual derivada, de modo que não se admitia que a função jurisdicional estabelecesse algum controle quanto ao conteúdo do contrato ou ao equilíbrio de suas prestações, mas apenas sobre a presença ou a ausência de consentimento isento de vícios e defeitos⁽⁴⁴⁾.

Logo a história demonstrou, todavia, que a autonomia da vontade era incapaz de evitar injustiças sociais, causadas pelo seu exercício abusivo, reclamando uma pronta intervenção

(39) CAPLAN, Luciana. O direito humano à igualdade, o direito do trabalho e o princípio da igualdade. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coords.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 116-128.

(40) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 428-431.

(41) DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 285.

(42) CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 150-158.

(43) AMARAL, Francisco. O Direito Civil na pós-modernidade. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 70-71.

(44) CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. p. 50.

estatal. Se, antes, era a liberdade, agora, com a instituição do Estado Social de Direito, o valor preponderante passou a ser a igualdade material. Este modelo, contudo, encontra-se em crise.

O declínio do Estado Social de Direito, segundo Ricardo Lobo Torres, “tem as suas principais causas no endividamento exagerado dos países, na impossibilidade de atendimento das demandas sociais, no excessivo paternalismo e na crença ingênua na inesgotabilidade dos recursos públicos”, o que não ocorre no Estado Democrático de Direito, que concilia o Estado Social, agora considerando a questão financeira, com as novas exigências para a garantia dos direitos humanos⁽⁴⁵⁾.

O Estado Democrático de Direito, portanto, representa a vontade constitucional de realização do Estado Social⁽⁴⁶⁾, uma exigência do mundo moderno, inclusive como forma de elidir os problemas capitais da democracia moderna (contradições internas do elemento político sobre que se apoia e desvirtuamento do poder)⁽⁴⁷⁾, pois, como afirma Gilberto Bercovici, “eliminar as funções assistencial e redistributiva do Estado seria deslegitimá-lo de maneira irreversível”⁽⁴⁸⁾.

Trata-se de um modelo que não se contenta com a mera proclamação formal e abstrata de direitos humanos na Constituição, mas sim com a concretização dos mesmos, a partir da identificação das diferenças e da singularidade dos cidadãos, da promoção da justiça social, da correção das disparidades econômicas e da neutralização de uma iníqua distribuição tanto

de renda quanto de prestígio e de conhecimento⁽⁴⁹⁾. Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito pressupõe *educar* a população para o exercício da cidadania plena⁽⁵⁰⁾, com a realização de todos os direitos fundamentais, enfim, a ideia de *democracia em liberdade*⁽⁵¹⁾.

Como ensina Régis Fernandes de Oliveira, “para que exista o Estado de Direito, em seu aspecto de legitimidade, um juízo estritamente valorativo, é fundamental que os direitos humanos sejam assegurados e plenamente exercidos em democracia”⁽⁵²⁾. Assim, além da limitação do poder e do reconhecimento dos direitos humanos, o Estado Democrático de Direito, em tempos de crise moral, econômica e política, pressupõe justiça social no campo socioeconômico, superando as condições do neocapitalismo, inclusive com eliminação do trabalho explorado, e pluralismo sociopolítico, ao invés de partido e sindicato único vinculado ao Estado, válido sem ideologias ou utopias irrealizáveis, tendo como função primordial a defesa do ser humano concreto, em toda a extensão de sua dignidade⁽⁵³⁾.

Em outros termos, o Estado Democrático de Direito não deve ser identificado como formalista, não pode ser reduzido a simples ordem de organização e processo, legitima-se em um contexto marcado pela globalização econômica e por políticas públicas neoliberais como um Estado de justiça social, concretamente realizável mediante estratégias políticas que têm em vista o cidadão concreto, em suas especificidades e

(45) TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 163-164.

(46) STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da produção do Direito*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 38.

(47) BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 203.

(48) BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 65.

(49) FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 95.

(50) MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007. p. 30.

(51) PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011. p. 81-82.

(52) OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Receitas públicas originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 12.

(53) PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 153-154.

peculiaridades, e a noção de indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos⁽⁵⁴⁾.

Observe-se que enquanto no Estado Social procura-se corrigir desigualdades por meio de políticas públicas, adaptando-se a legislação à realidade preexistente, no Estado Democrático de Direito, impõe-se à ordem jurídica e à atividade estatal, simbolicamente, um conteúdo utópico de transformação ou de reestruturação das relações sociais⁽⁵⁵⁾.

Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito, o desafio é resgatar a concepção do potencial ético e transformador do Direito, atribuindo máxima efetividade às normas constitucionais e internacionais fundamentais, realçando o princípio da dignidade da pessoa humana, fonte e sentido de toda experiência jurídica⁽⁵⁶⁾. O Estado, portanto, deve promover o desenvolvimento econômico nacional, a principal política pública (a mais abrangente)⁽⁵⁷⁾, mas, coordenando e harmonizando todas as outras (políticas públicas), sem perpetuar injustiças sociais⁽⁵⁸⁾.

Tem absoluta razão André Ramos Tavares, quando esclarece que “o desenvolvimento do Estado passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, de seus direitos fundamentais. Sem ele, o mero avanço econômico pouco significará, apenas fará sentido para poucos”⁽⁵⁹⁾. Deve realizar todos

os direitos fundamentais, sem distinção, pois “um Estado que apenas assegura os direitos daqueles que já possuem condições mínimas de existência consagra a *desigualdade*”⁽⁶⁰⁾, resultando no enfraquecimento do próprio Estado de Direito⁽⁶¹⁾. Trata-se, em suma, da realização plena do princípio da igualdade substancial, gênese de todos os valores, expressão máxima da dignidade humana.

Os direitos sociais têm como fundamento o princípio da igualdade e, uma vez positivados no texto constitucional, possuem força normativa, sendo impertinente a tese de que são meras proclamações políticas ou exortações ao Estado desprovidas de força vinculante. Não existe opção, os direitos sociais, por serem direitos fundamentais, vinculam o Estado e os particulares, que não podem se furtar quanto à observância da Constituição.

Deve-se enfatizar, assim, que o predicado de destaque dos direitos sociais envolve a sua *função emancipatória*, que está além da simples função regulatória⁽⁶²⁾. O Estado, neste caso, busca corrigir normativamente as desigualdades sociais, assegurando ao povo o acesso aos bens

(54) *Ibidem*, p. 339-338.

(55) STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política & teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96-101.

(56) PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 197.

(57) BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 63.

(58) MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 10-11.

(59) TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011. p. 63.

(60) CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. São Paulo: RT, 2009. p. 501.

(61) Oscar Vilhena Vieira, corretamente, advoga a tese de “(...) que a exclusão social e econômica, decorrente de níveis extremos e duradouros de desigualdade, destrói a imparcialidade da lei, causando a *invisibilidade* dos extremamente pobres, a *demonização* daqueles que desafiam o sistema e a *imunidade* dos privilegiados, aos olhos dos indivíduos e das instituições. Em suma, a desigualdade socioeconômica extrema e persistente corrói a reciprocidade, tanto em seu sentido moral quanto como interesse mútuo, o que enfraquece a integridade do Estado de Direito” (VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (Orgs.). *Estado de direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 207-208).

(62) CAPLAN, Luciana. Direitos sociais da Constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria Coêlho Borges (Coords.). *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008. p. 285-286.

necessários à vida com dignidade⁽⁶³⁾. Busca-se, assim, constantemente, um avanço social quanto às condições de desenvolvimento na sociedade, o que, de ordinário, ocorre por meio de políticas públicas eficientes.

Nessa linha de raciocínio, certamente, deve ser afastada a tese de que os direitos sociais são revestidos de normas constitucionais programáticas destituídas da possibilidade de concretização sem a interferência prévia do legislador. Essa concepção, como afirma Daniel Sarmento, “implica deixá-los praticamente desprotegidos diante das omissões estatais”⁽⁶⁴⁾, não servindo de parâmetro em relação ao sistema constitucional brasileiro, que consagra a eficácia imediata dos direitos fundamentais, sem distinção (art. 5º, § 1º, da CF), bem como a importância destes direitos para a sociedade.

Em outras palavras, o caráter programático desses direitos não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, frustrando justas expectativas nele depositadas pela sociedade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever, por uma atitude irresponsável de infidelidade ao modelo traçado pela própria ordem jurídica pátria. A tese de que as normas programáticas carecem de eficácia e possuem natureza meramente política, certamente, já está ultrapassada, pois reflete o pensamento do Estado Liberal de Direito, o qual, como sabido, prega a redução intervencionista estatal em setores sociais, imperando a força do mercado com as nefastas consequências já conhecidas.

Assim, como as normas constitucionais relativas à justiça social, inclusive as programáticas, não são meras exortações ou conselhos,

de simples valor moral, mas sim comandos de conteúdo jurídico, se este for violado no caso concreto, deve ser acionado o devido controle judicial de constitucionalidade, sendo meramente ideológico o pensamento que exige uma intermediação legislativa⁽⁶⁵⁾.

O que acontece é que, por apresentarem maior abstração, generalidade e impessoalidade, elas são mais sensíveis às modificações sociais, servindo essas mudanças para aumentar ou diminuir a sua concretização.⁽⁶⁶⁾

Dogmaticamente, portanto, os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais, cláusulas pétreas, tendo o princípio da proibição do retrocesso o seu núcleo essencial, o que possibilita a construção de espaços de luta pela dignidade. Com efeito, o Estado, após reconhecê-los, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, para não atacar o texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar, mediante supressão total ou parcial, os direitos sociais já concretizados. Em outras palavras, o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

5. A solidariedade e o fortalecimento da cidadania como fatores concretos de legitimação do Estado Democrático de Direito

No Brasil, a Constituição assevera que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170 da CF), e “a ordem social tem como base o

(63) LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 85-86.

(64) SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos & direitos fundamentais*. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 404.

(65) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 55-57.

(66) AGRA, Walber de Moura. Limites à efetivação dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 288.

primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193 da CF).

No particular, conforme preleciona André Ramos Tavares:

A própria Constituição associa-se à solidariedade, deixando certo que o conceito envolve não apenas a prevalência do social sobre o individual, como também o compromisso de uma dependência recíproca entre os indivíduos.⁽⁶⁷⁾

Consagra o Estado Democrático de Direito, portanto, o princípio da solidariedade, com máxima força normativa, exigindo em relação ao próximo, pelo simples fato de ser pessoa, reconhecimento e respeito, em uma perspectiva em que “(...) a cooperação, a igualdade substancial e a justiça social se tornam valores hierarquicamente superiores, subordinados tão somente ao valor precípuo do ordenamento”, que é a tutela da dignidade da pessoa humana⁽⁶⁸⁾.

Com efeito, mesmo nas relações jurídicas estabelecidas no âmbito do mercado, há uma relação íntima com a solidariedade social, que se traduz em norma conformadora daquele, eliminando a antinomia entre a valorização do trabalho e a livre-iniciativa, pois, como elucida Judith Martins-Costa, “(...) ambas se devem conjugar em atenção ao fim comum que as polariza, qual seja, a construção de uma sociedade solidária”⁽⁶⁹⁾.

Para a concretização desse vínculo de solidariedade, revela-se imprescindível a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais⁽⁷⁰⁾. Logo, a partir de um novo constitucionalismo,

que tem o ser humano concreto como base de toda a ordem jurídica, o Estado Constitucional contemporâneo visa à realização dos direitos fundamentais, aproximando as comunidades carentes da afirmação da sua cidadania solidária, conferindo ampla proteção às minorias⁽⁷¹⁾, por meio de políticas públicas, genericamente entendidas como programas e ações do poder público objetivando atingir os objetivos fundamentais do Estado.

No caso do Brasil, essa perspectiva transformadora da realidade social, própria do Estado Democrático e Social de Direito, é imposta constitucionalmente (art. 3º da CF) pelos seus objetivos fundamentais: (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.

No particular, como assevera Gilberto Bercovici, “a ideologia constitucional não é neutra, é política, e vincula o intérprete”⁽⁷²⁾. Esses objetivos constitucionais (art. 3º da CF), portanto, devem ser cumpridos pelo Poder Público, sendo que a sua inércia traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado, inclusive judicialmente.

É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável

(67) TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011. p. 128.

(68) MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 263-265.

(69) MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 620.

(70) COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito e moral no mundo moderno*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006. p. 579.

(71) OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. O Estado constitucional solidarista: estratégias para sua efetivação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 103.

(72) BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110.

somente nos pontos que se mostrarem ajustados aos desígnios e à conveniência dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Na lição de Antonio Carlos Wolkmer, “não é possível pensar e estabelecer uma dada ordem política e jurídica centrada exclusivamente na força material do poder”⁽⁷³⁾. Como esclarece Fábio Konder Comparato:

Em qualquer hipótese, para a introdução de novos valores, ou a defesa dos que já vigoram no meio social, não basta o recurso à força. É indispensável um mínimo de justificação ética.⁽⁷⁴⁾

Tem razão Marcelo Neves, portanto, quando afirma que, no Estado Democrático de Direito, o maior problema é exatamente saber conciliar poder eficiente com direito legitimador, ou seja, estabelecer uma relação construtiva, apesar das tensões e conflitos, entre o poder expansivo do Estado e a justiça abstrata:

(...) de tal maneira que o direito não se mantenha como uma mera abstração e o poder político não se torne impotente por sua hipertrofia ou falta de referência legitimadora.⁽⁷⁵⁾

A legitimidade, assim, não é um tema que, atualmente, passa apenas pela instituição do poder ou pela validade jurídica dos preceitos normativos, mas pela presença de “valores consensualmente aceitos e que refletem os interesses, as aspirações e as necessidades de uma determinada sociedade”⁽⁷⁶⁾, que são os direitos humanos fundamentais. Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito, antes de ser concebida como mera decorrência do cumprimento puro e simples da lei ordinária, “a

legitimidade incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos”⁽⁷⁷⁾.

Deve-se perceber, nesse contexto, que a temática da legitimidade, por decorrer de uma interpenetração entre o direito e a política⁽⁷⁸⁾, apresenta uma estrutura discursiva dialógica que, apesar de não fornecer respostas universalmente válidas e conclusivas, limitada à concordância dos grupos sociais, motivo pelo qual se deve verificar se os critérios e as argumentações dos detentores do poder, oferecem boas razões para explicar e justificar a natureza da obrigação que eles pretendem impor⁽⁷⁹⁾.

A legitimidade da concretização dos direitos sociais, nesse contexto, depende dos argumentos apresentados. Como muito bem percebeu Fábio Konder Comparato, a globalização capitalista, que visa apenas à realização do interesse próprio e imediato de cada indivíduo, grupo social ou povo, sem a menor consideração pelo bem comum da coletividade e das gerações futuras, desagrega a humanidade, fato que reclama, atualmente, uma perspectiva de que as relações jurídicas de propriedade e de concorrência empresarial sejam substituídas por relações de uso comum e de cooperação econômica, sob a supervisão do Estado e do

(77) *Ibidem*, p. 81.

(78) Deve-se observar, com base na lição de Uadi Lammêgo Bulos, que “(...) a experiência demonstra que as *questões políticas* e as *questões jurídicas* consignam aspectos integrantes de uma mesma realidade, não havendo como considerá-las totalmente distintas e equidistantes. Ao invés, constituem duas dimensões incidíveis dos problemas constitucionais. Qualquer pretensão no sentido de segregá-las é cair na unilateralidade, prestigiando-se, tão somente, um dos lados, quando, em verdade, urge qualificá-las em conjunto, pois um Tribunal Constitucional ora desempenha *funções político-jurisdicionais*, ora exerce *funções jurisdicionais-políticas*” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 107-108).

(79) FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 123.

(73) WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 80.

(74) COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito e moral no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 25.

(75) NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil — o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XIX.

(76) WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 80.

próprio povo, na construção de um sistema mundial de direitos humanos⁽⁸⁰⁾.

O direito ao desenvolvimento, previsto em Declaração específica adotada pela ONU (1986), demanda uma globalização ética e solidária⁽⁸¹⁾. Assim, “as crises sucessivas do capitalismo, as falhas de mercado, a concentração do poder econômico e a assimetria entre as nações têm deixado clara a necessidade de os Estados atuarem no espaço econômico”⁽⁸²⁾, não apenas para criar condições para o acúmulo de capital, mas a fim de superar a sempre crescente exclusão social, para cuidar de valores éticos, pois, sem eles, sem finalidades morais, a economia contemporânea não readquire seu necessário equilíbrio⁽⁸³⁾.

Como enfatiza Judith Martins-Costa:

Tal qual a economia, também o Direito não é neutro. Consiste na ruptura da neutralidade, é tecido por humana escolha, é produção de normas e tomadas de decisões”⁽⁸⁴⁾. Assim, em um país “comumente tolerante e cortês com os poderosos, mas insensível com os excluídos e cruel com aqueles que desafiam a estabilidade social baseada na hierarquia e na desigualdade”, como é o caso do Brasil, impõe-se exigir justificação jurídica das decisões, inclusive, para reduzir o espaço de pura discricionariedade, no âmbito legislativo, propiciando, em respeito à transparência republicana e ao Estado de Direito, o “reconhecimento de direitos àqueles que

são desconsiderados pelo sistema político e pela própria sociedade”, os quais devem ser tratados com igual consideração e respeito no desenvolvimento de suas potencialidades⁽⁸⁵⁾.

Impõe-se, portanto, demarcar posição no Brasil. O Libertarianismo representado por Robert Nozick⁽⁸⁶⁾, que prega um Estado minimalista em todos os setores, sequer deve ser cogitado. O Liberalismo Igualitário de John Rawls⁽⁸⁷⁾, embora seja um avanço, também não se revela suficiente, dado o elevado quadro de exclusão e desigualdade sociais, sendo por tudo isso demasiadamente abstrato e teórico⁽⁸⁸⁾. Os cidadãos brasileiros, em sua larga maioria, ainda não têm liberdade efetiva, são carentes, infelizmente, de necessidades básicas, de modo que as instituições por aqui ainda não estão bem ordenadas⁽⁸⁹⁾.

A sociedade brasileira, desse modo, tendo em vista o potencial destrutivo da globalização econômica, deve adotar uma teoria tridimensional da justiça, incorporando, com base na lição de Nancy Fraser⁽⁹⁰⁾, a dimensão política da *representação* ao lado da dimensão econômica da *distribuição* e da dimensão cultural do *reconhecimento*, evitando, desse modo, má distribuição de riquezas e falso reconhecimento de categorias que se posicionam socialmente em situação de maior vulnerabilidade.

- (80) COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito e moral no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 426, 433 e 698.
- (81) PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 43.
- (82) SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 18.
- (83) REALE, Miguel. *Política e Direito: (ensaios)*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 71.
- (84) MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 617.

- (85) VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de direito. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (Orgs.). *Estado de direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 223 e 232.
- (86) NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. IX.
- (87) RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 12-19.
- (88) GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 64-65.
- (89) VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 205-215.
- (90) FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. In: *Revista Lua Nova*, n. 77, p. 17-21, 2009.

A base da mudança rumo ao desenvolvimento, por certo, está além de instituições abstratas, pois, como preleciona Amartya Sen⁽⁹¹⁾, passa pelo fortalecimento da democracia, corrigindo-se paulatinamente os atuais e notórios déficits de representatividade mediante a ampliação de condições de efetiva participação popular nos destinos do país. Pressupõe a remoção das principais fontes de privação de liberdade, como a pobreza e a tirania, a carência de oportunidades econômicas e a destituição social sistemática, a negligência dos serviços públicos e a intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos⁽⁹²⁾. A mudança, portanto, não é automática, exige ativismo de cidadãos politicamente engajados. Devem-se criar, em outros termos, todos os meios para que essa participação não seja meramente formal e simbólica, mas sim com capacidade concreta de influência no processo decisório, tornando, assim, a sociedade mais justa.

Esse fortalecimento da democracia e a justiça social, que pressupõem a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, são componentes indispensáveis à concepção do direito ao desenvolvimento, que, inspirado no valor da solidariedade, há de prover igual oportunidade a todos no acesso a recursos básicos, educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho e distribuição de renda. Demais disso, compreendem no direito ao desenvolvimento os princípios da inclusão, igualdade e não discriminação, especialmente nas questões envolvendo igualdade de gênero e necessidades dos grupos vulneráveis. Para a plena realização do direito ao desenvolvimento, é imperioso reformar as instituições internacionais, especialmente do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, quanto ao comércio, à dívida e

à transferência, a ponto de se garantir, sempre, um orçamento mínimo e básico aos Estados, para salvaguardar os direitos humanos⁽⁹³⁾.

É preciso, pois, recuperar a ética no centro das discussões estatais⁽⁹⁴⁾, incentivando o exercício pleno da cidadania, inclusive participativa, em processo permanente de inclusão política e econômica, com ampliação da democracia e reforço do papel prestativo do Estado, e pelo fomento de uma cultura pluralista, tolerante, democrática e centrada nos direitos humanos⁽⁹⁵⁾. E a ética dos direitos humanos é orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento⁽⁹⁶⁾, notadamente daqueles grupos sociais em posições de vulnerabilidade. Enfim, ao imperativo da eficácia econômica deve ser conjugada a exigência ética da justiça social, inspirada em uma ordem democrática concretizadora de políticas públicas e planos de desenvolvimento que não garantam apenas o pleno exercício dos direitos civis e políticos, mas, também, em decorrência da indivisibilidade dos direitos humanos, os direitos sociais, econômicos e culturais.

(91) SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Cia. das Letras, 2011. p. 384-389.

(92) SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000. p. 18.

(93) PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coords.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 227-236.

(94) Segundo Fábio Konder Comparato, no processo atual de unificação da humanidade, abre-se a última grande encruzilhada da evolução histórica: "ou a humanidade cederá à pressão conjugada da força militar e do poderio econômico-financeiro, fazendo prevalecer uma coesão puramente técnica entre os diferentes povos e Estados, ou construiremos enfim a civilização da cidadania mundial, com o respeito integral aos direitos humanos, segundo o princípio da solidariedade ética" (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 80).

(95) BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

(96) PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009. p. 295.

6. Conclusões

Diante de todo o exposto, podem ser assentadas, em apertadíssima síntese, as seguintes conclusões:

I – os direitos humanos são construídos a partir de lutas por espaços de dignidade;

II – a igualdade, o respeito à diferença e a solidariedade integram o conceito de dignidade, base dos direitos humanos, constituindo-se em princípios constitucionais que incorporam exigências de justiça e valores éticos que dão suporte axiológico ao ordenamento jurídico, inclusive na esfera internacional;

III – o Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a força normativo-axiológica da Constituição, não se identifica com um Estado formalista, reduzido à simples ordem de organização e manutenção da segurança de contratos, mas visa a legitimar-se como um Estado de justiça social, concretamente realizável;

IV – a concepção contemporânea de cidadania, conjugada pela noção de indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos, passa pelo reconhecimento de que o sujeito de direito não pode ser visto de maneira abstrata, mas sim pelos seus problemas sociais concretos;

V – a indiferença aos grupos socialmente vulneráveis e excluídos no processo de globalização econômica constitui, por parte do Estado, omissão inconstitucional;

VI – o Estado, nesse contexto, tem a responsabilidade consolidar políticas públicas que, na prática, permitam o desenvolvimento das potencialidades dos cidadãos, conferindo-lhes real liberdade, o que somente ocorre, como manifestação concreta do princípio da igualdade material, com a concretização dos direitos sociais.

7. Referências bibliográficas

AGRA, Walber de Moura. Limites à efetivação dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão;

LEITE, Glauco Salomão (Coords.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2008.

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

AMARAL, Francisco. O Direito Civil na pós-modernidade. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BULLOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPLAN, Luciana. O direito humano à igualdade, o Direito do Trabalho e o princípio da igualdade. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coords.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Direitos sociais da Constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria Coêlho Borges (Coords.). *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Ética: direito e moral no mundo moderno*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA NETO, Antônio Cavalcante da. *Lazer, direitos humanos & cidadania: por uma teoria do lazer como direito fundamental*. Curitiba: Pretexto, 2011.

CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Boiteux, 2009.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Revista Lua Nova*, n. 77, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de*

direito constitucional: direitos humanos & direitos fundamentais. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

LIMA, Firmino Alves. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. São Paulo: Elsevier, 2011.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

MEDEIROS, Ana Leticia Barauna Duarte. Multiculturalismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2011.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil — o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Receitas públicas originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. *O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua*

efetivação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (Coords.). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. Discriminação nas relações de trabalho. In: PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto de Figueiredo (Coords.). *Os novos horizontes do Direito do Trabalho*: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira. São Paulo: LTr, 2005.

PIOVESAN, Flávia. _____. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coords.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional*: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. A proteção dos direitos sociais nos planos interno e internacional. In: CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). *Direito previdenciário e Constituição*: estudos em homenagem a Wladimir Novaes Martinez. São Paulo: LTr, 2004.

_____. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos na integração econômica*: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Política e direito: (ensaios)*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Cia. das Letras, 2011.

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política & teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da produção do Direito. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (Orgs.). *Estado de direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos; BATISTA, Anne Carolinne. Direitos humanos e processos de lutas na perspectiva da interculturalidade. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coords.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Ideologia, Estado e direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

O direito fundamental à proteção do emprego

Roberta Ferme Sivolella^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo versa sobre a proteção ao emprego, em análise abrangente que visa contextualizá-la, utilizando-se de elementos históricos, sociais e legais, como princípio norteador do Direito do Trabalho e Direito Fundamental, merecendo, portanto, reflexão atenciosa e peculiar, resguardada na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho que permeiam as relações trabalhistas. Em outras palavras, o breve estudo do tema pretende enfatizar a importância da proteção contra a dispensa diante de um contexto atual onde o aspecto puramente econômico por vezes afasta a efetividade e a observância de princípios e normas necessários à obtenção da chamada “justiça social”.

Palavras-chave:

- ▶ Proteção contra a dispensa — Direito fundamental — Dignidade da pessoa humana — Efetividade.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A proteção contra a dispensa como corolário do próprio direito do trabalho
- ▶ 3. A positivação do princípio protetivo como “direito pétreo”
- ▶ 4. O modelo brasileiro de proteção contra a dispensa
- ▶ 5. A efetividade “fundamental” do princípio protetivo
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 1ª Região – Rio de Janeiro. Doutora em Direitos Sociais pela Universidad Castilla La Mancha-Espanha, com obtenção de DEA. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Gama Filho-RJ.

1. Introdução

O Direito do Trabalho clássico surgiu da necessidade de aplainar as lutas de classe, atenuando a disparidade entre os sujeitos da relação de trabalho e harmonizando os interesses entre o capital e a força de trabalho. Tais escopos, com o desenvolvimento desta ciência que desponta dentre as ditas jurídicas por seu viés social, poderiam ser atingidos, via de consequência, mediante a criação de um sistema protetivo/regulamentador da relação de trabalho.

Assim é que o princípio da continuidade da relação de emprego surge junto à própria ciência juslaboral, na medida em que tal princípio, visando à conservação da fonte de trabalho e de renda de subsistência, gera segurança ao trabalhador. O benefício é gerado não apenas ao empregado, a quem é transmitida uma sensação de segurança jurídica ou “tranquilidade”, mas também à estrutura empresarial e, por meio dela, igualmente à sociedade, aumentando o lucro que impulsiona o desenvolvimento econômico, além de contribuir para melhorar o desenrolar produtivo e a satisfação recíproca na relação entre as partes⁽¹⁾.

Conclui-se, pois, que a proteção à dispensa se encontra no âmago e essência do Direito do Trabalho e, ao desenvolver-se junto a este ganha contornos históricos e geográficos, amoldando-se à realidade cultural, política e econômica de cada ordenamento.

Desnecessário tecer maiores comentários acerca da ligação direta entre a proteção à dispensa e o valor social do trabalho. Por sua vez, a afetação à dignidade da pessoa humana pela dispensa, sobretudo a arbitrária ou “sem justa causa”, por representar o “não trabalho” ou a não inserção do indivíduo no sistema gerador de subsistência e do *alimento*, torna-se mais evidente se considerarmos o caráter de autonomia da vontade emanada pelo sujeito detentor do capital e dos meios de trabalho, em contrapartida à subsunção da vontade

da parte *hipossuficiente* da relação aos seus efeitos. A dita “violência” inserta no fenômeno da dispensa livre e imotivada por ato da empresa reside justamente no fato de que expulsa o trabalhador da esfera que o concede à integração na sociedade, isolando-o em um espaço do “sem-emprego”, de onde, em virtude das condições econômicas vigentes, dificilmente conseguirá sair⁽²⁾.

Este conceito vai se desenvolvendo (e se tornando mais evidente), tanto quanto se direciona o direito do trabalho às tendências econômicas. A intensidade do viés econômico na disciplina jurídica laboral acaba por desequilibrar a frágil balança dos poderes em jogo no desenrolar as relações jurídicas afetadas. Dá-se extremada importância ao capital, como baliza da economia, em detrimento da força trabalho, que tem sua vontade quase que *anulada* em se tratando da extinção do contrato de trabalho sem justa causa. Remete-se, aqui, ao conceito de MARX, que indica a “apropriação da vontade alheia” como “um pressuposto da relação de dominação⁽³⁾”. O escopo de minoração das desigualdades e harmonização dos interesses vê-se mitigado tanto quanto se *flexibilizam* as garantias à continuidade (e manutenção) do contrato de trabalho.

Daí por que, em um panorama histórico, político e social em que fatores múltiplos direcionam o caminhar do entendimento jurídico e sua aplicação, tão e mais relevante faz-se uma reflexão e, acima de tudo, um *resgate* dos princípios mezinhos da ciência jurídica e, principalmente, no caso do Direito do Trabalho, do aspecto Teleológico da construção de sua teoria jurídica e positivada, calcada no caráter alimentar que permeia as parcelas advindas das relações travadas entre os sujeitos contratantes do pacto laboral, e, assim o sendo, da inexorável ligação entre o que há de essencial e naturalmente imutável ao cidadão: *a sua dignidade*.

(1) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

(2) BAYLOS, Antonio; REY, Joaquín Pérez. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta, 2009.

(3) MARX, Karl. *Grundrisse em obras*. Barcelona: Ed. Crítica, 1978. p. 454.

2. A proteção contra a dispensa como corolário do próprio direito do trabalho

O contrato de trabalho, contrariando a lógica que assiste à teoria contratualista privada, revela a submissão de uma parte em face da supremacia da outra, criando a necessidade do estudo de um feixe específico de princípios e direitos, a fim de compensar e equilibrar as disparidades que lhe são inerentes. O caráter dúbio da figura do empresário, que ao mesmo tempo é o titular da organização e parte do contrato, gera situação de desigualdade, já conhecida e ínsita à relação de emprego, e implica em um conjunto de direitos e deveres em complexo embate entre a *liberdade* como direito daquele que tem o poder de gerir a produção empresarial, detendo a propriedade dos meios de produção, e daquele que detém a propriedade da força de trabalho necessária ao desenvolvimento daquela força produtiva. Neste passo, a relação recíproca de credor e devedor permite que o primeiro dê ordens ao segundo, e este as tenha que obedecer.

O poder do empregador, legitimado no próprio contrato de trabalho, lhe permite organizar a sua força produtiva e, ao mesmo tempo, direcionar a prestação de serviços da outra parte contratual mediante exercício das faculdades inerentes à liberdade de empresa⁽⁴⁾, revelando a desigualdade substancial que se contrapõe à igualdade formal aparente entre os contratantes⁽⁵⁾. Assim é que o poder privado empresarial, expressado pelo ato volitivo

unilateral da dispensa, pode ser considerado como “*un problema de autoridad y democracia en los espacios del trabajo organizado para la producción de bienes y servicios en una sociedad de mercado*”, traduzido em ato de violência para o qual “*el condicionamiento político democrático de los llamados Estados sociales impide que la autoridad agresiva del poder del dinero se desarrolle libremente*”⁽⁶⁾, eis que a propriedade sobre o empreendimento produtivo, para o qual se destinam as obrigações realizadas pela parte trabalhadora, releva amplitude de faculdades no exercício de seu direcionamento pelo detentor do poder empresarial, o que encontrou conforto de aplicação por intermédio do Estado Capitalista.

Não há que se perder de vista, contudo, que o contrato de trabalho encerra direitos de propriedade *recíprocos ou propiedades contrapostas*. Cada pessoa, segundo tal perspectiva, é proprietária de si mesma e de seu trabalho e, também assim, de *tudo o que esteja ligado em extensão deste trabalho*⁽⁷⁾. Dessa forma, ao retirar/minorar a proteção ao emprego como forma de amoldar o alcance do poder empresarial no exercício de sua propriedade e liberdade de empresa, o Estado somente valida uma das propriedades contrapostas, aumentando a já peculiar e vultosa subordinação de um dos sujeitos contratantes ao outro, em quebra à bilateralidade obrigacional que é inerente ao conceito da relação. O exercício ilimitado da

(4) Neste pormenor, ressalta-se que a Constituição espanhola, em seu art. 38, expressa legítima e reconhece o caráter constitucional da liberdade de empresa. “Artículo 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.” In: GUERRA, Luis López (Org.). Constitución española. 15. ed. Madrid: Tecnos, 2009. p. 50.

(5) FERNÁNDEZ, M^a Dolores Santos. *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2005. p. 55-66.

(6) BAYLOS, Antonio; REY, Joaquín Pérez, *op. cit.*, p. 47-48.

(7) Segundo já indicava LOCKE, “aqueles que trabalham têm direito natural ao fruto de seu trabalho”. Apesar da formulação teórica indicativa da antiga teoria ligada aos direitos naturais como forma universal, já se previa que o dono da força de trabalho, como autêntico proprietário da força de trabalho, tinha, por força do exercício deste legítimo direito de propriedade, o poder de auferir a contraprestação equivalente à sua produção. Locke valorizava, aqui, o trabalho como valor e origem de prerrogativas, reconhecendo a supremacia, assim, da força produtiva em equivalência — ainda que teórica ou formal — àquele para qual tal força se destinava. LOCKE, John. *Two treatises of government*. Tradução de Laslett, P. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 14.

liberdade de empresa distancia-se do permissivo teórico à formulação de seu conceito, direciona a incorporação da *mais-valia*⁽⁸⁾ à produção sem a equânime contraprestação e, assim, desequilibra a balança social que mede a potência de desenvolvimento potencial (assim compreendido em seu caráter político, econômico e social) de uma Nação.

O cidadão desempregado, por seu turno, fica à margem da sociedade, sobrevivendo em grau de precariedade que dificulta e prejudica diretamente o exercício pleno de seus vínculos familiares e afetivos, e sua própria participação na sociedade, como ser produtivo e que colabora com o seu desenvolvimento. O esdrúxulo resultado na ponderação de valores ora exposta⁽⁹⁾ revela o inóspito caminho que a sociedade — em geral, guiada pelo mercado econômico — tem levado para resolver seus problemas de desequilíbrio entre os fatores sociais que demandam a atuação Estatal⁽¹⁰⁾. Segundo MAGANO, “na perspectiva do Direito do Trabalho flexibilizado, já não se pode mais dizer que o princípio da norma mais favorável seja o aspecto de maior relevo desta disciplina”⁽¹¹⁾.

Não há que se olvidar, contudo, que os gastos que as relações de trabalho, sob a ótica

do empreendimento, e seu impacto na economia da empresa e no mercado econômico de determinado contexto histórico, em verdade, fazem parte de uma característica da relação de trabalho⁽¹²⁾ prevista desde o surgimento de seu conceito, decorrente de seu caráter *forfaiter*, ou seja, com o pagamento de contraprestação, não somente a direção, mas a *responsabilidade* sobre empresa e seus produtos fica com o empregador, evitando os conflitos derivados do condomínio da produção⁽¹³⁾. Trata-se do *risco do empreendimento*, a ser suportado pelo detentor dos meios de capital⁽¹⁴⁾. Na Espanha, por exemplo, fala-se em *ajenidad de riesgo*⁽¹⁵⁾. No Brasil, tal característica como pressuposto e conceituação do empregador foi positivada no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que o define como “a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”. Aliada a tal premissa, o conceito de *ajenidad*, que inicialmente aparenta tratar a subordinação do trabalhador como *condição* à própria existência do contrato de

(8) Utiliza-se aqui a expressão de MARX, para conceituar o modelo capitalista da relação de trabalho como aquela que, em detrimento do trabalho como fonte de todo o valor, explora o trabalhador a fim de gerar valor maior daquele necessário para lhe pagar salário de subsistência, sem a contrapartida equivalente, de modo a atingir o lucro capitalista como escopo da relação — a “extração da mais-valia”. MARX, Karl. *O capital*. Livro I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

(9) Tal problema em relação aos desequilíbrios advindos do mau vazo do conceito da propriedade, ainda que sob ótica diversa, já era observado por MARX, que se direcionava ao Estado afirmando que “horrorizai-vos porque queremos abolir a propriedade privada. Mas em vossa sociedade a propriedade privada já está abolida para nove décimos de seus membros”. MARX, Karl, *op. cit.*, 75.

(10) *Ibidem*, p. 63.

(11) MAGANO, Octavio Bueno. X Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e da Previdência Social, Montevideo, 1989, t. I: *La determinación de la norma más favorable*, p. 1.

(12) Há que se ressaltar que as expressões “relação de trabalho” e “relação de emprego” são utilizadas no presente estudo sem a divergência técnica de seu conceito, eis que se refere a qualquer relação de empreendimento de força de trabalho direcionada ao meio produtivo que apresente relação de subordinação em seu conceito amplo, e não somente jurídico. Tal observação se mostra relevante ante as diversas formas de relações de trabalho que surgem à margem da legislação abrangente da denominada “relação de emprego” em sentido estrito, e que com estas guardam relação, nada obstante a subordinação, aqui, se mostre em caráter diminuto.

(13) DE FERRARI. *Lecciones de derecho del trabajo*. t. II. Montevideo: Ed. Facultad de Derecho, 1061. p. 104.

(14) Na doutrina italiana, VIVANTE já definia o próprio conceito de empresa como sendo o organismo econômico que sobre o próprio risco recolhe e empreende recursos, para obter os elementos necessários a um produto destinado à troca. Os elementos da natureza, do capital e do trabalho aliavam-se para o reconhecimento da organização e risco como características ao exercício da liberdade da empresa. In: VIVANTE, Cesare. *Trattato del Diritto Commerciale*. vol. 2, Parte 1 – Le persone. 5. ed. Milano: Fratelli Boca, 1963.

(15) Conforme defendido por Bayón Chacón e Perez Botija. *apud* MELGAR, Alfredo. *De derecho del trabajo*. 12. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 15.

trabalho, deve indicar a subordinação como *efeito* de tal relação⁽¹⁶⁾. Portanto, a subordinação jurídica considerada como *característica da relação de trabalho* não pode ter seu conteúdo demasiadamente ampliado, a ponto de ser utilizada a sua acepção como justificativa à submissão do trabalhador a medidas que tenham por efeito afastar os direitos que lhe são inerentes, já que abarca, de outro turno, a responsabilidade e o comprometimento do empreendedor sobre as fontes que alimentam a sua estrutura empresarial.

Dentro desta responsabilidade, não pode o responsável pelo risco do empreendimento — e que com este irá auferir o lucro e acumular os ganhos advindos com o dispêndio da força de trabalho do obreiro — ignorar o fato de que há ligação direta entre a proteção à dispensa e o valor social do trabalho, o que é inafastável ante a constatação da crucial afetação à dignidade da pessoa humana pela dispensa, sobretudo a arbitrária ou “sem justa causa”. Tal ato unilateral do empregador representa o “não trabalho” ou a não inserção do indivíduo no sistema gerador de subsistência e do *alimento*, o que torna mais exacerbada a desigualdade formal entre os sujeitos da relação jurídica se considerarmos o caráter de autonomia da vontade emanada pelo sujeito detentor do capital e dos meios de trabalho, em contrapartida à submissão da vontade da parte hipossuficiente da relação aos seus efeitos. A dita “violência” insere no fenômeno da dispensa livre e imotivada por ato da empresa reside justamente no fato de que expulsa o trabalhador da esfera que o concede a integração na sociedade, isolando-o em um espaço do “sem-emprego” de onde, em virtude das condições econômicas vigentes, dificilmente conseguirá sair.⁽¹⁷⁾

(16) Sobre o tema, *vide* CHAVES JÚNIOR, Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Barberino. Subordinação estrutural-articular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 202, jul./dez. 2007.

(17) BAYLOS, Antonio; REY, Joaquín Pérez. *El despido o la violencia del poder privado*. Madri: Trotta, 2009.

Assim é que a proteção contra a dispensa mostra-se como essencial e principiológica à ciência juslaboral, evidenciando-se a sua natureza *fundamental* como garantia e corolário do próprio Estado Democrático de Direito, em última análise, por estar ligado diretamente à *dignidade da pessoa humana* e o *valor social do trabalho*, princípios estes que, mormente no que tange ao primeiro, são os alicerces dos valores inatos aos seres humanos, e que, por tal razão, ocasionam a “incingibilidade” de tais princípios em relação ao direito ao pleno emprego.

Tais princípios, por sua vez, já se apresentam expressos em diversos instrumentos normativos, representados de forma clara ou tácita como direitos fundamentais.

3. A positivação do princípio protetivo como “direito pético”

A constitucionalização dos direitos sociais, a partir do início do séc. XX sinalizou a necessidade de se elevar as garantias trabalhistas a *status de princípios constitucionais*, positivando o reconhecimento dos direitos fundamentais como alicerces do Estado Democrático de Direito. Expressos em norma primária sobre a produção jurídica e que estabelece as referências ao desenvolvimento de todo o ordenamento jurídico quanto à revelação, definição e valor de suas normas⁽¹⁸⁾, revestiram-se tais direitos de *status* de norma de ordem pública, *autoaplicável*, e que não poderiam, pois, ser objeto de afastamento pela autonomia individual ou coletiva. Conforme RIBEIRO LOPES:

os valores incorporados pela Constituição a seu contexto têm, é evidente, a natureza de valores políticos. Políticos na sua proveniência e que se objetivando em normas passaram a ser jurídicos e como total exigíveis, pois trazem as propriedades de validade e eficácia inerentes a estas. A circunstância de se situarem no plano constitucional

(18) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 643.

— o plano mais elevado do ordenamento jurídico —, que é a sua sede logicamente adequada, impõe a consequência da exigibilidade imediata.⁽¹⁹⁾

A primeira Constituição Social (ou que já sinalizava o processo de desenvolvimento do constitucionalismo social) apontada pela doutrina, com a previsão expressa de elenco de direitos sociais protegidos por suas normas, foi a Constituição da Suíça⁽²⁰⁾ de 1848⁽²¹⁾. Revista em 1999, manteve previsão expressa da proteção à dispensa, a qual deve estar atenta a legislação pátria, e tem sua negociação restrita, eis que a vontade coletiva, a fim de que seja válida e confira efeito às avenças dela decorrentes, devem levar em conta os interesses minoritários e a igualdade. A dignidade da pessoa humana, como princípio precípua do Estado suíço, tem a sua proteção garantida por cláusula pétrea⁽²²⁾. Foi seguida pela Consti-

tuição do México de 1917, que já previa em seu art. 123 expressamente a garantia de emprego (o que foi repetida nas Constituições de 1960 e 1962), e pela denominada Constituição de Weimar, de 1919, a qual, não obstante tenha tido sua aplicação renegada pelo Nazismo, trazia em seu bojo a especial proteção do trabalho pelo Estado (arts. 128 e 129)⁽²³⁾. A Carta Política Alemã de 1949 expressamente previu a *inviolabilidade* da dignidade da pessoa humana, sendo dever do Estado protegê-la e respeitá-la⁽²⁴⁾. Na mesma época, consagrando os princípios e enumerando os direitos fundamentais já elencados em *status* mexicano e alemão, há que se citar o Tratado de Versaillies, assinado em 1919 no contexto pós-1ª guerra mundial, com intensa contribuição à consolidação dos direitos fundamentais como atinentes a normas reconhecidas em caráter internacional, eis que enumera os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, dentre eles a dignidade do trabalhador, instituindo, ainda, a Organização Internacional do Trabalho — o que será fundamental para elevar ao *status* de caráter supranacional a tais direitos⁽²⁵⁾.

(19) RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio. *Teoria constitucional de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 131.

(20) Conforme SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Há que se citar, contudo, que já em 1814 a Constituição norueguesa indicava em seu art. 110 como responsabilidade das autoridades do Estado criar condições que permitam a cada cidadão capaz de trabalhar manter a sua subsistência por meio de seu trabalho. Disponível em: <<http://www.stortinget.no/en/In-English/About-the-Storting/The-Constitution/>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

(21) Importante citar, ainda, a Constituição sueca, composta de quatro documentos políticos que foram se desenvolvendo entre 1810 e 1991, determinando o Instrumento de Governo em seu art. 1º que “a soberania emana do povo” e, no art. 2º: “essa soberania deve respeitar a igualdade de valor a todos os seres humanos, assim como a liberdade e a *dignidade* de cada indivíduo.” Disponível em: <<http://www.sweden.gov.se/sb/d/2707/1/15187>> Acesso em: 15 dez. 2011.

(22) (...) Art. 7º Dignidade humana. A dignidade humana deve ser respeitada e protegida.

(...) Art. 110 Trabalho

1. A Confederação pode prescrever disposições sobre:

a) a proteção de trabalhadoras e trabalhadores;
b) a relação entre as partes de empregadores e empregados, particularmente sobre a regulação em comum dos assuntos empresariais e profissionais;

c) as agências de emprego;

d) a declaração da obrigação geral dos contratos de trabalho colectivos.

2. Os contratos de trabalho colectivos somente podem ser declarados de obrigação geral se os mesmos levam em conta adequadamente os interesses minoritários justificados, como também as diferenças regionais e não prejudicam a igualdade de direito, bem como a liberdade de coalizão (...).

(23) SÜSSEKIND, Arnaldo, *op. cit.*, p. 25-27.

(24) Art. 1º (1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.”

(25) Não obstante a relevância do Tratado de Versaillies como marco histórico e diploma internacional, não se pode perder de vista que o instrumento sob a visão dos Aliados visava precipuamente à restrição ao avanço e invasões germânicas, possuindo uma série de imposições por meio de 440 artigos que imputavam toda a culpa das últimas guerras à Alemanha e a obrigavam a ceder territórios e a exploração de recursos à Liga das Nações, além de se desmilitarizar — o que acabara servindo de mote à deflagração da 2ª Guerra Mundial.

Conforme já salientado, todos os citados instrumentos surgiram num contexto do pós-guerra, atendendo aos anseios de uma população marcada pelo afastamento do Estado de Direito em meio à truculência advinda do chamado Estado de exceção que permeou as grandes disputas mundiais. Impossível não se concluir — ou ratificar o que já havia se exposto — quanto à constatação de relação de causa e efeito entre o panorama social, político e econômico de determinado local e época (como sói determinar os direitos fundamentais) e o tratamento jurídico reservado aos ditos direitos essenciais. Marcos históricos que denotam a fragilidade de sua garantia — como as guerras, os regimes ditatoriais, e as grandes crises — geralmente são sucedidas pela criação de norma positivada de *status* Maior que trate dos direitos fundamentais.

O mesmo aconteceu, assim, após a segunda guerra mundial, onde diversas Constituições foram (re)criadas com dispositivos contundentes acerca das garantias fundamentais do homem, principalmente no contexto europeu. Mire-se a Constituição da França, de 1946, que em seu Preâmbulo expressamente elevou o direito ao pleno emprego a norma de caráter constitucional (“... 5. *Chacun a le devoir de travailler et le droit d’obtenir un emploi. Nul ne peut lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances...*”), cabendo aqui o entendimento de que “o preâmbulo é lei como parte que o é da constituição”⁽²⁶⁾. A Constituição de 1958 expressamente ratificou e incorporou os dizeres

do preâmbulo da Carta Maior anterior, afirmando, ainda, em seu art. 55, a superioridade dos tratados ratificadores sobre as leis, o que valoriza os princípios e normas estatuídos nas convenções da OIT aderidas pelo país⁽²⁷⁾. No Japão, onde os efeitos da guerra foram sentidos em larga escala de intensidade, foi previsto no art. 27 de sua Constituição, datada de 1946, o trabalho como direito e obrigação do cidadão. O dito dispositivo é tido como a base constitucional do direito à segurança do emprego no País. O art. 28, por sua vez, prevê o direito dos trabalhadores de agir coletivamente⁽²⁸⁾.

A Constituição Italiana, de 1948, foi mais longe, indicando que a necessidade da justificação da dispensa tem seu fundamento de validade e justificativa em princípios fundamentais expressos na mesma Carta, como o da especial proteção aos cidadãos em condições menos favoráveis (art. 3º, § 2º), da tutela do direito ao trabalho (art. 4º, § 1º) e da necessária conciliação da iniciativa econômica privada com a utilidade social e a salvaguarda da liberdade e da dignidade humanas (art. 41, § 2º), além de reconhecer os direitos sindicais, como forma de expressar previsão de limitação ao poder do empregador. Importante ressaltar que, assim como outras Constituições da época, a Carta Maior italiana veio a representar a democratização após intenso momento histórico marcado pelo regime ditatorial fascista, desde 1922. Tanto assim, que afirma em seu art. 1º o dito documento que “A Itália é uma República democrática, fundada no trabalho”⁽²⁹⁾.

Também como marco do fim de regimes ditatoriais de destaque, a Constituição de

(26) Cabe aqui salientar que o Conselho Constitucional Francês, como órgão que realiza o controle de constitucionalidade do ordenamento da França, decidiu por conceder status de norma jurídica ao Preâmbulo Constitucional Francês, eis que utilizam seus itens para fundamentar o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade nas normas submetidas à sua análise através das denominadas *Decisión n. 86-225-DC*, *Decisión n. 92-308-DC* e *Decisión 98-408-DC*. In: NOGUEIRA, Lauro *apud* JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

(27) SÜSSEKIND, Arnaldo, *op. cit.*

(28) Disponível em: <<http://www.japao.org.br>>.

(29) Afirmam os doutrinadores, contudo, que nada obstante os avanços trazidos pela normatização constitucional democrática, havia na época uma concepção de certa ausência de alcance em âmbito privado, ante a supremacia da propriedade privada do empregador. Neste sentido, LOY, Gianni. El dominio ejercido sobre el trabajador. In: *Relaciones laborales*: revista crítica de teoría y práctica, Madrid, La Ley, n. 02, p. 165-189, 2005.

Portugal, já nos idos de 1976, após o fim do “salazarismo” e consagrando o reinício de regime democrático⁽³⁰⁾, expressamente reconheceu o caráter fundamental do direito à garantia de emprego, dedicando capítulo específico denominado de “Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores”. O primeiro artigo do mesmo capítulo (art. 53) elenca a “segurança no trabalho” como direito do trabalhador — fundamental, segundo a sistemática de sua disposição no título constitucional —, dispondo que “é garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos”. A amplitude da extensão da garantia (a “segurança no emprego”) representou relevante passo para as previsões infraconstitucionais que acabaram por viabilizar a dimensão prática do preceito. Trata-se de dar efetividade à proteção contra a dispensa em caráter genérico, como modo de limitação da liberdade contratual individual do empregador em dispor de forma absoluta das relações de trabalho, representando a quebra do conceito da propriedade privada sob os meios de produção como princípio a limitar o alcance das normas públicas de guarnecimento às garantias essenciais reconhecidas pelo ordenamento. Importante se ressaltar, ainda, que a amplitude do termo utilizado pelo legislador constitucional português possibilitou a interpretação de que tal princípio original de segurança no emprego abarca, também, sua acepção no âmbito da dispensa coletiva, eis que afastada a possibilidade de dispensa por motivos meramente econômicos⁽³¹⁾.

(30) Conforme o art. 2º da Constituição Portuguesa de 1976, “a República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando à realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”.

(31) Neste sentido, ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 54.

Pondo fim ao regime *franquista*, porém, menos específica em sua indicação da proteção contra a dispensa, a Carta Política espanhola de 1978 indicou em seu art. 1º que:

Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.

A indicação do pleno emprego como objetivo do Estado Democrático de Direito a ser instaurado, contudo, serviu de base aqui também às disposições específicas protetivas em âmbito infraconstitucional.

O fim da década de 1960 e a década de 1970 podem ser citados, aliás, como marcos constitucionais para nações onde o regime político e os efeitos da crise econômica trouxeram a necessidade de se positivar em caráter de norma fundamental a proteção ao emprego. Na Europa, a Constituição grega de 1975 previu o dever do estado em prover o pleno emprego a todos os cidadãos⁽³²⁾. Na América do Sul, o art. 53 da Constituição do Uruguai de 1966 previu o direito à proteção ao trabalho por lei como direito do indivíduo, sendo irrenunciáveis as disposições legais protetivas do emprego pelo próprio trabalhador, segundo o Estatuto Político da Venezuela de 1961 (emendado em 1973 — art. 85), o qual previu ainda a estabilidade do emprego e a indenização por antiguidade em seu art. 88⁽³³⁾. Em Cuba, previu o instrumento jurídico que o trabalho é dever e direito de cada cidadão, sendo garantida a eliminação do desemprego pelo sistema econômico

(32) Constituição grega — 1975: art. 22 “1 – Works constitutes a right and shall enjoy the protection of State, which shall seek to create conditions of employment for all citizens and shall pursue the moral and material advancement of the rural and urban work population. = dever do estado de prover o pleno emprego a todos os cidadãos. Disponível em: <<http://www.hri.org/MFA/syntagma/artcl25.htm>>. Acesso em: 15 out. 2011.

(33) SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 25-27.

socialista⁽³⁴⁾. Na Constituição argentina, revista pela Convenção Nacional de 1994, pelo art. 14 foi assegurada ao trabalhador a proteção contra a dispensa arbitrária⁽³⁵⁾.

De se notar, por todas as Cartas Políticas apresentadas que, inobstante os diversos fatos que estimularam sua construção teórica e normativa, indubitável é a unanimidade em se elevar, por seu teor, a caráter de direito fundamental tanto a dignidade da pessoa humana, quanto o pleno emprego, ambos postos em posição dúbia de Direito do cidadão ante o Dever positivo exigido do Estado. A questão, neste ponto, diversifica seu norte, saindo da problemática da positivação ou reconhecimento expresso de tais prerrogativas e garantias pela ordem jurídica, para o âmbito de sua efetividade no plano prático, o que se verifica com bastante veemência no modelo brasileiro.

4. O modelo brasileiro de proteção contra a dispensa

O sistema brasileiro, nada obstante tenha adotado, em vetusta época, a opção pela estabilidade do empregado em sua vertente mais ampla, a partir do decêndio contratual preconizado pelo art. 492 da CLT, sabido é que

o sistema original foi sendo gradativamente substituído por normas que objetivavam não impedir, porém, compensar pecuniariamente a despedida sem justa causa.

Inicialmente ocorrida tal substituição mediante a Lei n. 5.107/66, com a instituição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, acabou por concretizá-la a promulgação da Carta Política atual, após intensas controvérsias geradas em sua fase de criação e reação de empresários, alguns setores governamentais e órgãos da imprensa. Como consequência, surgiram as redações dos incisos I, II, III e XXI do art. 7º de nossa Constituição, relativas à indenização compensatória, seguro-desemprego, levantamento dos depósitos fundiários (c/c Lei n. 8.036/90) e aviso prévio, institutos estes que intentavam inibir, ou ao menos diminuir o impacto da chamada dispensa imotivada. Nos dizeres do mestre Arnaldo Süssekind, “o ordenamento jurídico a respeito estatuído pela nova Constituição visa, destarte, à efetividade do empregado e não, como regra, a estabilidade”⁽³⁶⁾.

Trouxe a nova Carta em seu bojo, ainda, hipóteses expressas de estabilidade absoluta, assim consideradas aquelas que afastam a possibilidade até mesmo da dispensa não arbitrária, desde que sem justa causa, além de casos em que esta dispensa é limitada, restando afastada somente a dispensa considerada meramente arbitrária⁽³⁷⁾.

Via de regra, porém, pode-se dizer que o sistema brasileiro apresenta-se flexível no que tange à possibilidade de dispensa. Não há qualquer restrição expressa em norma infraconstitucional, com exceção das hipóteses de estabilidade em rol taxativo previstas, para a dispensa sem justa causa, não havendo, ao contrário do que se vê em outros ordenamentos, possibilidade de oposição do obreiro, sequer

(34) Disponível em: <<http://www.constitutionnet.org/files/cuba/>>. Acesso em: 27 out. 2011. Ainda com relação aos antigos regimes socialistas e seus desdobramentos, pode-se citar a Constituição Russa de 1993, que em seu art. 21 eleva a dignidade da pessoa humana como princípio a cuja proteção é obrigação do Estado (art. 21-1) *The dignity of the individual is protected by the State. Nothing may be grounds for disparaging it.*, reconhecendo em seu art. 37 que cada cidadão tem o direito à proteção contra a dispensa (art. 37 (...)) 3) *Each person has the right to work in conditions meeting the requirements of safety and hygiene and to receive remuneration for labor without any discrimination and of not less than the minimum pay described by federal law, and also the right to protection from unemployment*). Disponível em: <<http://www.gov.ru/>>. Acesso em: 11 nov. 2011. Na China, a Constituição de 1982 dispôs em seu art. 42 o trabalho como dever e direito do trabalhador, em contrapartida ao dever do Estado de criar condições propícias ao emprego. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/ind>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

(35) SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 26.

(36) SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. vol. 1. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.

(37) Como é o caso do representante da CIPA — art. 165 da CLT e art. 10, II, “a” dos ADCT da Constituição Brasileira de 1988.

de comunicação da motivação (ainda que não referente à justa causa) que levou à opção pela extinção do contrato de trabalho. Não há controle necessário *a priori* ou *a posteriori*, seja ele em âmbito administrativo, seja em âmbito judicial, acerca do ato do empregador.

Não se pode negar, neste pormenor, que o chamado aspecto positivista (ou técnico jurídico) do *garantismo jurídico* se mostra presente na Carta Maior, uma vez que o inciso I objetivou (ou formalizou em sua letra) garantir a *relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa*. Contudo, a expressão inserida nas etapas finais de aprovação do texto final da Constituição acabou por afastar o segundo requisito do *garantismo* da norma, capaz de lhe conferir efetividade real, uma vez que a necessidade de lei complementar como interpretação dada ao dispositivo abafou o real escopo do preceito, sendo vigente, até hoje, a compensação pecuniária como forma de ressarcir a situação de “não emprego” e a unilateralidade de um ato que alija o trabalhador do direito a lutar por sua subsistência. Não se tem, igualmente, a previsão expressa de outros direitos que visem à melhoria da condição do trabalhador, além da indenização referida no art. 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB/88, tal como indicado no já citado inciso I do art. 7º do mesmo diploma. Pode-se verificar, assim, que a intenção primária da norma foi não afastar outras garantias maiores pela inserção no regime do FGTS, já que o dito inciso I previu o princípio da progressividade das garantias ao trabalhador.

Sob o âmbito individual, portanto, constituem-se em quatro os tipos de dispensa, em se considerando a legislação constitucional e infraconstitucional, a saber, a dispensa imotivada (ou arbitrária, nos termos do texto do inciso I do art. 7º da CRFB/88, sendo aquela que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, conforme previsto no art. 165, da CLT), a qual é vedada pela norma constitucional; a dispensa motivada,

porém, sem justa causa, que dá ensejo ao levantamento do FGTS do empregado acrescido de indenização de 40%; a dispensa por justa causa, nos moldes do art. 482 da CLT, que não confere direito à indenização ao trabalhador; e a dispensa discriminatória, nos moldes da Lei n. 9.029/95⁽³⁸⁾, mediante a qual a dispensa é nula de pleno direito, com a possibilidade de “readmissão” do empregado. Tal previsão, assim, acaba por afastar a impossibilidade invocada por alguns acerca da reintegração, em se tratando de hipóteses não afetadas à estabilidade prevista em lei. De qualquer modo, relevante se faz distinguir a dispensa arbitrária (ou imotivada), daquela “sem justa causa”, sabendo-se que, enquanto a primeira não encontra qualquer justificativa, a segunda possui motivação, todavia não passível da punição máxima consubstanciação na extinção do contrato sem a percepção de qualquer indenização pelo empregado. O texto da Constituição, aqui, foi eloquente, no sentido de estabelecer a diferenciação, indicando a necessidade de proteção contra ambas as modalidades de extinção do contrato de trabalho, nada obstante os efeitos jurídicos sejam diversos.

Insta salientar que o preceito constitucional não difere a dispensa coletiva da individual, mas refere-se à proteção da relação de emprego, sem restrições, contra a dispensa genericamente falando, seja a arbitrária, seja a dispensa sem justa causa. Não há qualquer outro preceito que indique especificamente a dispensa coletiva, ou que apresente regramento expresso quanto a esta, uma vez que, antes ratificando, acabou o Brasil denunciando a Convenção n. 158 da OIT, que regula o instituto. A disposição mais próxima de uma das hipóteses

(38) Dispõe o art. 4º da Lei n. 9.029/95 que “o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre: I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente, acrescidas dos juros legais”.

que poderia desencadear a dispensa coletiva deriva do art. 502 da CLT, o qual contempla, de forma restritiva, as hipóteses de extinção da empresa ou de um dos estabelecimentos por *força maior*, indicando indenização específica ao caso⁽³⁹⁾. Poderia se considerar, assim, que o legislador, já na época em que o mecanismo da despedida “em massa” não era tão recorrente, procurou tratar como forma de exceção, e com tratamento peculiar, a hipótese da extinção de estabelecimento como legítima a ocasionar a dispensa e tomar tratamento diferenciado quando ocorrida *por força maior*. Ante os princípios gerais do Direito do Trabalho, seria razoável a interpretação de que o silêncio do legislador, aqui, foi *eloquente*, e, segundo exegese *garantista* dos direitos do trabalhador e da continuidade da relação de emprego, como sói aplicar a hermenêutica em se tratando de direitos de ordem fundamental, somente previu o que era permitido ao âmbito do direito potestativo do empregador.

Ainda que não se considere tal interpretação, não há como se perder de vista as cláusulas pétreas dispostas no rol do art. 7º da CRFB/88, conforme já dito, as quais se veem claramente violadas (e em proporções coletivas) pelas dispensas em massa. A par da interpretação de ausência de eficácia imediata ao dispositivo do art. 7º, I da CRFB/88, a existência de previsão de “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social” (inciso IV do art. 7º), e a “irredutibilidade do

salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo” (inciso VI do art. 7º da CRFB/88) torna indubitável a garantia ao trabalhador de salário ou parcela com capacidade de garantir sua subsistência e de sua família, bem como a garantia de restrições de ordem formal à alteração prejudicial quanto a esta parcela. Nada mais razoável do que, em interpretação sistemática, se considerar que a espécie de dispensa que, por suas proporções, impossibilite a vasto grupo de trabalhadores o recebimento de sua subsistência, também deve observar restrições, ao menos de ordem procedimental⁽⁴⁰⁾.

Relevante é ter em mente, conforme já exposto, que a positividade como meio do garantismo jurídico e forma de expressão dos direitos fundamentais não reside somente na expressão da lei. A garantia dos direitos fundamentais está inserta na interpretação e nos princípios expostos no sistema, como a própria estrutura jurídica que busca efetivá-los, e que funciona como o segundo pressuposto da teoria garantista construída por Ferrajoli, corolário da eficácia real de tal gama de direitos péticos.

A interpretação isolada, literal e restritiva dos dispositivos, neste caso, pode acabar por engessar e dificultar a adequação entre a normatividade e a realidade social da qual depende a sua eficácia, desvirtuando a teleologia da própria norma. Tomando-se por ponto de análise a disciplina a ordem econômica e financeira no art. 170, *e. g.*, verifica-se a previsão de que “a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa”, cujo escopo primacial é assegurar a todos, existência

(39) “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.”

(40) Neste diapasão, o E. TRT da 15ª Região assim se pronunciou no julgamento do DC n. 00309-2009-000-15-00-4: “As demissões coletivas ou em massa... não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados (...). À míngua de legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário (...) cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil (...) legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões...” (TRT – 15ª Reg., SDC, DC n. 00309-2009-000-15-00-4.)

condigna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios inarredáveis, dentre eles: IV – *a livre concorrência* e VII – *a busca do pleno emprego*, princípios estes colidentes no cenário atual. Se de um lado a busca do pleno emprego tem o escopo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, a sua implementação com sacrifício da livre-iniciativa pode gerar efeitos de minoração da oferta de emprego, em linha tênue de equilíbrio. A aplicação literal e isolada do preceito, assim, não é possível de forma razoável e eficaz.

Há que ser transcrito, aqui, o pronunciamento de Celso Ribeiro Bastos, ao comentar a nossa Constituição, concluindo que “se houver rigor em extrair-se as consequências implícitas de todos os artigos que explicitamente a Constituição encerra, certamente será possível emprestar a força a um rol de direitos não expressos. É uma questão de coragem hermenêutica e de coerência com a aceitação dos princípios”⁽⁴¹⁾.

E é justamente dentro de tal coerência que se faz necessário recorrer ao que a própria lei já nos remete: decidir, conforme o caso, “pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito”, utilizando-se, ainda, “dos usos e costumes”, e do “direito comparado” — art. 8º da CLT, em disposição similar ao que consta no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Tecidas tais considerações, insta, além de utilizar métodos interpretativos razoáveis dentro do ordenamento pátrio, analisar o direito comparado, em seus institutos e dispositivos, mormente em se considerando a aplicação da Convenção n. 158 da OIT e sua incorporação por outros ordenamentos que se calcam em princípios indelévels semelhantes aos ora expostos. A dita Convenção, que dispõe acerca da necessidade de fundamentação em “necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento

ou serviço”, “por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos”, regra esta que, no ordenamento pátrio, não encontraria maiores óbices à sua aplicação, ante o que dispõe o art. 165 da CLT e as regras de interpretação doutrinária e jurisprudencial aplicadas ao preceito. A celeuma, contudo, reside na previsão de discussão prévia dos ditos motivos com “os representantes dos trabalhadores interessados”, como ocorre na legislação trabalhista espanhola e que, no Brasil, poderia ser levada a efeito pelos Sindicatos⁽⁴²⁾.

(42) Assim dispõe o texto da Convenção n. 158 da OIT em matéria de proteção à dispensa, inclusive a que se dá em âmbito coletivo:

“Parte II

Normas de Aplicação Geral

SEÇÃO A

Justificação do Término

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.

Art. 5

Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento de empregador, durante as horas de trabalho;

b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;

c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;

(...)

Consulta aos Representantes dos Trabalhadores

Art. 13

1. Quando o empregador prever términos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos;

a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos términos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses términos;

(41) BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v II, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 397.

Eis que, no ordenamento pátrio, a Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, mediante o Decreto Legislativo n. 68, de 16 de setembro de 1992, tendo ocorrido o depósito da carta de ratificação em 5 de janeiro de 1995,

b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os términos para os trabalhadores interessados, o mais breve possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os términos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

2. A aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá ser limitada, mediante os métodos de aplicação mencionados no art. 1º da presente Convenção, àqueles casos em que o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.

3. Para efeitos do presente artigo, a expressão “representantes dos trabalhadores interessados” aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou a prática nacionais, em conformidade com a Convenção sobre os Representantes dos Trabalhadores, em 1971.

SEÇÃO B

Notificação à Autoridade Competente

Art. 14

1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador que prever términos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá notificá-los o mais breve possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente incluindo uma exposição, por escrito, dos motivos dos términos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses términos.

2. A legislação nacional poderá limitar a aplicabilidade do parágrafo 1 do presente artigo àqueles casos nos quais o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.

3. O empregador notificará às autoridades competentes os términos referidos no parágrafo 1 do presente artigo com um prazo mínimo de antecedência da data em que seriam efetuados os términos, prazo que será especificado pela legislação nacional.

e sendo promulgado Decreto n. 1.855 em 11 de abril de 1996. Seguiu-se, assim, a todo o trâmite de validação dos preceitos, entrando em vigor a Convenção n. 158 em 6.1.1996, ou seja, doze meses após o depósito da ratificação, sendo objeto de denúncia mediante o Decreto (executivo) n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, publicado em 23 de dezembro de 1996. Não se atendo à discussão acerca do prazo para a apresentação da denúncia que, segundo alguns autores não teria sido respeitado, considerando-se a data de início da vigência internacional da dita Convenção⁽⁴³⁾, certo é que o procedimento de “retirada” de eficácia da Convenção por decreto presidencial, após a inserção de seu conteúdo no ordenamento por meio de decreto legislativo, afigura-se confrontante às competências privativas do Presidente da República em termos de disposição mediante decreto, conforme a previsão do art. 84, da Constituição Federal. O citado artigo autoriza o chefe do Executivo a dispor por meio de decreto somente sobre a “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”, ou para sancionar, promulgar, fazer publicar leis e seus regulamentos (art. 84, inciso VI, alíneas “a” e “b” e inciso IV, da CRFB/88). Além do que sua atuação neste pormenor depende inexoravelmente da atuação do Congresso Nacional, ainda segundo disposição constitucional (art. 84, VIII da CRFB/88).

Independente da discussão procedimental acerca da denúncia da Convenção, constata-se em interpretação razoável, de qualquer modo, que os termos da norma convencionada suprem a exigência do art. 7º, I da CRFB/88, acerca da necessidade de lei complementar para dispor acerca da proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Ademais do conteúdo da Convenção, que

(43) Neste sentido, SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994. p. 39.

se coaduna em perfeição com os princípios e garantias fundamentais dispostos em cláusulas pétreas na Carta Maior brasileira, percebe-se que, se o objetivo do legislador constituinte originário foi garantir o regramento da matéria pelo procedimento legislativo com quórum qualificado, este se encontra em perfeita consonância com a aplicação da Convenção, instrumento cujo procedimento de validação encerra etapas complexas, sendo inicialmente deliberada por ato da Assembleia Geral da OIT, por intermédio dos delegados de seus estados-membros (representantes dos segmentos do governo, empregados e empregadores), e dependendo, ainda, de ratificação por ato conjunto do chefe do Poder Executivo e do Congresso Nacional (arts. 84, VIII e 49, I da CRFB/88)⁽⁴⁴⁾. As discussões procedimentais, assim, acabam por perder relevância ante a questão da adequação sistemática do conteúdo da norma, o que se afigura como aspecto essencial na ponderação de valores que deve o intérprete do direito preconizar.

5. A efetividade “fundamental” do princípio protetivo

É premissa incontestável pela já conhecida teoria da construção escalonada das normas jurídicas que

O sistema jurídico (...) se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes

gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras (...).⁽⁴⁵⁾

Contudo, muito embora o caráter constitucional tenha seu conceito e expressão como norma pétrea e superior em uma teoria hierárquica e escalonada das normas, este não é observado em caráter efetivo pela experiência histórica verificada em diversos dos países já aqui citados, inobstante a previsão expressa acerca da premência da manutenção do emprego como forma de consolidar a dignidade da pessoa humana em determinada ordem social. Os direitos fundamentais, em sua acepção estrita⁽⁴⁶⁾, são, em verdade, consolidados a partir das mudanças sociais, e do embate entre o interesse coletivo⁽⁴⁷⁾ e individual, que levaram à necessidade de se dar validade jurídica positiva a valores ditos essenciais que, em última análise, têm sua origem e finalidade na dignidade da pessoa humana. A autoaplicabilidade inerente às normas de direito fundamental individual mostra-se prejudicada no campo dos direitos sociais⁽⁴⁸⁾. O caráter coletivo — e em alguns

(44) Há que se ressaltar, ainda, o posicionamento monista, segundo o qual o tratado e a convenção ratificados integram automaticamente o ordenamento, com base no § 2º do art. 5º da CRFB/88, ao dispor que os direitos e garantias fundamentais relacionados no dito artigo não excluem os decorrentes de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, havendo previsão, inclusive, de recurso especial ao STJ em caso de contrariedade ou negativa de vigência ao tratado, e uma vez que o Poder Executivo não pode retificá-lo sem a aprovação por decreto pelo Congresso Nacional (SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

(45) Nos dizeres de ATALIBA, Geraldo *apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

(46) Digo aqui “acepção estrita” pois há autores que utilizam as expressões direitos humanos ou naturais, e direitos fundamentais sob o mesmo conceito. A este respeito, *vide* VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais da Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

(47) Há que se diferenciar, aqui, o interesse coletivo sob dois aspectos. Primeiro, considerado como o interesse do núcleo de indivíduos unidos em determinado nicho social, e que *se volta* em última análise, se satisfeito, para o próprio indivíduo, acabando por preencher suas necessidades individuais (p. ex., medidas de proteção ao meio ambiente que restringem a liberdade individual, mas revertem diretamente em prol do próprio cidadão em sua dignidade). Sob outro aspecto — ora utilizado —, o interesse dito coletivo em contraposição ao interesse individual representa interesses decorrentes de elementos extrínsecos ao homem, assim compreendidos interesses que remetem ao Estado como ente diverso da sociedade genericamente considerada (p. ex., as políticas direcionadas à proteção financeira de setores específicos da sociedade).

(48) LAFER, Celso. *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: USP, 1988. p. 129.

casos, difuso — em última análise dos interesses envolvidos nesta última categoria de direitos essenciais, não apresenta, em geral, remédio específico de manejo perante o Estado como forma de exigir sua efetivação, de forma diversa do que ocorre quando da ameaça, por exemplo, ao direito à vida, à propriedade, à intimidade ou à propriedade. Evidencia-se margem de atuação para fatores extrínsecos como forma de impor seus interesses, na interpretação da Norma Maior e manobra dos princípios jurídicos de acordo com as conveniências contemporâneas.

Se considerarmos os direitos fundamentais em sua acepção original como “direitos subjetivos que correspondam universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou sujeitos com capacidade de agir”, entendidos aqui por direitos subjetivos “toda aquela expectativa positiva — faculdade de agir — ou negativa — suscetibilidade de sofrer lesão”⁽⁴⁹⁾, chegaremos à conclusão de que a proteção à dispensa, como forma de garantir a cidadania e a dignidade do trabalhador (aspecto positivo), e de protegê-lo contra a lesão inexorável que é ficar à margem de sua própria subsistência (aspecto negativo), é um direito *social* e, por conseguinte, um *direito fundamental* em sua clássica acepção e desenvolvimento (onde o indivíduo tem participação ativa na esfera pública de decisões do Estado, e torna-se credor de ações positivas do governo em prol da manutenção de suas prerrogativas).

Considerando-se a contextualização primária dos direitos fundamentais como formas de proteção do cidadão perante o Estado, em termos de sua eficácia vertical (assim entendida como a vinculação e subsunção dos poderes públicos à sua observância), há que se notar que no caso das relações de trabalho é premente a verificação acerca de sua eficácia horizontal⁽⁵⁰⁾,

assim entendidos os efeitos gerados na esfera privada do cidadão. E não podia ser diferente, pois ao se associar o trabalho, bem como sua manutenção, à dignidade da pessoa humana, este como direito inato ao ser humano e decorrente de seu *status* de pessoa e cidadão, não há como se afastar a obrigatoriedade ao seu respeito e observância pelos sujeitos da relação jurídica trabalhista, os quais, no âmbito de tal relação, revestem-se de caráter privado.

A eficácia *real* dos direitos fundamentais, a despeito de sua acepção quanto ao sujeito submetido à sua observância, seja em relação de subordinação (eficácia vertical em relação à abstenção do Estado) ou coordenação (eficácia horizontal entre particulares), depende, de fato, de dois requisitos interdependentes, a saber, a “positividade” como pressuposto técnico jurídico de legalidade, e um sistema de garantias jurídicas e institucionais que se faz eficaz por meio de técnicas (e estruturação) específicas de organização jurídica⁽⁵¹⁾. Este último pressuposto é justamente o que afasta a divergência entre a normatividade e a efetividade,

sentença “Luth-Urteil”, em 1958, onde, após decisões em contrário, o Tribunal constitucional alemão entendeu pela supremacia da liberdade de expressão em caso onde a imprensa alemã incitou o boicote a filmes supostamente antisemita. Eis alguns trechos da citada sentença: “Sem dúvida que os direitos fundamentais se destinam em primeiro lugar a proteger a esfera de liberdade dos indivíduos perante intervenções do poder público, são direitos de defesa do cidadão face ao Estado (...). Não obstante, é igualmente certo que a Constituição, que não é um ordenamento desprovido de valores, também instituiu, no título referente aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores (...). Este sistema de valores, que tem o seu cerne no livre desenvolvimento da personalidade humana (...), deve reger, como decisão constitucional básica, em todos os âmbitos do Direito; dele recebem diretrizes e impulso à legislação, a administração e a jurisdição. Dessa forma ele influiu evidentemente, também sobre todo o Direito Civil; nenhuma disposição jurídico-civil deve estar em contradição com tal sistema e todas elas deverão ser interpretadas em conformidade com o seu espírito.” (In: ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.)

(49) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 37.

(50) Ilustrando o conceito de eficácia horizontal, cumpre salientar o seu surgimento, na Alemanha, pela

(51) PÉREZ, José Luis Monereo. *La protección de los derechos fundamentales*. El modelo europeo. Albacete: Editorial Bomarzo, 2009. p. 31.

ou, segundo o já citado garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli⁽⁵²⁾, é o sistema que busca de uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais. Este sistema reveste-se em uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem existir para que o direito seja válido. Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes, como se tal categoria de direitos fosse um dado ontológico para que se pudesse aferir a existência ou não de um direito; a validade ou não de uma norma. Destarte, a eficácia da proteção à dispensa em um sistema jurídico é medida não só pela “positividade” ou pela existência de normas que limitam em sua literalidade o exercício do poder potestativo do empregador, mas pela existência de estrutura jurídica e ética para garantir a aplicação real da previsão legal.

Em outras palavras, conceder efetividade à proteção ao emprego remete à concessão de efetividade aos próprios direitos ditos essenciais ou morais, pela concretização da proteção dos direitos inatos aos homens, com a sua contextualização histórica, espacial e temporal. Segundo ALEXY, os *direitos fundamentais são uma tentativa de transformar os direitos humanos em direitos positivos*⁽⁵³⁾. E, nesse contexto, a proteção ao emprego, como proteção à dignidade do próprio homem, também o é.

6. Considerações finais

Por todo exposto, indubitável que está a garantia contra a dispensa arbitrária inserida na gama de direitos cuja exigência em caráter positivo pode (e deve) ser objeto de cobrança

em face do ente estatal. Segundo NOZICK, “os indivíduos têm direitos e há coisas que nenhum grupo pode fazer a eles (sem violar seus direitos). Tão fortes e abrangentes são esses direitos que permitem perguntar o que, se é que existe, o Estado e seus representantes podem fazer”⁽⁵⁴⁾.

Pode-se dizer, enfim, que a delegação de poderes de autogoverno do ser social ao Estado, que legitimou a sua criação e consolidação como ente atinente, em um primeiro momento, ao indivíduo e, posteriormente, ao bem coletivo, resultando em permissivo social — consolidado na democracia mediante outorga eleitoral da soberania popular — visa precipuamente à manutenção do bem coletivo, e se legitima por meio de atos de intervenção que o concretizem. Quando tais atos visam ou beneficiam somente um ou alguns dos setores da sociedade, resta violado o “pacto solidário” que efetiva o Estado Constitucional Social. Em outras palavras, os indivíduos genericamente considerados, de todos os setores da sociedade, transferem prerrogativas ao Estado, na espera de contrapartidas, ainda que indiretas, em benefício do bem comum. Em retorno, somente uma parcela da sociedade recebe tais benesses, em bem “restrito”, enquanto a outra, mais frágil na relação, somente tem retirada de seu âmbito, sem contrapartida, parte de sua liberdade original. Isto ocorre no âmbito das relações de trabalho, quando retirada a proteção ao pleno emprego.

E nem se diga que a solidariedade tal como instituída no conceito de direito fundamental, visa o sacrifício de alguns, em determinado momento, em contrapartida aos benefícios gerados a outros. Considerando-se os direitos afetos à solidariedade como inerentes à abertura de consciência de deveres recíprocos entre o Estado e os que o compõem, com vias a enaltecer os interesses de um terceiro gênero — a coletividade no sentido do bem comum —,

(54) NOZICK, Robert. *Anarchy, State and utopia*. Oxford: Blackwell, 1974. p. 21.

(52) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón — Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998. p. 851.

(53) ALEXY, R. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 30-31.

há que se repensar acerca os mecanismos de que se vale tal solidariedade para exteriorizar seus escopos. Ao se privilegiar somente um dos valores postos em jogo quando do cumprimento dos deveres recíprocos impostos pela chamada “consciência social”, como sói ocorrer na flexibilização das relações de trabalho, desagrega-se a unidade da gama de direitos que justifica e, por conseguinte, o próprio fundamento de validade que a legitima. A relação de causa e efeito, aqui, é inevitável e demanda reflexão profunda e ponderada, em nome de se atingir, enfim, a tão almejada “justiça social”.

A solidariedade visa, em verdade, o sacrifício de liberdades individuais por determinados grupos, dependendo do contexto geográfico e temporal a que se referem, mas tendo-se em conta de que aquele ato, pelo benefício coletivo que resulta, reverte-se em benefício de *todos os cidadãos*, ainda que indiretamente. A perder de vista tal premissa, passa-se de uma solidariedade real a uma solidariedade *simulada*, que acaba por ocorrer quando as ações Estatais, sob o falso manto de concessões sociais, não visam de fato a *indivisibilidade dos direitos fundamentais* em seus efeitos. Nos dizeres de ROMAGNOLLI, quando submetida a contaminações que a manipulem, a solidariedade se dissemina “*frecuentemente en formas de compasión social incapaces de efectara las causas de la desigualdad. Haciéndolas de alguna forma tolerables*”⁽⁵⁵⁾.

Destarte, quanto maior a disseminação do conceito da solidariedade como princípio a nortear as políticas sociais, mormente a proteção contra a dispensa, maior a necessidade de se guarnecer a ordem dos direitos fundamentais chamados sociais, seja por meio de medidas consubstanciadas em direito positivo — cuja análise de seu desenvolvimento

mostra-se relevante no contexto da proteção à dispensa —, seja por meio de medidas políticas assim direcionadas. Afinal, as “leis devem ser adaptadas não aos homens bons, mas aos maus”⁽⁵⁶⁾, a fim de coibir a deturpação de seus verdadeiros princípios pelo mau uso da legislação e do distanciamento dos princípios norteadores do chamado Direito Social do Trabalho.

7. Referências bibliográficas

ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEX, R. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 30-31.

ATALIBA, Geraldo *apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. II.

BAYLOS, Antonio; REY, Joaquín Pérez. *El despido o la violencia del poder privado*. Madri: Trotta, 2009.

BAYÓN CHACÓN; PEREZ BOTIJA *apud* MELGAR, Alfredo. *De derecho del trabajo*. 12. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CHAVES JÚNIOR, Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Barberino. Subordinação estrutural-articular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 202, jul./dez. 2007.

DE FERRARI. *Lecciones de derecho del trabajo*. t. II. Montevideo: Ed. Facultad de Derecho, 1961.

FERNÁNDEZ, M^a Dolores Santos. *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

(55) ROMAGNOLLI, Umberto. Sobre el despido o la violencia del poder privado. In: *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, n. 4-5, Albacete, Editorial Bonarzo, p. 14, 2008.

(56) MILL, John Stuart. Utilitarianism and other things. In: Warnock, M. (Org.). Glasgow: Collins, 1982.

- _____. *Derecho y razón — Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998.
- GUERRA, Luis López (Org.). *Constitución española*. 15. ed. Madrid: Tecnos, 2009.
- LAFER, Celso. *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: USP, 1988.
- LOCKE, John. *Two treatises of government*. Tradução de Laslett, P. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- LOY, Gianni. El dominio ejercido sobre el trabajador. In: *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, Madrid, La Ley, n. 02, p. 165-189, 2005.
- MAGANO, Octavio Bueno. X Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e da Previdência Social, Montevideo, 1989, t. I: *La determinación de la norma más favorable*, p. 1.
- MARX, Karl. *Grundrisse em obras*. Barcelona: Ed. Crítica, 1978.
- _____. *O capital*. Livro I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- MILL, John Stuart. *Utilitarianism and other things*. Warnock, M. (Org.). Glasgow: Collins, 1982.
- NOGUEIRA, Lauro *apud* Paulino Jacques. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- NOZICK, Robert. *Anarchy, state and utopia*. Oxford: Blackwell, 1974.
- PÉREZ, José Luis Monereo. *La protección de los derechos fundamentales*. El modelo europeo. Albacete: Editorial Bomarzo, 2009.
- RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio. *Teoria constitucional de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- ROMAGNOLLI, Umberto. Sobre el despido o la violencia del poder privado. In: *Revista de Derecho Social Latinoamerica*, Albacete, Editorial Bonarzo, n. 4-5, p. 14, 2008.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. *et al. Instituições de direito do trabalho*. vol. 1. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- _____. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais da Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- VIVANTE, Cesare. *Trattato del Diritto Commerciale*. vol. 2, parte 1 — Le persone. 5. ed. Milano: Fratelli Boca, 1963.

Processo eletrônico, *software*, norma tecnológica e o direito fundamental à transparência tecnológica. Elementos para uma teoria geral do processo eletrônico

Sebastião Tavares Pereira^(*)

Resumo:

► Neste artigo, (i) analisam-se a incorporação das NTICs ao processo e o profundo impacto de uma delas — o *software*, (ii) evidencia-se o nascimento de uma nova categoria da ciência processual — a *norma tecnológica* — e (iii) sugere-se a enunciação e constitucionalização do direito fundamental à transparência tecnológica, imediatamente aplicável ao processo eletrônico e que tem de ser adequadamente teorizado. O processo sempre se caracterizou pela supervisão humana contínua (mecanização). O *software* permite a automação em patamares impensáveis há alguns poucos anos. Um *software* é um conjunto de instruções codificadas, muitas delas de conteúdo jurídico. Surge, por isso, o ente novo do mundo processual, aqui denominado de *norma tecnológica* — a versão interpretada do texto jurídico —, a norma kelseniana que ganha expressão tecnológica. O estabelecimento das normas tecnológicas tem sido feito sem qualquer procedimento institucionalizado. As regras propostas, *da automação consciente, da legitimação e da transparência plena* buscam preencher esse vazio. No processo eletrônico, deve-se reconhecer o direito fundamental processual à transparência tecnológica, um caso particular de um direito fundamental geral que precisa ser constitucionalizado (CF, art. 5º, LXXIX) — a todos, no âmbito judicial e administrativo, é assegurado acesso pleno às normas tecnológicas — transparência tecnológica.

Palavras-chave:

► Processo eletrônico — Norma tecnológica — *Softwarização* — Direito fundamental à transparência tecnológica.

Índice dos Temas:

► 1. Introdução

(*) Mestre em Ciência Jurídica (Univali/SC). Doutorando em Direito do Trabalho pela UBA. Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela PUC/RS. Analista de sistemas e juiz do trabalho aposentado do TRT12.

Foi professor de lógica de programação, linguagem de programação, banco de dados, direito constitucional, do trabalho e processual do trabalho, em nível de graduação e pós-graduação.

- ▶ 2. As Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (NTICs)
- ▶ 3. O *software* e a *softwarização* do processo
- ▶ 4. Novas zonas de interesse e reflexão: efeitos da *softwarização* do processo
- ▶ 5. *Software*, mecanização e automação
- ▶ 6. A onipresença poderosa e avassaladora do *software*
- ▶ 7. Norma tecnológica: a nova categoria da ciência processual
- ▶ 8. Transparência tecnológica: indo além dos códigos-fonte. A norma tecnológica e as regras da automação consciente, da legitimação e da transparência plena
- ▶ 9. Enquadrando o *software*: do direito fundamental processual à transparência tecnológica
 - ▶ 9.1. Na relação processual, o *software* desloca (assume o lugar de) servidores e também o juiz
 - ▶ 9.2. A “*softwarização*” permite evoluir na virtualização e a transparência passa a ser essencial
 - ▶ 9.3. A insuficiência da abertura do código-fonte
 - ▶ 9.3.1. Aspectos do regime legal em vigor que comprometem a transparência
 - ▶ 9.3.2. Aspectos de um regime novo, inspirado na ideia de promoção dos direitos fundamentais processuais, com transparência tecnológica plena
- ▶ 10. Considerações finais
- ▶ 11. Referências bibliográficas

1. Introdução

Neste artigo, (i) constata-se a chegada das novas tecnologias da informação e da comunicação ao processo, (ii) passa-se pelo exame do impacto de uma delas — o *software* — num fenómeno aqui referido como *softwarização* do processo, (iii) evidencia-se o surgimento de uma nova categoria científica processual — a *norma tecnológica* — e (iv) chega-se à sugestão, que já parece tardia em tempo de lei de acesso à informação, de enunciação e constitucionalização de um novo direito fundamental à transparência tecnológica.

Usa-se a necessidade processual para demonstrar a urgência de explicitar um direito fundamental à transparência tecnológica⁽¹⁾ que tem sido ventilado e justificado, num âmbito

mais geral, e que se faz necessário diante do avanço das tecnologias em todas as áreas de governança.

Em 2007, nos Estados Unidos, Danielle Keats Citron, professora assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Maryland/EUA, desenvolveu um extenso trabalho de pesquisa e compilação, reportado em artigo sob o título *technological due process*⁽²⁾, enfocando a atuação das agências administrativas e suas práticas automatizadas. A pesquisa concentra-se nos chamados BMSs (*Benefits Management Systems*) norte-americanos e os incontáveis exemplos demonstram o impacto, os problemas e as dificuldades da automação dos processos de adjudicação dos benefícios.

O projeto do novo Código de Processo Civil do Brasil reconhece a presença das inovações

(1) Entende-se que este assunto merece um tratamento geral, com fundamentos ampliados. Neste artigo, fecha-se o foco no processo judicial e explicita-se o direito fundamental geral como um caso particular para o processo.

(2) CITRON, Danielle Keats. *Technological due process*. Washington University Law Review. St. Louis, v. 85, p. 1249, 2008. O *paper* está disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1012360>> Acesso em: 25 jun. 2012.

e os teóricos falam, aqui também, do devido processo tecnológico.

Em 2011, no Brasil, a Lei n. 12.527 tratou do acesso à informação, sob discurso estribado fortemente na ideia de transparência. Na realidade, entretanto, acrescentou pouco à disciplina processual, toda ela permeada, desde a base, pela publicidade. É estranho que o legislador, em tão extenso e minucioso documento, não se tenha ocupado das *novas Tecnologias da Informação* (TIs), colocando sua incorporação, clara e expressamente, sob as luzes da transparência. Nesse especial aspecto, a lei poderia ter efetivamente inovado para o processo, que está sendo invadido por essas tecnologias, mas não o fez.

Diz-se, com insistência, que as Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs) estão revolucionando o processo. Para alguns, está ocorrendo uma transformação de paradigma. Para outros, mais drásticos, vive-se uma situação de *emergência*⁽³⁾, no sentido sociobiológico, quando uma situação fática ou orgânica evolui para patamares onde as leis que regiam os fenômenos, na situação anterior, já não vigoram. As assertivas são dadas, muitas vezes, sem fundamentos adequados. Por imposição das circunstâncias, fica-se muito no terreno do opinativo.

O impacto tecnológico está sendo sentido ao mesmo tempo que a teoria geral do processo se agita, por razões de outra ordem, decorrentes da evolução do pensamento jurídico-político-filosófico. Os grandes eixos tradicionais, norteadores das preocupações da ciência teórica processual (jurisdição, ação, processo, partes, legitimação, ato, funções auxiliares essenciais, prova) passam, sem exceção,

por reconsiderações no campo teórico e no político-dogmático⁽⁴⁾.

O processo, portanto, experimenta a pressão de influxos inovadores oriundos de duas fontes: a evolução do pensamento e a absorção da tecnologia.

A coexistência das transformações, induzidas por esses dois fatores, torna útil e válido tentar distinguir, no todo das metamorfoses, aquelas que advêm da fonte tecnológica, para lhes dar o tratamento adequado à luz do jurídico. Até mesmo para colocar a tecnologia, de forma otimizada e transparente, a serviço dos novos enfoques jurídico-políticos que estão sendo engendrados.

Será mesmo que as tecnologias mencionadas têm o condão de permitir a produção de um processo tão diferente a ponto de se fazerem necessárias novas abordagens teórico-processuais? A teoria geral do processo não pode mais, mesmo, dar conta dessa nova realidade processual? Será?

A resposta a essas perguntas passa pela “re-visita” a coisas que estão assentadas, há anos, no âmbito teórico, para ver se continuam válidas e aptas para descrever e explicar o fenômeno de que deram conta no passado.

Nessa *revisita*, evidenciam-se algumas coisas interessantes:

- (i) avultam novos direitos processuais que reivindicam *status* de fundamentalidade para albergar-se no grande guarda-chuva do devido processo;

(3) Sobre o fenômeno da emergência, nas ciências naturais, em sentido fraco e forte, ver GAZZANIGA, Michael S. *Who's in charge? Free Will and the science of the brain*. New York: Harper Collins Publishers, 2011. p. 124-128. O que se quer captar, da visão científica exposta, é que, na realidade transformada, ou emergente, “[...] the laws cannot be predicted by an underlying fundamental theory or from an understanding of the laws of another level of organization.”

(4) Sobre a teorização contemporânea do processo e o intenso movimento de transformação existente nesse âmbito científico, ver LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Wanderley Rodrigues. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 193-205. Dizem os autores, na p. 193, que “o processo não possui uma teoria geral definida e adaptada à realidade atual. Sua *epistemologia* e seus *institutos fundamentais* merecem ser analisados em perspectivas claras. Ainda é necessário que a doutrina analise, detidamente, a ação, a jurisdição e o processo — institutos elementares do direito processual — sob a ótica constitucional”. [sem grifo no original]

(ii) ganham destaque aspectos processuais que parecem exigir melhores e mais profundas considerações;

(iii) a configuração descritivo-sistêmica do processo (seu padrão de organização⁽⁵⁾) ganha um elemento novo, escorregadio e poderoso, que a transforma profundamente, e

(iv) a “humanidade” ou o “tipicamente humano” parece requisitar atenção e espaço, na nova realidade do processo, cuja tendência aponta para a “desumanização” e justifica as preocupações de Dinamarco quando se refere “[...] a deixar na sombra o valor humano perseguido através do exercício da jurisdição”⁽⁶⁾.

2. As Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (NTICs)

Quando se fala em Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação, vem à baila um feixe de inovações. Algumas são muito visíveis e palpáveis, outras nem tanto⁽⁷⁾.

Falando-se em comunicação, por exemplo, é fácil perceber que as possibilidades das tecnologias a ela vinculadas, ou dedicadas, realmente introduziram muitas inovações na operação processual. Mas será que no processo, em si, também? Ou elas apenas ampliaram as possibilidades mas não mexeram com o âmago e a natureza dessas operações? Atos que, antigamente, eram necessariamente presenciais,

hoje se fazem à distância, com as garantias necessárias de autenticidade e integridade, por exemplo. Todavia, na sua essência, muitos desses atos, salvo o distanciamento dos atores (que a tecnologia aproxima em termos virtuais), continuam sendo exatamente os mesmos e seus atores *idem*.

Em verdade, a comunicação vale-se de inúmeras tecnologias – de transmissão, registro, interpretação, certificação de autenticidade e integridade, matemáticas, etc., para não mencionar os aparatos de *hardware*.

É interessante notar que subjaz a tudo isso uma tecnologia de base, um componente indispensável, o *software*. Talvez pela sua indispensabilidade para o funcionamento de qualquer das outras, o *software* muitas vezes nem é lembrado. Fala-se do *notebook*, por exemplo, mas não dos programas que estão nele. Essa tecnologia, conforme o enfoque aplicado neste trabalho, merece uma especial atenção dos juristas, pois se pode dizer que o processo eletrônico é o processo feito com a mediação de um *software*. Na realidade, de muitos *softwares*.

Um sistema vivo, dizem os cientistas sistêmicos, caracteriza-se pelo padrão de organização, pela estrutura e pelo *processo* vital⁽⁸⁾. Nos sistemas autopoieticos⁽⁹⁾ sociais, também

(8) CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*, p. 135.

(9) LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Para os fins deste estudo, trabalha-se com o conceito de autopoiese na formulação sociológica proposta por Niklas Luhmann na elaboração de sua teoria dos sistemas sociais: “Autopoiese significa [...] determinação do estado posterior do sistema, a partir da limitação anterior à qual a operação chegou.” (p. 113) Com tal afirmação, Luhmann separa conceitualmente autopoiese e auto-organização, no que aproveita lições de Foerster e de Ulrich e se distancia de Maturana e Varela. “Auto-organização e autopoiesis são dois conceitos que devem manter-se claramente separados.” (p. 112) Sobre as diferenças apontadas por Luhmann, para os dois âmbitos (social e biológico), notadamente em relação à diferenciação mais aguda de estruturas e operações (que espelham o *processo*), vejam-se as páginas 119-127. Na p. 123, por exemplo, o tradutor Javier Torres Nafarrate, um especialista no pensamento luhmanniano, acrescenta a nota 10 onde explica: “cabe observar que

(5) A evolução do pensamento sistêmico trouxe à posição central do palco científico a ideia de “[...] padrão de organização - uma configuração de relações características de um sistema em particular [...]”. CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 76 e 135. Sobre a valorização da relacionalidade na visão estruturalista, inclusive parsoniana, e na transição para a fase de valorização do padrão, dos sistêmicos e ciberneticistas, ver LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. de Ana Cristina Arantes. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 323 e seguintes.

(6) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 200.

(7) Para uma visão muito rápida do espectro das novas TICs, sugere-se uma consulta à Wikipédia.

ditos sistemas de comunicação ou de sentido, podem ser identificados os mesmos elementos característicos e, em geral, é a “consciência” que fornece as bases para o *processo* (o fator dinâmico-operacional) que, no caso, é comunicacional⁽¹⁰⁾. Falando-se do processo judicial e tomando-o como sistema social autopoietico (mas não auto-organizador, conforme os conceitos luhmannianos de *autopoiesis* e de auto-organização – ver nota 10), transfere-se, em muitos momentos, para o *software*, o papel de garantir o componente *processual* do sistema. Transferem-se certas atividades do homem para o *software*. Daí a relevância de seu estudo, caracterização e efetivo controle, e a necessidade de aplicar mecanismos que promovam a transparência dessa transferência de atividades.

3. O *software* e a *softwarização* do processo

Dentre as novas tecnologias, o *software* merece destaque porque desempenha um papel central no chamado processo eletrônico. Seu uso só vai se expandir, com o passar do tempo, e suas características o tornam realmente especial nesse emaranhado de tecnologias que impactam o processo. Ele não é apenas um coadjuvante, um instrumento que o humano aciona a cada passo. O *software* insere-se na cadeia de operação sistêmica deslocando outros atores e ocupando um lugar próprio, muito bem definido e visível. Parece indubitável que, em inúmeras sub-relações do sistema processual, ele assume uma das pontas da linha, quando não as duas (sistema que fala com sistema!). Quando se fala em *interoperabilidade*, em verdade, fala-se do estabelecimento de uma linguagem para os *softwares* se comunicarem.

Luhmann generaliza o conceito de *autopoiesis* e que outros sistemas como [...] os neuronais, podem ser definidos como sistemas autopoieticos. Maturana e Varela descrevem [...] como sendo autorreferente, mas não autopoietico.”

(10) Sobre a interação, pela via do acoplamento estrutural, de comunicação e consciência, ver LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas...*, p. 271 e seguintes.

O *software* entra no processo como um novo personagem da configuração processual e, assim, parece que transforma profundamente o que se teorizou, até hoje, a respeito do vetusto método de aplicação da lei. A *softwarização* do processo, como se pode designar esse fenômeno, é tão forte que obnubila os demais atores. Advogados, juizes e servidores veem-se enredados, involuntária e obrigatoriamente, no emaranhado construído pelo personagem misterioso e escorregadio que é o *software*.

Será que esse novo personagem do processo – o *software* —, com suas mazelas e possibilidades, tem potencial para revolucionar a teoria geral do processo?

A resposta tende a ser sim. Ele mexe em questões cruciais atinentes, em termos muito amplos e profundos, ao devido processo legal e, sem dúvida, alguns princípios consagrados do processo, como o do juiz natural, por exemplo, talvez precisem ser revistos ou reinterpretados.

A presença inovadora desse novo personagem processual suscita enormes questões, muitas das quais estão a exigir atenção e reflexão. Ele demandará, provavelmente, que se mergulhe mais fundo no entendimento da natureza do processo e, com isso, além de levar a um melhor entendimento desse mecanismo de atuação da jurisdição e do poder, também permitirá que se delimitem espaços para a presença válida do *software* no processo. Isso tem a ver com o entendimento e a estipulação de até onde se pode ir nessa “transferência de execução de atividades” sem desvirtuar o ente processual.

Em verdade, não se sabe se a conclusão, ao final, é a de que se estará desvelando um pouco mais da natureza do processo ou se, pelo contrário, a *softwarização* do processo está transformando a natureza do método de atuação da jurisdição, num típico fenômeno de reflexão (atuar em reação).

4. Novas zonas de interesse e reflexão: efeitos da *softwarização* do processo

Um processo pode ser, até certo ponto, “sem humano”, mas não “desumano”.

Neste artigo, lucubra-se, com grande liberdade e um pouco assistematicamente, a respeito da *softwarização* do processo e seus efeitos. Quer-se chegar a uma questão-chave: a da necessidade da transparência tecnológica do sistema eletrônico de processamento de ação judicial (SEPAJ⁽¹¹⁾). Em momento adequado, pretende-se evoluir para cuidar de outras questões cruciais, atinentes ao fenômeno aqui denominado de *softwarização*, para responder a perguntas como:

O que é esse ente especial, *um software*? Quem o produz? Qual é o nível de possibilidade desse ente processual? Quanto do regramento processual pode traduzir-se num *software*? Deve haver limites para isso? Quem, de fato, valida essa cristalização de caminhos processuais traduzida na estrutura algorítmica e dura de um programa?

Além disso, há uma gama de valores processuais que foram descurados, em termos teóricos, ao longo dos séculos, porque sempre se supôs a “humanidade” muito presente no processo. Até hoje, não houve processo sem condução humana a cada passo. Assim, tudo que defluía dessa realidade processual — o homem sempre presente! — mereceu atenção num sentido (os cuidados para evitar o desvirtuamento introduzido pelo humano⁽¹²⁾),

mas não no outro (a garantia de certas qualidades que só o humano está apto a introduzir no curso do processo, como a equidade⁽¹³⁾, a contextualização⁽¹⁴⁾, a criatividade⁽¹⁵⁾). Como

e da Sociedade, num movimento oposto ao que orientou a formação de muitos deles sob um enfoque positivista estrito. Nas palavras do jusfilósofo, criticando o pensamento de Tugendhat, é necessário derivar a ideia de imparcialidade dos pressupostos inevitáveis de uma argumentação moral; mas é preciso que se sistematize uma *lógica da argumentação da adequação* que demonstre “[...] com quais meios argumentativos nós vamos, em discursos de aplicação, aproveitar uma descrição ampliada da situação e conseguir resolver as colisões dali oriundas”. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004, p. 335. E Ronald Dworkin, ao mesmo tempo em que entrega ao juiz a tarefa hercúlea de decidir monologicamente, dá-lhe a contrapartida obrigacional de fazê-lo com a promoção da integridade sistêmica. DWORCKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, capítulo IX, p. 377 e seguintes.

(11) Sigla criada com as iniciais do nome do sistema previsto no art. 8º da Lei n. 11.419/2006: Sistema Eletrônico de Processamento de Ação Judicial — SEPAJ. Com ela não se faz referência a um sistema específico — que são vários (Projudi, eProc, PJe etc.) — mas a qualquer deles.

(12) Inserem-se, aqui, por exemplo, as preocupações constitucionais e legais com a magistratura (prerrogativas e demais mecanismos de promoção da imparcialidade e isenção). São muitos, ainda, os estudos sociológicos e filosóficos preocupados com o processo. Niklas Luhmann já se ocupava desse aspecto, há quatro décadas, ao tratar da autonomia do processo judicial civil: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980. p. 61-64. Klaus Günther marca bem sua posição pelo estabelecimento de uma “lógica de adequação” para utilização pelo magistrado ao formular sua decisão. Segundo Günther, os juízes precisam estar preparados para a liberdade inerente aos juízos de adequação (o que é correto dependerá da situação!) e para a reconexão das teorias da Moral, do Direito

(13) Hegel, na sua Filosofia do Direito, ao tratar da administração da justiça, já se preocupava a respeito: “La equidad encierra una derogación del derecho formal por consideraciones morales o de otra naturaleza, y se refiere ante todo al contenido de la contienda jurídica. Un tribunal de equidad, empero, debe tener el significado de decidir sobre el caso individual, sin atenerse a las formalidades del procedimiento jurídico y, en particular, a los medios objetivos de prueba que pueden ser recogidos legalmente; y de resolver de acuerdo al interés propio del caso singular como tal, y no ya en el interés de una disposición legal de hacerlo general.” Ora, derogar o direito e conduzir-se por considerações de ordem moral ou de outra natureza, é fenômeno tipicamente “humano”. HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*. 3. ed. Buenos Aires: Claridad, 1944. p. 194.

(14) Segundo Klaus Günther, indispensável para legitimar a decisão. “Contrariamente, a tese da indeterminação estrutural pelo entendimento hermenêutico de que não conseguimos compreender um texto, independentemente da sua *situação de interpretação*, foi radicalizada pela afirmação de que *cada norma em si só passará a ser uma norma determinada no próprio ato de interpretação*.” Embora critique essa radicalização, Günther afirma que “[...] a indeterminação não é um problema da estrutura da norma, contudo *uma perífrase do procedimento de aplicação imparcial*”. Ou seja, a norma não pode ser libertada de sua vinculação com o contexto de aplicação. [sem grifos no original] GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral...*, p. 397-398.

(15) “Os humanos são incríveis — como pensamos, nossas abordagens não lineares, nossa criatividade, hipóteses interativas, tudo muito difícil, mesmo se possível, para

já há os que defendem a automação total do processo, esses aspectos descuidados precisam ser objeto de profunda consideração. Ou reconsideração. Um processo pode ser, até certo ponto, “sem humano”, mas não “desumano”.

5. Software, mecanização e automação

... porque distanciar o homem do processo significa, na prática e atualmente, transferir para um software a execução de certa atividade.

Adota-se, aqui, um conceito operacional de “mecânico” que advém dos primórdios da análise de sistemas e das Tecnologias da Informação e da Comunicação. Ele era utilizado, então, para marcar a passagem para um estágio novo, caracterizado pela automação. O mecânico era o antigo. O automatizado, o novo, o cibernético. Nesse último, logo o *software* ocupou lugar de destaque. Nas palavras de George Terborgh, em 1965, “*mechanization is one thing; automaticity is something else*”⁽¹⁶⁾. No mecânico, o humano tinha de agir a cada ciclo operativo⁽¹⁷⁾. No

os computadores fazerem.” SHYAM, Sankar. *The rise of human-computer cooperation*. Disponível em: <http://www.ted.com/talks/shyam_sankar_the_rise_of_human_computer_cooperation.html>. Acesso em: 16 set. 2012. [tradução livre]

(16) “mecanização é uma coisa; automaticidade é algo mais.” [tradução livre] TERBORGH, George. *The automation hysteria*. New York: Norton & Company, 1965. p. 15. O termo “automaticity”, que se pode representar pelo neologismo “automaticidade”, era um dos vários termos utilizados, na época, para se referir à “automation”, o termo cunhado, em 1947, pela Ford Motor Company para designar um novo departamento, o “automation department”, da divisão de engenharia de manufatura. Antes, utilizava-se o termo “automatization”, de onde vem a palavra automatização, conforme informa o mesmo autor, p. 1. Terborgh transcreve, ainda, um precioso texto de John Diebold, que se tornou clássico, no qual o autor faz a equiparação de automação com engenharia de sistemas (ver p. 19-21).

(17) Sobre o processo de produção mecânico, diz John Diebold: “*But no matter how small a portion of brute strength was involved in running a machine, a human worker was always needed to operate and control it.*” DIEBOLD, John, *apud* TERBORGH, George. *The automation hysteria...*, p. 20.

automático, ao contrário, o humano só intervinha para deflagrar sequências repetitivas automáticas, traduzidas num programa de computador ou *software*. Se um cálculo de folha de pagamento tinha 100, 500 ou 1000 empregados para os quais se devesse calcular/imprimir os envelopes de pagamento, não interessava. Uma única intervenção humana precedia todos os cálculos: o operador executava o programa. A próxima intervenção seria para retirar da impressora o conjunto dos envelopes de pagamento devidamente impressos.

O que caracteriza a automação, portanto, é uma medida maior de distanciamento do homem do processo operativo e de produção. Essa noção é extremamente relevante porque *distanciar o homem do processo* significa, na prática e atualmente, transferir para um *software* a execução de certa atividade. Sai o homem, mas a atividade fica.

Em relação ao processo judicial, os operadores jurídicos estavam acostumados com um processo “mecânico”. Redigir a petição, distribuir, autuar, levar à conclusão, despachar, cumprir despacho, carregar autos de um lado para o outro, juntar, tirar em carga, devolver, instruir, sentenciar. Por trás de cada tecla da digitação da petição, de cada juntada, de cada numeração, de cada despacho, havia uma intervenção humana.

O *software* chegou ao processo como um *tsunami*, revolucionando a forma de fazer, afastando pessoas, permitindo novos modos de encarar a execução das atividades, abrindo possibilidades de conexão e inserção do processo num fenômeno de rede, inovando na forma da “interpenetração”, quebrando as linhas de interação. Como verdadeiro atrator estranho⁽¹⁸⁾, transformou as linhas descritivas

(18) Sobre o conceito de atrator estranho, ver CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*, p. 113 e seguintes, especialmente no sentido da afirmação da p. 114: “[...] as propriedades dinâmicas gerais de um sistema podem ser deduzidas da forma de seu atrator.” O *software* entra no processo com essa força para atuar fortemente sobre as propriedades do sistema. Sobre o mesmo tema,

dos fluxos operativos. A projeção das interações desloca-se do homem-homem para o homem-*software* (só mediatamente ocorre homem-homem), do homem do processo com o homem incógnito, não processual, mas representado, no *iter* processual, pelo *software*.

Na Grécia dos anos 500 a. C., com os trabalhos insuperáveis de Fídias e sua escola, introduziu-se o movimento nas esculturas e a humanidade caminhou da rigidez asséptica do período arcaico para a flexibilidade contagiante do período clássico. Em termos tecnológicos, os sistemas caminharam, com a chegada dos computadores e seus programas (com a *softwarização*), da fase modorrenta mecânica para a fase dinâmica da automação.

Os computadores trouxeram memórias, internas e externas, e também os processadores, umas maravilhosas engenhocas capazes de executar programas. Memórias, processadores e programas. Uma mistura transformadora incrível.

Nessa transformação, nessa passagem do mecânico para o automático, o elemento marcante é o programa (*software*), porque conduz uma máquina burra e genérica — o computador — durante a execução de passos que, ao final, redundam num trabalho feito sem a intervenção do operador. Como o computador é visível, acaba levando a fama. Mas a genialidade está no programa. É nele que se concentra a inteligência do processo. Se ele contiver um erro, a máquina o seguirá até as últimas consequências. E isso não é indiferente, como se está tentando demonstrar.

6. A onipresença poderosa e avassaladora do *software*

Desculpe, senhor, mas o sistema não permite!

Para o leitor que ainda não se convenceu do impacto da *softwarização* e da necessidade de explicitar o *direito fundamental processual à transparência tecnológica*, pelo qual se pode

realçando o pensamento do estudioso das ciências da complexidade Jeffrey Goldstein, ver GAZZANIGA, Michael S. *Who's in charge...*, p. 127.

ganhar certo controle desse novo ente processual — o *software* —, há algumas coisas que podem ser acrescentadas.

O ser humano estava acostumado com a ideia de viver na presença de Deus ao qual, ontologicamente, se vinculava o atributo especial da onipresença. Os operadores processuais, doravante, vão acostumar-se a viver na presença do *software*, esse ser único, no âmbito do físico-virtual, a merecer o atributo que, até agora, era privilégio divino. Ainda se pode falar apenas em “quase onipresença”. Mas o “quase” tende a amesquinhar-se e, em tempo muito curto, reclamar-se-á seu desaparecimento e exigir-se-á a onipresença ininterrupta (especialmente ubíquo e temporalmente contínuo, sem intermitência). E o que os físicos quânticos perseguem para a matéria, com imenso esforço, o *software* faz, no virtual, sem sofrimento.

Deus opera na *quase imperceptibilidade*, praticando uma onipresença incógnita e não massacrante. O *software*, ao contrário, opera patenteando o operar, numa onipresença vaidosa e exibicionista.

A onipresença divina manifesta-se nas boas coincidências, nas entrelinhas, nas coisas grandiosas. O *software* também se manifesta nas coincidências, mas não distingue as boas das ruins. E não gosta de entrelinhas. É nas linhas, mesmo, de papéis ou monitores, que costuma se manifestar. Quanto à grandiosidade das coisas, pode-se garantir que o *software* se faz conhecer, muitas e variadas vezes, pelas coisas pequenas e inconvenientes.

Com quem os atores processuais mais falam, atualmente? Talvez ainda seja com outros atores processuais humanos. Mas esta é uma realidade que se transforma rapidamente. O *software* tende a ser um interlocutor supremo. Deixando-se o âmbito restrito dos SEPAJs e desaguando para o *todo sistêmico* pelo qual a Justiça opera e se manifesta (sistemas operacionais — editores — bases de comunicação da internet — SEPAJs), não há dúvida de que um advogado, por exemplo, ou um juiz, já

tem o *software* como o seu grande e contínuo interlocutor.

O computador desligado (sem *software*) é decorativo. Ligado, ao contrário, ganha vida, com inumeráveis programas em ação. Um *Ctrl-Alt-Del* permite descobrir a centena (ou quase) de programas que se postam na memória da máquina à disposição do usuário. Chamados de programas, tarefas, aplicativos ou processos, são, todos eles, programas de computador em ação — *softwares*.

Da leitura do diário oficial à consulta da jurisprudência, da elaboração de uma petição à gravação do PDF respectivo, da comunicação pela intranet à interação com o Tribunal, tudo está mediado pelo *software*. Às vezes, ele é mais ou menos inofensivo. Em outros, assume ares de “agente”, ditando comportamentos, abrindo e fechando portas, permitindo ou não determinados atos, servindo de pretexto para humanos negarem ou permitirem coisas etc. Quem ainda não recebeu uma resposta do tipo: “desculpe, senhor, mas o sistema não permite!”?

No processo eletrônico, o *software* tem seu clímax. Processo só existe com ele. Com nomes como Projudi, e-Proc, PJe, ele dita os caminhos, impõe regras, cria obstáculos e facilidades. Acesso à Justiça? Primeiro garanta o acesso ao *software*. Por trás dele, talvez, se observar o que ele estabelece, o autor encontrará a Justiça que procura (o órgão). Ele controla o horário, o tamanho da peça, o tempo de sessão, a juntada dos documentos, verifica a assinatura, faz a identificação. Ou se cumprem as determinações ou se morre no caminho. Adeus processo.

Enfim, ele está no processo, ele interfere no processo, ele é muito poderoso no processo, é com ele que os demais operadores mais interagem, ele não “dá jeitinhos”⁽¹⁹⁾, ele é duro, frio,

(19) No sentido de “contextualizar” a aplicação da regra processual. A avaliação da regra *prima facie* à luz dos fatores relevantes da situação fica restrita às previsões estrutural-softwarianas.

inflexível e incansável. E, pior, ele é um escravo, pois é a cristalização de uma ou algumas vontades. Às vezes, da vontade que alguns dizem que a lei tem, segundo a interpretação que eles mesmos fazem da vontade da lei. Ele também é um escudo por trás do qual se escondem muitos impotentes (ou onipotentes?) do processo. Ele é o SEPAJ, o sistema eletrônico de processamento de ação judicial. É o *software*.

7. Norma tecnológica: a nova categoria da ciência processual

[...] a interpretação da norma textual, da norma
prima facie,
escolhida para prevalecer mediante incorporação
no algoritmo do sistema processual.

A isso se soma um fenômeno implícito de vinculação,
para o bem e para o mal. A partir daquele momento,
independentemente de onde o processo corra,
está definido que, naquele particular aspecto, será
conduzido daquela maneira.

Independentemente de controvérsias ideológicas ou políticas a respeito, a discussão do assunto deste trabalho pode avançar para um nível mais fértil com uma tentativa de aproximação conceitual para *norma tecnológica*. A distinção dessa categoria de norma parece essencial.

Quando se considera, na ciência processual, uma noção mais profunda de *emergência*, parece indubitável que o processo judicial, sua disciplina e prática experimentaram, e estão experimentando, a ocorrência efetiva do fenômeno. Um novo ente justifica essa constatação: o nascimento da categoria científica *norma tecnológica*.

Kelsen fundou as raízes da teoria do Direito em torno das normas, fazendo-as o tijolo elementar, atômico, do edifício teórico da ciência do Direito. Sua obra póstuma — *Teoria geral das normas* — consolida essa abordagem. Após as abordagens inovadoras de Herbert Hart (*conceito de direito*), que principiou uma subespecificação normativa, o ilustre discípulo Ronald Dworkin revolucionou tudo com a incorporação dos princípios. Sua teoria, que

deságua na ideia de integridade sistêmica, consolida-se em *império do direito*. Teorizar o Direito sem a consideração da norma denominada *princípio* passou a ser não científico.

Pois bem, doravante, a ciência processual só conseguirá dar conta de uma teorização adequada do seu objeto se lançar mão de uma nova categoria normativa: a *norma tecnológica*. Ela é especial e justifica seu tratamento à parte. Foge ao escopo deste trabalho o exame exaustivo dessa nova categoria teórica. Mas lançam-se, abaixo, algumas ideias que justificam o destaque dado à mesma.

Norma tecnológica é a norma que foi levada à codificação, ou seja, a interpretação da norma textual, da norma *prima facie*, escolhida para prevalecer mediante incorporação no algoritmo do sistema processual.

Não é preciso lembrar que a complexidade da interpretação⁽²⁰⁾ levou à estruturação de um ramo específico próprio — a hermenêutica — tão caro a todos os cientistas. Parece que a própria hermenêutica deverá debruçar-se sobre essa nova categoria científica — a *norma tecnológica* —, notadamente para considerar que o momento de incidência de suas diretrizes interpretativas altera-se profundamente, além de outros efeitos de notável alcance para a vida do Direito.

O conceito de *norma tecnológica* pode estabelecer um critério para separar os códigos-fonte em dois subconjuntos (normativos e não normativos ou jurídicos e não jurídicos), um dos quais — o dos normativos ou jurídicos — deve ser inerente e essencialmente transparente, aberto, não sujeito à confidencialidade, público. O direito de acesso a esse subconjunto de instruções de programa (funções), em linguagem técnica e não técnica, deve ser erigido a direito fundamental processual.

Outro aspecto que merece destaque, a partir dessa noção, é a aparente ameaça ao vetusto paradigma da escola realista, segundo o qual,

nas palavras de Holmes, o Direito é o que os juízes dirão que ele é. Na linha do tempo, há um adiantamento do momento dessa dicção. Ela passa a preceder o caso concreto e situa-se, em termos de *situacionalidade*, num âmbito quase tão geral e abstrato quanto o do momento da enunciação do texto normativo pelo legislador. Parece sumir, aí, o famoso *discurso de adequação*, de que se ocupam os adeptos das teorias da argumentação jurídica e que costuma ser entregue ao prudente arbítrio do juiz.

O *software* pode ser um caminho aberto para a *desjuridicalização* (terceirização?) da atividade jurisdicional. Em verdade, quando se faz um *software*, transforma-se numa estrutura informática (programa) determinada visão interpretativa da norma aplicável naquele momento/ato. Por exemplo: quando a lei fala em “prazo até 24h00”, as 24h00 incluem-se no prazo ou não? Além disso, até que subunidade se deve considerar a contagem (minutos, segundos)? Alguém deve definir a forma como isso entrará no programa. No caso, trata-se da decisão de utilizar, num teste lógico-formal (um *if*), o sinal < (de menor) ou, então, <= (de menor ou igual). Apenas isso. Se o programador se define por um desses sinais, está “surrupando” o poder (competência) de alguém que fez concurso, tomou posse e comprometeu-se, sob juramento, a tomar tais decisões sob inspiração de princípios como o da ampla defesa. O mesmo raciocínio é válido para a fixação do tamanho de peças processuais digitalizadas.

Mesmo que haja um “comitê”, como está na moda, para tomar a decisão a respeito da interpretação a ser *crystalizada* no sistema, percebe-se, primeiro, que há um deslocamento da decisão para fora dos autos (sai das mãos do juiz a decisão a respeito) e, segundo, que talvez a decisão sobre a interpretação a ser aplicada advenha de pessoas que nem sequer são juristas⁽²¹⁾. Como informa Danielle Keats

(20) Sobre as dificuldades da interpretação, veja-se MURPHY, Mark c. *Philosophy of Law: the fundamentals*. Oxford: Blackwell, 2007. p. 70 e seguintes.

(21) MURPHY, Mark c. *Philosophy of Law...*, p. 69-70: “Ser juiz é ser designado pelas regras como alguém cujas

Citron, reportando-se às constatações feitas na pesquisa em torno dos sistemas de gestão de benefícios, *the computer programmers made new policy by encoding rules that distorted or violated established policy*⁽²²⁾.

A isso se soma um fenômeno implícito de *vinculação*, para o bem e para o mal. A partir daquele momento, independentemente de onde o processo corra, está definido que, naquele particular aspecto, será conduzido daquela maneira. Evidencia-se aí, com toda força, a rigidez estrutural introduzida pela *softwarização*. O *software* é trivial (Heinz von Foerster⁽²³⁾), lógico-formal, binário, causal. Nem de longe se orienta por modelos lógico-modais ou deonticos, como é próprio do jurídico e da análise, caso a caso, daquele particular aspecto nos vários processos.

Uma maior precisão conceitual de *norma tecnológica* também deixará claro que, neste nível, não há espaço para *textura aberta*, no sentido de Herbert Hart, para quem comunicar padrões gerais de conduta é essencial para o Direito. Segundo o jusfilósofo, dois veículos são usados nesta comunicação: a legislação e o precedente. Em ambos, existe a ideia de

aplicações das regras daquele sistema, ou alguma das regras daquele sistema, é considerada autoritativa. Você poderia ser extraordinariamente bem informado sobre o direito na sua sociedade, sobre os casos que estão em disputa, e sobre os fatos relevantes que precisam ser considerados; e você pode então ter coisas extremamente inteligentes a dizer sobre como tais casos deveriam ser entendidos. Mas falta-lhe o poder de decidir os casos [...].” [tradução livre]

(22) “Os programadores de computador fizeram novas políticas ao codificar regras que distorceram ou violaram as políticas estabelecidas.” [tradução livre] CITRON, Danielle Keats. *Technological...*, p. 1.279.

(23) Sobre máquinas triviais e não triviais e o pensamento de Heinz Von Foerster, ver PEREIRA, S. Tavares. *Processo eletrônico no novo CPC: é preciso virtualizar o virtual*. Elementos para uma teoria geral do processo eletrônico. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21242/processo-eletronico-no-novo-cpc-e-preciso-virtualizar-o-virtual>> Acesso em: 3 abr. 2012; ver, também, LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 82 e seguintes.

otimização da comunicação pela subsunção de fatos às regras que permite conclusões silogísticas simples. Os teóricos anteriores ignoraram que “[...] há um limite, inerente à linguagem, quanto à orientação que a linguagem pode oferecer”⁽²⁴⁾. As técnicas interpretativas reduzem o problema, mas não o eliminam. O formalismo preconizado esboroa-se e, nos silogismos, em muitos casos, “[...] a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que não possa ser arbitrária ou irracional”⁽²⁵⁾. A essa característica das regras, decorrente do fato de terem de ser formuladas com termos gerais, Hart denomina de *textura aberta*⁽²⁶⁾. A codificação tecnológica da norma exige a eliminação da possibilidade da escolha — exercício da faculdade de julgar — no fechamento do silogismo.

Falando sobre a rigidez estrutural dos códigos (embora não trate de programas de computador), Luhmann faz uma afirmação muito pertinente para o âmbito deste trabalho também: *el código no ofrece ninguna posibilidad de adaptación del sistema a su entorno*.⁽²⁷⁾ Isso afirmado numa perspectiva operativa da estrutura, não evolutiva, que aliás é a que aqui interessa, pois num horizonte de evolução a adaptação está sempre envolvida.

As lições de Tercio Sampaio Ferraz Jr.⁽²⁸⁾ são importantes, neste aspecto, também: “[...] casos há em que o decididor (o juiz, o funcionário administrativo) é convocado a decidir através de avaliações próprias, assumindo papel análogo ao do próprio legislador [...] fala-se, assim, em conceitos indeterminados

(24) HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 139.

(25) *Ibidem*, p. 140.

(26) *Ibidem*, p. 141.

(27) LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. (Das recht der gesellschaft). Formatação eletrônica. Versão 5.0, de 131003. Disponível em: <<http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/04/00432-el-derecho-de-la-sociedad-niklas-luhmann.html>> Acesso em: 10 nov. 2011, p. 133.

(28) FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 96.

[...].” Na esteira de Hart, diz Ferraz Jr., ainda, que: “[...] toda construção normativa, por se utilizar de linguagem comum mesclada com um jargão técnico, exige interpretação.” Por isso que: “[...] supõe-se que uma clarificação, por parte do decisor, no momento de aplicação da norma, seja necessária.” Além de somar-se, aí, para o caso do processo eletrônico, a *expressão tecnológica da norma*, que não se confunde com a técnica referida (jurídica), tem-se de considerar (a) que o momento da aplicação é deslocado no fluxo processual e (b) desaparece aquela interpretação feita à luz da consideração ampla das características do caso concreto.

8. Transparência tecnológica: indo além dos códigos-fonte. A norma tecnológica e as regras da automação consciente, da legitimação e da transparência plena

As funções jurídico-normativas, por outro lado, serão descritas de forma simples, em linguagem que advogados, servidores, partes e juízes entendam.

[...] abrir os códigos-fonte é apenas a fase terminal de um processo que, pelo que representa de ameaças aos direitos fundamentais processuais, deve começar pela definição da norma que deve se converter em código-fonte.

Em que deve consistir a transparência tecnológica? Ou, considerando-se o dito a respeito da possível conceituação de *norma tecnológica*, que fatores deveriam estar presentes para se considerar essa norma minimamente válida?

Para alguns significa, de uma forma reducionista, disponibilizar para a sociedade os códigos-fonte do *software*⁽²⁹⁾. Costumam

(29) Danielle Keats Citron compartilha esse entendimento: “Access to an automated program’s source code — the programmer’s instructions to the computer — might provide a meaningful way for individuals to challenge an agency’s claims and dispel the influence of automation bias.” CITRON, Danielle Keats. *Technological...*, p. 1.284.

apegar-se à recomendação, feita em lei⁽³⁰⁾, para que se utilize preferencialmente, no desenvolvimento de SEPAJs, os ditos códigos abertos.

Entende-se que isso é útil, mas insuficiente, para a promoção da transparência tecnológica.

Uma política efetiva de transparência tecnológica deveria contemplar ao menos três linhas de ação, que podem ser expressas sob a forma de três regras:

a) *regra da automação consciente*: dar ciência às pessoas, aí incluídos os operadores jurídicos, do alcance que a *softwarização* tem no processo; todos precisam estar muito cientes do que significa um processo eletrônico, com ênfase para o conhecimento e entendimento de tudo que sai do âmbito decisório de servidores e, principalmente, do magistrado, para se instalar num programa de computador — o SEPAJ;

b) *regra da legitimação*: esta regra quer a abertura de canais efetivos, institucionalizados, para a participação das pessoas na definição da *norma tecnológica*, ou seja, da versão interpretada da norma processual que será implantada no SEPAJ (qual interpretação vai prevalecer na incorporação no sistema processual); abrir os códigos-fonte é apenas a fase terminal de um processo que, pelo que representa de ameaças aos direitos fundamentais processuais, deve começar pela definição da norma que se vai converter em código-fonte;

c) *regra da transparência plena*: abrir os códigos do programa em linguagem jurídico-normativa, não apenas tecnológica. Trata-se

(30) “Art. 14. Os sistemas a serem desenvolvidos pelos órgãos do Poder Judiciário deverão usar, preferencialmente, programas com código aberto, acessíveis ininterruptamente por meio da rede mundial de computadores, priorizando-se a sua padronização.” BRASIL. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei11419.htm>.

de explicitar e publicizar, de todas as maneiras possíveis, em linguajar acessível para juristas e para o povo em geral, as decisões tomadas na alínea “b”; a transparência não deve estar voltada para a detecção de erros de codificação do programa, conforme sugere a chamada *lei de Linus*⁽³¹⁾; se o *software* é uma “máquina trivial” (Foerster), determinada e causal (dadas certas entradas, sabe-se exatamente que resultados produzirá!), é importante que as pessoas saibam que a função informática terá tal comportamento e não outro. As funções puramente tecnológicas, não jurídico-normativas, não precisam ser expostas. As funções jurídico-normativas, ou com alcance jurídico-normativo, por outro lado, serão descritas de forma simples, em linguajar que advogados, servidores, partes e juízes entendam, sem prejuízo da exibição em linguagem técnica, mesmo que o sistema, como um todo, seja proprietário.

Tais medidas, entre outras que venham a ser implementadas, atenderão ao direito fundamental processual à transparência tecnológica.

Outras implicações daí advindas são que:

(i) partes dos códigos-fonte dos sistemas poderão ser mantidas sob confidencialidade, se interesses relevantes tornarem necessária essa confidencialidade; mas sempre se garantirá às pessoas, em linguagem adequada, tecnológica e jurídico-normativa, o acesso pleno e irrestrito às *normas tecnológicas* (normas jurídicas em expressão tecnológica);

(ii) todos — inclusive e principalmente os operadores jurídicos sem conhecimento técnico — poderão, a todo tempo, tomar ciência, criticar e validar os resultados alcançados pelas funções informáticas do sistema que tenham alcance jurídico; e

(iii) o comportamento do sistema estará legitimado pela democratização das interpretações normativas que vigorarão para todos, de forma uniforme.

Por exemplo, em relação a (i), acima, eventuais dificuldades de gestão e/ou financeiras e/ou contratuais (caso de sistemas processuais de terceiros) do poder judiciário poderiam lastrear decisões de confidencialidade de parte dos códigos-fonte (bibliotecas específicas), tratando-se de uma decisão situada no âmbito da discricionariedade administrativa.

Resumindo, então, pensa-se que, na *softwareização*, a norma jurídica, na acepção kelseniana, de “sentido em que se toma o texto normativo”⁽³²⁾, é que deve ser claramente enunciada. As pessoas devem poder participar dos processos de fixação desse “sentido extraído do texto” (por mecanismos que legitimem sua fixação), as pessoas devem poder saber, com antecedência, que tais decisões serão automatizadas por *software*, no processo, e, além disso, a descrição da função tecnológica que vincula, trivialmente (no sentido foersteriano), entradas e saídas, deve, esta sim, estar sempre disponível amplamente para os interessados (publicidade do processo).

9. Enquadrando o *software*: do direito fundamental processual à transparência tecnológica

A transparência não deve ser apenas da informação, mas da ferramenta que trata a informação também.

CF, art. 5º, LXXIX — a todos, no âmbito judicial e administrativo, é assegurado o acesso pleno às normas tecnológicas: transparência tecnológica.

Segundo Oliveira Baracho: “[...] as Constituições do século XX, com poucas ressalvas, reconhecem a necessidade de proclamação programática de princípio do direito processual

(31) Assertiva feita pelo *hacker* Eric S. Raymond, em defesa da ideia de *open source* (código aberto): “dados olhos suficientes, todos os erros são triviais (*Given enough eyeballs, all bugs are shallow*)”. O *hacker* focou a questão da correção técnica dos códigos, como se vê, não a jurídica.

(32) Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 6.

como necessário, no conjunto dos direitos da pessoa humana e as garantias respectivas.”⁽³³⁾

Os esforços teóricos parecem indicar ser necessário alargar o famoso princípio do devido processo de uma forma expressa. Os juristas da *Common Law* sempre se negaram a enquadrá-lo num conceito, deixando-o aberto para movimentos como os que agora se fazem necessários.

Como informa Paulo Henrique dos Santos Lucon, a manifestação paradigmática do juiz Frankfurter, da Suprema Corte Norte-americana, em 1951, espelha bem esse pensamento. Para o magistrado, o devido processo não cabe nos limites de uma fórmula, “[...] o *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos”⁽³⁴⁾. Embora, nesse primeiro passo, Frankfurter se volte ao passado e valorize as raízes do instituto, ele não dá a formulação do *Due Process* como acabada. Ao contrário, ele avança seu raciocínio para a ideia de processo, de contínuo vir a ser, dizendo que o Devido Processo não é mecanicista, nem representa um padrão imutável, sendo “[...] um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo”. Menciona, pois, um processo de adaptação permanente às circunstâncias externas novas que devem ser enfrentadas pela comunidade. Num linguajar pós-positivista, falar-se-ia em concretização atualizante dos conteúdos. E relembra a profética advertência de John Marshall, de 1819, sobre a durabilidade das constituições — “durar por eras” — e sobre a necessária ductibilidade exegética de

seu texto — “ser adaptada às várias crises das atividades humanas”.

Assim, o grande guarda-chuva da principiologia fundamental processual precisa albergar mais alguns subprincípios. Tudo indica ser necessária a explicitação de um *direito fundamental processual à transparência tecnológica*, para espancar perplexidades no assunto. A transparência não deve ser apenas da informação, mas da ferramenta que trata a informação também.

O entendimento do *software*, seus limites e possibilidades, e a aceitação do caráter duplo-instrumental da tecnologia⁽³⁵⁾ (instrumento a serviço do instrumento) devem levar os juristas a concluir que o devido processo passa a incluir, na nova realidade do processo eletrônico, esse indispensável subprincípio: *da transparência tecnológica*. Mais ainda quando se caminha da direção da unicidade do sistema eletrônico de processamento de ação judicial, conforme a pretensão do Conselho Nacional de Justiça.

Na construção de uma linha argumentativa em prol dessa previsão, pode-se situar os tópicos adiante que, sem dúvida, mereceriam outras e mais profundas considerações, incompatíveis com a extensão deste artigo.

9.1. Na relação processual, o software desloca (assume o lugar de) servidores e também o juiz

A tecnologia não é um mal a ser espancado. Ela é um bem a ser controlado. E a transparência é um instrumento efetivo para esse controle.

Os jurisdicionados têm direito à transparência tecnológica, não apenas informacional.

(33) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 125.

(34) LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. Disponível em: <http://www.cpc.adv.broutrinaevido_processo_substancial.htm> Acesso em: 27 fev. 2004. A afirmação foi feita, segundo o autor, em voto do caso *Anti-Facist Committee v. Mc Grath*, 341 U.S. (1951).

(35) PEREIRA, S. Tavares. *O processo eletrônico e o princípio da dupla instrumentalidade*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1937, 20 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11824>> Acesso em: 16 mar. 2009. “A tecnologia é instrumento a serviço do instrumento — o processo — e, portanto, sua incorporação deve ser feita resguardando-se os princípios do instrumento e os objetivos a serviço dos quais está posto o instrumento.”

A *softwarização* do processo já evidencia, a toda prova, que o *software* assume papéis antes entregues ao prudente arbítrio do juiz, além de aos servidores. E tem de ser assim mesmo, para o bem do processo. Não há por que não ser, embora isso tenha de estar transparente em moldes adequados, sobre os quais se fazem sugestões neste trabalho.

Alguns casos já vividos são notórios, como o famoso e recente caso em que um recurso foi considerado intempestivo porque o horário do sistema processual era o de Brasília e o recurso vinha de um Estado com outra hora. Outros são corriqueiros, como as muito comentadas rejeições de peças porque não se atendem limites de tamanho que “alguém” incluiu no *software* por conveniências de ordem administrativa ou financeira. Aliás, numa manobra em que direitos fundamentais são desprezados e prevalecem as tais conveniências.

Os processos sempre tiveram atores visíveis e invisíveis. Em *legitimação pelo procedimento*, ao tratar da autonomia do sistema processual, Niklas Luhmann⁽³⁶⁾ evidencia a preocupação com os atores invisíveis, presentes no processo via papéis externos dos operadores. Mas o *software* é um invisível permitido, extremamente ativo e que age diretamente, não pela via de outros operadores.

A tecnologia não é um mal a ser espancado. Ela é um bem a ser controlado. E a transparência é um instrumento efetivo para esse controle. Os jurisdicionados têm o direito à transparência tecnológica, não apenas informacional.

9.2. A softwarização permite evoluir na virtualização e a transparência passa a ser essencial

A tecnologia tem sido usada, no sistema processual, principalmente para a gestão de rotinas e documentos. Entende-se que o uso da tecnologia deverá avançar para levar o sistema processual à condição de um efetivo

(36) LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, p. 61-64.

sistema de apoio à decisão, quando o juiz passará, finalmente, a utilizar a tecnologia em favor do cumprimento de seu mister constitucional de decidir. Até o presente momento, todos se beneficiaram da introdução da tecnologia no processo (partes, advogados, MP etc.), menos os juízes. Esses tiveram sua carga de trabalho ampliada e suas responsabilidades, inclusive administrativas (?), aumentadas ou dificultadas.

Esse *maior apoio ao juiz* significa transferir mais atividades para o *software*, o que pode ser expresso sob a forma de “aumentar a inteligência do sistema processual” ou, como se demonstrou em outro trabalho⁽³⁷⁾, de caminhar da “digitalização” para a “virtualização”.

Vê-se que, nessa ampliação da *softwarização* do sistema processual, mais importante se torna a transparência tecnológica.

9.3. A insuficiência da abertura do código-fonte

É preciso pensar e escrutinar o software em termos jurídico-normativos também, não apenas tecnológicos.

Como visto, para alguns a abertura dos códigos-fonte⁽³⁸⁾ seria um instrumento, previsto em lei, suficiente para garantir a transparência tecnológica.

Este tópico, parcialmente abordado acima, merece considerações adicionais, embora um tratamento efetivo dele exigisse um artigo

(37) PEREIRA, S. Tavares. *Processo eletrônico no novo CPC*: é preciso virtualizar o virtual.

(38) Código-fonte é a expressão ordenada das instruções constituintes de um programa de computador, em linguagem de alto nível, técnica. Precisa ser *compilado* ou *interpretado* para se tornar passível de execução por um computador. Fala-se em código-fonte, em geral, para distinguir do código-objeto, que é a expressão do código-fonte, em linguagem de máquina, produzido por meio de um processo de *compilação*. O código-objeto de um programa é o seu executável, ou seja, é o programa que o usuário executa para efetuar determinado trabalho no computador, como o editor de textos, por exemplo. Se o programa apresentar um problema, volta-se ao código-fonte, faz-se a correção do problema e, mediante nova *compilação*, gera-se outro código-objeto, executável.

específico. Apresentam-se, portanto, apenas algumas ponderações pontuais a respeito, tendo em vista a profunda conexão disso com a questão da transparência tecnológica.

9.3.1. Aspectos do regime legal em vigor que comprometem a transparência

(i) No art. 14, da Lei n. 11.419/2006, lê-se: “os sistemas a serem desenvolvidos pelos órgãos do Poder Judiciário deverão usar, preferencialmente, programas com código aberto, acessíveis ininterruptamente por meio da rede mundial de computadores, priorizando-se a sua padronização.”

(ii) O legislador nacional fala dos “sistemas a serem desenvolvidos pelos órgãos do Poder Judiciário”. O legislador não diz que o processo eletrônico será operacionalizado com sistemas desenvolvidos pelo PJ. Portanto, o regramento do artigo ocupa-se de um subconjunto de tais sistemas, não de todos. Ficam de fora os que não são desenvolvidos pelo PJ. A regra, no plural, claramente aponta para um subconjunto não necessariamente unitário, ou seja, para um sistema único. Tanto é assim que a última recomendação do artigo é de padronização. Não se padroniza o *único*. Padronizam-se os vários.

(iii) Nos termos da lei, portanto, se o Poder Judiciário desenvolver sistemas, ficará sujeito à observância da disposição que vem a seguir: tais sistemas *deverão* “[...] usar, *preferencialmente*, programas com código aberto”.

(iv) O “dever”, esvaziado ou matizado, logo a seguir, pelo advérbio “preferencialmente”, cria a falsa ilusão da obrigação. Em verdade, joga-se a decisão para a discricção do administrador.

(v) Depois, no mesmo trecho da norma, o legislador utiliza a famosa locução *código aberto*. Ela é indutora de muitas confusões, porque ambígua: *a abertura dos códigos, preconizada pelo legislador; tem a ver com confidencialidade (transparência) ou com código proprietário?* Com toda a vênia, pensa-se

que a redação se apresenta equívoca. Apparently, nasceu das mãos de alguém não afeito à redação legal ou, então, de alguém que não sabia exatamente do que estava tratando. Parece que o redator pensou numa coisa e o técnico que o auxiliava pensou noutra. Ambos acharam um ponto comum de pensamento na expressão *código aberto*, e a incluíram na lei, lançando, na norma, fonte de enorme ambiguidade.

(vi) Como o legislador fechou o foco nos sistemas que o Poder Judiciário desenvolve, parece razoável excluir a hipótese de *aberto* referir-se ao oposto de *proprietário*, no sentido adotado no mundo tecnológico.

(vii) Assim, a interpretação da locução *código aberto*, para a promoção da transparência tecnológica, deveria ser tomada no sentido de *não confidencial*. Pensa-se, aliás, que o legislador mirou nisso ao incluir a locução, ao contrário do técnico, que embalado pelas disputas empresarial-ideológicas por trás da propriedade dos *softwares*, pensava em *dificultar a vida do código-proprietário*.

(viii) O regime legal, entretanto, para os fins da transparência, é capenga porque (a) permite a utilização de *sistemas proprietários* (e, portanto, immanentemente confidenciais) e (b) pode ser interpretado no sentido de deixar ao alvitre do administrador a questão da abertura ou confidencialidade dos códigos.

9.3.2. Aspectos de um regime novo, inspirado na ideia de promoção dos direitos fundamentais processuais, com transparência tecnológica plena

(i) É preciso pensar e escrutinar o *software* em termos jurídico-normativos também, não apenas tecnológicos. Somente assim se concretizarão, em plenitude, as exigências de transparência. Não haverá transparência se os juristas, todos eles, não receberem a expressão dos códigos em linguagem que lhes permita entender e acompanhar, sem dificuldades, os meandros pelos quais os

sistemas eletrônicos alcançam conclusões a respeito do jurídico. Todas as funções tecnológicas (*software*) que incorporam normas jurídicas, processuais ou materiais, deverão ser transparentes nos três sentidos: a) as pessoas devem ter ciência plena e prévia de que a aplicação daquela função está sendo transferida de um humano para um *software*; b) procedimentos democráticos devem permitir a mais ampla participação nos processos de definição da interpretação normativa a ser incorporada (legitimação); e c) do acesso pleno à função, em expressão tecnológica (códigos-fontes) e, principalmente, em expressão em linguagem acessível aos juristas (não técnica).

(ii) Em todos os SEPAJs, proprietários ou não, do Poder Judiciário ou de terceiros, a obrigação de abertura dos códigos deve ser imperativa, e não preferencial, em relação a todas as normas com alcance jurídico; as *regras da legitimação da norma tecnológica e da transparência plena* devem estar presentes para promover, acima de tudo o mais, os direitos fundamentais processuais.

(iii) No desenvolvimento dos sistemas processuais pelo Poder Judiciário, deveria ser vedado utilizar/aproveitar, diretamente ou via terceiros contratados para a prestação de serviços, qualquer ferramenta, código-fonte, trecho de código-fonte, algoritmo e qualquer outro instrumental ou elemento cujas condições de licenciamento/autorização de uso implicassem a transferência, em relação ao *software* produzido, de quaisquer obrigações, para o Estado brasileiro, na condição de desenvolvedor direto ou encomendante, referentes à titularidade, cessão, licença, permissão de uso, dação de créditos ou derivação estipuladas em licenças postas por terceiros (*contágio*). A titularidade do sistema processual, ao final do desenvolvimento, deve ser do Estado brasileiro, exclusivamente e sem quaisquer limitações.

(iv) Um regime adequado para a área, portanto, voltado à concretização máxima dos ditames constitucionais do art. 5º, da Constituição, deve fundar-se (a) na explicitação e promoção das regras de transparência propostas no item 7, (b) em conceitos operacionais claros e explícitos de código-aberto, código-fechado ou proprietário e confidencialidade de código, (c) na distinção dos níveis tecnológico e jurídico das expressões das normas e (d) na conceituação de *norma tecnológica* (a versão interpretada do texto normativo incorporada num *software*).

(v) Num regime como o aqui preconizado, diferenciando-se os níveis jurídico-normativo e tecnológico, dever-se-ia estabelecer plena e irrestrita publicização das *normas tecnológicas*, na linguagem fonte (técnica) em que foi codificada para o sistema processual e a partir da qual as versões executáveis são geradas, e, também, em código jurídico-normativo, que deve ser a expressão, semanticamente válida, para os juristas e o público em geral, da função “trivial” aplicada em linguagem tecnológica, em cada caso. Na lei de *software*, no art. 3º, § 1º, II, encontra-se a menção à “descrição funcional do programa de computador”⁽³⁹⁾. Entende-se que a descrição jurídico-normativa deva atender a requisitos específicos, em termos da linguagem a ser utilizada e dos conteúdos.

10. Considerações finais

O método de adjudicação judicial do Direito passa, no presente momento, por uma fase de intensa *softwarização*. A tendência inexorável desse movimento é no sentido de aprofundar-se. Por ora, o regramento formal está sendo submetido ao fenômeno. Mas já

(39) BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>.

despontam, no horizonte, cogitações de levá-lo para além da forma, avançando para espaços substanciais (de mérito).

O *software* é uma das tecnologias da informação e da comunicação. Poderoso e envolvente, permite avanços significativos no cumprimento, pelo Poder Judiciário, de deveres constitucionais fundamentais ligados à prestação jurisdicional.

O *software* tem um potencial apreciável para viabilizar a automação de atividades, inclusive do processo judicial. Um potencial tão significativo que requer, em muitos aspectos, a reconsideração do regramento processual e o avanço da ciência teórica do processo — a teoria geral do processo.

Parece indispensável, nesse movimento de renovação teórica, que se passe a considerar o surgimento de um ente novo no âmbito do direito processual, uma nova categoria teórica, muito peculiar, na estruturação do grande arcabouço do método utilizado para a prestação jurisdicional: a *norma tecnológica*.

Do seu estudo e conceituação, surgirão normativas para sua estipulação, vinculadas à legitimação, validade e publicização (regras da *automação consciente, da legitimação e da transparência plena*).

De sua natureza, eminentemente tecnológica, nascem a necessidade e a importância da explicitação do direito processual fundamental à transparência tecnológica, uma outra categoria teórica para a fase de governança.

Com o presente trabalho, espera-se contribuir para o aprofundamento do debate do assunto.

11. Referências bibliográficas

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>.

BRASIL. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei11419.htm>.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2000.

CITRON, Danielle Keats. *Technological due process*. Washington University Law Review. St. Louis, v. 85, p. 1.249, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GAZZANIGA, Michael S. *Who's in charge? Free will and the science of the brain*. New York: Harper Collins Publishers, 2011.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofia del derecho*. 3. ed. Buenos Aires: Claridad, 1944.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Wanderley Rodrigues. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. Disponível em: <http://www.cpc.adv.br/outrinaevido_processo_substancial.htm> Acesso em: 27 fev. 2004.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. (Das Recht der Gesellschaft). Formatação eletrônica. Versão 5.0, de 13/01/2003. Disponível em: <<http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/04/el-derecho-de-la-sociedad-niklas.html>> Acesso em: 10 nov. 2011.

_____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. de Ana Cristina Arantes. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

_____. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

MURPHY, Mark c. *Philosophy of Law: the Fundamentals*. Oxford: Blackwell, 2007.

PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo (Substantive due process)*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

_____. *O processo eletrônico e o princípio da dupla instrumentalidade*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1937, 20 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11824>> Acesso em: 16 mar. 2009.

_____. *Processo eletrônico no novo CPC: é preciso virtualizar o virtual*. Elementos para uma teoria geral do processo eletrônico. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21242/processo-eletronico-no-novo-cpc-e-preciso-virtualizar-o-virtual>> Acesso em: 3 abr. 2012.

SANKAR, Shyam. *The rise of human-computer cooperation*. Disponível em: <http://www.ted.com/talks/shyam_sankar_the_rise_of_human_computer_cooperation.html> Acesso em: 16 set. 2012.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TERBORGH, George. *The automation hysteria*. New York: Norton & Company, 1965.

Para maior desenvolvimento desta ideia, ver PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo (Substantive due process)*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 67 e seguintes.

A aplicação da antecipação de tutela no processo de execução

Vicente de Paula Maciel Júnior^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo analisa as repercussões da inserção do instituto da antecipação de tutela no âmbito do processo de conhecimento. Após traçar um panorama do sistema processual brasileiro, parte-se para o estudo das tutelas de urgência satisfativas e preventivas. Em um segundo momento, aprofunda-se na procura da origem do instituto da antecipação de tutela, para identificá-lo como pertencente ao núcleo do instituto da execução provisória. Depois de confrontar as aparentes contradições entre os institutos da antecipação de tutela e a execução provisória, o autor propõe uma interpretação que harmoniza a aplicação de ambos os institutos e generaliza a possibilidade da extensão da técnica da antecipação de tutela para as formas de execução de sentença no direito processual brasileiro.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Uma visão sistemática do CPC brasileiro
- ▶ 3. As tutelas de urgência
 - ▶ 3.1. A confusão sobre a natureza das tutelas e fungibilidade
 - ▶ 3.2. As tutelas de urgência satisfativas no direito brasileiro
- ▶ 4. A execução provisória no sistema do CPC/1973
 - ▶ 4.1. A execução provisória no art. 475-O
 - ▶ 4.2. A antecipação de tutela como técnica aplicável ao processo de execução
 - ▶ 4.3. Nossa proposta de interpretação
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Doutor em Direito pela UFMG. Pós-Doutor em Direito Processual pela Università di Roma – La Sapienza. Professor adjunto de direito processual civil da Pontifícia

Universidade Católica de Minas Gerais, nos cursos de graduação e pós-graduação. Juiz do Trabalho Presidente da 28ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte.

“Entre uma decisão “justa”, tomada autoritariamente, e uma decisão “justa”, construída democraticamente, não pode deixar de haver diferença, quando se crê que a dignidade humana se realiza através da liberdade.” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2012.)

1. Introdução

Não é de hoje que o Direito Processual Civil procura equacionar o problema do tempo razoável do processo com a sua eficácia e eficiência⁽¹⁾. Essas duas expressões que muito se distanciam em significado remetem-nos ao problema dos princípios processuais⁽²⁾ da segurança e da celeridade.

Enquanto pelo princípio da segurança o foco é a observância de procedimentos que garantam o exercício pleno do contraditório e a possibilidade de produção de provas que justifiquem as razões de cada parte; a celeridade tem por objetivo assegurar que haja um limite e não se eternize a discussão no processo, garantindo, de preferência, uma resposta rápida ao litígio.

Embora possa parecer problema de fácil solução, em verdade é questão de grande tormenta para o processualista e terreno movediço para o legislador, sempre com graves repercussões na vida do jurisdicionado.

É importante percorrermos algumas premissas para o tratamento do tema central deste artigo e para isso começaremos explicando a

finalidade de cada um dos livros de nosso Código de Processo Civil que formam nosso sistema processual.

2. Uma visão sistemática do CPC brasileiro

A ideia de que cada livro de um Código de Processo Civil faz parte de um sistema: o sistema processual, é algo que não chama muito a atenção da doutrina hoje em dia e não desperta interesse que mereça muito destaque em uma obra jurídica. Entretanto, a falta de visão sistemática sobre os institutos do direito processual é responsável por grandes equívocos interpretativos da jurisprudência, além de desastrosas propostas de reformas processuais, que muita vez alteram significativamente ou mutilam o sistema processual, quebram sua unidade, dificultando sobremaneira sua compreensão.

Quem na Ciência do Processo utilizou-se da expressão “sistema processual” com maior veemência, para ressaltar que cada um dos institutos do processo pertence a um todo interligado, foi Carnelutti⁽³⁾.

A ideia central dos processualistas europeus⁽⁴⁾ era a de que, em tese, a jurisdição seria exercida basicamente por funções vinculadas a fins específicos, atribuídas a dois tipos de processos diferentes. A primeira seria destinada a conhecer o objeto litigioso e sobre ele fixar a certeza por meio de um provimento declaratório, constitutivo ou condenatório. A segunda função essencial do processo e que seria suficiente para exaurir a atividade jurisdicional seria a de executar, e teria por finalidade transformar em atos concretos aquilo está previsto no título executivo judicial condenatório, ou em título extrajudicial equiparável por lei, em efeitos, à sentença.

(3) CARNELUTTI, 1936, 3v.

(4) Vide: CARNELUTTI, 1952, p. 64-74.; CALAMANDREI, 1945; CHIOVENDA, 1942; COUTURE, 1951; FAZZALARI, 1994; GUASP, Jaime. 1998; LIEBMAN, 1985; MANDRIOLI, 2000; MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni, 1999; PISANI, 1999; SATTI, Salvatore; PUNZI, Carmine; 2000.

(1) “O tempo é inimigo do processo e o seu decurso destempera a boa qualidade do provimento jurisdicional, quando a demora deste traz prejuízos, sofrimentos, ansiedades e quando, quantas vezes, o provimento tardo acaba por se tornar dispensável ou quiçá inútil. Por isso é que o direito processual, em sua disciplina positiva e na interpretação correta que se espera dos tribunais e demais destinatários, há de ser um sistema equilibrado entre dois ideais: de um lado, o zelo pela perfeição e boa qualidade dos resultados do processo, de outro a preocupação pela celeridade.” (DINAMARCO, 1987, p. 462.) Vide ainda sobre o princípio da eficiência em ROCHA, 2012, p. 59-64.

(2) CHIOVENDA, 1941, 3 v.

Posteriormente e por grande influência de Calamandrei⁽⁵⁾, foi incrementada e desenvolvida a ideia de um terceiro gênero de processo, sendo ele destinado a tutelar pessoas, provas e bens para outro processo, ou seja, em face da possibilidade de a duração do processo principal de conhecimento ou execução demorar muito, as situações concretas que envolvessem pessoas, provas e bens poderiam se alterar, causando danos irreversíveis e comprometendo o resultado útil do processo principal, por não haver o que entregar ao final ao vencedor.

O processo cautelar seria marcado pela ideia de prevenção. A ele não importaria o objeto do processo principal porque seu objetivo é garantir que pessoas provas e bens disputados em juízo se mantivessem íntegros durante a demanda e pudessem ser entregues àquele que lhes fizer jus.

o direito material apresenta especificidades e nem todos eles são iguais. Por isso, os doutrinadores e o legislador do CPC/73 entenderam ser fundamental a existência desses tipos especiais para que melhor pudesse ser realizado o direito material, criando para tanto um tipo especial de processo.

É a tutela específica do direito por um tipo específico de processo, mais adequado à sua realização. Na Itália, dentre outros, temos como defensores dos processos especiais Pisani⁽⁶⁾; na Espanha, Guasp⁽⁷⁾; e entre nós Marinoni⁽⁸⁾.

Segue abaixo um quadro expondo o modelo do sistema processual segundo as finalidades de cada livro do processo e que serviram para inspirar o legislador brasileiro na elaboração do CPC de 1973:

Processo de conhecimento	Processo de execução	Processo cautelar	Processos especiais
– Processo de conhecimento que tem por finalidade buscar, por meio de atividade desenvolvida em contraditório, a CERTEZA a respeito de uma situação controvertida, gerando uma sentença que pode ser: 1) declaratória; 2) constitutiva; 3) condenatória.	– Processo que tem como pressuposto de sua existência a CERTEZA, que é corporificada em um TÍTULO EXECUTIVO judicial ou extrajudicial. Sua finalidade é TRANSFORMAR EM ATOS CONCRETOS aquilo que está previsto no título.	– Processo cuja finalidade é PREVENIR pessoas, provas, e bens, que são objeto de disputas em um processo principal existente ou a ser proposto. Seu objetivo não é resolver o problema de mérito do processo principal, mas apenas tutelar pessoas, provas e bens para que eles não pereçam no curso do processo principal, em razão da sua demora. Justifica-se pela urgência e necessidade da atividade preventiva.	– A idéia central desses processos é que há direitos materiais que exigiriam tutelas processuais diferenciadas, específicas, que melhor atendessem à natureza desses direitos. Por isso, seriam criados tipos processuais para melhor servir ao direito material e torná-lo efetivo. Em razão dessa finalidade, os processos especiais reúnem características que não são comuns ou ordinárias, dentro da ideia do processo de conhecimento. Ele une atos de conhecimento com atos de execução, fazendo um modelo híbrido de processo de conhecimento, que permite, por exemplo, a concessão de liminares satisfativas bem como o efeito executivo imediato das decisões de primeiro grau.

Os processos especiais, ou procedimentos especiais como admitido em nosso CPC, são em verdade processos de conhecimento. Mas não são processos de conhecimento que se enquadrem em um rito comum, ordinário. A ideia central desses tipos processuais é que

(5) CALAMANDREI, 1936.

3. As tutelas de urgência

A expressão “tutelas de urgência” representa o conjunto de situações jurídicas cujos pedidos são feitos e as decisões tomadas tendo

(6) PISANI, 1999.

(7) GUASP, 1998.

(8) MARINONI; ARENHART, 2003; MARINONI, 2000.

por objeto a necessidade de respostas céleres, urgentes. Se não houver a apreciação e o deferimento rápido, ou não haverá como garantir o resultado útil do processo, diante da iminente possibilidade de destruição de pessoas, provas e bens para o processo; ou o processo será um longo e frustrante caminho ao qual o autor estará condenado. Somente após todos os atos do *script* processual, ele poderia ter acesso aos bens que, diante da evidência inicial das provas trazidas para a lide, desde o princípio lhe deveriam ter sido reconhecidos.

Tutelas de urgência são, portanto, o gênero, do qual as tutelas preventivas e satisfativas são espécies.

As tutelas de urgência preventivas são aquelas deferidas por meio do processo cautelar⁽⁹⁾. Podem ainda ser concedidas por medidas cautelares⁽¹⁰⁾. Se o objetivo do requerimento da tutela de urgência for para proteger pessoas, provas e bens antes ou no curso do processo principal, para que ao final possam ter um resultado útil ao processo principal, a tutela é preventiva, cautelar.

Se o objetivo do requerimento da tutela de urgência for para antecipar os efeitos do provimento (da sentença), ou seja, entregar desde já o bem objeto da pretensão para gozo imediato do autor, em face de prova que evidencie o direito afirmado na petição inicial, então estamos diante das tutelas satisfativas.

(9) O processo é uma garantia constitucional do cidadão para o acesso ao judiciário de modo a solucionar em contraditório com a outra parte uma situação jurídica conflituosa na qual esteja envolvido, utilizando-se de provas e argumentos no sentido de formar o convencimento do julgador a respeito dos fatos alegados e tendo por parâmetro de julgamento o direito vigente em dado país.

(10) Medida é uma providência concreta determinada pelo juiz dentro do processo, considerando situações urgentes e necessárias que a justifiquem, o que deve ocorrer em caráter excepcional. A medida depende de a ação ter sido ajuizada pela parte, porque o juiz não pode instaurar a jurisdição por ato seu, uma vez que o princípio da demanda impõe a iniciativa do processo à parte. Portanto, a medida é sempre incidental, normalmente tomada a requerimento da parte, excepcionalmente por iniciativa do magistrado.

O *modus operandi* das tutelas de urgência é a liminar. A liminar é de fundamental importância porque ela corporifica a urgência em uma decisão, sendo esta normalmente interlocutória. Não é fácil ao estudante e até mesmo aos juristas explicar ou entender o conceito de liminar.

Liminar é, antes de tudo, uma decisão no início da lide (*in limini litis*), ou antes do momento em que normalmente a decisão deveria ser dada em um processo. A decisão liminar é fundada na demonstração de situações de urgência e necessidade que justifiquem essa antecipação de efeitos dados na decisão antecipada.

Normalmente, a decisão do processo coincide com o ato final do procedimento. A liminar é uma decisão que provoca a antecipação de uma providência concreta, seja em caráter preventivo (para a tutela do processo), seja em caráter satisfativo (para inverter o ônus do tempo do processo e conceder àquele que aparentemente tem razão o direito de uso e gozo imediato do bem pretendido por meio do processo).

Embora possa parecer que signifiquem a mesma coisa, as liminares satisfativas e preventivas são efetivamente diferentes em fundamentos, finalidade e efeitos.

As tutelas de urgência preventivas não têm como objetivo resolver qualquer situação controvertida (o mérito) existente em um processo judicial pendente ou a ser proposto.

Seu foco é a proteção de pessoas, provas ou bens que são objeto de disputas e que podem sofrer danos se não houver o deferimento de uma decisão que os ponha a salvo.

Essa decisão não pode esperar o resultado do processo principal, porque a demora na solução definitiva da causa que passasse por todos os atos do processo previstos no CPC, poderia fazer com que se chegasse a uma solução da controvérsia, mas já não houvesse o que entregar ao vencedor, em razão desses bens, pessoas, ou provas, terem se perdido no curso da demanda.

Por isso, é que se pede uma tutela preventiva mediante uma liminar e se ela tem em sua gênese a finalidade “preventiva para um outro processo”, ela será de natureza cautelar.

Já a lógica das tutelas satisfativas é completamente diferente. O objetivo da liminar de natureza satisfativa é antecipar os efeitos do provimento, ou seja, conceder ao autor o direito de usar e gozar o bem que é objeto da controvérsia, desde o momento em que se defira o pedido na liminar.

As razões que justificam e tornam isso possível no processo se prendem à ideia da evidência do direito do autor. Porque se o autor formular pedido no qual apresenta provas robustas de sua afirmação de direito, não haverá motivo para negar-lhe o direito do uso e gozo imediato dos bens que reivindica por meio do processo.

O objetivo primordial das tutelas satisfativas é inverter o ônus do tempo no processo, seguindo a ideia de que o autor que se apresenta com uma prova forte de sua afirmação de direito acaba “condenado ao processo”. Ele tem de esperar todo o *iter* do processo de conhecimento, do processo de execução, para somente aí poder receber o bem da vida que, desde o início deveria estar consigo.

Os que defendem essas tutelas argumentam que os réus sem razão acabam abusando do direito de defesa e exercendo uma resistência infundada à pretensão do autor, pelo simples fato de que foi previsto um processo padrão em que todas as fases devem ser ultrapassadas para que se tenha, a final, acesso válido aos bens disputados.

Por isso, defendem a possibilidade de que haja o deferimento liminar de tutelas satisfativas, para que o autor, que se apresenta com uma prova forte de seu direito, goze e use o bem desde já e transfira ao réu o ônus do tempo da solução da lide, ou seja, é o réu que, privado do bem objeto de disputa, terá de esperar toda a solução da lide para tentar provar que o pedido inicial é improcedente. Com isso ele teria pressa na resolução da controvérsia (porque não

mais estaria com o bem) e somente recorreria se lhe pudesse advir algum resultado prático útil decorrente do recurso, pois, a cada fase, o processo se tornaria mais caro para ele.

O pressuposto de uma tutela de urgência satisfativa é que o autor que afirma ser titular de um direito subjetivo em uma situação controvertida apresente provas que revelem as evidências de seu direito e que levem provavelmente à confirmação de sua pretensão.

Isso se dá ou porque a prova por si só é aquela contra qual não há outra melhor prevista no ordenamento jurídico; ou porque, mesmo havendo a possibilidade de outras provas, aquelas apresentadas são suficientes para atestar os fatos alegados de modo firme, mesmo havendo outras provas possíveis, o que justifica o deferimento da liminar satisfativa, principalmente quando haja urgência e necessidade da tutela. Com isso, a lesão ou ameaça ao direito do autor seriam restaurados de pronto.

A grande questão de oposição às tutelas satisfativas liminares é que elas antecipam os efeitos do provimento, ou seja, disponibilizam desde já ao autor o uso e gozo do bem, tal qual a execução estivesse se concretizando naquele momento, antecipadamente.

No pressuposto de que o autor tem razão e o réu resiste sem motivo plausível, defere-se ao autor, no início da lide, em um juízo de delibação, sem que o contraditório tenha sido aprofundado sobre as questões controvertidas e sem que sequer tenha havido a decisão de primeira instância, o direito de uso e gozo pleno do bem.

O problema é que os pedidos iniciais que aparentemente são procedentes podem ser improcedentes em face da defesa e da atividade probatória posterior. Então, se aquele autor que aparentemente tinha razão perder a causa, ele terá usado e gozado do bem e privado o réu que tinha razão do legítimo exercício de seu direito...

Isso se agravaria em face da previsão em nosso sistema de que ninguém pode ser privado de seus direitos e bens sem o devido processo

legal, o que normalmente é invocado em favor desses argumentos.

Marinoni⁽¹¹⁾ entende que a antecipação de tutela se justifica por muitas razões e defende que a possibilidade de erro é minimizada em virtude da prova inicial (evidência) e do cumprimento de requisitos objetivos que devem ser feitos pelo autor.

Além disso, argumenta que, se há sacrifícios, por que eles deveriam ser suportados pelo autor e não pelo réu aparentemente sem razão de resistir? Por que a jurisdição é pensada a partir do réu em detrimento do autor com evidência de suas razões?

Junte-se aos argumentos dos que defendem a antecipação de tutela que o CPC, ao prevê-la, inseriu a possibilidade da tutela satisfativa como instituto ordinariamente previsto em nosso sistema processual, sendo esse o devido processo legal para os casos de urgência em nosso sistema.

Vamos ressaltar no quadro abaixo o que foi dito, indicando a classificação das tutelas a partir do gênero das tutelas de urgência e, em linhas gerais, as respectivas diferenças de finalidades, forma e efeitos⁽¹²⁾:

TUTELAS DE URGÊNCIA	
Preventivas	Satisfativas
– Tem a finalidade de proteger pessoas, provas e bens para um outro processo, de modo que eles não se percam enquanto dura o processo principal. – Normalmente, devem ser analisadas dentro de um processo cautelar, podendo excepcionalmente ser deferidas como medidas incidentais em um processo principal em curso. – Excetuada a hipótese de acatamento da prescrição e decadência, nenhuma	– São decisões interlocutórias incidentais em um processo principal em curso. – Há uma tendência de <i>recrudescimento</i>⁽¹²⁾ da decisão liminar, ou seja, que em face da evidência apresentada inicialmente pelo autor seu pedido seja confirmado a final. A decisão envolve uma avaliação de questão que se confunde com o próprio mérito. – É possível a concessão de liminares fundadas na evidência do direito da parte;

(11) MARINONI, 1984; p. 57-64; MARINONI, 1999; MARINONI, 2000; MARINONI, Malheiros Editores, 2000; MARINONI, 2002; MARINONI, Luiz Guilherme, 2000.

(12) A expressão é de DINAMARCO, 1987.

outra questão resolvida no processo cautelar afetará o mérito do processo principal.

– É possível a concessão de liminares fundadas no risco da demora de solução do processo principal (*periculum in mora*) e na plausibilidade do direito afirmado (*fumus boni iuris*).

– É possível, mediante prova ou justificação, a concessão da liminar sem ouvir a parte contrária (*inaudita altera parte*), desde que se demonstre que, tendo ciência do pedido o réu poderá precipitar o efeito danoso ao bem, pessoa ou prova envolvida no processo.

– Antecipa os efeitos do provimento, pressupondo que o autor tem razão em virtude de uma prova por ele apresentada que demonstre a evidência de seu direito.

no risco da demora para o direito do autor; na inversão do ônus do tempo do processo, para que o réu aparentemente sem razão o suporte; além de outros requisitos que podem ser exigidos na lei.

– Não é nem deve ser usual a concessão da tutela antecipada sem ouvir a parte contrária. Como vai ser dado o bem ao autor para que ele desfrute desde já dele, é necessário que o réu seja ouvido, a fim de que se lhe possibilite juntar contraprova que justifique o indeferimento da liminar, ou mesmo que se confirme que a liminar deve realmente ser deferida, porque o réu não trouxe nenhum elemento novo e resiste sem razão aos pedidos da inicial.

As diferenças apontadas entre as tutelas cautelares e antecipadas não se resumem ao campo teórico.

A partir das diferenças estabelecidas pela própria lei brasileira, podemos estabelecer critérios objetivos para a aplicação de ambos os institutos.

Diante de um caso concreto e considerando a matéria das tutelas de urgência, como o profissional poderia identificar na prática quando usar um processo cautelar e requerer uma liminar preventiva e quando ele deveria propor uma demanda principal e nesta pleitear antecipação de tutela?

O critério é simples. Quando o que eu pretendo com o pedido liminar for exatamente igual ao que eu pretendo com o pedido da demanda principal estou diante de uma tutela satisfativa e, então, devo ingressar com uma demanda principal e pedir a antecipação de tutela, comprovando os requisitos do art. 273 do CPC.

Atente-se que não há previsão legal no direito brasileiro para pedido de antecipação de tutela antes do ajuizamento da própria ação principal. O pedido deverá ser sempre incidente.

Quando o que eu pretendo com o pedido liminar for proteger pessoas, provas e bens, de modo a tutelá-los para o processo principal, a fim de que não pereçam no curso da demanda, o pedido terá natureza preventiva, cautelar.

Desse modo, terei de recorrer ao livro do processo cautelar e ali tentar encontrar dentre os processos cautelares típicos um que descreva as condições do *periculum in mora* e *fumus boni iuris* idênticas aos fatos do caso que tenho em mãos.

Se nenhum dos procedimentos cautelares típicos descrever hipóteses de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* que enquadrem as hipóteses de meu caso concreto, então deverei lançar mão do poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC, descrevendo as hipóteses de urgência e necessidade que, por analogia, correspondam ao *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

3.1. A confusão sobre a natureza das tutelas e fungibilidade

Uma discussão importante sobre a aplicação das tutelas de urgência decorre de uma antiga discussão havida em face do CPC de 1973, antes das reformas processuais da década de 1990.

O legislador de 1973 colocou dentro do livro do processo cautelar, como processos cautelares, alguns procedimentos que nada tinham de tutela preventiva. O caso mais gritante, a título de exemplo, foi o da ação de alimentos provisionais, que permitia o deferimento de uma liminar para fixação de alimentos que sempre teve nítido caráter satisfativo.

Como bem observa Theodoro Jr.⁽¹³⁾:

Na verdade, “a prestação de alimentos é conteúdo da ação de alimentos”. De maneira que

sua concessão tem mais figura de liminar do que de medida cautelar. Há mais do que o fim de assegurar uma futura execução, uma sumária resolução da pretensão litigiosa.

Ora, deferidos os alimentos e pagos eles não seriam repetíveis, nem poderiam ser penhorados e também seriam irrenunciáveis. E mesmo se numa ação principal não se reconhecesse o estado de filiação do alimentando e ela fosse julgada improcedente, a parte vencedora deveria continuar a efetuar o pagamento até o trânsito em julgado da decisão.

Ressalta ainda o mestre mineiro⁽¹⁴⁾:

Na verdade, o código incluiu os alimentos provisionais no rol das medidas cautelares porque, ao tempo de sua elaboração, ainda não se tinha sistematizado a antecipação de tutela, o que viria a ocorrer com a Lei n. 8.952/94, que deu nova redação ao art. 273. Na visão atual que o código tem da tutela preventiva, os alimentos provisionais devem, portanto, ser tratados como tutela antecipada e não mais como tutela cautelar.

Ora, não há nada mais satisfativo do que isso.

Alguns outros procedimentos, como no caso da Justificação, sequer poderiam ser classificados como processo, porque não preveem o contraditório, não admitem defesa nem recurso e o seu objetivo é a mera produção de prova oral para a parte provar determinado fato.

Isso demonstra que o legislador de 1973, ao elaborar o CPC, também teve dificuldades de compreender e enquadrar tipos procedimentais na proposta de criação de um processo de natureza preventiva, cautelar.

Essa mesma dificuldade teve o legislador reformista a partir de 1994 ao criar e inserir no art. 273 a antecipação de tutela.

Não foram poucas as interrogações e as surpresas dos profissionais do direito, principalmente porque já se desenvolvia no seio da jurisprudência e também da doutrina, argumentos no sentido de admitir em algumas situações extremas a tutela cautelar “satisfativa”.

(13) THEODORO JR., 2009, v.2, p. 602.

(14) THEODORO JR., 2009, v.2, p. 602.

O livro do processo de conhecimento, que marcou nosso sistema com a vocação para a *ordinariedade*, não admitia em seu bojo deferimento de liminares. A arquitetura do CPC havia reservado apenas o local dos procedimentos especiais para a possibilidade de concessão de liminares. A possibilidade de liminares satisfativas era uma característica, uma marca exclusiva dos processos especiais. E a prática de atos executivos somente poderia ocorrer em um processo de execução.⁽¹⁵⁾

Para ter acesso às liminares satisfativas, a parte deveria enquadrar os fatos de seu caso em um dos modelos predeterminados de procedimentos especiais. Caso não conseguisse isso, não seria viável o requerimento no bojo de uma ação de rito ordinário, porque o processo comum não previa qualquer possibilidade de concessão de liminar, fosse de natureza satisfativa ou preventiva.

Já o processo cautelar, como não se destinava à apreciação de questões de mérito do processo principal, não era usado para que fossem formuladas pretensões de caráter satisfativo. E quando os advogados assim o faziam, as decisões dos tribunais eram uníssonas em reafirmar a imprestabilidade do processo cautelar para deferimento de tutelas de natureza satisfativa⁽¹⁶⁾.

No entanto, diante de alguns casos extremos a jurisprudência mostrou-se sensível e passou a admitir no bojo do processo cautelar algumas liminares que, de fato, eram satisfativas. Com isso, um número cada vez maior de tutelas satisfativas foi admitido e elas foram requeridas no bojo de processos cautelares, o que motivou

que os doutrinadores abrissem estudos sobre o tema em suas obras⁽¹⁷⁾.

Com o advento da inserção da tutela antecipada no CPC, no art. 273, a razão para o deferimento de tutelas cautelares satisfativas simplesmente desapareceu, visto que passaram a se admitir tutelas satisfativas no próprio bojo do processo de conhecimento, como algo que faz parte do mesmo.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência, que já haviam dedicado sangue, suor e lágrimas para a fundamentação das chamadas tutelas cautelares “satisfativas”, ficou estupefata diante da interpretação do art. 273 a partir da reforma de 1994.

A antecipação de tutela acabava com as tutelas cautelares satisfativas? Elas ainda poderiam conviver?

Para dirimir a questão⁽¹⁸⁾, o legislador inseriu então o § 7º⁽¹⁹⁾ no art. 273, criando a possibilidade de o juiz converter um pedido de tutela antecipada em um medida cautelar incidental do processo ajuizado.

Com isso, o legislador possibilitou a fungibilidade⁽²⁰⁾ entre uma tutela cautelar e a tutela antecipada, ou seja, a parte pede uma tutela antecipada obedecendo obviamente os requisitos do art.

(15) SILVA, 1998, v.3, p. 22.

(16) “A alteração do Código de Processo Civil foi necessária não apenas em razão das novas situações de direito material, que se mostraram carentes de tutela antecipatória, mas principalmente porque a doutrina e os tribunais não admitiam a prestação da tutela satisfativa em cognição sumária, com base na técnica cautelar.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, 2010, 2. ed. v. 4, p. 61.

(17) “A universalização da *ordinariedade*, como seria de prever, potencializou, em grau certamente não imaginado pelo legislador, a utilização do Processo Cautelar como instrumento para a realização de pretensões cuja natureza se mostre inconciliável com a morosidade natural do procedimento comum (ordinário ou sumaríssimo). Nosso Processo Cautelar passou então, por força dessas contingências, a servir de via alternativa para todas as ações (de direito material) que demandem uma resposta imediata.” SILVA, 1998, v. 3, 2. ed, p. 67.

(18) Vide ainda BUENO, 2009, p. 128-130.

(19) Parágrafo acrescentado pela Lei n. 10.444, de 7.5.2002.

(20) Fungibilidade é adequabilidade. É a possibilidade de conversão de uma situação jurídica processual em outra. É o aproveitamento do processo que, embora proposto com objetivo definido pelo autor, a forma não se mostra a mais adequada ao fim proposto. Diante disso e em face do princípio da economia processual e da instrumentalidade da forma, permite-se o aproveitamento do processo adequando-o de modo que atinja o seu fim. A fungibilidade não é propriedade do processo cautelar. É instituto reconhecido nos recursos.

273 do CPC para sua concessão. O juiz entende que o pedido tem natureza preventiva e não satisfativa. Em face dessa constatação, ele defere uma medida cautelar incidental ao invés da tutela antecipada pleiteada, isso se estiverem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

A fungibilidade permitida em lei refere-se à hipótese em que a parte ingressa com demanda pelo rito comum. O autor deve requerer a antecipação de tutela de modo incidente, tentando provar ainda as demais hipóteses do art. 273:

- prova inequívoca (leia-se prova que evidencie a afirmação de direito objeto da pretensão do processo principal);
- verossimilhança da alegação (a confrontação da prova apresentada conduz à confirmação das hipóteses fáticas e jurídicas apresentadas pela parte);
- fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação (o direito afirmado pela parte e evidenciado pelas provas trazidas poderá resultar inútil se não puder ser gozado de imediato, uma vez que não se sabe qual o tempo de duração do processo);
- reversibilidade (é critério fixado para ser observado pelo magistrado; entretanto, a parte deverá de plano demonstrar a possibilidade de reversão da medida de modo que ela não seja liminarmente indeferida).

Algumas decisões⁽²¹⁾ e mesmo alguns autores⁽²²⁾ defendem que é possível que a fungibilidade

ocorra tanto quando a parte requer antecipação de tutela e o juiz defere tutela cautelar, como na hipótese em que a parte requer a tutela cautelar podendo ser deferida a antecipação de tutela.

Não pensamos assim. A fungibilidade sempre foi admitida entre institutos que têm a mesma natureza e proximidade de efeitos. Dentro do processo cautelar, a fungibilidade aparece como uma característica dele que decorre do art. 805 do CPC, mas ela só é possível quando se admite a adequação de uma medida cautelar por outra também cautelar⁽²³⁾. Portanto, é exercida a proteção cautelar, a tutela de prevenção mais adequada a evitar que pessoas, provas ou bens objeto de disputas em processos pereçam enquanto se resolve o processo principal.

Não há dentro do processo cautelar nenhum outro artigo que fale de fungibilidade, muito menos que autorize a fungibilidade entre uma tutela cautelar e uma tutela antecipada, ou seja, pedida uma tutela cautelar não há previsão legal de fungibilidade para que o magistrado defira uma tutela antecipada.

Na época em que o CPC/1973 foi feito, sequer havia a previsão legal de antecipação de tutela no direito brasileiro.

A antecipação de tutela somente foi inserida na reforma processual de 1994.

Quando houve a previsão da fungibilidade por meio de nova reforma processual no ano de 2002, ela apenas acresceu o § 7º ao art. 273

a 'tutela antecipada' e a 'tutela cautelar'." (BUENO, 2009, p.132). Vide ainda TARDIN, 2006; LAMY, 2006.

- (23) "Com o exercício da ação cautelar, a parte provoca a atividade jurisdicional preventiva do Estado, mas, por não corresponder ela à realização de um direito material de cautela (como ocorreria nas hipóteses de garantias reais), o interessado, em regra, não tem especificamente o direito subjetivo a uma determinada prestação. Fica resguardado ao órgão judicial o poder de determinar concretamente qual a medida provisional que mais fielmente desempenhará a função de assegurar a eficiência e utilidade do processo principal." THEODORO JR., 2009, v. 2, p. 539.

(21) Cf. TJSC – APELAÇÃO CÍVEL: Ac. 216570 SC. Relator: Edson Ubaldo. Julgamento: 28.7.2009. 1ª Câmara Direito Civil. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA – PRETENSÃO CARACTERIZADA COMO ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – INICIAL INDEFERIDA – FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES EVIDENCIADA – DEVER DE ANÁLISE DO MÉRITO – SENTENÇA CASSADA. O § 7º do art. 273 do CPC consagrou a aplicação da regra do princípio da fungibilidade entre a tutela antecipatória e a cautelar, permitindo que se defira, a título de antecipação de tutela, medida cautelar e vice-versa, desde que preenchidos os seus respectivos pressupostos.

(22) "O § 7º do art. 273, portanto, deve ser interpretado de forma a permitir fungibilidade ampla e recíproca entre

do CPC e nele somente houve a autorização para que um pedido de antecipação de tutela fosse convertido em medida de natureza cautelar em razão de expressa autorização de aplicação da fungibilidade.

Na reforma, não houve qualquer menção à aplicação da fungibilidade quando a parte pedisse tutela cautelar de modo a autorizar o magistrado a entender e deferir em seu lugar uma tutela antecipada, ou seja, em termos legais (CPC), não há qualquer autorização para que o instituto da fungibilidade previsto no § 7º do art. 273 do CPC fosse também aplicado em via inversa ao que foi previsto⁽²⁴⁾.

Contudo, a nosso ver, não basta esse argumento. Mais importante do que ele é perceber que a ausência de permissão para a utilização da fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada decorre exatamente do fato de que elas são ontologicamente diferentes, conforme acima foi esclarecido.

O deferimento de uma tutela cautelar pressupõe a necessidade e urgência de uma tutela para proteção de pessoas, provas e bens envolvidos em um processo principal. Suas condições são as provas do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Para a tutela cautelar, são precisos dois requisitos e não se discute o mérito do processo principal.

Na antecipação de tutela, são exigidos cinco requisitos (requerimento da parte, verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, manifesto propósito protelatório do réu e reversibilidade da medida). Além disso, o que se pretende é que seja antecipado exatamente aquilo que é o

efeito do processo principal (a entrega do bem da vida pretendido pela parte). O fundamento é que haja a inversão do ônus do tempo do processo para que o réu aparentemente com razão use e goze desde já do bem da vida que postula em juízo.

Portanto, quando se pleiteia uma tutela antecipada é possível que os dois requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* tenham sido comprovados no pedido da parte. Por isso, o legislador entendeu por bem deferir a possibilidade de fungibilidade no § 7º do art. 273 do CPC.

Entretanto, quando o pedido é de tutela cautelar, a parte, em tese, teria de demonstrar duas condições da ação (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Como poderia o magistrado pressupor que estariam demonstradas as outras hipóteses necessárias para a configuração da antecipação de tutela? A fungibilidade seria quantitativa e qualitativamente incabível...

Atente-se que, mesmo a hipótese do § 7º do art. 273 do CPC, é passível de críticas sérias. Isso porque o § 7º autoriza que o juiz defira algo que não foi efetivamente pedido pela parte. Ora, a parte pede antecipação de tutela e o magistrado entende que o caso é de tutela cautelar e assim o defere.

Dentro da estrutura do CPC/1973, essa hipótese configuraria julgamento *citra*⁽²⁵⁾ ou mesmo *extra petita*⁽²⁶⁾. O magistrado não estaria ofendendo o princípio da demanda e da imparcialidade?

E se o autor recorresse dessa decisão dizendo que não foi isso que pretendeu e o juiz não apreciou sua pretensão de modo específico, havendo negativa de tutela jurisdicional que afeta o seu direito de acesso ao judiciário para a apreciação das lesões e ameaças de que entende ser vítima?

(24) Isso é inclusive admitido mesmo por aqueles que defendem a aplicação recíproca do § 7º do art. 273 do CPC, como podemos ver em SCARPINELLA BUENO: "A leitura do § 7º do art. 273 é suficiente para revelar que não há nele autorização para a 'conversão' ou fungibilidade da 'tutela cautelar' em 'tutela antecipada'. Só de 'tutela antecipada' em 'tutela cautelar'." (BUENO, 2009, p. 130).

(25) O juiz teria julgado apreciando menos do que foi pedido.

(26) O juiz teria julgado fora do objeto do pedido.

Seria sob essa ótica inconstitucional o § 7º do art. 273 do CPC, por ofensa ao art. 5º, XXXV da CF/1988?

Particularmente, não concordamos com o § 7º, art. 273 do CPC, porque entendemos que a utilização dos institutos da tutela antecipada (de natureza satisfativa) e das tutelas cautelares (de naturezas preventivas), não oferece qualquer dificuldade para o enquadramento em nosso modelo do devido processo legal. Ainda mais após a criação da antecipação de tutela no art. 273 do CPC.

Repetimos, o critério é simples: se o que se pretende com a tutela liminar é exatamente aquilo que se pretende como resultado do processo principal, a tutela é antecipada, de natureza satisfativa.

Por outro lado, se o que se pretende é a proteção de pessoas, provas e bens para um outro processo, a tutela é preventiva, cautelar.

Quando se dispõe na técnica processual de meio capaz de atender às necessidades do processo, compete ao profissional a utilização correta da via legal. O erro crasso deve desencadear as consequências previstas na lei para aquele que o comete, mas não pode gerar a banalização do erro e a supressão do sistema legal sob o fundamento de que a forma deve ser superada sempre pelo conteúdo.

Não se pode esquecer de que o processo é a garantia que a parte tem de ser processada e de processar alguém segundo um modelo paradigmático que se aplica a todos. Quando as contingências passam a moldar o processo, ele perde sua essência e beneficia uns, em detrimento de outros. Se a norma é vilipendiada para atender o conteúdo em detrimento da forma, seguramente a outra parte no processo teve prejuízo na forma como foi processada, o que vicia o conteúdo da decisão que a prejudicou.

Como todo processo de linguagem, o direito tem linguagem própria e é dever daqueles que nele se formam, atuam e praticam, dominar o conteúdo e a forma, de modo a preservar o sistema de garantias que ele cria.

3.2. As tutelas de urgência satisfativas no direito brasileiro

O local dentro do CPC de 1973 em que foram permitidas tutelas liminares satisfativas no direito brasileiro foram nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.

Os chamados processos especiais são processos que não adotam o modelo padrão, o modelo ordinário. Dentro da técnica processual, esses processos se destacam por características que os cientistas processuais identificaram como específicas a partir da comparação com o procedimento comum. São características dos procedimentos especiais:

- 1) a limitação do objeto a uma questão normalmente vinculada a um direito material específico, previsto ou no Código Civil ou no Código Comercial;
- 2) esse direito material define e limita o objeto do processo especial, que tem um conjunto de questões conexas com esse objeto;
- 3) sempre foi característica dos processos especiais a possibilidade de concessão de tutelas de urgência, liminares de natureza satisfativa, com antecipação dos efeitos do provimento;
- 4) o rito adotado é sumarizado em parte e adaptado à exigência do direito material e depois de superada essa fase inicial o processo normalmente segue o rito ordinário;
- 5) as decisões (sentenças) proferidas nos processos especiais normalmente são executadas de imediato, não ficando sujeitas ao efeito impeditivo (suspensivo) dos recursos eventualmente interpostos. A sentença também antecipa os seus efeitos;
- 6) o livro dos processos especiais é um livro aberto no sentido de que não se limitam apenas àqueles institutos que foram previstos no CPC. Fazem parte dos processos especiais todas as matérias processuais que sejam regulamentadas por leis específicas referentes a certos direitos materiais.

Portanto, a matéria processual prevista no Código de Defesa do Consumidor, relativa aos direitos processuais individuais e coletivos são também processos especiais. Da mesma forma, a lei da Ação Civil Pública, a lei da Ação Popular, a lei do Mandado de Segurança, a lei dos Juizados Especiais são todos processos especiais, dentre outros.

Com a reforma processual parcial ocorrida a partir de 1994 no Brasil⁽²⁷⁾, houve uma alteração muito mais profunda do que se possa imaginar no sistema processual.

Em verdade, foi quebrada a lógica do sistema que atribuía ao processo de conhecimento a atividade apenas de cognição e ao processo de execução o objetivo exclusivo de transformação em atos concretos daquilo que estava previsto no título executivo.

Uma característica que existia apenas de modo excepcional, como marca do processo especial, passou a fazer parte do processo comum, ordinário, ou seja, todo processo de conhecimento de rito ordinário em que se comprovem os requisitos previstos para a antecipação de tutela podem gerar o deferimento da tutela de urgência satisfativa.

Por outro lado, não foi boa a técnica legislativa, porque o legislador trouxe a regulamentação da antecipação de tutela para o processo de conhecimento, sendo que ela deveria em verdade ser tratada no processo de execução.

Pode soar estranha nossa afirmação ao aluno ou mesmo ao profissional já acostumado a ver a antecipação de tutela no bojo do processo de conhecimento, mas não se pode perder de vista que o “DNA” desse instituto está na regulamentação de um procedimento que culmina com a prática de um ato executivo, com antecipação dos efeitos da tutela, que é exatamente aquilo que se pretende como resultado final do processo. O que a liminar

satisfativa proporciona é a entrega do bem da vida objeto da pretensão⁽²⁸⁾.

É preocupante a desinformação ou mesmo o descuido com que o tema vem sendo tratado e que tem causado tantos equívocos. Dentre eles podemos apontar a proposta presente no projeto de lei do novo CPC, de número 8.046/2010, que cria uma terceira espécie de tutela, chamada de tutela da evidência.

A evidência é instituto vinculado ao direito americano⁽²⁹⁾ e diz respeito às provas que devem ser apresentadas pelas partes que justifiquem a existência da demanda.

O Título IX, Capítulo I, art. 269 e, especialmente o art. 278 do Projeto n. 8.046/2010 mencionam a evidência como uma nova modalidade de tutela, ao lado das tutelas de urgência preventivas e satisfativas.

O título IX do projeto refere-se às “TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA”.

No primeiro artigo do Capítulo I, quando vai regulamentar as disposições comuns a ambos os tipos de tutela, o legislador reformista já demonstra toda a imprecisão e desinformação no trato da matéria.

Senão vejamos:

“Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no

(28) O instituto da antecipação de tutela tem estreita relação com a execução provisória. Nesta, a execução é processada embora não exista ainda o trânsito em julgado da decisão. Entretanto, enquanto na tutela antecipada antecipa-se os efeitos do provimento mesmo sem haver ainda uma decisão definitiva, na execução provisória, executa-se sem poder concretizar os efeitos do provimento, mesmo já havendo uma decisão definitiva de primeira instância, sujeita a recurso com efeito suspensivo. Parece-nos contraditória a situação, o que conduz ao raciocínio de que ou a antecipação de tutela revogou a execução provisória e generalizou a possibilidade de que a tutela antecipada seja deferida também quando já se tenha a decisão definitiva do processo, ou a antecipação de tutela deve ser executada nos termos da execução provisória, o que limitaria e esvaziaria os seus efeitos. Como a antecipação de tutela é instituto posterior ao da execução provisória, entendo que houve evidente revogação deste por aquele.

(29) Confira FIÚZA; SOUZA, 1998, v.1, n.1 (jan./jul.).

(27) Leis ns. 8.952, de 13 de dezembro de 1994 e 10.444, de 7 de maio de 2002.

curso do processo, sejam *essas medidas* de natureza *satisfativa ou cautelar*.” (grifos nossos)

Ora, a redação é incompreensível. O capítulo faz referência a disposições comuns à tutela de urgência e da evidência, mas o título separa cada uma delas como institutos diversos.

Posteriormente, o art. 269 do projeto afirma que ambas as tutelas, de urgência e de evidência, podem ter natureza satisfativa ou cautelar...!!! (*sic*)

Pergunta-se: qual tutela de evidência é cautelar?

Toda a Seção III que foi dedicada à tutela da evidência refere-se à mesma como tutela satisfativa em face da evidência da prova.

A evidência é fundamento da tutela satisfativa, mas não da cautelar, que é preventiva e pressupõe apenas o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A evidência é fundamento das tutelas satisfativas. Porque existe prova (evidência) das alegações do autor, justifica-se a urgência na apreciação do pedido de antecipação de tutela, invertendo-se o ônus do tempo no processo.

Todas as hipóteses da Seção III do Projeto de Lei n. 8.046/2010 referem-se a situações em que haja uma prova irrefutável, uma situação de incontrovérsia sobre fatos ou o direito. Como se vê, a evidência não é uma nova forma de tutela, um terceiro gênero. Ela é fundamento de uma tutela de natureza satisfativa que, em razão da existência de uma prova (evidência) do fato ou do direito, justifica que haja a inversão do ônus do tempo no processo e que o réu que resiste sem motivo suporte os efeitos da tutela em prol do autor que apresenta evidência de seu direito.

Tratar a evidência como uma forma de tutela nova é, portanto, um grande equívoco. E tratá-la como tutela cautelar é uma heresia.

4. A execução provisória no sistema do CPC/1973

O instituto da execução provisória encontrava-se no art. 587 do CPC/1973 com a seguinte redação:

“A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso recebido só no efeito devolutivo.”⁽³⁰⁾

A execução provisória somente se configuraria quando a sentença estivesse sujeita apenas ao efeito devolutivo. Se houvesse admissão de efeito suspensivo⁽³¹⁾ pela hipótese legal, não caberia execução definitiva.

Logo ao comentar o art. 588 do CPC/1973, Alcides de Mendonça Lima⁽³²⁾ revelava a origem do instituto da execução provisória:

“A execução provisória nasceu da necessidade de conciliar os interesses do credor, com seu direito reconhecido em sentença impugnada, nos casos expressos em lei, por via de recurso com efeito meramente devolutivo; e os do devedor, que ainda não perdeu a causa de modo definitivo. Àquele se assegura a reparação do seu direito violado, embora provisoriamente; ao último, concedem-se garantias de ser ressarcido se a sentença executada for anulada, reformada ou modificada, tornando, assim, ineficaz e inoperante a execução provisória.”

(30) Para LIMA (*op. cit.*, p. 379), em verdade, a expressão efeito devolutivo ou devolução não é correta tecnicamente, porque somente se devolve algo para alguém que antes possuía a coisa e os tribunais superiores nunca possuíram os processos antes que eles lhes fossem enviados das instâncias inferiores. O autor sugere o uso da expressão “efeito de transferência” em substituição a “efeito suspensivo”. Ressalta ainda o autor que no direito romano não havia recurso algum nos moldes do que hoje se conhece como apelação. Foi o direito canônico que introduziu esse sistema. A partir de então, a apelação passou a ser essencialmente devolutiva e por natureza suspensiva. O efeito meramente devolutivo tornou-se exceção nos ordenamentos processuais, porque ele sempre permitira a execução da sentença, mesmo que de modo provisório.

(31) Para José Carlos Barbosa Moreira, a denominação efeito suspensivo, apesar de tradicional, é inexata. Explica o mestre que, quando o recurso é tempestivamente interposto, ele não suspende efeitos que já estiverem ocorrendo. O que ocorre é o prolongamento do estado de ineficácia em que a decisão se encontrava. Quando a parte interpõe o recurso em verdade ele impede que ocorram os efeitos da decisão (MOREIRA, 2000).

(32) LIMA, 1991, p. 383.

A execução provisória foi instituto concebido para acelerar a execução, de modo que o vencedor da demanda condenatória pudesse, desde logo, dar início não só à apuração dos valores reconhecidos na sentença ainda pendente de recurso recebido em efeito devolutivo, como também promover atos executivos destinados à satisfação do exequente.

A execução provisória é, portanto, uma técnica processual voltada a antecipar atos jurisdicionais executivos ante a um processo que, embora decidido, está submetido a uma possibilidade de alteração em face de pender uma impugnação à decisão que foi proferida.

A decisão proferida é definitiva, porquanto o juiz cumpriu e acabou seu ofício jurisdicional em relação ao processo de conhecimento. O que é provisório é o título judicial condenatório, uma vez que o recurso interposto não permitiu que ela transitasse em julgado⁽³³⁾.

A execução provisória é uma antecipação dos efeitos do provimento⁽³⁴⁾ realizada em um momento do processo em que o título judicial ainda não transitou em julgado. Embora provisório, o título não é um nada jurídico. Ele já é a resposta do Estado-juiz ao caso concreto submetido ao Poder Judiciário. Ele contém mais do que a verossimilhança que é exigida para a antecipação de tutela. A sentença judicial condenatória impugnada já contém a certeza consubstanciada em um título executivo cujo efeito ainda depende de uma situação jurídica processual condicionante. Essa situação é o recurso interposto e recebido apenas no efeito devolutivo que ainda recoloca a decisão ou parte dela *sub judice*.

Essa ideia da execução provisória é que originou o instituto da antecipação de tutela.

(33) Neste sentido: “O que é ‘provisório’ na hipótese, no sentido colocado de depender, em alguma medida, de ulterior confirmação jurisdicional, é o título que fundamenta a execução e não os atos executivos, a execução propriamente dita. É o título executivo e não a execução que carece de uma confirmação ulterior; é ele, o título, e não ela, a execução, que produz efeitos imediatos sob condição resolutiva.” BUENO, 2008, p. 134.

(34) BUENO, 2008, p. 141.

Enquanto a execução provisória se volta ao processo de execução, a antecipação de tutela foi idealizada no bojo do processo de conhecimento. Mas ambos os institutos se referem à possibilidade de execução antes que o processo tenha concluído todas as suas fases.

A execução provisória parte da certeza sobre fatos que foram reconhecidos em uma decisão judicial. Já a antecipação de tutela parte da verossimilhança das alegações da parte que demonstram requisitos legais que autorizam a antecipação dos efeitos do provimento.

A execução provisória veio antes, muito antes, sendo instituto cuja finalidade inicial foi assegurar, mesmo que timidamente, uma “vantagem” à parte vitoriosa na demanda, de modo que ela pudesse dar início ao processo de execução, mesmo havendo recurso de efeito meramente devolutivo pendente sobre a matéria decidida.

A antecipação de tutela é instituto moderno que, inserindo-se na fase de conhecimento, quebra a lógica do sistema e pressupõe, fundada em mera verossimilhança, o direito de o autor não ser prejudicado pelos efeitos corrosivos do tempo no processo.

Em comum, ambos os institutos objetivaram a celeridade, fazendo uma opção pelo autor que aparentemente tem razão, contra o réu que resiste sem razão, valendo-se para isso, da necessária sequência dos atos processuais previstos na lei.

Com isso, esses institutos visam fortalecer as decisões judiciais, enfraquecendo a resistência do réu no cumprimento das mesmas.

Nesse sentido, Scarpinella⁽³⁵⁾ fala com propriedade que:

“É importante insistir na última observação do parágrafo anterior ao emprestar para a execução provisória de um título executivo judicial o mesmo modelo executivo de quaisquer outros títulos executivos da mesma origem, é importante ter consciência de que

(35) *Op. cit.*, p. 144-145.

disto decorre um fortalecimento necessário da decisão proferida, a despeito de sua sujeição ao sistema recursal e, consequentemente, do juízo prolator. É fundamental que a força executiva da sentença e dos acórdãos, mesmo quando eles dependam de ulterior deliberação em sede recursal, seja reconhecida e acatada pelo executado, tal qual nela ou neles reconhecido, o que tem tudo para conviver harmonicamente com a lógica do desfecho recursal e da execução que o sistema admite neste meio tempo. Pensamento diverso teria o condão de neutralizar ou, quando menos, reduzir o espectro da eficácia das decisões jurisdicionais, diretriz que vai de encontro às conquistas mais recentes do direito processual civil brasileiro, no plano constitucional e no plano infraconstitucional.”

4.1. A execução provisória no art. 475-O

A execução provisória está hoje regulamentada no CPC no Capítulo X intitulado “Do cumprimento da sentença”, no art. 475-O⁽³⁶⁾.

(36) Introduzido pela Lei n.11.232 de dezembro de 2005 com a seguinte redação:

“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, sobrevivendo 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 inciso III do *caput* deste artigo poderá 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;

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior

Chama a atenção na redação do art. 475-O que o mesmo se tenha dedicado mais a estabelecer um sistema de responsabilidades e garantias contra os atos provisórios de execução do que propriamente regulamentar o procedimento da execução provisória. E quando o fez foi pródigo em contradições e hesitações, conforme demonstraremos de modo objetivo a seguir.

Após dispor sonora e pomposamente no *caput* do art. 475-O que a execução provisória da sentença será feita da mesma forma que a definitiva, dando a entender que haverá a entrega de bens e finalmente o demandante vitorioso, após percorrer o longo *iter* do processo, irá concretizar seu direito reconhecido, o legislador passa a dispor em seus itens sobre a responsabilidade do autor pela execução provisória, responsabilizando-o por eventuais prejuízos decorrentes da mesma, quando não o submete à exigência de prestação de caução.

Assim, os incisos I, II do art. 475-O confirmam a atribuição da responsabilidade da execução provisória ao exequente.

O inciso III e o § 2º do art. 475-O dedicaram-se a regulamentar o sistema de garantias (cauções), seja para exigi-las ou para as dispensá-las.

O legislador andou mal em tratar do tema da responsabilidade nesse Capítulo X do processo de execução, porque essa matéria, além de ter regulamentação na lei material (direito civil sobre responsabilidade patrimonial), deveria ser especificamente regulamentada no Capítulo IV do processo de execução, que

Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

§ 3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado declarar a autenticidade, sob sua responsabilidade pessoal:

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.

é dedicado ao tratamento da responsabilidade patrimonial em relação aos processos judiciais.

Quanto à caução, o tratamento também foi ambíguo, porque a caução é exigida como se fosse a chamada “caução legal”⁽³⁷⁾, o que ocorre no inciso III do art. 475-O. Entretanto e logo a seguir, no § 2º do art. 475-O, o legislador excepciona e relata dois casos que podem justificar a dispensa da caução. Essas hipóteses devem ser verificadas em contraditório, porque dependem da comprovação dos fatos que estão descritos nas hipóteses legais dos incisos I e II do art. 475-O.

Além do mais, os incisos I e II do art. 475-O são descritas em razões de necessidade e urgência de seu deferimento, o que nos remete por óbvio ao tipo legal previsto para as tutelas preventivas cautelares que regulamentam a matéria, que é o processo cautelar de caução previsto dos arts. 826 a 838 do CPC.

Portanto, essa caução teria de ser dada, por iniciativa do exequente, em processo cautelar de caução, que pressupõe a comprovação das condições das ações cautelares e se desenvolve em contraditório para apuração da existência das hipóteses fáticas que justificam a fixação de caução. Não poderia em tese haver a mera imposição via medida incidental, mas apenas como fruto do devido processo cautelar de caução.

Some-se a isso o fato de o legislador ter arquitetado o sistema de execução provisória definindo que ela se processa do mesmo modo que a definitiva. Logo, a seguir, vincula os efeitos dessa execução provisória a condicionantes fáticas e à prestação de caução. Depois diz que a caução pode ser dispensada em situações que descreve na norma.

Ora, a lei não previu hipóteses específicas de cabimento da execução provisória, não regulamentou condicionantes próprias para o seu processamento. A norma foi omissa, apenas

dizendo que a execução provisória se processa do mesmo modo que a definitiva (*caput* do art. 475-O do CPC).

Portanto, o procedimento e os parâmetros processuais para a execução provisória no direito brasileiro, sejam quanto à forma ou quanto à extensão, são aqueles que estão definidos no CPC quanto à execução definitiva de sentença sujeita apenas a recurso com efeito meramente devolutivo.

Subsidiariamente, aplica-se também ao processo de execução o processo de conhecimento, por força do art. 598 do CPC.

No processo de conhecimento, o instituto da antecipação de tutela previsto no art. 273 do CPC é o único instituto que prevê ato executivo no curso do processo de conhecimento e é plenamente compatível com o processo de execução porque tem nele a sua origem. Os requisitos previstos para a antecipação de tutela constituem as hipóteses legais previstas pelo legislador para o deferimento da antecipação dos efeitos do provimento também no processo de execução e na execução provisória.

Se assim não for, como justificar que no processo de conhecimento, em cognição sumária, sem que todas as fases do processo tenham sido cumpridas, o juiz possa deferir uma medida que antecipe os efeitos do provimento, com a entrega real do direito objeto da demanda à parte, fundado apenas na verossimilhança da alegação do autor e não possa fazer o mesmo quando já exista um título executivo, provisório ou não?

4.2. A antecipação de tutela como técnica aplicável ao processo de execução

Entendemos que a execução provisória como regulamentada hoje no CPC aparentemente estaria em contradição com o instituto da antecipação de tutela, o que merece esclarecimento.

Ao introduzir a antecipação de tutela no CPC, o legislador admitiu a generalização de um ato de execução e o regulamentou dentro do livro do processo de conhecimento.

(37) Aquela que decorre para sua existência unicamente da justificativa de ser exigida em lei para que o direito possa ser deferido.

Essa alteração rompeu com a lógica segundo a qual o livro do processo de conhecimento trataria apenas da regulamentação da cognição e o livro do processo de execução serviria apenas para reger o procedimento da execução.

Com isso, passou-se a admitir que no processo de conhecimento fossem praticados atos executivos que antecipassem os efeitos do provimento quando a parte comprovasse a verossimilhança de suas alegações, nos termos dos requisitos exigidos pelo art. 273 do CPC, o que somente era antes imaginável no âmbito do processo de execução.

Por outro lado, manteve-se o instituto da execução provisória que é instituto da execução que pressupõe a existência de um título executivo que, por sua vez, é fundado na certeza e não na mera verossimilhança, como ocorre na antecipação de tutela.

Ora, os questionamentos decorrem do fato que hoje temos o instituto da antecipação de tutela que é uma decisão de urgência de natureza satisfativa dada de modo provisório no processo de conhecimento. Essa decisão poderá antecipar os efeitos do provimento, conferindo de imediato à parte o direito de usar e gozar do bem objeto do processo. Essa decisão provisória é interlocutória e é fundada apenas na verossimilhança da alegação da parte e não em uma sentença proferida após o exaurimento da cognição.

Nem mesmo na sentença hoje o juiz pode deferir uma tutela com tamanha extensão de efeitos do que a decisão de antecipação de tutela, a não ser que decida sobre a antecipação de tutela na própria sentença.

De outra feita, a execução provisória em princípio não é capacitada à produção de efeitos tão amplos, indo normalmente até a penhora e dependendo também do recurso ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Entretanto, nada há que justifique essa limitação de efeitos da execução provisória. Também *nada há que impeça o deferimento da*

antecipação de tutela em sede de processo de execução.

Para tentar harmonizar os institutos, deve-se compreender que a antecipação de tutela em verdade é oriunda da execução provisória e foi prevista para ser deferida dentro do processo de conhecimento. Ela é ato de execução incidente em processo de conhecimento, com efeitos de entrega dos bens objeto do processo em razão do reconhecimento da verossimilhança das alegações da parte e da consequente inversão do ônus do tempo no processo favoravelmente a essa parte.

A execução provisória nunca poderia ter efeitos menores do que os da antecipação de tutela, porque ela é fundada em um título executivo que, mesmo sendo provisório, já estabeleceu a certeza sobre o conflito de interesses.

Portanto, é natural que a execução provisória deva admitir a “inversão do ônus do tempo no processo de execução”, permitindo que se aplique a antecipação dos efeitos do provimento de modo pleno também no processo de execução, porque *não se tem aí apenas a verossimilhança, mas sim a certeza das alegações da parte que já constam em um título executivo provisório.*

Há muito mais razões que justificam o deferimento da antecipação dos efeitos do provimento no processo de execução do que no processo de conhecimento.

Há inclusive claro dispositivo legal que fortalece esse entendimento e que consta no CPC, como no art. 598⁽³⁸⁾, onde expressamente está prevista a possibilidade de aplicação subsidiária do processo de conhecimento ao de execução.

A integração do sistema se faz em matéria de execução a partir do processo de execução e de suas normas, podendo aplicar-se os institutos do processo de conhecimento quando regulamentem em parte ou totalmente matérias que lhes sejam comuns.

(38) Art. 598. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento.

Normalmente essa interpretação pressupõe a compatibilidade dos institutos e a prevalência, em caso de conflito, da norma especial sobre a geral subsidiária.

Também se deve ter em conta que a lei posterior, via de regra, revoga a anterior.

Entendemos que não há incompatibilidade entre a ideia da execução provisória e da antecipação de tutela, porque a própria origem da antecipação de tutela está no instituto da execução provisória. Ambos partem do pressuposto de que o direito de algum modo já consolidado ao autor deve ser efetivado e o réu deve suportar os ônus da espera da solução do processo. Por isso, ocorrem e se justificam os atos de execução contra o réu.

A lei que instituiu a antecipação de tutela no processo de conhecimento no direito brasileiro foi a Lei n. 8.952, de dezembro de 1994, alterada em 2002 pela Lei n. 10.444.

A lei que regulamentou a execução provisória, como vimos, data de dezembro de 2005 (Lei n. 11.232/2005).

Não se cogita na doutrina e na jurisprudência sobre a hipótese de que a Lei n. 11.232/2005 tivesse revogado no todo ou em parte as leis que criaram a antecipação de tutela. Embora posterior, a lei que regulamentou a execução provisória no art. 475-O do CPC não teve, portanto, qualquer revelação de incompatibilidade entre os institutos, que permanecem convivendo no CPC.

No entanto, entendemos que ambos os institutos não têm sido utilizados adequadamente e isso se explica por problemas hermenêuticos.

4.3. Nossa proposta de interpretação

Em nosso pensamento, o instituto da antecipação de tutela previsto no art. 273 estabeleceu as hipóteses de seu cabimento e essas hipóteses correspondem à regulamentação das situações de fato que devem estar demonstradas, tanto para o deferimento da antecipação dos efeitos do provimento no processo de conhecimento como na execução, seja esta provisória ou não.

Isso se justifica porque a antecipação de tutela normatizou nos incisos do art. 273 hipóteses fáticas que caracterizam e fundamentam a possibilidade de inversão do ônus do tempo no processo, caso comprovadas.

Essas hipóteses não são incompatíveis com a execução. A *execução definitiva* já deve mesmo ir rumo à entrega efetiva dos bens para saldar o exequente. Nessa espécie, mais se torna necessária a aplicação da antecipação de tutela, cujos requisitos já decorrem em grande parte do título executivo judicial.

Se a *execução for provisória* também se justifica o deferimento de antecipação de tutela em seu âmbito porque esses tópicos correspondem, a nosso ver, às situações descritas no art. 273 do CPC para a concessão da antecipação de tutela que justificam sua generalização para a execução em todas as suas formas, mesmo porque a execução provisória será realizada do mesmo modo que a definitiva.

Abaixo, apresentamos as razões em tópicos, segundo as quais entendemos que se justifica a utilização da antecipação de tutela seja na execução provisória ou definitiva da sentença:

Execução definitiva	Execução provisória
– há título definitivo transitado em julgado e liquidado; – há certeza decorrente do título, o que é muito mais do que verossimilhança da alegação; – a resistência é injustificada e obrigará o próprio Estado a ingressar no patrimônio do devedor e dele extrair bens para pagar o credor; – Não se justifica, em princípio, a resistência a título transitado em julgado e liquidado o que faz pressupor o obstáculo ilegal ao direito da parte, assegurado inclusive no processo; – a impugnação do executado, se existir, virá de modo incidental via embargos do devedor;	– o art. 475-O, <i>caput</i>, do CPC autoriza que a execução provisória se dê da mesma forma que a definitiva, o que atrai o mesmo raciocínio acima exposto em relação à execução definitiva; – há título sujeito a recurso com efeito meramente devolutivo. Esse título sempre será mais que mera verossimilhança porque ele já contém a resposta do Estado-Juiz à demanda formulada pelas partes; – a resistência do executado não se justifica, porque o Estado-juiz já cumpriu e acabou seu ofício jurisdicional de primeiro grau e a parte tem a resposta sobre a apreciação do conflito de interesses segundo uma cognição plena;

– a execução definitiva corre por conta do devedor; – o exequente acaba ficando com o ônus de suportar o processo de execução e corre os riscos decorrentes da possibilidade de inadimplemento; – a sentença executiva pode em tese ser desconstituída por ação rescisória, mas a probabilidade é rara e afasta a possibilidade de irreversibilidade em face da segurança já resultante da existência do próprio título.	– o exequente tem o ônus de suportar o processo e corre os riscos oriundos da possibilidade de inadimplemento; – o título executivo pendente de recurso pode em tese ser desconstituído por recurso, mas a probabilidade é menor.
--	--

Todavia, e a atribuição de responsabilidades ao exequente, bem como a exigência de caução, previstos pelos incisos, parágrafos e itens do art. 475-O do CPC não impediriam essa aplicação extensiva?

Entendemos que não, porque a execução provisória nos termos do art. 475-O regulamentou apenas a responsabilidade por danos decorrentes de eventual mudança de rumos em posterior avaliação do título executivo quando do julgamento do recurso, explicitando as responsabilidades do exequente. Isso não impede que a execução prossiga até o final.

Mesmo quanto à possibilidade de levantamento de dinheiro entendendo perfeitamente possível que ocorra na execução provisória, bastando que estejam presentes os requisitos do art. 273, havendo ainda a possibilidade de o julgador avaliar os riscos dos fatos para a causa e exigir, conforme o caso, a prestação de caução.

No entanto, não há qualquer contradição na possibilidade de usar-se a antecipação de tutela como técnica generalizada para a execução de sentenças, sejam provisórias ou não.

Ela é inclusive compatível como técnica de tutela de direitos pertencentes a outros ramos da Ciência Jurídica, como podemos constatar, a título de exemplo, no Direito do Trabalho.

Considerando que no Direito do Trabalho o objeto da regulamentação é a relação de

emprego e o foco da tutela é centrado na proteção do crédito trabalhista, que tem natureza alimentar, mais se justifica a utilização de técnicas processuais que conduzam à efetivação dos direitos reconhecidos nas sentenças trabalhistas.

Aliás, isso é expressamente previsto na CLT, no art. 769, que tem a seguinte redação:

“Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em for incompatível com as normas deste Título.”

A compatibilidade da interpretação que demos para a aplicação da antecipação de tutela em sede de execução tem tudo que ver com a tutela do crédito de natureza alimentar a que se dedica a CLT.

E é tão importante sua utilização porque pacifica e supera as restrições diversas vezes impostas à possibilidade de levantamento de dinheiro pelo reclamante, que fica aguardando os infundáveis recursos, mesmo quando já possui um título (ainda que provisório) e precisa da verba, que é para seu sustento (em face da natureza alimentar do crédito).

O próprio art. 475-O do CPC autoriza a dispensa de prestação de caução, mesmo na liberação de dinheiro, conforme dispõe o seu § 2º (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).

A necessidade do empregado em relação ao recebimento de seus créditos não pagos e oriundos da relação de emprego é evidente, sendo hipótese que via de regra ocorre nos processos trabalhistas. Qual empregado não precisa de seus salários e direitos trabalhistas?

Como consequência objetiva da norma, o valor de sessenta salários mínimos autoriza em tese e de pronto que haja liberação de dinheiro em todas as causas de rito sumariíssimo trabalhistas, porque elas têm o limite em quarenta salários mínimos. E abrange inclusive as causas

de rito ordinário trabalhistas até o limite de 60 salários mínimos.

Portanto, se a matéria já é sumulada, se o recurso é contra orientação jurisprudencial, isso já autoriza, com segurança, a liberação do dinheiro. Se a matéria é de alto grau de conflito, inclusive no tribunal, o Juiz deverá analisar os demais aspectos do requerimento da parte, mas não está impedido pela própria lei de liberar o valor, invertendo o ônus do tempo no processo em favor do autor, caso em que analisará se há razões ou não da dispensa de prestação de caução.

Por isso, não há restrições para o uso da técnica da antecipação de tutela também no âmbito da execução, mesmo porque é muito mais fácil comprovar os requisitos do art. 273, porquanto já se tem o título executivo. Isso inclusive resgataria o equilíbrio entre processo de conhecimento e de execução, além de valorizar a decisão de primeira instância tomada após a cognição plena.

5. Conclusão

Segundo nosso entendimento, por conseguinte, a antecipação de tutela é que regulamenta as hipóteses fáticas que possibilitam a antecipação da execução, seja provisória ou definitiva.

Em fase de execução de título judicial, é perfeitamente possível e compatível o pedido de antecipação dos efeitos do provimento.

Havendo pedido do exequente, que deve demonstrar as hipóteses do art. 273 do CPC, o magistrado deve dar vista ao executado.

Havendo necessidade, o juiz pode realizar audiência de justificação em caso de dúvida sobre quaisquer das hipóteses do art. 273 do CPC.

Se a parte formulou pedido e há grave risco de dano, sendo a matéria fortemente controvertida também nos tribunais e inexistindo súmula ou orientação jurisprudencial, ele pode fixar caução, ou mesmo indeferir o pedido de antecipação, do mesmo modo como o faz no processo de conhecimento.

Se o recurso pendente versa sobre matéria sumulada, então a questão se resolve e facilita ao Juiz a apreciação e deferimento da antecipação de tutela na execução.

A generalização da aplicação da técnica da antecipação dos efeitos do provimento, como forma compatível com o processo de conhecimento e de execução, resgata e harmoniza as incoerências hoje presentes no CPC. Essas incoerências decorrem, como vimos, da disparidade entre os efeitos executivos antecipados conferidos às decisões interlocutórias de cunho satisfativo, que vigoram no processo de conhecimento, por força do art. 273 do CPC, e da ausência de efeitos quando se tem uma sentença judicial, transitada em julgado ou não.

Entendemos que nossa proposta é perfeitamente viável, não depende de qualquer elaboração legislativa e pode ser aplicada de imediato, bastando usar os institutos jurídicos já disponíveis em nosso CPC, a partir da compreensão e interpretação sistemática de nosso direito processual.

6. Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico de provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

_____. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Execução fiscal e embargos do devedor*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. 3 v.

_____. *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. v. 1.

CHIOVENDA, Jose. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1941. 3v.

- _____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia. Editores, 1942.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: RT, 1987.
- _____. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002 e 2003.
- _____. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzione di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1994.
- FIUZA, César Augusto de Castro; SOUZA, Adriano Stanley Rocha. A tutela antecipada e o instituto da evidência no processo civil americano. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, PUC Minas, v. 1, n. 1 jan./jul. 1998.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- _____. *Nulidades do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Madrid: Civitas, 1998.
- LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. Curitiba: Juruá, 2006.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 1952.
- _____. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973*. v. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.
- _____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____; _____. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Diritto processuale civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PISANI, Andréa Proto. *Diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1999.
- ROCHA, Daniel de Almeida. *Princípio da eficiência na gestão e no procedimento judicial: a busca da superação da morosidade na atividade jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 2000.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e cumprimento de sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

A sentença liquidada como instrumento de alcance do princípio constitucional da razoável duração do processo

Elton Antônio de Salles Filho^(*)

Palavras-chave:

- ▶ Sentença liquidada — Razoável duração do processo.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Conceitos
 - ▶ 2.1. O princípio constitucional da razoável duração do processo
 - ▶ 2.2. Definição de sentença liquidada (e não líquida)
- ▶ 3. O paradigma de liquidação da sentença trabalhista e suas alterações
 - ▶ 3.1. O sistema processual contido na CLT e a ausência de previsão de prolação de sentenças liquidadas
 - ▶ 3.2. A mudança do paradigma (I): a Lei n. 9.957/2000, que alterou a CLT e criou o procedimento sumariíssimo
 - ▶ 3.3. A mudança de paradigma (II): a Lei n. 11.232/2005, que alterou o CPC e criou o capítulo da liquidação de sentença
- ▶ 4. Alteração do modelo de liquidação de sentença trabalhista após as alterações da CLT e do CPC
 - ▶ 4.1. Hipótese de bipartição do sistema de liquidação de sentença trabalhista: sentença liquidada e sentença não liquidada
 - ▶ 4.2. O sistema do CPC como o regime de observância procedimental da sentença liquidada e a aplicabilidade do art. 475-J, daquele diploma legal
 - ▶ 4.3. Análise crítica da jurisprudência restritiva à aplicabilidade do art. 475-J, do CPC
 - ▶ 4.4. Análise crítica do argumento operacional relativo à não efetivação das sentenças liquidadas
- ▶ 5. Considerações finais
 - ▶ 5.1. Estatísticas comparativas quanto à duração do processo com sentença liquidada e sentença não liquidada

(*) Juiz do Trabalho Substituto da 12ª Região (SC). Ex-Juiz do Trabalho Substituto da 8ª Região (PA/AP). Ex-Diretor da Escola Judicial da 8ª Região.

- 5.2. Leitura das estatísticas, demonstração e comprovação do argumento
- 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

O presente artigo visa lançar algumas razões pelas quais se defende que o argumento constante do título se impõe, ou seja, de que a sentença prolatada de forma liquidada se mostra como instrumento de alcance da razoável duração do processo, obedecendo aos ditames da Constituição Federal de 1988 nesse particular, ao mesmo tempo em que busca estruturar, de forma preliminar, uma teoria segundo a qual, após a entrada em vigor das Leis ns. 9.952/2000 e 11.232/2005, bipartiu-se o sistema de liquidação de sentença trabalhista, tendo como elemento definidor a natureza da sentença como liquidada ou não liquidada.

2 Conceitos

2.1. O princípio constitucional da razoável duração do processo

Feitas as considerações iniciais acima, é momento de se definir o conceito de razoável duração do processo, para fins de estipulação do espaço jurídico-social de atuação, demonstração e comprovação da tese-título.

E, nesse particular, nada mais fácil, senão seguir-se o preceito constitucionalmente determinado, conforme dicção do art. 5º, inciso LXXVIII, da Magna Carta de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, *verbis*, a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Comentando a inserção deste Princípio na Ordem Constitucional, afirma Raimundo Itamar Lemos Fernandes Júnior:

(...) merece encômios o legislador constituinte brasileiro, que, atendendo à grita popular, ao reformar a Constituição da República (Emenda Constitucional n. 45,

de 8.12.04), acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º (...) Não há mais como dizer-se que o tardar é da natureza da Justiça. Em verdade, agora, a instituição da celeridade na tramitação do processo, como característica, princípio obrigatório deste, resgata o verdadeiro sentido de *Iustitia*, o que é atrelado à ideia de *jus dicere*, ou seja, naquilo que é simplesmente dito, falado, de modo claro e sem maiores formalismos ou demoras.⁽¹⁾

2.2 Definição de sentença liquidada (e não líquida)

Situada a questão em termos de campo de atuação, define-se a sentença liquidada — e não líquida, uma vez que esse atributo é propriedade físico-material⁽²⁾ — como aquele ato (ou pronunciamento) do juiz que implica alguma das situações previstas pelos arts. 267 e/ou 269 do Código de Processo Civil, ou seja, extingue o feito com ou sem resolução de mérito no primeiro grau de jurisdição, sob o critério misto de conteúdo e finalidade⁽³⁾, porém, com o atributo de conter, em seu âmago, a expressão material — ou atributo — da liquidez, portanto, com o quanto devido.

É por tal razão que os cálculos de liquidação são parte integrante do julgado, não sendo cabível, data vênica, a exclusão daqueles deste, sob pena de anulação imprópria da sentença, sem a respectiva declaração incidente.

(1) FERNANDES JÚNIOR, Raimundo Itamar Lemos. *O direito processual do trabalho à luz do Princípio Constitucional da Razoável Duração*: a aplicação da reforma do CPC ao processo do trabalho fase por fase. São Paulo: LTr, 2008. p. 133.

(2) Agradece-se, no particular terminológico, a lição do Juiz Paulo Henrique Silva Ázar, hoje exercendo a titularidade da MM. 9ª Vara do Trabalho de Belém-PA, na 8ª Região.

(3) Nesse sentido, NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 447.

3. O paradigma de liquidação da sentença trabalhista e suas alterações

3.1. O sistema processual contido na CLT e a ausência de previsão de prolatação de sentenças liquidadas

O que se pretende demonstrar neste momento é que, até a edição da Lei n. 9.957, de 12.1.2000, a qual estabeleceu, no Processo do Trabalho, o Procedimento Sumariíssimo, não havia, em termos paradigmáticos, qualquer previsão legal de prolatação de sentenças liquidadas, isto em termos de regramento para a matéria.

Tal é dito, singelamente, bastando-se para tanto observar o comando emanado do art. 879 da CLT, já no capítulo da Execução, segundo o qual, sendo ilíquida a sentença exequenda, ordenar-se-á, previamente, a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos.

Observe-se que este é o texto original do Estatuto Consolidado, aprovado pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e que seu equivalente, à época, era o Código de Processo Civil de 1937. Assim, pode-se concluir que inexistiam quaisquer normas procedimentais regendo — e mesmo prevendo — a hipótese de sentenças liquidadas.

Tanto é assim que o já citado Procedimento Sumariíssimo veio inovar, afirmando expressamente que, nas respectivas reclamações, o pedido deverá ser certo ou determinado, e indicará o valor correspondente (art. 852-B, inciso I).

Como argumento adicional, relembre-se a regra de hermenêutica segundo a qual eventuais alterações em textos legais acrescentam-se à norma, não repetindo o que já está positivado.

Por esses fundamentos, é forçoso concluir-se pela inexistência de previsão legal, no que toca à prolatação de sentenças liquidadas,

na CLT, pelo menos até a edição da Lei n. 9.957/2000.

3.2. A mudança do paradigma (I): A Lei n. 9.957/2000, que alterou a CLT e criou o procedimento sumariíssimo

Esse paradigma de não previsibilidade restou alterado, ainda que parcialmente, com a entrada em vigor da Lei n. 9.957/2000, que alterou a CLT e criou o procedimento sumariíssimo.

Diz-se parcialmente, pois a norma em comento, como visto acima, permitiu concluir pelo imperativo de prolatação de sentenças liquidadas, como explana Raimundo Itamar Lemos Fernandes Júnior:

As mudanças no CPC, tanto na fase de conhecimento na primeira instância, como na recursal, não trouxeram maiores alterações ao processo do trabalho, mas, aplicações pontuais, (...), que vão auxiliar, contudo, não trazer qualquer revolução na processualística trabalhista, sob estes aspectos. O mesmo se diga quanto à fase de liquidação.

Em verdade, quanto a esta, faz-se necessário registrar que o processo do trabalho sofreu um grande impacto quando da reforma da CLT, ao editar-se a Lei n. 9.957/2000, a qual previu o procedimento sumariíssimo na seara processual trabalhista. Não obstante, a precitada lei não ter previsto que as sentenças nesse procedimento deveriam ser líquidas, o disposto no art. 852-B da CLT, prevendo pedido certo ou determinado e o valor correspondente — inciso I do referido artigo, implicou no entendimento de que as sentenças deveriam ser líquidas no procedimento sumariíssimo...⁽⁴⁾.

De todo modo, ainda não havia chegado o momento de previsão, de regramento, o que ocorreu um pouco mais adiante, conforme veremos a seguir.

(4) FERNANDES JÚNIOR, Raimundo Itamar Lemos, *op. cit.*, p. 195.

3.3. A mudança de paradigma (II): A Lei n. 11.232/2005, que alterou o CPC e criou o capítulo da liquidação de sentença

Em 2005, após exaustivos debates, veio à luz a Lei n. 11.232/2005, que alterou o CPC e criou o Capítulo da Liquidação de Sentença — acrescentando as alíneas “a” a “p”, ao art. 475.

A principal finalidade dessa alteração foi, nas palavras do Deputado Ibrahim Abi-Ackel, de que:

O projeto (Lei) moderniza a execução. Dá-lhe rapidez compatível com a necessidade de erradicar atos e termos cuja complexidade propicia oportunidades procrastinatórias. Não há, nessa maior celeridade de andamento processual, limitação do direito das partes, devidamente armados, no curso da execução, de instrumentos perfeitamente adequados à defesa de seus interesses.⁽⁵⁾

Contudo, ousa-se identificar outro efeito advindo dessa normatividade, tal seja, o regramento específico, em termos procedimentais, da sentença liquidada, especialmente conforme o disposto pelo art. 475-J, *caput*, do CPC⁽⁶⁾.

4. Alteração do modelo de liquidação de sentença trabalhista após as alterações da CLT e do CPC

Prosseguindo-se na argumentação, tem-se como marco anterior, na CLT, a previsão de procedimento somente quanto a sentenças não liquidadas, nos termos do art. 879, consolidado.

Já com a precitada alteração no CPC, passou a existir, no ordenamento pátrio, um regramento procedimental, específico.

(5) Parecer da Comissão Especial da Reforma do Judiciário (Câmara dos Deputados), 5 de maio de 2004.

(6) “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento) e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

Assim, omissa a CLT, e existente norma de direito processual comum compatível, resta evidente que plenamente aplicável o regramento do art. 475 e alíneas do CPC, conforme a previsão do art. 769, consolidado⁽⁷⁾.

Ressalta-se que não se está a falar em norma incompatível, como sugerem alguns que se verá mais à frente, mas em inexistência de norma regulatória anterior, pois, repita-se à exaustão, a CLT jamais tratou de sentenças liquidadas, mas tão somente de decisões não liquidadas, permitindo-se nessa situação a adoção integral do modelo de procedimento comum.

4.1. Hipótese de bipartição do Sistema de Liquidação de Sentença Trabalhista: sentença liquidada e sentença não liquidada

Conclui-se, portanto, que, com a entrada em vigor da norma processual comum consubstanciada no art. 475 e alíneas, o Sistema de Liquidação de Sentença Trabalhista bipartiu-se, sendo o critério definidor do rito procedimental a ser seguido, se o do art. 879, consolidado, ou do art. 475, do CPC; a natureza da sentença, quanto à inclusão ou não dos cálculos, ou, por outras palavras, se não liquidada ou liquidada.

E essa distinção é fundamental, pois permitirá, sem maiores esforços de interpretação que não o integrativo, aplicar-se uma ou outra ritualística.

4.2. O sistema do CPC como o regime de observância procedimental da sentença liquidada e a aplicabilidade do art. 475-J, daquele Diploma Legal

Isto dito, e como corolário, sem qualquer dificuldade, aplicando-se somente a lógica integrativa, ter-se-á configurado que, tratando-se de sentença liquidada, seguir-se-á o modelo do art. 475 e suas alíneas, inclusive a de ordem “J”,

(7) “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título (DO PROCESSO JUDICIÁRIO DO TRABALHO).”

cujos efeitos permitirão, sem qualquer desrespeito ao devido processo legal e, sublinhe-se, de forma técnica, em termos de hermenêutica.

Ao revés, entende-se claramente pela impropriedade de aplicação do referido dispositivo em caso de sentenças não liquidadas, pois aí restará soberano o procedimento regulado pela CLT, em seu art. 879.

Tudo isso é dito e repetido para se comprovar claramente a dualidade de procedimentos, cujo norte determinante é a espécie da sentença.

4.3. Análise crítica da jurisprudência restritiva à aplicabilidade do art. 475-J, do CPC

Feitas tais observações, é tarefa simples analisar criticamente a jurisprudência restritiva à aplicabilidade do art. 475-J, do CPC.

Basicamente, a fundamentação vai no sentido da incompatibilidade do dispositivo em questão, ante a suposta inexistência de omissão regimental da CLT, conforme art. 879.

Essa tese, como se percebe do acima constante, não resiste ao exame feito ao norte, sob a ótica lógico-integrativa, bastando reconhecer-se que o sistema bipartiu-se, hipótese por sinal já aventada pelo legislador originário — isto em termos de CLT —, quando este inseriu a possibilidade de adequação e atualização processual do Estatuto Obreiro, admitindo a sua falibilidade humana, no sentido de não prever todas as posteriores alterações da normatividade, especialmente em matéria procedimental.

Assim, não se vê qualquer óbice, nem mesmo em termos ideológicos, ao mero reconhecimento da nova realidade, tendo como fundamento principal o Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo.

4.4. Análise crítica do argumento operacional relativo à não efetivação das sentenças liquidadas

Da mesma forma que no item anterior, o exame do argumento operacional relativo à não efetivação das sentenças liquidadas

mostra-se como tarefa de pequena dificuldade. Senão, vejamos.

Em verdade, o único ponto observado diz respeito à suposta ausência de infraestrutura funcional, nas Varas do Trabalho, a qual permita a prolatação das sentenças liquidadas⁽⁸⁾.

Nesse sentido, necessário é observar que é necessária operação de reengenharia administrativa nos Juízos de Primeira Instância, sendo que a experiência pessoal do articulista, no exercício da titularidade na 1ª Vara do Trabalho de Criciúma-SC, ao adotar a sentença liquidada como regra absoluta (100% dos processos em que há sucumbência), dentre outros procedimentos, permitiu, após algum tempo, incorporar essa regra de atuação como padrão.

Para tanto, utiliza-se o programa de cálculo denominado JURISCALC, cujo desenvolvimento ocorre continuamente há mais de uma década, por parte do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região (PA/AP), o qual está disponível gratuitamente no sítio daquele Regional⁽⁹⁾, sendo que as atualizações ocorrem mensalmente, tanto em termos de sistema em si, como dos índices de correção monetária.

Ressalta-se que foi desenvolvido por este articulista um treinamento básico para a utilização da referida ferramenta, com duração de aproximadamente uma semana, cujo conhecimento foi repassado ao assistente do magistrado, o qual, prontamente, passou a realizar os cálculos, destacando-se a facilidade na utilização do programa, o qual, basicamente, adota o sistema de alimentação geral de dados com elaboração eletrônica — e não manual — da conta.

Digna de nota é a informação repassada pelo Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), e do

(8) ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raimundo von. *Comentários à CLT – Consolidação das Leis do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 538.

(9) Disponível em: <http://www.trt8.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1403&Itemid=526>.

Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), dando conta de que o JURISCALC será utilizado como base para o desenvolvimento do programa de cálculos a ser acoplado ao sistema já existente do PJE (Processo Judicial Eletrônico), da Justiça do Trabalho, cuja denominação é “PJE-CALC”⁽¹⁰⁾.

Também é de se reconhecer a acolhida e o incentivo institucional dessa prática, por parte do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC), principalmente após a edição das Portarias GP/CR ns. 1/2011 e 306/2011, sendo a última de 6.12.2011⁽¹¹⁾, elastecendo o prazo para prolação de sentenças liquidadas para 40 dias, incluído o período de elaboração dos cálculos, com contagem separada dos prazos para elaboração da sentença e dos cálculos, computando-se no prazo do Juiz somente o primeiro.

A seguir, veremos os resultados dessa prática, em termos estatísticos, com foco na duração do processo.

5. Considerações finais

Estatísticas comparativas quanto ao tempo necessário à apuração do valor incontroverso, considerando-se o lapso decorrido da prolação da sentença até a definição do montante devido

Para fins de comprovação do que ora se alega quanto à celeridade alcançada pela prolação de sentenças liquidadas, observa-se abaixo planilha na qual consta apuração — por amostragem — do tempo necessário à apuração do valor incontroverso, considerando-se o lapso decorrido da prolação da sentença até a definição do montante devido.

Utilizaram-se os seguintes parâmetros: o campo de atuação é a 1ª Vara do Trabalho de Criciúma-SC; o ano-base é o de 2011 uma vez que,

nessa ocasião, nem todas as sentenças em que havia sucumbência eram prolatadas de forma liquidada; a frequência é mensal, ou seja, o fator é doze (meses); compõem a estatística sentenças liquidadas e não liquidadas, sendo uma por critério; os critérios são, sucessivamente, sentenças sem recurso, com recurso sem modificação do julgado de primeiro grau e com recurso com modificação da sentença.

A leitura que se faz dos dados compilados na tabela a seguir mostra-se esclarecedora, destacando-se dois parâmetros: o primeiro, que na comparação geral entre os diversos critérios, a média do prazo para a definição do valor incontroverso, quando a sentença é prolatada de forma liquidada, é de **181,69 dias**, e quando o julgado não o é, é de **404,28 dias**, ou seja, uma diferença de **222,59 dias**, ou **sete meses e doze dias**, ou ainda, em termos percentuais, de **55,06 pontos para mais**, na situação da sentença não liquidada, o que configura que o tempo necessário para estabelecimento do valor incontroverso, é mais que o dobro do necessário, quando o julgado é prolatado de forma liquidada.

Ressalte-se que nesse levantamento estão envolvidas variáveis externas ao campo de atuação, como o tempo de tramitação em segundo grau, pois houve recurso do julgado, o que, longe de comprometer a estatística, reafirma a importância da prolação de sentenças liquidadas.

No entanto, um dado ainda mais revelador do que ora defende-se, e que é o segundo parâmetro, aparece quando se comparam os números na situação em que não é oferecido recurso em face da sentença.

Nessa hipótese, a média do prazo para definição do valor incontroverso, quando a sentença é liquidada, é de **17,92 dias**, e, quando não o é, é de **253,5 dias**, ou seja, uma diferença de **235,58 dias**, ou **sete meses e vinte e cinco dias**, ou ainda, em termos percentuais, de **92,94 pontos para mais**, na situação do julgado não liquidado, o que configura um gasto de

(10) Disponível em: <http://www.trt8.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2430:081012-pje-jt-e-instalado-com-exito-na-8a-regiao-pa-ap&catid=360:noticias&Itemid=229>.

(11) Disponível em: <http://trtapl3.trt12.gov.br/cmdg/img_legis/2011/120611306.pdf>.

5.1. Estatísticas comparativas quanto à duração do processo com sentença liquidada e sentença não liquidada

Prazos da Prolatação das Sentenças Liquidadas e não Liquidadas com sucumbência até a definição dos valores incontroversos									
			Processo n.	Sentença	Calc. Final	N. Dias	N. Dias	N. Dias	N. Dias
		Sem recurso	1030/2009	19/01/10	15/03/10		55		55
	Sent. Não Liquidada	Com recurso s/mod.	708/2009	08/01/10	11/10/10		276		
01/2011		Com recurso c/mod.	814/2008	08/01/10	23/07/12		927		
		Sem recurso	1943/2009	31/01/11	10/02/11	10		10	
	Sentença Liquidada	c/rec. s/mod.	0402/2010	18/01/11	14/07/11	177			
		c/rec. c/mod.	0629/2010	31/01/11	31/12/11	334			
		Sem recurso	3926/2009	08/02/10	14/06/10		126		126
	Sent. Não Liquidada	Com recurso s/mod.	252/2008	08/02/10	13/12/10		308		
02/2011		Com recurso c/mod.	3039/2009	01/02/10	28/11/11		665		
		Sem recurso	2240/2005	17/02/11	02/03/11	13		13	
	Sentença Liquidada	c/rec. s/mod.	2820/2010	24/02/11	06/10/11	224			
		c/rec. c/mod.	2632/2010	03/02/11	29/08/11	207			
		Sem recurso	139/2010	05/03/10	08/04/11		399		399
	Sent. Não Liquidada	Com recurso s/mod.	2758/2009	05/03/10	09/05/12		796		
03/2011		Com recurso c/mod.	2257/2009	05/03/10	09/08/11		592		
		Sem recurso	3679/2010	02/03/11	01/04/11	30		30	
	Sentença Liquidada	c/rec. s/mod.	1954/2010	25/03/11	17/11/11	237			
		c/rec. c/mod.	1657/2010	24/03/11	09/01/12	291			
		Sem recurso	295/2010	30/04/10	26/10/10		179		179
	Sent. Não Liquidada	Com recurso s/mod.	2499/2008	06/04/10	06/02/12		671		
04/2011		Com recurso c/mod.	3362/2009	05/04/10	04/04/11		364		
		Sem recurso	1618/2009	11/04/11	03/05/11	22		22	
	Sentença Liquidada	c/rec. s/mod.	2009/2010	20/06/11	23/03/12	277			
		c/rec. c/mod.	993/2010	07/04/11	11/04/12	370			
		Sem recurso	1484/2009	22/06/10	21/09/10		91		91
	Sent. Não Liquidada	Com recurso s/mod.	3181/2009	02/06/10	18/01/11		230		
05/2011		Com recurso c/mod.	1748/2009	02/06/10	18/05/12		716		
		Sem recurso	578/2011	27/06/11	05/07/11	8		8	
	Sentença Liquidada	c/rec. s/mod.	4027/2009	25/05/11	19/03/12	299			

		c/rec. c/mod.	2830/2010	25/05/11	21/11/11	180			
		Sem recurso	321/2010	09/06/10	05/08/11		422		422
	Sent. Não Liquidada	Com recurso s/mod.	3203/2009	02/06/10	15/03/12		652		
06/2011		Com recurso c/mod.	3145/2009	02/06/10	05/09/11		460		
		Sem recurso	518/2011	14/06/11	22/06/11	8		8	
	Sentença Liquidada	c/rec. s/mod.	2923/2010	09/06/11	17/05/12	343			
		c/rec. c/mod.	3734/2010	01/06/11	30/03/12	303			
		Sem recurso	4111/2009	06/07/10	29/11/10		146		146
	Sent. Não Liquidada	Com recurso s/mod.	14/2010	11/08/10	06/07/11		329		
07/2011		Com recurso c/mod.	632/2009	01/07/10	21/05/12		690		
		Sem recurso	1890/2011	20/07/11	28/07/11	8		8	
	Sentença Liquidada	c/rec. s/mod.	228/2011	20/07/11	23/03/12	247			
		c/rec. c/mod.	216/2011	20/07/11	21/06/12	337			
		Sem recurso	285/2010	11/08/10	08/02/11		181		181
	Sent. Não Liquidada	Com recurso s/mod.	2009/2009	16/08/10	01/06/11		289		
08/2011		Com recurso c/mod.	1808/2009	16/08/10	05/12/11		476		
		Sem recurso	3410/2009	11/08/11	25/08/11	14		14	
	Sentença Liquidada	c/rec. s/mod.	2206/2011	24/08/11	31/05/12	281			
		c/rec. c/mod.	1424/2009	25/08/11	03/10/12	405			
		Sem recurso	551/2010	01/09/10	03/10/11		397		397
	Sent. Não Liquidada	Com recurso s/mod.	584/2010	02/09/10	01/08/11		333		
09/2011		Com recurso c/mod.	3231/2009	02/09/10	04/05/12		610		
		Sem recurso	091/2011	02/09/11	16/09/11	14		14	
	Sentença Liquidada	c/rec. s/mod.	764/2011	13/09/11	21/06/12	282			
		c/rec. c/mod.	793/2011	01/09/11	23/03/12	204			
		Sem recurso	2833/2009	01/10/10	02/08/11		305		305
	Sent. Não Liquidada	Com recurso s/mod.	2195/2010	08/10/10	01/12/11		419		
10/2011		Com recurso c/mod.	1761/2010	08/10/10	24/06/11		259		
		Sem recurso	2451/2011	17/10/11	07/11/11	21		21	
	Sentença Liquidada	c/rec. s/mod.	927/2011	27/09/11	03/05/12	219			
		c/rec. c/mod.	1482/2011	04/10/11	13/08/12	314			

		Sem recurso	576/2010	09/11/10	11/04/11		153		153
	Sent. Não Liquidada	Com recurso s/mod.	3261/2009	09/11/10	20/07/11		253		
11/2011		Com recurso c/mod.	2424/2010	09/11/10	21/07/11		254		
		Sem recurso	3091/2010	11/11/11	12/12/11	31		31	
	Sentença Liquidada	c/rec. s/mod.	2439/2011	17/11/11	08/06/12	204			
		c/rec. c/mod.	776/2011	07/11/11	14/06/12	220			
		Sem recurso	477/2010	06/12/10	16/07/12		588		588
	Sent. Não Liquidada	Com recurso s/mod.	605/2010	17/12/10	04/06/12		535		
12/2011		Com recurso c/mod.	3993/2009	15/12/10	27/01/12		408		
		Sem recurso	1640/2011	12/12/11	17/01/12	36		36	
	Sentença Liquidada	c/rec. s/mod.	2330/2011	31/01/12	09/08/12	191			
		c/rec. c/mod.	2514/2011	07/12/11	04/06/12	180			
			PRAZOS MÉDIOS			181,69	404,28	17,917	253,5

tempo, energia, idas e vindas de despachos, em inacreditáveis **catorze vezes mais tempo** (mais do décuplo), do que quando a sentença é prolatada de forma liquidada.

5.2. Leitura das Estatísticas, demonstração e comprovação do argumento

Percebe-se da leitura das estatísticas acima que o tempo de tramitação do processo com sentença liquidada é muito inferior ao com a sentença não liquidada, justamente por diminuir sobremaneira a discussão acerca do quanto devido, tornando efetiva a pretensão do legislador, no sentido de que, ao proceder ao sincretismo entre os — então — processos de conhecimento e execução — com a estimável ajuda da sentença liquidada, cumpre fielmente o comando constitucional da razoável duração do processo, com estímulo prévio à conciliação, na medida em que os litigantes, já ambientados e munidos do conhecimento prévio do proceder judicial, podem inclusive mensurar as vantagens do acordo e, se inexitoso este, abrir-se-á a possibilidade da real efetividade judicial, posto que serão “queimadas” diversas etapas, extirpando do processo a possibilidade

de prática de atos os quais, por seu turno, darão azo a atitudes procrastinatórias.

Portanto, entende-se como comprovado o argumento, ou seja, de que a sentença liquidada é hoje um dos principais instrumentos de alcance do Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo, conclamando-se os Desembargadores, Juízes, Advogados e Partes nas ações trabalhistas a, cada vez mais, adotarem esse procedimento, de cujas benesses todos se beneficiarão.

6. Referências bibliográficas

ABI-ACKEL, Ibrahim. *Parecer da Comissão Especial da Reforma do Judiciário* (Câmara dos Deputados), 5 de maio de 2004.

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raimundo Von. *Comentários à CLT – Consolidação das Leis do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES JÚNIOR, Raimundo Itamar Lemos. *O direito processual do trabalho à luz do Princípio Constitucional da Razoável Duração: a aplicação da reforma do CPC ao processo do trabalho fase por fase*. São Paulo: LTr, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legis-*

lação extravagante. 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 45. ed. atual., rev. e ampl. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2012.

A legitimidade da tomadora dos serviços para responder à execução trabalhista

Almiro Eduardo de Almeida^(*) e Valdete Souto Severo^(**)

Resumo:

- ▶ O presente artigo tem por objetivo discutir a possibilidade de redirecionamento da execução contra a tomadora dos serviços que não constou no polo passivo da demanda de conhecimento. Essa possibilidade, vedada pelo texto da Súmula n. 331 do TST, é garantida pelo ordenamento jurídico brasileiro e constitui medida de acesso à justiça, observando os preceitos de celeridade e economia processual.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A responsabilidade da tomadora em relação ao contrato de trabalho
- ▶ 3. Responsabilidade “subsidiária”: responsabilidade solidária com benefício de ordem
 - ▶ 3.1. Os contornos e limites da responsabilidade “subsidiária”
- ▶ 4. A (im)possibilidade de ajuizar demanda apenas em face do empregador e redirecionar a execução contra a tomadora
- ▶ 5. Algumas conclusões
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A terceirização, apesar de admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro apenas em hipóteses específicas, tal como a do trabalho temporário, vem sendo amplamente praticada, com a chancela do Poder Judiciário Trabalhista. O TST, que inicialmente deu resposta adequada à onda de interposição de terceiros na relação de trabalho, mediante edição da Súmula n. 256⁽¹⁾, acabou capitulando. Em 2003,

substituiu aquele verbete, pela Súmula n. 331, cujo teor, atualmente, é o que segue:

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

(*) Juiz do Trabalho. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela UNISC/RS.

(**) Juíza do Trabalho. Mestre em Direitos Fundamentais pela PUC/RS.

(1) Súmula n. 256 do TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) – Res. n. 121/2003,

DJ 19, 20 e 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.1974, e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

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 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade 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, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

O presente artigo se limitará à análise do item IV do verbete, precisamente em relação à exigência de que a tomadora conste no polo passivo da demanda de conhecimento, para que possa sofrer atos de execução. A importância do tema reside no fato de que a disposição contida na súmula por vezes inviabiliza o acesso à justiça e a satisfação dos créditos de natureza alimentar.

Interessante observar que os precedentes que constam na página do TST, relativos a esse inciso, são todos posteriores à edição da súmula e nenhum deles justifica, com fundamentos jurídicos, a utilização da expressão “responsabilidade *subsidiária*” ou a razão pela

qual exige a presença da tomadora no polo da ação trabalhista desde a fase de conhecimento.

Já tratamos desse mesmo assunto em artigo publicado em 2005 e a realidade, de lá para cá, infelizmente não se alterou. O trabalhador que não puder ajuizar a demanda trabalhista também contra a tomadora estará impedido, por força de um entendimento jurisprudencial, de buscar seus créditos junto a essa responsável. As circunstâncias pelas quais o trabalhador opta por não ajuizar a reclamatória também contra a tomadora são de várias ordens. Muitas vezes, o trabalho continua sendo realizado no mesmo ambiente, na sede da tomadora, por intermédio de outra prestadora de serviços. Outras vezes, o trabalhador teme a não obtenção de novo emprego na mesma área.

O fato é que essa limitação de acesso à justiça imposta pela Súmula n. 331 não tem apoio no ordenamento jurídico brasileiro. É exatamente isso que tentaremos demonstrar neste artigo.

2. A responsabilidade da tomadora em relação ao contrato de trabalho

a existência de responsabilidade por parte da tomadora dos serviços, no âmbito da relação de trabalho, é admitida pela orientação jurisprudencial em exame. É importante, porém, sinalar que as tomadoras de serviço não são consideradas responsáveis porque há uma súmula dizendo isso, mas sim porque a legislação expressamente prevê tal responsabilidade. Súmulas não criam (ou não deveriam criar) institutos jurídicos novos. São interpretações jurisprudenciais reiteradas sobre determinada matéria. Logo, encontram seu limite no ordenamento jurídico.

A terceirização, como se sabe, não tem previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, senão em hipóteses específicas⁽²⁾. Logo, as disposições da súmula decorrem da

(2) Pelo contrário, a Constituição, no art. 7º, inciso I, garante aos trabalhadores direito à “relação de emprego”. E relação de emprego, nos termos da CLT, é aquela que corresponde ao contrato de trabalho, firmado por duas figuras: empregado e empregador.

compreensão das normas jurídicas, nessas hipóteses isoladas, já que não se pode supor, repita-se, que uma súmula crie regras inexistentes.

Uma delas é a prevista na lei do trabalho temporário. Essa espécie de trabalho, com prazo certo, destinada a atender necessidades excepcionais⁽³⁾, pode ser realizada diretamente entre o empregado e a empresa que usufruirá da mão de obra. Pode, porém, ser também realizada mediante contrato entre a empresa prestadora de serviços e a tomadora⁽⁴⁾. Em tal caso, há situação em que três pessoas se envolvem na relação de trabalho: o empregado, a empregadora e a tomadora dos serviços. A lei prevê identidade de remuneração entre os empregados da prestadora e os da tomadora (art. 12) e responsabilidade *solidária* de ambas:

Art. 16. No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é *solidariamente* responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

Outra hipótese legalmente prevista está no art. 455 da CLT, que trata dos contratos de subempreitada. Esse dispositivo garante aos empregados o direito de reclamar tanto do subempreiteiro quanto do empreiteiro principal⁽⁵⁾. Trata-se,

- (3) Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.
- (4) Art. 9º O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente deverá ser obrigatoriamente escrito e dele deverá constar expressamente o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço.
- (5) Art. 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. Parágrafo único. Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro

também aqui, de hipótese de responsabilidade solidária⁽⁶⁾.

Apesar de existir norma trabalhista passível de ser utilizada por analogia, prevendo responsabilidade solidária nas hipóteses já disciplinadas de relação triangular de exploração do trabalho pelo capital, a jurisprudência majoritária, e bem assim a doutrina, costumam socorrer-se das disposições contidas no Código Civil. Lá, onde se pressupõe igualdade material, a regra geral acerca da responsabilidade encontra-se nos arts. 186 e 187. O primeiro estabelece as hipóteses de responsabilidade por culpa, enquanto o art. 187 dispõe que “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

Essa regra é de fundamental importância porque inaugura uma visão diferenciada acerca da responsabilidade. O ato é reconhecido como ilícito porque seu titular o exerce *excedendo* limites que se impõem pelo *fim econômico ou social*. Trata-se de dispositivo que vem ao encontro do projeto constitucional instituído em 1988 no Brasil, segundo o qual mesmo a ordem econômica deve promover justiça social⁽⁷⁾, tendo

e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

- (6) É de pontuar que a Lei n. 7.102/1983 também refere a possibilidade de que o serviço de vigilância seja realizado por empresa especializada. Regula amplamente a atividade, exigindo fiscalização do Ministério da Justiça, mas silencia acerca da responsabilidade da empresa contratante.
- (7) Art. 170 da Constituição. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre-concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

dentre seus objetivos a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades.

A inversão clara de paradigma, passando do individualismo para o solidarismo, é o parâmetro em que se assenta a regra do art. 187 do Código Civil, que em nada confronta o princípio da proteção que informa o Direito do Trabalho, sendo, pois, com ele plenamente compatível.

Parece mesmo tranquilo afirmar que o fim social da empresa, compatível com a consolidação de justiça social no âmbito de um Estado capitalista, inclusive pela dicção expressa do art. 170 da Constituição, é empregar⁽⁸⁾. E empregar ou *reconhecer como empregado* é contratar diretamente, sem a interposição de terceiros nessa relação. O art. 170 reforça, portanto, o direito fundamental consagrado no inciso I do art. 7º da Constituição, que antes mencionamos.

Ao terceirizar a empresa se omite dessa obrigação e, com isso, deixa de contribuir para a busca do pleno emprego. Além disso, promove a desigualdade, que necessariamente se instala entre os empregados por ela diretamente contratados, e aqueles “terceirizados”. Descumpre, portanto, também a finalidade de redução das desigualdades sociais. Em resumo, age excedendo manifestamente sua finalidade econômica e social. Nota-se que sequer se discute, em tal caso, a licitude do ato de terceirizar. É certo que, diante da clareza da norma constitucional, não faltam argumentos a apontar a inconstitucionalidade de qualquer forma de interposição de terceiros na relação de trabalho.

A inconstitucionalidade da terceirização, porém, não é objeto de estudo no presente artigo e, o que é mais importante, não compromete a tese de aplicabilidade do art. 187 do Código Civil, quando do exame da responsabilidade

da tomadora diante do contrato. Em outras palavras, mesmo pressupondo-se terceirização regular, não há como escapar da circunstância de que ao fazer sua opção administrativa pela terceirização, a tomadora age excedendo manifestamente sua finalidade econômica e social, sendo, pois, responsável pela integralidade do dano que daí decorre. Comete, portanto, ato ilícito, cujas consequências extravasam o âmbito civil, atingindo diretamente a esfera trabalhista.

O Código Civil, ao tratar especificamente da responsabilidade, dispõe que quem comete ato ilícito tem obrigação de repará-lo (art. 927). No parágrafo único do art. 927, estabelece que “*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*”. Ora, se compreendermos aplicável o art. 187 do Código Civil às hipóteses de intermediação de mão de obra, teremos de considerar a incidência do parágrafo único do art. 927, na medida em que se trata de “caso especificado em lei”.

E, mesmo superando o argumento anterior, no sentido de que a tomadora excede sua finalidade social ao contratar por meio de empresa interposta, teríamos de admitir que sua responsabilidade também decorre do fato de que sua atividade implica, pela própria natureza, risco para os direitos do trabalhador. Novamente, não se trata de discutir a licitude ou a constitucionalidade da terceirização, pois mesmo considerando-a uma prática regular, é forçoso concluir haja, nessa opção administrativa, a assunção evidente de riscos, especialmente para o trabalhador, cuja mão de obra será formalmente contratada por empresa diversa daquela para quem seu trabalho reverterá.

A teoria do risco, que o ordenamento jurídico adota, amolda-se perfeitamente ao Direito do Trabalho. Vivemos num país capitalista e que, portanto, incentiva a exploração do

(8) Empregar aqui é termo utilizado em seu sentido jurídico, ou seja, de reconhecimento de vínculo de emprego, com todas as consequências jurídicas e sociais daí decorrentes.

trabalho pelo capital. A atividade econômica é, sempre, atividade de risco. E quem assume esse risco, por força de expressa disposição legal, é o empregador. O art. 2º da CLT, ao estabelecer essa responsabilidade pelo risco do negócio, acrescenta que “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”.

É certo que esse dispositivo não se refere expressamente à terceirização. E nem poderia, pois mesmo o pesadelo mais terrível dos legisladores da CLT não lhes permitiria adivinhar que décadas mais tarde a criatividade dos economistas criaria essa realidade triangular na relação de trabalho. O certo é que o § 2º do art. 2º da CLT traz uma mensagem clara: quem tem benefício com a força de trabalho assume, de forma solidária, o risco em relação às pessoas cuja mão de obra reverte em seu favor. A teoria do risco, que o Código Civil positiva em 2002, está presente, portanto, na CLT, desde 1943.

Prosseguindo o exame das regras comuns, acerca da responsabilidade, temos ainda de referir o art. 932 do Código Civil, que aponta como responsáveis pela reparação “III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. E essa responsabilidade é objetiva e solidária, como refere o art. 933 do mesmo diploma legal. Na realidade das terceirizações com as quais convivemos diariamente, parece lógica a analogia da figura do “comitente” com a da tomadora, responsável que é pelo ato de seus “serviçais ou prepostos”, figura em que se enquadra, por sua vez, a prestadora de serviços.

Por fim, o art. 942 do Código Civil estabelece a *solidariedade* como regra, para as hipóteses

elencadas no mesmo capítulo, ao dispor que “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. O parágrafo único desse dispositivo arremata que são “solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932”.

Certamente, não há necessidade de nova regra para configurar responsabilidade solidária da tomadora dos serviços na hipótese de terceirização. As regras já existem e são exaustivas. Todas apontam para uma responsabilidade solidária e objetiva. Resta, então, questionar a razão pela qual a Súmula n. 331 do TST, ao ser editada, em lugar de utilizar a expressão legal, referiu-se à responsabilidade “subsidiária”.

Importa referir que a Súmula n. 331 foi editada à luz das regras do Código Civil de 1916, já que data de 2003 e certamente é resultado do exame de processos que discutiam relações triangulares de exploração do trabalho havidas em período anterior ao da vigência do Código Civil de 2002. Isso não compromete o necessário exame das regras atuais, para sustentar juridicamente a responsabilidade da tomadora, mas evidencia o anacronismo do entendimento sumulado.

3. Responsabilidade “subsidiária”: responsabilidade solidária com benefício de ordem

A expressão adotada pelo TST, quando da edição da Súmula n. 331, certamente é oriunda do ordenamento jurídico, já que — como convém insistir — súmulas não criam novos institutos jurídicos. Poder-se-ia discutir a adoção de regra de direito comparado, pois vários são os países que já disciplinaram em lei o fenômeno da terceirização e passaram a adotar essa nomenclatura (responsabilidade subsidiária). Ocorre que nada, nas decisões que são apontadas como precedentes, ou naquelas que sucederam a edição da referida súmula, aponta nessa direção. Ao contrário, o TST

revela, inclusive em decisões mais recentes, haver utilizado por analogia regra do direito comum, mais precisamente do Código de Processo Civil.

Ao tratar da responsabilidade patrimonial, o CPC arrola contra quem pode ser direcionada a execução, do mesmo modo que o faz a Lei dos Executivos Fiscais, para a qual a CLT expressamente remete nesta fase do processo, e que será analisada posteriormente. O CPC estabelece no art. 595 que o fiador, “quando executado, *poderá nomear à penhora bens livres e desembargados do devedor. Os bens do fiador ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação do direito do credor*”. Por sua vez, o art. 596 dispõe que “o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade”. E acrescenta que “*cumpra ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito*”.

Esse é o benefício de ordem apelidado de “responsabilidade subsidiária”, ao qual o item IV da Súmula n. 331 remete. Tal constatação decorre não apenas do fato de que não existem dispositivos legais referindo-se à “subsidiariedade”, como também da constatação de que a doutrina assim denomina a responsabilidade *solidária* de dois sujeitos específicos: o sócio e o fiador. A constatação pode ser comprovada, ainda, a partir de uma breve consulta ao *site* do TST. Uma pesquisa rápida, compilando apenas decisões mais recentes, revela que o próprio TST reconhece tratar-se, a responsabilidade subsidiária prevista na súmula, de responsabilidade *solidária* com benefício de ordem, por aplicação extensiva e analógica dos dispositivos do CPC, antes reproduzidos.

No Processo n. 113040-71.1995.5.02.0060, há referência de que “a invocação do *benefício de ordem* não pode lhe socorrer, porquanto não há notícia nos autos de que tenha se desincumbido do ônus contido no § 1º do art. 596 do

CPC, aplicável, subsidiariamente, por força do art. 769 da CLT”.

Do mesmo modo, no Processo n. 94541-61.2003.5.08.0005, o Relator Ministro Vieira de Mello Filho, refere:

“Entendo, portanto, perfeitamente cabível o início da execução contra o devedor subsidiário, oportunamente, pois, no momento, repito, não há execução regularmente iniciada contra a Agravante, responsável subsidiária. Além disso, *para se valer do benefício de ordem, deve a responsável subsidiária indicar bens das principais reclamadas, livres e desembaraçados, suficientes para a garantia do débito, pela aplicação analógica do disposto no art. 596, § 1º, do CPC.*” (sem destaque no original)

Por fim, apenas para citar mais um exemplo, em decisão proferida em 28 de abril de 2010, o Ministro Horácio Senna Pires, nos autos do Processo n. 23140-58.2008.5.04.0871, ressalta que “não prospera a alegação de que inexistente base legal para a responsabilidade subsidiária, porquanto esta encontra previsão nos artigos 186 e 927 do Código Civil vigente”. Em seguida, diz ainda em seu voto que:

“Na hipótese de inadimplemento da empregadora (primeira reclamada), a tomadora dos serviços responde subsidiariamente pela satisfação dos créditos trabalhistas reconhecidos ao reclamante, independentemente de idoneidade financeira da empregadora, já que existe um *benefício de ordem* a ser observado, não alcançando a condenação o responsável subsidiário se o devedor principal satisfizer o credor. Preferindo os tomadores dos serviços a realização das tarefas que lhe são afetas mediante a contratação de empresa interposta, optando por não manter empregados para atender as necessidades permanentes dos seus empreendimentos, correm o inafastável risco de responder pelas obrigações trabalhistas que vierem a ser descumpridas pela empresa prestadora do serviço, independentemente de comprovação acerca da inidoneidade ou da inexistência de patrimônio da prestadora e ainda que seja

legal a terceirização realizada. Do contrário, sujeitar-se-ia o trabalhador, que depende do seu trabalho pessoal para a sua sobrevivência, a não receber qualquer pagamento pela força de trabalho despendida, ficando ao total desamparo jurídico, o que, além de evidentemente inadmissível, esbarra nos princípios que informam o direito do trabalho, especialmente o da tutela, mormente quando se tem presente que o princípio que orienta a presente decisão está centrado no fato de a reclamada ter se beneficiado do trabalho do reclamante para atingir seus fins, não podendo, nessa circunstância, ficar o empregado sem proteção.”

Tais decisões revelam não apenas a adoção da regra geral acerca da responsabilidade prevista no Código Civil, como também a identidade da expressão “responsabilidade subsidiária”, adotada pela Súmula n. 331, ao benefício de ordem previsto no CPC.

Daí decorrem necessariamente três conclusões: a) a Súmula n. 331 estende à tomadora, sem amparo legal, *benefício* reconhecido legalmente apenas ao sócio e ao fiador, analogia que se revela francamente contrária ao princípio da proteção; b) a subsidiariedade de que trata a súmula permite tão somente à tomadora indicar bens livres e desembaraçados, de propriedade do devedor principal, mas não autoriza nem exige o esgotamento dos atos de execução contra o empregador para que possa ser executada a corresponsável; e c) a responsabilidade subsidiária de que fala a súmula é *responsabilidade solidária com benefício de ordem*.

No próximo tópico, iremos dissecar cada uma dessas conclusões.

3.1. Os contornos e limites da responsabilidade “subsidiária”

A primeira afirmação que fizemos, de que a Súmula n. 331 estende à tomadora, sem amparo legal, benefício reconhecido legalmente apenas ao sócio e ao fiador, é de fácil constatação. O sistema jurídico escolhe dois devedores solidários e lhes beneficia com a possibilidade de

indicar bens do devedor principal. Não o faz em relação aos demais devedores solidários. Ao contrário, diz expressamente que “o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto” (art. 275 do Código Civil).

Esse dispositivo, além de tornar certa a ausência de exigência de propositura de demanda também contra o devedor solidário, deixa claro que é o credor quem escolhe contra quem direcionar sua pretensão, sem que haja, entre os devedores, qualquer hierarquia ou preferência. A única exceção é aquela contida nos arts. 595 e 596 do CPC, que beneficia o fiador e o sócio.

A extensão do benefício de ordem à tomadora implica analogia contrária ao princípio da proteção. A importação de regras não previstas na consolidação exige sua compatibilidade com o princípio que fundamenta e justifica esse ramo do direito, como reforça o art. 769⁽⁹⁾ e, mais especificamente, o art. 889⁽¹⁰⁾, ambos da CLT. Tais regras sequer seriam necessárias, bastando apenas a compreensão de que o Direito do Trabalho, e bem assim o processo, funda-se na ideia de proteção ao trabalhador. Plá Rodriguez⁽¹¹⁾, referência em termos de doutrina acerca dos princípios que informam o Direito do Trabalho, assevera que a proteção impõe ao intérprete aplicador a adoção da norma mais favorável ao trabalhador. Trata-se de pressuposto teórico até hoje inquestionável na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

(9) Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

(10) Art. 889. Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contrariem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

(11) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

Disso decorre a impossibilidade de aplicação, por analogia, de norma menos benéfica, francamente direcionada à proteção do devedor, como é o caso daquela que beneficia o fiador ou o sócio.

Ultrapassado esse argumento, temos ainda que a subsidiariedade de que trata a súmula permite tão somente à tomadora indicar bens livres e desembaraçados, de propriedade do devedor principal, mas não autoriza nem exige o esgotamento dos atos de execução contra o empregador para que possa ser executada a corresponsável. Assim, mesmo que compreendamos lícita a analogia proposta pelo TST, estendendo à tomadora benefício de ordem com o qual a lei não lhe contempla, forçoso concluir que tal benefício se limita à possibilidade de o devedor solidário (tomadora) indicar bens do empregador, para serem executados antes dos seus. Nada, portanto, autoriza a interpretação majoritária de que devem ser exauridos os atos de execução contra o empregador, para que possam ser promovidos atos dessa natureza em face da tomadora.

Por fim, a conclusão de maior relevância para este estudo é a de que a responsabilidade subsidiária de que fala a súmula é *responsabilidade solidária* com benefício de ordem. Tanto o sócio, quanto o fiador, são arrolados expressamente na legislação vigente como devedores solidários. E é na qualidade de devedores solidários, que recebem a benesse legal de poderem indicar bens da executada *principal*.

Falando claramente: responsabilidade *subsidiária* não é um instituto próprio, senão que constitui a denominação adotada para as hipóteses de responsabilidade solidária com benefício de ordem. Por consequência, a tomadora de serviços, em vista da aplicação analógica das regras trabalhistas ou daquelas previstas no Código Civil, todas já reproduzidas neste estudo, tem responsabilidade *solidária* pelos créditos do trabalhador cuja força de trabalho a beneficia. Nota-se: com ou sem benefício de ordem, a natureza da responsabilidade continua sendo solidária.

4. A (im)possibilidade de ajuizar demanda apenas em face do empregador e redirecionar a execução contra a tomadora

O item IV da Súmula n. 331 do TST, na parte que interessa especialmente a este estudo, estabelece que a tomadora tem responsabilidade subsidiária (ou seja, responsabilidade solidária com benefício de ordem), “*desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial*”.

As regras trabalhistas, passíveis de serem utilizadas por analogia, para o reconhecimento da solidariedade, seja o § 2º do art. 2º, seja o art. 455 da CLT, não exigem a presença dos responsáveis, para que os créditos sejam deles posteriormente exigidos. Nesse aspecto, importa lembrar que em relação ao grupo econômico, o TST manteve entendimento similar, por algum tempo. A Súmula n. 205 dispunha que a empresa que compõe grupo econômico com a empregadora formal só poderia sofrer execução, caso constasse no título executivo e, pois, tivesse participado da fase de cognição.

Esse entendimento jurisprudencial foi cancelado justamente pela superação da concepção de que devedores solidários devem ser chamados a responder todos juntos. É o que se extrai das decisões do TST. Numa delas, a Ministra Dora Maria da Costa, em 19 de setembro de 2012, ressalta que:

“Com relação ao pedido da União de formação de litisconsórcio passivo com empresas que formam grupo econômico com a primeira reclamada, ratificam-se os fundamentos da magistrada de origem (fl. 179), no sentido de que *tais argumentos podem ser invocados em sede de execução da sentença. Deve-se considerar que a autora escolhe contra quem deseja demandar, não havendo se falar na necessidade de formação de litisconsórcio na instrução do feito*, sobretudo em hipótese de formação de grupo econômico. Recorde-se o cancelamento da Súmula n. 205 do TST em sentido contrário.” (Processo n. TST-RR-88200-13.2009.5.04.0751.)

Na mesma data, em outra decisão proferida em sede de agravo de instrumento para que fosse recebido recurso de revista em razão de acórdão proferido em agravo de petição, o Ministro Relator Augusto César Leite de Carvalho refere haver sido mantido redirecionamento da execução contra empresa que não constava no polo passivo da demanda executiva, em razão da desconconsideração da personalidade jurídica da executada. Observa que “constatada a existência de grupo econômico (art. 2º, § 2º, da CLT), não há qualquer óbice a se proceder à inclusão no polo passivo da execução de empresa integrante, ainda que não tenha participado da relação jurídico-processual durante a fase de conhecimento” (Processo n. TST-AIRR-43500-27.2008.5.03.0132).

Outras decisões poderiam ser colacionadas. Referem-se a grupo econômico, uma das hipóteses legais em que há responsabilidade solidária entre pessoas jurídicas distintas, e ressaltam a possibilidade de promoção de atos de execução contra quem não constou no título executivo. O item IV da Súmula n. 331 do TST, nesse aspecto, promoveu uma injustificável regressão em relação ao entendimento já consolidado e que resultou no cancelamento da mencionada Súmula n. 205.

Esse retrocesso não encontra amparo no sistema jurídico. A imposição de demandar contra mais de um devedor encontra limite nas disposições contidas na legislação vigente. O CPC estabelece a possibilidade de litisconsórcio quando houver comunhão de direitos ou de obrigações, quando os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito, quando houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir ou quando ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito (art. 46). Diz, ainda, que será necessário o litisconsórcio apenas quando “*por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo*” (art. 47).

Nesse sentido, Darci Guimarães Ribeiro menciona que a pretensão de direito material tem relevância para o estudo do processo, porque determina o ônus da prova e os limites da coisa julgada. Se em cada processo há uma só pretensão de direito material, a resposta (tutela jurisdicional) será necessariamente única, ainda que haja pluralidade de sujeitos ou de pedidos. Do contrário, havendo várias pretensões, várias serão as tutelas prestadas, vale dizer, o resultado poderá ser diferente para cada parte⁽¹²⁾.

No caso da responsabilidade que decorre da terceirização, é tranquilo afirmar que a solução do litígio não terá de ser igual para as reclamadas. O Juiz pode reconhecer a responsabilidade por um período inferior ao contrato, pode reconhecer obrigações exclusivas do empregador e pode, ainda, rejeitar a pretensão em relação à empresa apontada como tomadora. Trata-se, pois, de litisconsórcio facultativo.

O trabalhador tem uma relação jurídica de emprego com o empregador direto e uma relação jurídica obrigacional com o tomador, porque a Lei lhe impõe a responsabilidade pela satisfação dos créditos decorrentes daquele vínculo de emprego, de cuja mão de obra se beneficiou, como já salientamos. As relações jurídicas não se confundem e, por isso mesmo, estamos diante de típico caso de litisconsórcio facultativo⁽¹³⁾.

(12) RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: J. M. Bosh Editor, 2004. p. 62. Diz o autor: “¿La pretensión material, además de tener relevancia para el derecho privado, en lo que se refiere a la prescripción, como más adelante estudiaremos, también tiene una especial relevancia para el proceso, principalmente para la carga de la prueba y la cosa juzgada v. g. así, cuando hay una pluralidad de sujetos activos o pasivos existe una sola pretensión o una pluralidad de pretensiones? [...] admitir la existencia de una pluralidad en cuanto a los créditos e deudas solidarios, y, por el contrario, que se trata de una sola pretensión en los créditos y deudas en mano común.”

(13) Nesse sentido: “Há, também, litisconsórcio facultativo passivo, no caso de ação proposta contra devedores solidários: pode ser proferida sentença condenatória apta a produzir resultado prático, ainda que contra

Isso se torna ainda mais claro, quando percebemos que é na fase de execução que o CPC aponta contra quem poderão ser promovidos atos executórios. No mesmo sentido, a LEF — Lei n. 6.830/1980, quando trata da execução de título fiscal, estabelece em seu art. 4º que “a execução fiscal poderá ser promovida contra: I – o devedor; II – o fiador; III – o espólio; IV – a massa; V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e VI - os sucessores a qualquer título”.

Há previsão expressa de que o reconhecimento de responsabilidade extraordinária se dá na fase de execução, sem a necessidade de que os responsáveis tenham participado da fase de cognição. Tanto o art. 592 do CPC quanto o art. 4º da LEF estão afinados com a previsão legal de que a solidariedade constitui, em regra, hipótese de litisconsórcio facultativo.

Essa compreensão decorre do pressuposto de que o legitimado extraordinário para a execução será sempre alguém que, embora não tenha participado diretamente do processo, é “parte na lide”, em razão da relação jurídica que mantém com o devedor. Esse é o caso do sócio, do fiador, do sucessor e da tomadora, que se enquadra perfeitamente no item V do rol do art. 4º antes reproduzido.

Nessa qualidade, o “terceiro” que não participou da ação de conhecimento se sujeita à *res judicata* já formada entre as partes originárias do processo, sempre que chamado, porque responsável, a adimplir, com seu patrimônio, a dívida reconhecida em favor do exequente⁽¹⁴⁾.

um só dos devedores solidários.” (TESHEINER, José Maria. Autoridade e eficácia da sentença — Crítica à teoria de Liebman. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 03, p. 16, jan./fev. 2000.)

- (14) Trata-se do que a doutrina denomina efeitos reflexos da coisa julgada, que se operam sobre terceiros, ainda que as partes não os desejem ou pretendam evitá-los. Caracterizam-se como efeitos que justificam a intervenção no processo, sob a forma de qualquer das modalidades de intervenção, pois incidem sobre as pessoas juridicamente interessadas na solução do conflito.

A partir do momento em que passa a integrar o polo passivo da demanda executiva, esse “terceiro responsável” passa à condição de parte e, como tal, terá garantida a ampla defesa e o contraditório, mediante manejo dos embargos à execução, se desejar.

É importante salientar que a possibilidade de responsabilizar quem a princípio não figura na relação de direito processual é compreendida na exata medida em que se tem em mente um conceito de “parte do litígio”⁽¹⁵⁾. Antonio Carlos de Araújo Cintra, ao tratar dos limites subjetivos da coisa julgada, analisando os termos do art. 472 do Código de Processo Civil, refere que:

“a palavra parte não está na Lei no seu sentido de sujeito do contraditório no processo, mas indica os sujeitos da relação litigiosa (...) esse entendimento permite a aplicação, sem maiores dificuldades, da regra explicitada pelo art. 472, à coisa julgada formada tanto nos casos de legitimação ordinária como naqueles de legitimação extraordinária.”⁽¹⁶⁾

Do mesmo modo, José Maria Tesheiner⁽¹⁷⁾ menciona a hipótese em que é reconhecida a existência de uma relação jurídica de emprego entre A e B, oponível ao INSS, ainda que não tenha figurado como parte no processo. O INSS não sofreria, em tal caso, o efeito da coisa julgada, mas teria certamente de respeitar a declaração contida na sentença, não podendo

- (15) Os autores diferenciam entre *terceiros interessados* e *terceiros indiferentes*, classificando os primeiros como aqueles que detêm interesse jurídico na solução do litígio, porque possuem alguma relação jurídica conexa ou dependente daquela discutida nos autos (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 638).

- (16) O autor cita como exemplo a hipótese de substituição processual, em que alguém que não figura como ‘sujeito do contraditório do processo’, é diretamente atingido pela coisa julgada. (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 305).

- (17) TESHEINER, José Maria. Autoridade e eficácia da sentença — Crítica à teoria de Liebman. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 03, p. 16 e seguintes, jan./fev. 2000.

desconhecer a realidade de que existe um contrato de emprego entre A e B⁽¹⁸⁾.

O devedor solidário é, desde o início, parte no sentido de sujeito do litígio, pois mantém relação de responsabilidade com o trabalhador. É por isso que o art. 77 do CPC, por exemplo, diz ser admissível o chamamento ao processo “*de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum*”. A faculdade outorgada pelo ordenamento jurídico, ao credor trabalhista, de escolher contra quem pretende dirigir sua pretensão, não pode evidentemente implicar prejuízo, impedindo-lhe qualquer acesso ao devedor solidário, em fase posterior da contenda. O raciocínio invertido e contrário ao ordenamento, expresso no item IV da Súmula n. 331 do TST, transforma em necessário, um litisconsórcio que a Lei expressamente considera facultativo.

Ovídio Baptista refere, com acerto, que as hipóteses de legitimação extraordinária para a execução demonstram a necessária revisão do conceito de “parte” e de “terceiro”. Em algumas hipóteses, a lei franqueia a possibilidade de intervenção de terceiros, na fase de conhecimento, mas não obsta o redirecionamento da execução contra os bens do responsável, mesmo quando tal intervenção não tenha se efetivado⁽¹⁹⁾, porque verifica hipóteses em que esses terceiros eram (desde sempre) sujeitos do litígio – ou seja – tinham interesse jurídico e responsabilidade pela solução do conflito.

(18) Desse modo, aduz o Professor Tesheiner, a doutrina de Liebman penetrou na jurisprudência, “decidindo-se que o tempo de serviço reconhecido pela Justiça do Trabalho, em procedimento contencioso, com produção de provas, sentença de mérito e sua confirmação pela instância revisora, não pode ser desprezado pela Previdência Social” (*Idem*).

(19) É o caso do fiador. A Lei estabelece sua responsabilidade solidária, ainda que por vezes com benefício de ordem, e autoriza seu chamamento ao processo. Entretanto, mesmo não tendo sido realizado tal chamamento, há expressa disposição legal autorizando a persecução dos bens do fiador, em sede de execução (arts. 818 e seguintes do CC e 592 a 595 do CPC).

Luiz Guilherme Marinoni assevera, nesse aspecto, que os terceiros juridicamente interessados, que não forem parte no processo, “podem ser alcançados pelos efeitos reflexos da sentença”⁽²⁰⁾. Do mesmo modo, Luiz Fux afirma que “há terceiros que não as partes, e que ficam sujeitos ao julgado”⁽²¹⁾ e cita como exemplo a hipótese de legitimação extraordinária em que o dito terceiro, “malgrado não atue como parte, é sujeito da lide”⁽²²⁾.

O art. 275 do Código Civil, já reproduzido, também não deixa dúvida de que ao credor compete escolher contra quem dirige sua pretensão cognitiva. Em seu parágrafo único ainda ressalta que “*não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores*”.

A previsão legal está afinada com a doutrina de Carnelutti, para quem a eficácia da decisão se opera em face do litígio deduzido no processo. Assim, “se a autoridade da coisa julgada se referir apenas a pessoas determinadas, isso deriva exatamente do fato de que estas são os sujeitos do litígio”⁽²³⁾, ainda que não constem como autor ou demandado. Em outras palavras, devemos deslocar o raciocínio, no que diz com os limites da coisa julgada, para o objeto do processo: a pretensão deduzida em juízo. É a pretensão que irá definir não apenas os limites objetivos, como também os limites subjetivos da coisa julgada. As pessoas diretamente envolvidas no litígio serão atingidas pela coisa julgada, ainda que de modo reflexo, quando não figurarem no polo passivo desde a fase de conhecimento.

Carnelutti ressalta que “não é raro que as pessoas sujeitas a coisas julgadas sejam diferentes

(20) *Op. cit.*, p. 639. Marinoni coloca a palavra “terceiro” entre aspas, justamente porque manifesta o entendimento de que tais pessoas estão de certo modo envolvidas no conflito de interesses.

(21) FUX, Luiz, *op. cit.*, p. 833.

(22) *Idem*.

(23) CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 427.

das que conduziram o processo”⁽²⁴⁾, havendo necessidade de distinguir entre o conceito de *parte em sentido material* e de *parte em sentido formal*. Enquanto o sujeito em sentido material é aquele cujo interesse substancial está em jogo, o sujeito em sentido formal se identifica com aquele que figura como parte no processo⁽²⁵⁾. Dessa sorte, “quem aparece como terceiro não o é, porque o que acontece é que seu litígio foi deduzido no processo por meio da ação de pessoas distintas”⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾.

Assim, há pessoas que, sendo parte no litígio evidenciado no mundo dos fatos, não compõem o processo. E tais pessoas são partes no litígio justamente porque o credor possui pretensão de direito material a ser dirigida contra elas, cuja exigência pode ser realizada no processo de execução, com inversão do contraditório, como autoriza o art. 4º da LEF. Esse é o caso das responsáveis em razão de sua condição de tomadora dos serviços do autor da demanda trabalhista. Bem por isso, eventual demanda trabalhista proposta e discutida entre empregado e empregador, da qual resultasse título executivo, tornaria desnecessário o ajuizamento de nova ação para obtenção de declaração de responsabilidade da tomadora. A responsabilidade teria de ser buscada e reconhecida nos autos da mesma demanda, na fase de execução. Não apenas na concepção clássica de Carnelutti⁽²⁸⁾, mas também à luz do nosso

ordenamento jurídico, lide é conceito atrelado à noção de processo⁽²⁹⁾.

As questões colocadas no processo correspondem àquelas alegações e defesas pertinentes, deduzidas pelas partes e que conformam o litígio, de modo que “se é correto dizer que os motivos ainda que importantes não fazem coisa julgada (art. 469), não é menos certo afirmar que o dispositivo se há de entender e dimensionar em razão desses motivos, tanto que o legislador os considera importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”⁽³⁰⁾.

Desse modo, o fundamento da demanda e os fatos que a legitimam implicam um exame jurisdicional que não poderá ser refeito em nova ação de conhecimento, sob pena de resultar decisão conflitante. Em outras palavras, a pretensão em relação ao empregador e em relação à tomadora, embora diversas, estão imbricadas. A primeira precisa ser discutida mediante cognição, para que daí resulte um título passível de execução. A segunda diz diretamente com a fase de execução (com o momento do pagamento, da satisfação do crédito) e deve aí, nos autos da mesma ação trabalhista, ser enfrentada.

Hoje, por força do que estabelece o item IV da Súmula n. 331 do TST, os juízes exigem a presença da tomadora, desde o início da demanda. A discussão que a tomadora travará nos autos, porém, necessariamente se restringirá à existência ou não de responsabilidade, e sua extensão. Vale dizer, o verdadeiro terceiro que toma serviços por intermédio de empresa interposta sequer tem condições de discutir matérias afetas a um contrato (de emprego)

interesses qualificado por uma pretensão insatisfeita’ (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. v. I, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 34). Com isso já intuem o que apenas em 2005 o direito brasileiro reconhece: que existe um só processo, que inicia com a provocação do Estado e termina com a satisfação da pretensão.

(29) BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 114.

(30) *Ibidem*, p. 134.

(24) *Ibidem*, p. 428.

(25) Interessa observar que tais afirmações vão ao encontro do conceito de pretensão de direito material, cuja existência é negada pela doutrina clássica, lastreada justamente no conceito de lide, forjado por Carnelutti.

(26) *Ibidem*, p. 429.

(27) Também é nesse sentido o entendimento de Egas Muniz de Aragão, segundo o qual “a noção de parte pode ultrapassar a de litigante relativamente a quem venha a assumir a posição de sujeito da relação material”. (ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992. p. 296).

(28) Para Carnelutti, lide é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Ovídio Baptista refere que tanto Carnelutti quanto os seus seguidores, acabam por admitir uma pretensão relacionada ao processo de execução, identificada como ‘conflito de

do qual não participou. Uma vez chamada na fase de execução, a coisa julgada havida entre o empregado e o empregador deverá ser respeitada pela tomadora. Por consequência, a matéria passível de ser por ela dirimida limita-se, também nessa hipótese, à responsabilidade e as suas decorrências, ou seja, nada diferencia a posição processual da tomadora perante o autor, seja quando demandada desde o início, seja quando chamada a responder na fase de execução.

5. Algumas conclusões

Do breve estudo realizado, percebe-se com nitidez o descompasso entre a orientação jurisprudencial vertida no item IV da Súmula n. 331 do TST e as disposições contidas no ordenamento jurídico vigente. A responsabilidade da tomadora decorre de lei, seja por aplicação analógica das disposições trabalhistas, seja por expressa previsão do Código Civil, quando trata dos fins econômicos e sociais e quando alberga a teoria do risco.

Essa responsabilidade, sob qualquer ângulo de análise, é solidária. O benefício de ordem, que o mesmo item da referida súmula estende (em manifesto desrespeito ao princípio da proteção) aos tomadores de serviço, nada mais é do que uma benesse legal alcançada a devedores solidários, notadamente ao sócio e ao fiador.

E esse benefício de ordem, que a súmula apelida de responsabilidade subsidiária, permite apenas que o devedor solidário indique bens livres e desembaraçados, pertencentes ao devedor principal, para que sejam executados antes dos seus. Nada no sistema jurídico brasileiro conforta a interpretação jurisprudencial de que devam ser esgotados atos de execução contra o empregador, para que atos de mesma natureza possam ser promovidos contra a tomadora.

Por fim, o reconhecimento de que a solidariedade desafia, em regra, litisconsórcio passivo facultativo, competindo ao credor escolher

entre demandar desde logo contra o devedor principal e o solidário, ou apenas contra o primeiro, faz concluir seja possível e adequado o redirecionamento da execução contra a tomadora que *não constou no polo passivo da demanda, na fase de cognição*.

Essa possibilidade, autorizada pela plenitude do sistema jurídico, como procuramos demonstrar, não fere o contraditório ou a ampla defesa, garantidos mediante manejo de embargos à execução. Tal circunstância, embora cause tanta polêmica em se tratando de tomadores de serviço, é desde sempre aceita com tranquilidade pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, quando os legitimados extraordinários, chamados apenas na fase de execução, são sucessores, sócios ou empresas pertencentes ao grupo econômico da empregadora. Nada diferencia a situação desses, daquela experimentada pela tomadora dos serviços. A resistência em conferir efetividade ao processo, exigindo a presença da tomadora desde a fase de conhecimento, parece, portanto, decorrer de uma cultura de proteção ao devedor, que mesmo o CPC já está abandonando.

Persistir no retrocesso representado pelo item IV da Súmula n. 331, ao contrário do que se pode a princípio imaginar, causa prejuízo direto e irreversível a uma gama significativa de trabalhadores, além de comprometer toda a evolução doutrinária e jurisprudencial acerca da noção de processo e de suas funções.

A terceirização abunda em setores como o do serviço público, o bancário e o de telefonia. Nessas hipóteses, é extremamente comum que as prestadoras de serviço se sucedam nos contratos mantidos com a tomadora. Mais comum ainda é que os trabalhadores da prestadora cujo contrato se extinguiu, permaneçam trabalhando no mesmo ambiente, por intermédio da nova contratante. Em tais casos, permanecem laborando no mesmo local, sob ordens diretas da mesma pessoa, via de regra empregado ou funcionário da tomadora dos serviços.

Em hipóteses como essas, há justificável receio de perda do posto de trabalho, a criar temor razoável que impede o trabalhador de ajuizar demanda trabalhista também em face da tomadora. O título que obtém contra o empregador, porém, via de regra, resulta inócuo, pois não raros são os casos em que as prestadoras não possuem qualquer patrimônio com o qual possam satisfazer os créditos alimentares.

A exigência ilegal contida no item IV da Súmula n. 331 do TST, portanto, mais do que desafiar o sistema jurídico, gera prejuízos, de ordem prática e de caráter irreversível, aos trabalhadores para os quais o Poder Judiciário Trabalhista deve proteção, sua razão mesma de existência.

6. Referências bibliográficas

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. IV.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. *A vida do espírito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Classic Book, 2000.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). *Execução trabalhista*. Estudos em homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen. São Paulo: LTr, 2002.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. v. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 52, n. 320, jun. 2004.

MALLET, Estêvão. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELES, Edilton. A função do título executivo e a legitimidade na execução. *Revista LTr*, São Paulo, n. 64-05, maio 2000.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. A Fraude na Formação do Contrato de Trabalho — terceirização e cooperativas de mão de obra. *Revista da Justiça do Trabalho*, São Paulo, ano 18, n. 213, set. 2001.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Legitimidade *ad causam* na execução. *Revista Genesis*, Curitiba, n. 20 (117), set. 2002.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *A execução na justiça do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. Tomo V. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Disregard Doctrine*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 410, dez. 1969.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: J. M. Bosh Editor, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. Aspectos do processo de execução trabalhista à luz da Lei n. 6.830. *Revista LTr*, São Paulo, n. 45-9/1041, 1981.

SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1973.

SOUTO DE OLIVEIRA, Marcelo Augusto. Terceirização: avanço ou retrocesso? *Revista da Justiça do Trabalho*, n. 253, São Paulo: HS Editora, ano 22, ago. 2005.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. *Revista Justiça do Trabalho*, n. 249, São Paulo: HS Editora, ano 21, set. 2004.

_____. Implicações da terceirização no processo do trabalho: legitimidade, condenação solidária ou subsidiária e intervenção de terceiros. *Revista Justiça do Trabalho*, HS Editora, n. 191, ano 16, nov. 1999.

TESHEINER, José Maria. Autoridade e eficácia da sentença — Crítica à teoria de Liebman. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 03, jan./fev. 2000.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

Considerações acerca do ato de dispensa dos empregados de sociedades de economia mista

José Mário Porto Neto^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo pretende instigar uma nova perspectiva ao debate envolvendo a demissão dos empregados das sociedades de economia mista que, embora sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não apenas fazem parte da Administração Pública como necessitam respeitar os mandamentos e princípios constitucionais e a disciplina administrativista, e à luz de um novo enfoque se almeja adicionar novos elementos à já intensa contenda doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave:

- ▶ Sociedade de economia mista — Dispensa.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Breves considerações sobre as sociedades de economia mista e sua disciplina constitucional
- ▶ 3. Da sujeição das sociedades de economia mista ao princípio da motivação dos atos administrativos
 - ▶ 3.1. Da sujeição das sociedades de economia mista aos princípios do direito administrativo
 - ▶ 3.2. Da sujeição das sociedades de economia mista ao princípio da motivação dos atos administrativos
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

Mesmo após o transcurso de mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, a dispensa

dos servidores públicos, em sua acepção lata, vem sendo matéria extremamente tormentosa. Em meio a avanços e a retrocessos, a doutrina, a jurisprudência e até o constituinte derivado

(*) Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Pós-Graduado e Especialista em Direito

Material do Trabalho pela ESMAT 13. Advogado. E-mail: <josemario@portoemaia.adv.br>.

não conseguem uniformizar o pensamento, de modo que a completa discrepância de opiniões tornou-se a fotografia do atual estágio jurídico sobre o tema. Maior percalço existe ainda quando se trata do processo de demissão dos trabalhadores das sociedades de economia mista, haja vista suas circunstâncias peculiares e absolutamente *sui generis*.

Entrementes, o sistema constitucional brasileiro, inserido em um mundo atual marcado pela instantaneidade das informações, de globalização dos problemas, das crises, das soluções, das relações de trabalho, não pode encontrar tamanha leniência na uniformização, ao menos jurisprudencial, da questão.

Sem embargo da verdade, também é de se destacar que, estando o Brasil inserido na época da velocidade da informação, com o homem contemporâneo seguindo conceitos padronizados, verdades compartilhadas e soluções divididas, é necessário também garantir aos trabalhadores uma postura mais leal e escoreita de seus empregadores, permitindo o direito de informação sobre os motivos de determinada prática ou as razões daquela atuação, especialmente quando se trata de um ente integrante do aparato estatal.

Com efeito, não se pode permitir que os avanços constitucionais trabalhistas fiquem aprisionados aos séculos passados, segregados das hodiernas conquistas legais, em especial, nas searas consumeristas, ambientais e até processuais, mormente porque, no que tange às empresas públicas, há um extraordinário enlaçamento entre direito do trabalho clássico e disciplina administrativista, cada qual ao seu turno, determinantes à garantia de conquistas.

Neste sentido, por essas vicissitudes decisórias em meio a um amálgama de interesses, talvez o único caminho que reste seja repensar as atuais balizas, fincadas principalmente pelo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, por meio da OJ n. 247 da SBDI-1, as quais resultam em uma conclusão, *data maxima venia*, superficial e não condizente com o espírito constitucional vigente.

Sem receio, aspira-se com o presente adicionar novos elementos à discussão e quiçá levar-se a um novo pensar sobre o tema, posto que, na lição de Luís Roberto Barroso, “a ordem jurídica não é mero retrato instantâneo de uma dada situação de fato, nem o Direito uma ciência subalterna de passiva descrição da realidade” (2010, p. 220).

2. Breves considerações sobre as sociedades de economia mista e sua disciplina constitucional

As sociedades de economia mista constituem uma espécie jurídica autônoma inerente ao gênero empresas estatais, que, apesar de possuírem, em sua constituição, participação decisiva da Administração Pública, podem, ante permissivo expresso da Constituição da República, atuar diretamente na economia, com exploração de atividade econômica e/ou prestação de serviço.

Nesse sentido, as empresas estatais constituem ente híbrido, cuja vinculação com a Administração Pública é inegável, à luz, por exemplo, das próprias diretrizes constitucionais, tais como a necessária fiscalização pelo Estado e pela sociedade (art. 173, § 1º, I), o processo de licitação e a observância dos princípios administrativos na contratação pública (art. 173, § 1º, III), dentre vários outros. Contudo, por outro lado, por força da Carta Maior, também se sujeita expressamente ao regime das pessoas jurídicas de direito privado, notadamente no que toca às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias (art. 173, § 1º, II).

A esse respeito, é extremamente oportuno trazer a lição do prof. Hely Lopes Meirelles, que assim sintetiza, com primor, a função das empresas estatais no ordenamento pátrio (2008, p. 364):

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

Ou seja, já de posse da abalizada opinião supratranscrita, observa-se facilmente que, apesar da forma adotada pela Constituição Federal ter sido da personalidade jurídica equivalente às de direito privado, não se pode adotar uma interpretação isolada e desconsiderar todo o espectro normativo constitucional.

Deve sempre ser levado em consideração que, se, de um lado, o constituinte originário impôs a sujeição ao “regime jurídico próprio das empresas privadas”, no item exatamente seguinte, impôs diferenciação a esse quadro anterior, ao estipular a oportuna necessidade de utilização do certame licitatório.

Aliás, o caráter *sui generis* extremado, com sujeição ao regramento do direito público, é pontuado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao relembrar que “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” (2006, p. 418).

Em verdade, não é recomendável partir-se de conclusões simplistas quando a matéria relaciona-se ao interesse público (e, por óbvio, à Administração Pública), sendo preferível analisar, sistemática e teleologicamente, a essência do instituto, visto que “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer

circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela” (Grau, 1997, p. 176).

Com efeito, também é de se destacar que a Constituição Federal, ao enumerar os princípios da Administração Pública, faz questão de realçar, no art. 37, que estes se aplicam aos entes diretos e indiretos de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Adicione-se, ainda, a proibição de ultrapassagem do teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da Constituição da República, que a própria jurisprudência trabalhista tem reconhecido como limite à percepção salarial dos trabalhadores das sociedades de economia mista, porquanto integrantes da Administração Pública em sua acepção completa.

Portanto, não há sombra de dúvida que, a despeito da sujeição ao “regime jurídico próprio das empresas privadas”, as empresas estatais, por força da própria Carta Magna, não são uma “ilha de imunidade” em meio à Administração Pública, devendo respeitar grande parcela dos mandamentos e dos princípios inerentes à atividade administrativa, valores esses que preponderam à própria noção de direito privatista.

Inclusive, é extremamente necessário trazer à baila o arremate do prof. Celso Antônio Bandeira de Mello acerca das sociedades de economia mista: “a personalidade de Direito Privado que as reveste não passa de um expediente técnico cujo préstimo adscrive-se, inevitavelmente, a certos limites.” (2010, p. 195)

3. Da sujeição das sociedades de economia mista ao princípio da motivação dos atos administrativos

3.1. Da sujeição das sociedades de economia mista aos princípios do direito administrativo

Em meio a este emaranhando de circunstâncias excepcionais, próprios de um instituto absolutamente *sui generis*, cujas características mais marcantes são importadas de campos

opostos, situa-se a sociedade de economia mista, dicotomicamente empresa estatal, mas com personalidade própria das empresas privadas.

Entrementes, a despeito de sua natureza anômala, as empresas estatais guardam, conforme exposto, maior proximidade à Administração Pública, notadamente se observarmos o próprio regramento constitucional em sua interpretação aprofundada, além do interesse público preponderante, já que há participação estatal.

Justamente à luz desse prisma, a sociedade de economia mista deve, necessariamente, respeitar os postulados administrativistas, mesmo que, em matéria de relacionamento com seus trabalhadores, a regência provenha da CLT.

Aliás, a opinião doutrinária de escol defende a confluência das normas trabalhistas e administrativas no âmbito das empresas estatais, como sustenta, com propriedade, Ney José de Freitas:

“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.”

No mesmo sentido, é a lição de Toshio Mukai (2004, p. 225), para quem o regime administrativo se impõe em razão da missão jurídica afeita às entidades que não podem se eximir de suas obrigações constitucionais.

Em verdade, a carga de submissão das empresas estatais aos postulados do direito público-administrativo é inegável e se faz sentir em praticamente todos os momentos. Basta citar, preliminarmente, que a própria criação da empresa estatal traz consigo, de modo contíguo, as regras públicas, especialmente porque sua instituição depende de prévia aprovação mediante lei. Não fosse já suficiente, deve obrigatoriamente respeitar suas finalidades e seus objetivos, devendo, inclusive, manter-se

em conveniência ao interesse coletivo que a fez surgir, consoante adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 417).

Ademais, acrescente-se que, por força normativa constitucional, depende também de autorização legislativa específica a criação de qualquer subsidiária ou participação da empresa estatal no campo das sociedades privadas.

Vale a pena enfatizar, ainda, agora com relação ao próprio funcionamento das sociedades de economia mista, que a Constituição da República foi peremptória ao determinar a observância da admissão dos servidores exclusivamente por meio do concurso público, não sendo o caso de se eximir as empresas estatais da regra estampada no art. 37, II, apenas porque submetidas ao “regime jurídico próprio das empresas privadas”, no tocante às obrigações trabalhistas, conforme aponta José Afonso da Silva (2005, p. 710).

Sobre a necessidade imperiosa de realização do concurso público para investidura no trabalho em tais empresas, até o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de assentar, há muito, o que segue:

“EMENTA: CARGOS e EMPREGOS PÚBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA e FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público e princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas a regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito

Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o exposto no art. 173, § 1º. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição”. (MS 21322/DF, rel. Min. Paulo Brossard, j. 3.12.1992. Publ. DJ 23.4.1993, vol. 01700-04, p. 00593.)

Novamente ratificou tal posicionamento, ao apreciar o AI n. 680939, cuja relatoria coube ao Ministro Eros Grau:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONCURSO PÚBLICO. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS. SALDO DE SALÁRIO.

1. Após a Constituição do Brasil de 1988, é nula a contratação para a investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. Tal contratação não gera efeitos trabalhistas, salvo o pagamento do saldo de salários dos dias efetivamente trabalhados, sob pena de enriquecimento sem causa do Poder Público. Precedentes.

2. A regra constitucional que submete as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas — art. 173, § 1º, II da CB/88 — não elide a aplicação, a esses entes, do preceituado no art. 37, II, da CB/88, que se refere à investidura em cargo ou emprego público.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 680939 AgR/RS, rel. Min. Eros Grau, j. 27.11.2007. Publ. DJe 1º.2.2008, vol. 02305-29, p. 6.444.)

Destaque-se, ainda, a total aplicabilidade às empresas estatais do teto remuneratório constitucional estampado no art. 37, inciso XI, vedando a percepção de vencimentos em patamares superiores aos subsídios dos ministros da Excelsa Corte Brasileira. Inclusive, no que tangencia este ponto, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio de sua Seção de Dissídios Individuais I, editou a Orientação Jurisprudencial n. 339 que assenta, de modo taxativo:

“339. TETO REMUNERATÓRIO. EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ART. 37, XI, DA CF/1988 (ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/98).” DJ 4.5.2004.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista estão submetidas à observância do teto remuneratório previsto no inciso XI do art. 37 da CF/1988, sendo aplicável, inclusive, ao período anterior à alteração introduzida pela Emenda Constitucional n. 19/1998.

Afora tais características extremamente peculiares e que já deixam inúmeros indícios da absoluta sujeição das sociedades de economia mista aos princípios do Direito Administrativo, a Carta Magna ainda arremata, ao impor a necessidade de averiguação e análise, por parte dos Tribunais de Contas, dos balanços financeiros, dos gastos, das despesas e da avaliação patrimonial, além da legalidade dos atos de admissão nas sociedades de economia mista. Esclareça-se, por absolutamente necessário, que essa questão também já se encontra totalmente superada pelo Supremo Tribunal, consoante notícia o seguinte precedente:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: FISCALIZAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. ADVOGADO EMPREGADO DA EMPRESA QUE DEIXA DE APRESENTAR APELAÇÃO EM QUESTÃO RUMOROSA.

I – Ao Tribunal de Contas da União compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (CF, art. 71, II; Lei n. 8.443, de 1992, art. 1º, I).

II – As empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estejam sujeitos ao regime celetista.

III – Numa ação promovida contra a CHESF, o responsável pelo seu acompanhamento em juízo deixa de apelar. O argumento de que a não-interposição do recurso ocorreu em virtude de não ter havido adequada comunicação da publicação da sentença constitui matéria de fato dependente de dilação probatória, o que não é possível no processo do mandado de segurança, que pressupõe fatos incontrovertidos.

IV – Mandado de segurança indeferido.” (MS 25092/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 10/11/2005. Publ. DJ 17.3.2006, vol. 02225-03, p. 00407.)

Na mesma linha de raciocínio, insere-se recente acórdão a seguir transcrito:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. FISCALIZAÇÃO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: POSSIBILIDADE. ART. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. OFENSA INDIRETA. MATÉRIA DEPENDENTE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF N. 279.

1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que as sociedades de economia mista sujeitam-se à fiscalização pelos Tribunais de Contas. 2. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que as alegações de ofensa a incisos do art. 5º da Constituição Federal — legalidade, prestação jurisdicional, direito adquirido, ato jurídico perfeito, limites da coisa julgada, devido processo legal, contraditório e ampla defesa —, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição.

3. É inadmissível recurso extraordinário no qual, a pretexto de ofensa a princípios constitucionais, pretende-se o reexame de legislação infraconstitucional, dado o óbice da Súmula STF 279.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 356209 AgR/GO, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 1º.3.2011. Publ. DJe 25.3.2011, vol. 02489-02, p. 00342.)

Ademais, é inteiramente indene de dúvida que os diretores das sociedades de economia mista devem respeitar a probidade e a moralidade com o trato da coisa pública, ficando, inclusive, sujeitos às sanções, tais como suspensão dos direitos políticos, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao Erário Público, nas hipóteses de comprovada improbidade.

Ora, seja pelo juízo de valor da doutrina administrativista mais gabaritada, seja pelos pronunciamentos, dos mais distintos, emanados pelo Supremo Tribunal Federal, último bastião na interpretação da Constituição da República, constata-se que as empresas estatais devem obediência integral aos postulados e aos princípios da Administração Pública. Repita-se que, se da própria Lei Maior, constata-se peremptoriamente a sujeição das empresas estatais aos mandamentos públicos, não é vão que se impõe a realização dos concursos públicos para admissão de pessoal, a fiscalização pelos Tribunais de Contas, a submissão aos limites de percepção de vencimentos e, ainda, como adverte taxativamente Uadi Lammêgo Bulos, a premente necessidade de procedimento licitatório para contratação de obras, serviços, alienações, exatamente *ipsis litteris* às entidades públicas em sentido estrito (2009, p. 1.263).

3.2. Da sujeição das sociedades de economia mista ao princípio da motivação dos atos administrativos

Por todo o exposto anteriormente, em que pese ser a sociedade de economia mista uma entidade diferenciada, cuja personalidade jurídica assume traços do regime próprio das empresas privadas, deve obrigatoriamente respeitar os princípios administrativistas, sendo certo que a *Lex Mater*, em múltiplas oportunidades, determinou textualmente essa sujeição.

A bem da verdade, é oportuno o desfecho dado por Carlos Ari Sunfeld, ao asseverar que a inserção das empresas estatais no domínio econômico privado cinge-se à proibição de obtenção das prerrogativas públicas, nunca para lhes eximirem das obrigações (1995, p. 395)

Por essa razão, torna-se evidente concluir que o ato de dispensa do trabalhador concursado, integrante do quadro efetivo das sociedades de economia mista, deve, necessariamente, ser ato motivado, visto que se trata de um ato administrativo, e, como tal, o administrador deve expor as razões pelas quais pretende rescindir aquele contrato de trabalho, ao passo que manterá outros tantos em vigência.

Com efeito, na esteira dos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro, motivo é elemento indissociável ao ato administrativo, responsável por conferir pressuposto de fato, conjunto de circunstâncias e elementos pontuais e, ainda, fundamento de direito, o alicerce normativo que leva a Administração a praticar tal ato (2006, p. 82).

Observa-se que a ideia de motivação é imanente ao Texto Constitucional, no que tange aos atos administrativos e até judiciais. A propósito, da dicção expressa do art. 93, inciso X, observa-se a diretriz assinalando que “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas”. Claramente, é imposição não apenas ao Poder Judiciário, enquanto praticante de ato administrativo típico, mas sim é exigência genérica e abrangente a toda a Administração Pública.

Outrossim, vale a pena destacar que é a motivação do ato administrativo o que permite sua completa análise de validade, tanto pela própria Administração Pública, já que lhe é assegurado o princípio da autotutela (Dallari, 1999, p. 69), assim como por eventual averiguação jurisdicional.

Nesse diapasão, é relevante lapidar a preleção de Lucia Valle Figueiredo, acerca do tema (2001, p. 51-52):

“Assinale-se que é imprescindível a motivação da atividade administrativa (embora muitos autores neguem, asseverando, equivocadamente, ser a motivação obrigatória, apenas e tão somente, quando texto de lei expressamente a previr). Não se concebe possa a Administração permitir a alguns o que

nega a outros, sem qualquer motivação. Tal proceder não é abrigado pelo ordenamento jurídico. Muito pelo contrário: é rejeitado. E só pode ser assim mesmo, em face da já antes afirmada possibilidade de controle judicial da atividade administrativa. A motivação, como forma de controle da atividade administrativa, é de extrema importância. Aqui lembro frase feliz de Bentham, citada por Michelle Taruffo: *‘good decisions are such decisions for which good reasons can be given’* (*‘boas decisões são aquelas decisões para as quais boas razões podem ser dadas’*). [...]. A motivação atende às duas faces do *due process of law*: a formal — porque está expressa no texto constitucional básico; e a substancial — sem a motivação não há possibilidade de aferição da legalidade ou ilegalidade, da justiça ou da injustiça de uma decisão administrativa.”

Ora, se a Constituição Federal optou por consagrar, de modo valoroso, a inafastabilidade da jurisdição, sobretudo quando se trata de atos empreendidos pela Administração, é patente que o juízo de valor a respeito da legalidade ou não deve ter, como parâmetro, justamente os motivos determinantes para tal prática.

Com efeito, motivar o ato é próprio da opção pelo Estado Democrático de Direito (Medauar, 2004, p. 162), em que os poderes da República convivem harmoniosamente em meio ao sistema dos *“checks and balances”*, e é assegurado ao cidadão o acesso ao Judiciário para prevenir ou reparar possível lesão.

Nesse contexto delineado, resta demonstrado que as sociedades de economia mista devem respeitar universalmente os princípios inerentes à Administração Pública, e, como não poderia deixar de ser, também resta imprescindível a obediência à motivação dos atos administrativos, notadamente do ato de dispensa do servidor. Sobre tal ponto, é deveras pertinente a observação de Marlúcia Lopes Ferro, trilhando a mesma linha sustentada, ao

asseverar que “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” (2009, p. 37).

De fato, essa é a orientação mais consentânea com os objetivos constitucionais e com a disciplina normativa administrativista, e, muito embora se reconheça que o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da OJ n. 247 da SBDI-1, tenha adotado posicionamento oposto, não quer dizer que a Egrégia Corte Trabalhista esteja correta.

Na realidade, a matéria está longe de quedar-se pacificada, posto que sequer existe *quorum* suficiente à aprovação de enunciado de súmula, e, o que é mais importante, a última palavra é outorgada ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que se trata de matéria inequivocamente de jaez constitucional.

Inclusive, a bem da verdade, a Excelsa Corte deu início ao julgamento do RE n. 589.998/PI, em que se discute justamente a necessidade ou não de motivação do ato de dispensa de empregados de empresas estatais. Essa apreciação, em última instância, certamente será paradigmática, em especial porque os votos já proferidos ratificam a opinião ora defendida no sentido de ser essencial a motivação, senão vejamos o extrato informativo do STF⁽¹⁾, *verbis*:

“O Min. Ricardo Lewandowski, relator, negou provimento ao recurso. Salientou, primeiro, que, relativamente ao debate sobre a equiparação da ECT à Fazenda Pública, a Corte, no julgamento da ADPF 46/DF (DJE de 26.2.2010), confirmou o seu caráter de prestadora de serviços públicos, declarando

recepcionada, pela ordem constitucional vigente, a Lei n. 6.538/78, que instituiu o monopólio das atividades postais, excluídos do conceito de serviço postal apenas a entrega de encomendas e impressos. Asseverou, em passo seguinte, que o dever de motivar o ato de despedida de empregados estatais, admitidos por concurso, aplicar-se-ia não apenas à ECT, mas a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, em razão de não estarem alcançadas pelas disposições do art. 173, § 1º, da CF, na linha de precedentes do Tribunal. Observou que, embora a rigor, as denominadas empresas estatais ostentarem a natureza jurídica de direito privado, elas se submeteriam a regime híbrido, ou seja, sujeitar-se-iam a um conjunto de limitações que teriam por escopo a realização do interesse público. Assim, no caso dessas entidades, dar-se-ia uma derrogação parcial das normas de direito privado em favor de certas regras de direito público.

Citou como exemplo dessas restrições, as quais seriam derivadas da própria Constituição, a submissão dos servidores dessas empresas ao teto remuneratório, a proibição de acumulação de cargos, empregos e funções, e a exigência de concurso para ingresso em seus quadros. Ao afastar a alegação de que os dirigentes de empresas públicas e sociedades de economia mista poderiam dispensar seu pessoal no uso do seu direito potestativo de rescisão unilateral do pacto laboral, independentemente de motivação, lembrou que o regime jurídico das empresas estatais não coincidiria, de forma integral, com o das empresas privadas, em face das aludidas restrições, quando fossem exclusiva ou preponderantemente prestadoras de serviços públicos. Ressaltou que o fato de a CLT não prever realização de concurso para a contratação de pessoal destinado a integrar o quadro de empregados das referidas empresas, significaria existir uma mitigação do ordenamento jurídico trabalhista, o qual se substituiria, no ponto, por normas de direito público, tendo em conta tais entidades integram a Administração Pública indireta, sujeitando-se, por isso, aos princípios contemplados

(1) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo576.htm#ECT:%20Despedida%20de%20Empregado%20e%20Motiva%C3%A7%C3%A3o%20-%20>> Acesso em: 5 out. 2012.

no art. 37 da CF. Rejeitou, por conseguinte, a assertiva de ser integralmente aplicável aos empregados da recorrente o regime celetista no que diz respeito à demissão.”

Por conseguinte, observa-se que o Colendo Supremo Tribunal tem caminhado no sentido de garantir a observância da motivação do ato administrativo de rescisão do vínculo empregatício entre trabalhador e sociedade de economia mista.

Se já não bastasse o calibre dos argumentos expostos, vale a pena refutar, ainda, a tese encampada pelos que defendem a desnecessidade de motivação do ato administrativo de dispensa dos trabalhadores de sociedade de economia mista. Alegam referidos doutrinadores (Cassar, 2008) que o ato de dispensa não guarda qualquer relação com a admissão, de modo que aplicável a regência celetista acerca da matéria. Por via de consequência, segundo de sabença geral, seria possível a rescisão sem justa causa e, portanto, sem necessidade de motivação.

Ora, com o devido respeito, esse ponto de vista não se sustenta. Primeiro, porque motivar o ato não guarda nenhuma relação com imputar “justa causa” ao término da relação contratual. Aliás, são situações inteiramente diversas. Motivar, como já explicitado, é apontar os pressupostos de fato e de direito, sem, necessariamente, apontar-se causas caracterizadoras de falta grave.

Com efeito, é possível motivar o ato de dispensa com base em inúmeros fundamentos jurídicos válidos e respeitados, tais como os alicerçados em pressupostos “econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos”, os quais caracterizariam ruptura contratual sem justa causa, mas a dispensa seria extremamente lícita, e o obreiro teria direito a todas as verbas rescisórias. Veja-se, inclusive, que a própria famigerada Convenção n. 158 da OIT⁽²⁾ assim prevê no art. 13.

(2) Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>> Acesso em: 5 out. 2012.

Não há, pois, qualquer relação entre motivação e “criação de uma falaciosa estabilidade” aos funcionários de sociedades de economia mista. Além do mais, haveria sim o resguardo da Administração contra o arbítrio.

No mesmo sentido, ademais, é a opinião de Sérgio Torres Teixeira, para quem “a sujeição do empregador público aos citados postulados, enquanto entidade integrante da Administração Pública Direta ou Indireta, impede o abuso do direito de despedir” (1996, p. 115).

A conclusão, portanto, é de que, na exata medida em que a própria Constituição da República impõe não ser livre a admissão, sujeitando a contratação do pessoal efetivo à prévia realização de concursos públicos, além da fiscalização pelos Tribunais de Contas, da submissão aos limites de percepção de vencimentos e da obrigatoriedade de procedimento licitatório para contratação de obras, serviços, alienações, submissão esta que é reiterada nos mais diversos pronunciamentos da Suprema Corte Constitucional, também se revela ser categoricamente necessária a motivação do ato de dispensa do funcionário de sociedade de economia mista.

4. Considerações finais

Ante o exposto, a intenção é a de retornar, à ordem do dia, o debate convenientemente relegado a segundo plano, a respeito da dispensa dos servidores das sociedades de economia mista, em meio à angústia dos progressos e atropelos na doutrina e na jurisprudência, as quais, tormentosamente, afastam-se das balizas adequadas à discussão de tamanho jaez.

Com efeito, o atual panorama brasileiro, permeado pela contemporaneidade e pela velocidade da informação, não pode abandonar o trabalhador estatal ao sabor de sua própria sorte, recusando-lhe uma postura leal e escorreita, notadamente em um momento de profunda dificuldade que é a rescisão contratual, além do mais quando se sujeitou às agruras do concurso público.

De modo a alcançar essa justificativa, fez-se imprescindível estabelecer, de maneira clara, uma definição conceitual das sociedades de economia mista, junto às suas circunstâncias peculiares e absolutamente *sui generis*. Buscou-se, ainda, aprofundar a discussão teórica e prática acerca da submissão daquela empresa estatal aos princípios e aos postulados da Administração Pública, abordando-se a disciplina constitucional e o atual estágio da jurisprudência do Pretório Excelso acerca da temática.

Daí partiu-se para a fundamentação específica tendente a ratificar a sujeição das sociedades de economia mista ao princípio da motivação dos atos administrativos, evidenciando os mandamentos constitucionais a respeito do tema e a interpretação doutrinária de relevo, rebatendo-se os argumentos contrários.

Aliás, a importância do tema subleva, porquanto diz respeito à condução de diretrizes constitucionais aplicadas, é bem verdade, à categoria das empresas estatais, mas que, em última análise, relacionam-se com toda a Administração Pública e com o regime dos atos administrativos. De fato, motivar o ato de dispensa é respeitar a regência da Constituição da República, posto que, embora seja matéria dos domínios do direito trabalhista, constitui clarividente exemplo do novo constitucionalismo brasileiro, como defende o prof. Luís Roberto Barroso, ao assentar “a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção dos seus institutos sob uma ótica constitucional” (1996, p. 174).

Seja como for, inexistente justificativa plausível, tampouco fundamentos jurídicos consistentes, para que uma entidade estatal integrante da Administração Pública almeje estar imune à motivação de seus atos administrativos, em especial, o de dispensa de seus servidores, notadamente quando se submete a uma vasta gama de diversas imposições constitucionais próprias do regime administrativo.

5. Referências bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Empregado público, servidor público, EC n. 19/98 e o julgamento da ADI 2.135/00*. 21 out. 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 20 nov. 2008.
- DALLARI, Adilson de Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. In: *RTDP*, São Paulo: Malheiros, v. 24, p. 69, 1999.
- 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.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FREITAS, Ney José de. *Dispensa de empregado público & o princípio da motivação*. 1. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Não é livre a demissão sem justa causa do servidor celetista. *BDA — Boletim de Direito Administrativo*, 07/95, 1995.
- TEIXEIRA, Sergio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998.

O nexa causal entre depressão e trabalho

Graziella Ambrosio^(*)

Resumo:

- ▶ Segundo dados da Previdência Social, aumentaram os casos de depressão decorrentes das condições de trabalho. Todavia, ainda existe grande divergência entre os teóricos acerca da contribuição do trabalho no processo de adoecimento mental, pois os transtornos dessa natureza têm uma origem multicausal em que diversos fatores (genéticos, biológicos e psicossociais) interagem de modo complexo. Nesse sentido, o estabelecimento do nexa causal dentre depressão e trabalho é tarefa das mais árduas, pois essa investigação pressupõe necessariamente a análise da estrutura da personalidade do trabalhador. O artigo propõe, então, que a perícia para fins de constatação desse nexa seja realizada por Psicólogo, de preferência com especialização em Psicologia Organização ou do Trabalho, que necessariamente avalie os seguintes itens: a) evidências epidemiológicas para agentes patogênicos ou fatores de risco; b) circunstâncias do acidente do trabalho ou evento traumático; c) atividades e condições de trabalho e se essas são capazes de normalmente produzir o transtorno depressivo; d) história de vida do trabalhador; e e) exames médicos e psicológicos anteriores para estudo sobre a evolução da doença.

Palavras-Chave:

- ▶ Nexa causal — Causalidade — Depressão — Trabalho — Saúde do trabalhador.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Proteção legal à saúde do trabalhador
- ▶ 3. Depressão
- ▶ 4. A responsabilidade civil do empregador
- ▶ 5. O nexa causal entre depressão e trabalho
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Formada em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito das Relações Sociais, Subárea Direito do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Supervisora Jurídica da Área Trabalhista do Serviço Jurídico do Banco do Brasil S.A. em São Paulo.

1. Introdução

A depressão é um dos problemas de saúde pública que mais afetam a população e, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2020, será a segunda doença que mais afetará os países desenvolvidos e a primeira em países que se encontram em processo de desenvolvimento.

No Brasil, as doenças mentais são responsáveis por cinco das dez principais causas de afastamento do trabalho, sendo a primeira delas a depressão, o que representa um gasto de R\$ 2,2 bilhões por ano e equivalente a 19% dos custos com auxílios-doença pagos pela Previdência Social a um universo de 1,5 milhão de pessoas. Os números apareceram num levantamento sobre a infraestrutura dos serviços de saúde mental no Brasil feito pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) em parceria com o Ministério da Saúde e a Organização Mundial da Saúde⁽¹⁾.

Segundo dados da Dataprev, em 2009, sobre o acompanhamento mensal dos benefícios auxílios-doença previdenciários e acidentários, concedidos conforme códigos da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), e segundo os códigos da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), os Transtornos Mentais e do Comportamento (F00-F99) ocupam o terceiro lugar em número de auxílios-doença concedidos, sendo o primeiro lugar ocupado pelas “Lesões, envenenamentos e outras consequências de causas externas” (S00-T98) e o segundo lugar ocupado pelas “Doenças do sistema osteomuscular e outras consequências de causas externas” (M00-M99). Metade dos auxílios-doença previdenciários por transtornos mentais é devida em razão de transtornos do humor (F30-F39), sendo que 80% destes são depressões (F32-F34).

Como reflexo dessa realidade, cresce o número de ações trabalhistas ajuizadas por trabalhadores que pleiteiam indenização decorrente do

reconhecimento do nexo de causalidade entre transtornos depressivos e o trabalho. Nesse sentido, o estabelecimento do nexo causal entre a depressão e o trabalho tem ocupado lugar de destaque nos debates teóricos e se apresenta como uma das questões mais polêmicas no campo de estudos da *Saúde Mental e Trabalho*. O presente artigo pretende analisar se o trabalho pode ser causa da depressão, considerada o grande mal do nosso século, pois tal relação é fundamental e decisiva para a proteção da saúde dos trabalhadores.

2. Proteção legal à saúde do trabalhador

Estabelece o art. 1º da Constituição Federal que são fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, assim como os valores sociais do trabalho (incisos III e IV). O art. 3º do texto constitucional prevê como objetivos fundamentais do país a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I). O art. 7º estabelece a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII). O art. 170 dispõe que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano. O art. 193 determina que a ordem social tem como base o primado do trabalho, enquanto que o art. 196 prevê a saúde como um direito de todos. Por fim, o art. 225 da Carta Magna dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No âmbito internacional, várias Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) estabelecem a promoção da saúde do trabalhador, bem como a manutenção de um ambiente do trabalho hígido e sadio, a saber: Convenção n. 148 (ar, ruído e vibrações no local de trabalho), Convenção n. 155 (meio ambiente do trabalho), Convenção n. 161 (serviços de saúde no local de trabalho), Convenção n. 187 (segurança e saúde no trabalho) e Convenções específicas: 115 (radiações ionizantes), 136 (benzeno), 139 (substâncias cancerígenas), 162 (asbesto), 170 (produtos químicos), 171 (trabalho noturno) etc.

(1) Matéria “Doença mental é a que mais afeta o trabalho, revela estudo” publicada no jornal *O Estado de S. Paulo*, em 20 de novembro de 2007.

A Consolidação das Leis do Trabalho, nos arts. 154 a 201, delega competência normativa ao Ministério do Trabalho não só para regulamentar, mas também para completar as normas do Capítulo V relativo à segurança e à medicina do trabalho. As normas desse capítulo, diante da delegação normativa, foram minuciosamente detalhadas por intermédio da Portaria do Ministério do Trabalho n. 3.214/78 e suas atualizações, que representam, na prática, a consolidação das normas de segurança, higiene e saúde dos trabalhadores no Brasil, por meio de 33 normas regulamentadoras.

Como se infere dos dispositivos constitucionais e legais apontados, além de outros pertinentes ao assunto, em termos de proteção legal somos talvez o país mais adiantado no tocante à saúde e qualidade de vida do trabalhador, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988. Entretanto, os índices de acidente do trabalho no Brasil ainda são muito altos mesmo com toda a normatização existente. A observância das normas de proteção à saúde e segurança é fundamental para a preservação do meio ambiente do trabalho saudável, livre de riscos ambientais que possam acarretar danos à vida dos trabalhadores.

A redução dos riscos inerentes ao trabalho é direito de todos os trabalhadores, competindo ao empregador observar as normas de segurança e medicina do trabalho e promover os meios necessários para a preservação das agressões à saúde no ambiente laboral. Nesse sentido, não basta assegurar a percepção de adicionais de remuneração, tal como ocorre com as atividades insalubres e perigosas, mas deve-se, antes de tudo, promover a segurança no trabalho, a fim de eliminar ou reduzir os riscos inerentes à atividade laboral.

A ordem jurídica impõe ao empregador o dever de fazer a análise ergonômica do trabalho e de informar e capacitar seus empregados, visando a prevenir danos que podem ser evitados, preservando a saúde e integridade física dos trabalhadores. Nesse sentido, compete ao

empregador fornecer a seus empregados todas as informações necessárias à execução do trabalho, cuja falta pode colocar em risco a vida, a saúde e a segurança dos trabalhadores. Os riscos inerentes ao trabalho devem ser expostos de maneira clara e precisa. Por outro lado, também compete ao empregador fiscalizar o uso efetivo do equipamento de proteção individual, podendo, inclusive, punir os trabalhadores que deixarem de cumprir as determinações sobre medicina e segurança do trabalho.

Assim, os trabalhadores têm o direito de não ser expostos a riscos que comprometam sua segurança no trabalho além dos limites estritamente necessários, sendo protegida, por lei, sua incolumidade física e mental no âmbito da relação de trabalho. A realização de trabalho nocivo à saúde, sem a observância das normas relativas à segurança e medicina do trabalho, que coloque em risco a integridade física e mental dos trabalhadores, causando-lhes incapacidade laboral, temporária ou permanente, enseja a reparação administrativa, civil e penal do empregador.

3. Depressão

A depressão é provavelmente a mais antiga e ainda uma das mais frequentes doenças psiquiátricas diagnosticadas. As causas da depressão ainda não foram muito bem esclarecidas e os sintomas da doença podem ser descritos, segundo Juliana Cardoso Fernandes Bastos *et al.*⁽²⁾, como alterações em quatro esferas do funcionamento humano: afetiva, comportamental, cognitiva e fisiológica.

Para Linda L. Davidoff⁽³⁾, enquanto a ansiedade pode ser definida como uma emoção

(2) BASTOS, Juliana Cardoso Fernandes; MOHALLEM, Andréa Gomes da Costa; FARAH, Olga Guilhermina Dias. *Ansiedade e depressão em alunos de enfermagem durante o estágio de oncologia*. 2008. Disponível em: <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah.iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=497739&indexSearch=ID>> Acesso em: 23 fev. 2011.

(3) DAVIDOFF, Linda L. *Introdução à psicologia*. São Paulo: Makron Books, 2001. p. 390.

caracterizada por sentimentos de antecipação de perigo, tensão e sofrimento e por tendências de esquiva ou fuga, a depressão é um estado mais intenso e persistente. Durante a depressão profunda, as pessoas sentem-se desesperançosas e desanimadas e o tempo custa a passar.

O termo depressão, de acordo com José Alberto Del Porto⁽⁴⁾, tem sido empregado, na linguagem corrente, para designar tanto um estado afetivo normal (a tristeza), quanto um sintoma, uma síndrome e uma (ou várias) doença(s). Enquanto sintoma, a depressão pode surgir nos mais variados quadros clínicos, entre os quais: transtorno de estresse pós-traumático, demência, esquizofrenia, alcoolismo, doenças clínicas, etc. Pode ainda ocorrer como resposta a situações estressantes, ou a circunstâncias sociais e econômicas adversas. Enquanto síndrome, a depressão inclui não apenas alterações do humor (tristeza, irritabilidade, falta da capacidade de sentir prazer, apatia), mas também uma gama de outros aspectos, incluindo alterações cognitivas, psicomotoras e vegetativas (sono, apetite).

Segundo Ana Catarina Martins Pereira⁽⁵⁾, a depressão é um transtorno mental comum que se apresenta com humor deprimido, perda de interesse ou prazer, sentimentos de culpa e baixa autoestima, distúrbios do sono ou apetite, por falta de energia e concentração. Estes problemas podem tornar-se crônicos ou recorrentes e levar a prejuízos substanciais na capacidade de uma pessoa para cuidar das suas responsabilidades diárias. Na pior das hipóteses, a depressão pode levar ao suicídio.

(4) DEL PORTO, José Alberto. *Conceito e diagnóstico*. Rev. Bras. Psiquiatr. [on-line]. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44461999000500003> Acesso em: 24 fev. 2011.

(5) PEREIRA, Ana Catarina Martins. Análise de depressão e ansiedade nos alunos do ensino superior: comparação com um estudo do curso de radiologia. *Repositório Científico do Instituto Politécnico de Castelo Branco*. 2009. Disponível em: <http://repositorio.ipcb.pt/bitstream/10400.11/442/1/Depress%C3%A3o%20e%20Ansiedade%20nos%20alunos%20Radiologia_alterado%5b1%5d.pdf> Acesso em: 21 fev. 2011.

A definição de depressão refere-se a um sofrimento psíquico e/ou dor moral desencadeada por uma insatisfação ou um acontecimento desagradável que interfere significativamente na diminuição da qualidade de vida, na produtividade e capacitação social do indivíduo. Este transtorno apresenta sintomas que se relacionam com fatores de ordem psíquica, orgânica, hereditária, social, econômica, religiosa, entre outros, ocasionando grande sofrimento no indivíduo, o que afeta sua qualidade de vida.

Assim, o transtorno depressivo é caracterizado por sentimentos de melancolia, de profunda tristeza e falta de motivação, que embora tenham sido desencadeados por um acontecimento distressante e real na vida da pessoa, a reação emocional tem uma intensidade e uma duração não proporcional e justificável. Em geral, a pessoa que desenvolve a depressão tem uma autocrítica extremada, sendo extremamente rígida em seus julgamentos para com os outros e para consigo mesma. Consequentemente, apresenta sentimentos de baixa autoestima e de inferioridade, quando se compara às outras pessoas ou confronta o seu atual momento de vida com momentos do passado. Uma das características mais marcantes da depressão é a inibição geral da motivação, revelando sentimentos de desesperança e completo pessimismo em relação a situações de futuro ou possibilidades de mudança em sua condição atual.

No mesmo sentido, Charles G. Morris e Albert A. Maisto⁽⁶⁾ afirmam que a depressão é um estado em que a pessoa se sente dominada pela tristeza. Pessoas deprimidas perdem o interesse pelas coisas que normalmente lhe agradam. Sentimentos intensos de inutilidade e culpa deixam-nas incapazes de sentir prazer.

O estudo das causas (etiologia) da depressão tem evoluído muito nos últimos tempos, mas ainda permanecem muitas dúvidas por esclarecer. Diante da complexidade da doença, atualmente os teóricos preferem referir que a

(6) MORRIS, Charles G.; MAISTO, Albert A. *Introdução à psicologia*. São Paulo: Prentice Hall, 2004. p. 360.

depressão tem provavelmente várias causas (doença multifatorial) que poderão contribuir para o seu aparecimento. Assim, podem ser fatores desencadeadores da depressão: eventos estressantes ou perdas (morte de um ente querido ou o rompimento de uma relação), problemas pessoais (como falta de dinheiro, traumas de infância), algumas doenças (como esclerose múltipla ou derrame), alteração nos níveis hormonais (por exemplo, pessoas com problemas de tireoide, período da menopausa), uso de certos medicamentos, drogas ou álcool, genética (a depressão é mais comum em pessoas com histórico de pessoas depressivas na família).

Pelas definições expostas acima, é possível concluir que o significado dos eventos para o indivíduo é o que desencadeia as emoções propriamente ditas. Em outras palavras, conforme a teoria cognitiva, são as diferenças no conteúdo cognitivo que determinam e mantêm a psicopatologia. Cada transtorno tem um perfil cognitivo típico, estando as distorções cognitivas fortemente ligadas ao processamento de informação, o que gera angústia emocional. Nesse sentido, para os cognitivistas, a questão central da depressão são as crenças disfuncionais focadas principalmente na perda pessoal e fracasso nos domínios interpessoal e de realização⁽⁷⁾.

Por outro lado, hoje em dia, os trabalhadores enfrentam uma variedade de fatores estressantes, entre eles, o próprio processo produtivo que exige do empregado uma constante atualização por causa da competitividade que ele se depara no mercado de trabalho e no meio social, o que pode gerar conflitos que são fatores estressores e levam a desgastes de ordem psíquica. Essas mudanças no mercado de trabalho levam a uma necessidade de criação de mecanismos de adaptação pelo trabalhador nos âmbitos físico, social e emocional.

(7) BRANDTNER, M.; BARDAGI, M. P. Sintomatologia de depressão e ansiedade em estudantes de uma universidade privada do Rio Grande do Sul. *Rev. Interinstitucional de Psicologia*, vol. 2, p. 81-91, 2009. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/gerais/index.php/gerais/article/viewFile/67/49>> Acesso em: 24 fev. 2011.

4. A responsabilidade civil do empregador

O ordenamento jurídico brasileiro sempre adotou, em regra, a teoria da responsabilidade subjetiva (art. 159⁽⁸⁾ do Código Civil de 1916 e art. 186⁽⁹⁾ do Código Civil de 2002). Pela concepção clássica da responsabilidade subjetiva, o empregador responderá civilmente quando sua conduta culposa, comissiva ou omissiva, violar direito, causar dano a outrem e houver nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

O novo Código Civil, entretanto, com a introdução do parágrafo único⁽¹⁰⁾ no art. 927, positivou em nosso ordenamento jurídico a *teoria objetiva*, segundo a qual basta que restem evidenciados o dano e a relação de causalidade para o deferimento da indenização. Assim, em *atividades de risco* para a saúde do trabalhador, ou para a sua integridade física, ou seja, onde o risco de doenças ou de acidentes sejam mais acentuados que o normal, considerando-se o padrão médio da sociedade e as probabilidades de ocorrência de sinistros, a responsabilidade do empregador é objetiva, bastando um fato ou uma conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade, prescindindo-se da imputabilidade de culpa ao agente causador do dano.

O risco a que alude o parágrafo único do art. 927, do Código Civil, não é meramente econômico a que se refere o art. 2º, da CLT e sim um risco mais acentuado de dano pessoal ao trabalhador. Não é um risco qualquer, normal e inerente a qualquer atividade humana

(8) Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

(9) Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(10) Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. 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.

e/ou produtiva, mas a atividade cujo risco a ela inerente é excepcional e incomum, embora previsível; é um risco que dá praticamente como certa a ocorrência de eventos danosos para as pessoas.

Raimundo Simão de Melo afirma que, de acordo com o caso concreto, a responsabilidade do empregador pode ser objetiva, independentemente de culpa ou dolo. Quando subjetiva, inverte-se o ônus da prova para o empregador, o qual tem o dever de preservar a integridade física e psíquica do trabalhador por meio de medidas de higiene e segurança do trabalho, cabendo-lhe demonstrar nos autos do processo que cumpriu a sua obrigação contratual⁽¹¹⁾.

No mesmo sentido, José Affonso Dallegrave Neto afirma que as disposições do art. 7º da Constituição Federal deverão ser sempre vistas como um mínimo de proteção ao trabalhador. Logo, segundo o autor, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil encontra-se nessa “esteira axiológica” que informa o Direito do Trabalho, mormente porque seu dispositivo em nenhum momento afasta a regra geral do inciso XXVIII do art. 7º, da Carta Magna (responsabilidade subjetiva). Ademais, a própria Constituição em seu art. 225, § 3º, também previu a responsabilidade objetiva em relação aos danos ao meio ambiente em perfeita sintonia e recepção do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 que assim já preconizava, sem qualquer dúvida acerca de sua constitucionalidade⁽¹²⁾.

Por certo, não se pode fazer uma leitura isolada no art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal. A interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas, buscando-se a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e

liberdades públicas. Assim, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil aplica-se ao Direito do Trabalho, pois a própria Constituição Federal previu a responsabilidade objetiva em caso de danos ao meio ambiente, incluído o meio ambiente do trabalho (art. 225, § 3º).

Por fim, cumpre registrar que há quem defenda que a responsabilidade contratual objetiva deve ser aplicada para a proteção da saúde do trabalhador, diante da imensa dificuldade de produção da prova da culpa do empregador, na ocorrência de acidente do trabalho e doença ocupacional. O empregador deve responder pelos prejuízos derivados do acidente do trabalho em respeito à dignidade essencial do trabalhador, não se cogitando de culpabilidade de sua parte, tampouco de risco acentuado da atividade desenvolvida. Assim, a ilação possível é a de que se a culpa do empregador pelos danos decorrentes de acidente do trabalho é presumida por força do próprio contrato, com suas inúmeras cláusulas obrigacionais explícitas de proteção à saúde do trabalhador, não há falar em inversão do ônus da prova e, conseqüentemente, está-se diante de hipótese de responsabilidade objetiva⁽¹³⁾.

Independentemente da teoria que se adote, para os fins do presente trabalho, o que importa frisar é que o *nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil*. Pode haver responsabilidade sem culpa, como no caso da responsabilidade objetiva, mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal. Não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita e que a vítima tenha sofrido um dano, é preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente. Assim, tanto para a responsabilidade subjetiva quanto para a objetiva, o nexo de causalidade entre a doença e o trabalho deve restar provado, sob risco de indeferimento de indenização.

(11) *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004. p. 424.

(12) *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 180-181.

(13) SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira. *Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador*. São Paulo: LTr, 2008. p. 188-189.

O nexo causal é a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado, sendo certo que, por meio dele, é possível concluir quem foi o causador do dano⁽¹⁴⁾. Comungamos da opinião daqueles doutrinadores que defendem que, no Direito Civil brasileiro, prevalece a *teoria da causalidade adequada*⁽¹⁵⁾, segundo a qual deve ser investigada a circunstância que foi a mais apta a produzir o resultado. Por essa teoria, considera-se como causadora do dano a condição por si só capaz de produzi-lo. Assim, na hipótese de causalidade múltipla, ou seja, quando há a interferência de outro fato que agrava o resultado, deve-se verificar com precisão qual a causa eficiente do dano.

Sérgio Cavalieri Filho afirma que causa, para a teoria da causalidade adequada, “é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento”⁽¹⁶⁾. E complementa dizendo que “dentre as várias condições, será adequada aquela que, de acordo com a experiência comum, for a mais idônea para gerar o evento”⁽¹⁷⁾. Portanto, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorreram para o resultado são equivalentes, mas somente aquela que foi a mais adequada, mais idônea, mais apta a produzir concretamente o resultado, ou seja, aquela que teve interferência decisiva.

No mesmo sentido, Rafael Peteffi da Silva escreve que “um fato pode ser considerado causa de um dano se, de acordo com os dados da ciência e da experiência, no momento da

sua produção, fosse possível prever que tal fato geraria o dano”⁽¹⁸⁾. Investiga-se, entre as diversas causas do dano, aquelas que apresentaram a possibilidade objetiva do resultado, ou seja, somente são consideradas adequadas as condições necessárias que, em regra, poderiam causar determinado dano, considerando a situação concreta⁽¹⁹⁾.

Caio Mário da Silva Pereira ensina que, “dentre os antecedentes do dano, há que se destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido”⁽²⁰⁾. Segundo o autor, praticamente em toda ação de indenização, o juiz tem que eliminar antecedentes menos relevantes do dano, os quais seriam indiferentes à sua efetivação, para verificar se resta algum que, no curso normal das coisas, provoca um dano dessa natureza. Assim, na multiplicidade de fatores causais, o juiz deve considerar aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade⁽²¹⁾.

Portanto, para se verificar o nexo causal entre a depressão e o trabalho é preciso fazer a seguinte indagação: as condições de trabalho são, por si mesmas, capazes de normalmente causar o transtorno depressivo? Se se declarar que o trabalho era adequado a produzir essa doença mental, então, este deve ser objetivamente imputável ao empregador. Isso porque, segundo a teoria adotada no Direito Civil pátrio, só há uma relação de causalidade adequada entre fato e dano quando o ato ilícito praticado pelo agente (condições de trabalho) seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima (depressão), segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida.

Patrícia Faga Iglecias Lemos adverte que esse critério de probabilidade, tratado na teoria da

(14) CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 67.

(15) Art. 403 do Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte do dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.” (nosso grifo)

(16) *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 68-69.

(17) *Ibidem*, p. 69.

(18) *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. 23-24.

(19) *Ibidem*, p. 24-25.

(20) *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 79.

(21) *Idem*.

causalidade adequada, deve ser aferido de forma abstrata, com base naquilo que normalmente ocorre, sem levar em conta simplesmente o que realmente ocorreu nas circunstâncias analisadas⁽²²⁾. Assim, se as condições de trabalho eram ordinariamente aptas para provocar um transtorno depressivo no trabalhador, essa doença mental será objetivamente atribuída ao empregador, por guardar com a conduta empresarial uma relação causal adequada. Por fim, pensamos que, para a fixação do critério de determinação da adequação entre o trabalho e a depressão, deve ser utilizado o critério do *homem médio*, desprezando-se eventuais fragilidades emocionais ou dificuldades de enfrentamento de estresse que alguns trabalhadores possam apresentar. Há que se verificar, portanto, se, para o homem médio, as condições laborais causariam sofrimento, dor a ponto de se punir o empregador com uma sanção civil.

Com o advento da Medida Provisória n. 316/2006, posteriormente convertida na Lei n. 11.430/2006, foi introduzido o art. 21-A⁽²³⁾ na Lei n. 8.213/91, produzindo significativa modificação no sistema de prova do acidente do trabalho ao criar o Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP). Por esse artigo, considera-se caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar o Nexo Técnico e Epidemiológico entre o trabalho e o agravo, por meio do cruzamento do CNAE (Código Nacional de Atividade Econômica) com o diagnóstico médico enquadrado na CID (Classificação Internacional de Doença), conforme art. 337, § 3º do Decreto n. 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social) que remete à Lista C do Anexo II do mesmo regulamento.

(22) *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexo causal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 135.

(23) Art. 21-A. A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças — CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento.

Com esta inovação legislativa, o perito médico do INSS, ao verificar que o agravo que acometeu o segurado é de ocorrência comum em trabalhadores que pertencem a determinado segmento econômico, pode presumir a natureza acidentária dessa incapacidade, ficando autorizada, assim, a concessão do benefício previdenciário-acidentário, independente da emissão da CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho) pela empresa. Trata-se de grande avanço quanto ao tema, pois, presente o nexo técnico epidemiológico, o trabalhador não precisa provar que a doença é decorrente do exercício do trabalho peculiar a determinada atividade ou a condições especiais em que o labor foi realizado. A ausência de natureza ocupacional, no entanto, pode ser demonstrada pelo empregador, conforme disposto no § 2º⁽²⁴⁾ do art. 21-A da Lei n. 8.213/91.

Assim, a partir da implementação do NTEP, a perícia médica do INSS passa a adotar três etapas sequenciais e hierarquizadas para a identificação e caracterização da natureza da incapacidade — se acidentária ou não acidentária (previdenciária):

1. Identificação de ocorrência de Nexo Técnico Profissional ou do Trabalho — NTP/T — verificação da existência da relação “agravo — exposição” ou “exposição — agravo” (Listas A e B do Anexo II do Decreto n. 3.048/99);
2. Identificação de ocorrência de Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário — NTEP — averiguação do cruzamento do código da CNAE com o código da CID-10 e a presença na matriz do NTEP (publicada na Lista C do Anexo II do Decreto n. 3.048/99);
3. Identificação de ocorrência de Nexo Técnico por Doença Equiparada a Acidente do Trabalho — NTDEAT — implica a análise

(24) § 2º A empresa poderá requerer a não aplicação do nexo técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso com efeito suspensivo, da empresa ou do segurado, ao Conselho de Recursos da Previdência Social.

individual do caso, mediante o cruzamento de todos os elementos levados ao conhecimento do médico perito da situação geradora da incapacidade e a anamnese.

A ocorrência de qualquer um dos três nexos implicará na concessão de um benefício de natureza acidentária. Se não houver nenhum dos nexos, o benefício será classificado como previdenciário. Com a adoção dessa sistemática não é mais exigida a vinculação de uma CAT a um benefício para a caracterização deste como de natureza acidentária. Embora a entrega da CAT continue sendo uma obrigação legal, o fim da exigência para a concessão de benefícios acidentários, desonera o segurado acometido de uma doença ocupacional de fazer prova perante a autarquia previdenciária do nexo de causalidade entre a moléstia adquirida e o trabalho exercido, o que se apresentava muito difícil, antes da alteração legislativa, pois as empresas relutavam em emitir a comunicação do acidente de trabalho por receio de estarem assumido a responsabilidade pela patologia ocorrida.

Para concluir o assunto, duas observações são importantes. Como exposto em passagem anterior, a identificação do Nexo Técnico Profissional ou do Trabalho (NTP/T) depende da verificação da existência de relação entre a doença e a exposição aos agentes patogênicos ou fatores de risco relacionados nas Listas A e B do Anexo II do Decreto n. 3.048/99. Essas listas se referem às chamadas *doenças ocupacionais* (art. 20⁽²⁵⁾ da Lei n. 8.213/91) que se dividem em *doenças profissionais* (inciso I) e *doenças*

do trabalho (inciso II). Doença profissional é a desencadeada pelo exercício de trabalho peculiar a determinada atividade e doença do trabalho está relacionada com as condições em que o trabalho se desenvolve e pode atingir qualquer pessoa, pois está vinculada com o meio ambiente laboral e não à profissão desenvolvida pelo trabalhador.

A doutrina⁽²⁶⁾ costuma afirmar que, para a doença profissional (art. 20, I), o nexo causal da moléstia com a atividade é presumido e essa presunção é *iuris et de iure*, inadmitindo, portanto, prova em sentido contrário, bastando a comprovação da prestação do serviço na atividade e o acometimento da doença profissional. Ao contrário, as doenças do trabalho (art. 20, II) não têm nexo de causalidade presumido, ou seja, exige-se perícia no trabalhador e perícia no local de trabalho em que o empregado se ativava para constatação se a patologia se desenvolveu em razão das condições em que o trabalho foi realizado.

Ocorre que o Anexo II do Decreto n. 3.048/99, a que alude o art. 20 da Lei n. 8.213/91 é intitulado “Agentes patogênicos causadores de doenças profissionais ou do trabalho”, não fazendo diferenciação, portanto, entre doença profissional ou do trabalho. Disso resulta a conclusão de que sempre será necessária a perícia psicológica no trabalhador e, dependendo do caso, também perícia no local de trabalho, para a constatação de doença ocupacional, sempre sendo admitida prova em sentido contrário pela empresa de que a prestação do serviço não é causa eficiente da doença do trabalhador.

A título de exemplo, na Lista B do Anexo II do Decreto n. 3.048/99, existe relação dos transtornos mentais e do comportamento relacionados com o trabalho por meio da exposição a agentes etiológicos ou fatores de risco de natureza ocupacional. Assim, a exposição do

(25) Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I – doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

(26) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença profissional*. São Paulo: LTr, 2011. p. 42.

trabalhador ao tolueno, tricloroetileno, tetracloroetileno, tricloroetano, brometo de metila, manganês, mercúrio, sulfato de carbono e outros solventes orgânicos neurotóxicos pode causar episódios depressivos. A constatação desse nexo causal, entretanto, depende da realização de duas perícias: a primeira no local de trabalho realizada, preferencialmente, por Engenheiro do Trabalho, a fim de transcrever com a maior previsão possível as condições em que o serviço foi prestado na empresa; e a segunda, por Psicólogo, de preferência com especialização em Psicologia Organizacional ou do Trabalho para constatação do dano psíquico.

Além disso, quanto ao Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário, a Lista C do Anexo II do Decreto n. 3.048/99 indica intervalos de CID-10 em que se reconhece esse nexo causal entre a entidade mórbida e as classes de CNAE indicadas. Ocorre que a correspondência é feita por *ramo de atividade empresarial* (CNAE) e não por função ou cargo desempenhado na empresa. O NTEP presume que *todos* os trabalhadores de uma empresa têm a mesma exposição ao agente patogênico ou fator de risco. Assim, como exemplo, não é crível que, para todos os trabalhadores do ramo de fabricação de artigos do vestuário produzidos a partir de linha ou lã — tricotagem (CNAE 1422) que apresentem episódios depressivos (F32), a moléstia psíquica tenha nexo causal com o serviço prestado. Portanto, o NTEP se traduz em mais um dos elementos utilizados para se fixar o nexo causal entre a doença e o trabalho realizado, pois parte de critérios estatísticos epidemiológicos, não podendo ser admitido em termos absolutos. Basear-se apenas em dados epidemiológicos para se fixar a responsabilidade civil da empresa em matéria de acidente do trabalho não se apresenta um critério justo ou legal, pois significa equiparar empresas que investiram muito em prevenção de acidentes do trabalho com outras que não adotaram tal postura, somente pelo fato de pertencerem ao mesmo ramo de atividade econômica.

Nas próprias palavras do Ministério da Previdência Social, o NTEP surge como mais um “instrumento auxiliar”⁽²⁷⁾ na análise e conclusão acerca da incapacidade laborativa pela perícia médica do INSS. Tanto é assim que o § 1º do art. 21-A, da Lei n. 8.213/91, dispõe que “a perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexo de que trata o *caput* deste artigo”, assim como o § 2º do mesmo artigo disciplina que “a empresa poderá requerer a não aplicação do nexo técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso com efeito suspensivo, da empresa ou do segurado, ao Conselho de Recursos da Previdência Social”. Por conseguinte, ainda que se trate de hipótese de verificação do NTEP, sempre será necessária a realização de perícia psicológica no trabalhador e, em alguns casos, também de perícia no local de trabalho, para demonstração do nexo de causalidade entre o trabalho e a doença.

Por fim, importante registrar que a conclusão da perícia médica do INSS sobre a caracterização do acidente do trabalho é suficiente para também configurar o nexo de causalidade entre a doença e o trabalho desempenhado na empresa para fins de concessão de direitos na esfera da Justiça do Trabalho, desde que se constate que aquela perícia foi efetivamente realizada no trabalhador, não tendo a conclusão pericial sido obtida por simples aplicação de um dado epidemiológico, sem constatação da efetiva exposição do obreiro ao agente causador da doença.

Embora o NTEP seja direcionado à Previdência Social, a caracterização de acidente do trabalho por essa Autarquia repercute na Justiça Laboral, servindo de fundamento para a configuração do nexo causal entre a doença e o trabalho para fins de reparação civil pelo empregador. No entanto, o Juiz do Trabalho deve ter o cuidado de verificar em que termos a perícia médica do INSS foi realizada, lembrando

(27) Disponível em: <<http://www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=989>> Acesso em: 15 ago. 2011.

que o nexo técnico epidemiológico previdenciário funciona como ferramenta auxiliar ao médico perito o qual deve deixar de aplicar o NTEP sempre que dispuser de dados que demonstrem a inexistência de nexo causal entre a moléstia e o trabalho. Por outro lado, a empresa se exime de indenizar se provar a inexistência de nexo causal entre a doença mental e a atividade desenvolvida na empresa, culpa exclusiva do empregado, fato de terceiro ou força maior, vez que lhe é amplamente assegurado o contraditório e a ampla defesa.

5. O nexo causal entre depressão e trabalho

Não há consenso entre os teóricos sobre a relação direta e causal da depressão com o trabalho. Isso se deve, em grande parte, pela própria gênese da doença que decorre de fatores genéticos, biológicos e psicossociais. Assim, provar a existência de uma patologia mental específica do trabalho é tarefa das mais árduas, pois essa investigação pressupõe necessariamente a análise da estrutura da personalidade do trabalhador, assim como a capacidade de resiliência e as estratégias de enfrentamento de estresse desse sujeito.

A personalidade é constituída de tendências determinantes que desempenham papel ativo no comportamento do indivíduo. Dois indivíduos não fazem os mesmos ajustamentos ao meio e, portanto, não têm a mesma personalidade. A personalidade é, portanto, algo de capital importância funcional ou adaptativa. Ainda que as condições de trabalho sejam idênticas para dois trabalhadores, cada um fará uma apreensão diferente da realidade em razão da individualidade de sua personalidade. A realidade exterior elaborada pelo trabalhador é fruto de seu *subjetivismo*, na medida em que os indivíduos interpretam os fatos de acordo com suas tendências afetivas⁽²⁸⁾. Nem sempre a realidade efetiva dos acontecimentos guarda

relação direta com a realidade psíquica de cada trabalhador, ao contrário, a realidade tem sempre um valor subjetivo e, portanto, relativo, pois é deformada pelos processos psíquicos das pessoas envolvidas.

O estudo do perfil caracterológico sobre o comportamento é amplo e complexo, não encontrando espaço nos restritos limites do presente artigo. No entanto, apenas para exemplificar como a percepção do mundo exterior depende diretamente de como visualizamos o nosso mundo interior, citamos as observações do médico psiquiatra e psicanalista David Zimmerman, segundo o qual o indivíduo que possui uma “personalidade fortemente depressiva, enxerga o mundo sob a óptica das lentes negras do pessimismo, e o seu juízo de valores será baseado em uma autodesvalia”, pois “abriga indefinidos sentimentos de culpa e fantasias de que ele é corresponsável pelos males e tragédias dos outros”⁽²⁹⁾.

Por outro lado, todos os indivíduos são submetidos, diariamente, a situações desafiadoras e estressantes nos mais variados setores da vida, no entanto, a manutenção do padrão de normalidade de saúde mental depende da capacidade de adaptação desse sujeito a essas situações. A depressão, assim como outras doenças de cunho afetivo, são multifatoriais, ou seja, decorrem de vários fatores. Nesse sentido, o estabelecimento do nexo de causalidade entre a depressão e o trabalho exige investigar até que ponto o trabalho e as vulnerabilidades pessoais foram fatores decisivos para o desencadeamento da doença mental.

Christophe Dejours, psiquiatra e psicanalista francês que se dedica ao estudo dos impactos da organização do trabalho sobre a saúde mental do trabalhador, afirma que, com exceção do Transtorno de Estresse Pós-traumático, as

(28) MIRA Y LÓPEZ, Emilio. *Manual de psicologia jurídica*. São Paulo: Vida Livros, 2009. p. 144.

(29) A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional: a crise do magistrado. In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos psicológicos da atividade jurídica*. Campinas: Millennium, 2002. p. 107.

desordens mentais se explicam pela estrutura da personalidade do trabalhador adquirida antes do engajamento na produção⁽³⁰⁾. Assim, a doença mental, para esse autor, teria origem exclusivamente psicogênica, inexistindo neuroses ou psicoses do trabalho. Segundo Dejours, compete ao indivíduo buscar o trabalho que atenda às suas necessidades e aptidões pessoais, pois somente este labor permitirá a estruturação positiva de sua identidade, com completa descarga psíquica da energia, aumentando as resistências da pessoa ao desequilíbrio psíquico.

Contrariamente à tese de que a organização do trabalho não cria doenças mentais específicas, o também psiquiatra francês Louis Le Guillant, considerado um dos fundadores da Psicologia do Trabalho, defende que algumas condições específicas de trabalho podem favorecer a eclosão de quadros neuróticos ou psicóticos, conforme pesquisas realizadas sobre distúrbios mentais que atingiam certas categorias profissionais (mecanógrafos e telefonistas)⁽³¹⁾. Le Guillant não negligenciava as características subjetivas que singularizavam os trabalhadores, mas enfatizava o papel do meio no desencadeamento dos distúrbios mentais. Apesar de realizar importantes estudos sobre o impacto das condições de vida e de trabalho sobre o psiquismo, esse autor reconheceu a dificuldade de se afirmar a existência de um nexo causal entre essas condições e o trabalho.

Concordamos com Le Guillant no sentido de que a apreensão do distúrbio mental deve partir de suas dimensões objetivas e subjetivas, ou seja, devem ser considerados os fatores sociais na gênese da doença mental, assim como as estruturas prévias de personalidade dos trabalhadores não podem ser desprezadas na compreensão do fenômeno. O exercício de certas

profissões expõe os indivíduos a elementos nocivos à sua saúde mental (*vide* Lista B do Anexo II do Decreto n. 3.048/99) todavia, essa afirmação não deve ser tida como absoluta, pois a estrutura da personalidade do trabalhador também é decisiva para a eclosão do distúrbio mental.

Se é certo que a doença mental depende da estrutura da personalidade que a pessoa desenvolve desde o início de sua vida, não é menos verdade que aumentaram as pressões sobre a grande massa trabalhadora. Trabalhadores de todo o mundo estão tendo que conviver com desemprego, competição acirrada, metas elevadas, jornadas extenuantes, exigências de qualificação e maiores habilidades, domínio de outros idiomas, rapidez na tomada de decisões, ameaças de perda do cargo, tarefas repetitivas, ausências de pausa no trabalho, exposição a situações prolongadas de tensão, pressão de clientes e chefes, falta de reconhecimento no trabalho, hostilidade nas relações, perda de direitos trabalhistas, ausência de perspectiva de crescimento profissional, recriminações de condutas, gestões autoritárias, disponibilidade ampla à empresa, enfraquecimento das relações sindicais etc. É inegável, portanto, que as condições laborais e as relações entre os trabalhadores influenciam diretamente a qualidade de vida e podem desestabilizar emocionalmente os trabalhadores.

Ninguém nega que o empregador é responsável direto pela organização e pelo meio ambiente do trabalho, no entanto, a grande questão é saber até que ponto a empresa deve ser responsabilizada por fragilidades psíquicas dos seus trabalhadores desencadeadas pelo desempenho de um trabalho. Em outras palavras, ainda que se admita que certas condições adversas de trabalho causem ou possam favorecer o aparecimento da doença mental, a questão do nexo causal entre a moléstia psíquica e o trabalho não resta resolvida, pois é preciso saber em que medida essa causalidade se estabelece para fins de verificação da responsabilidade direta da empresa.

(30) *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. São Paulo: Cortez, 1992. p. 122.

(31) SOUZA, P. C. Z.; ATHAYDE, M. A contribuição da abordagem clínica de Louis Le Guillant para o desenvolvimento da psicologia do trabalho. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 06-19, jun. 2006.

Acreditamos que a resposta a essa tormentosa indagação esteja na própria *teoria da causalidade adequada* adotada pelo Direito Civil brasileiro. Segundo essa teoria, já referida em passagem anterior, o trabalho deve ser uma causa apta a gerar o transtorno depressivo. Em outras palavras, o trabalho deve ser a condição mais adequada para produzir a depressão; é necessário que se torne absolutamente certo que, sem determinado trabalho, o prejuízo não poderia ter lugar. Por outro lado, padrões normais de trabalho dentro de uma rotina geral praticada para a profissão não são aptos a desencadear fatores depressivos, não havendo que se falar em nexo de causalidade entre a moléstia e o trabalho, ainda que o trabalhador efetivamente apresente a enfermidade psíquica⁽³²⁾.

Se a história de vida do trabalhador apresentar condições adversas que se sobreponham em intensidade e complexidade às atividades reais de trabalho, não se poderá afirmar o nexo de causalidade entre o transtorno depressivo e o trabalho. Falar em *contribuição mínima* do trabalho como causa suficiente para o estabelecimento do nexo de causalidade da doença com as condições laborais é impor pesado ônus à empresa, imputando-lhe responsabilidade que a lei não lhe outorga, pois não cabe ao empregador assumir a responsabilidade exclusiva pela saúde mental dos trabalhadores⁽³³⁾.

(32) EMENTA: DEPRESSÃO. NEXO CAUSAL COM O TRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. Espécie em que o conjunto probatório dos autos não ampara a tese de que o quadro depressivo da autora tenha sido desencadeado pelo trabalho. Ausente o nexo de causalidade, inviável imputar a responsabilidade civil da empregadora pelo dano. Além disso, tampouco se reconhece, no caso, a natureza ocupacional da doença. (TRT 4ª Região – 9ª Turma – Processo n. 0211200-84.2006.5.04.0030 RO – Relª Desª Carmen Gonzalez – Data da Publicação: 14.12.2010.)

(33) EMENTA: ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA — NEXO DE CAUSALIDADE — *STRESS* E DEPRESSÃO. A moléstia de que foi acometida a reclamante é de cunho psiquiátrico (*stress*/depressão), e a busca de causas que a desencadearam, para os efeitos legais, deve ser algo bastante preciso e objetivo. Apesar de sugerir o nexo causal, o laudo pericial (ao qual o juiz não está adstrito — art.

Assim, pensamos que, para a configuração do nexo causal, as condições laborais devem ser capazes de, isoladamente, produzir o transtorno depressivo, não se aplicando o conceito de *concausalidade*. Explicamos: o conceito de acidente do trabalho inclui a possibilidade de concausas (art. 21, inciso I, da Lei n. 8.213/91), ou seja, o acidente do trabalho não precisa ser causa única da incapacidade ou morte para que sejam deflagradas as proteções previdenciária e trabalhista.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “concausa é outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado”; em outras palavras, “concausas são circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas que não têm a virtude de excluir o nexo causal, desencadeado pela conduta principal, nem de, por si sós, produzir o dano”. Assim, “o agente suporta esses riscos porque, não fosse a sua conduta, a vítima não se encontraria na situação em que o evento danoso a colocou”⁽³⁴⁾.

Sergio Pinto Martins escreve que a concausalidade é o que ocorre quando o fato superveniente

436/CPC), relata episódios da vida pessoal da autora que são suficientes para justificar a sua doença. As demais provas dos autos em nada reforçam a existência do nexo causal, mas ao revés, apontam em sentido contrário, como se vê do benefício previdenciário concedido pelo INSS — auxílio-doença comum e não acidentário. Enfim, é de se entender e solidarizar com a dor e o sofrimento da autora em passar por todas as circunstâncias noticiadas nos autos, mas infelizmente disto não se pode valer o julgador, subjetivamente, para balizar a decisão judicial, num Estado de Direito que é regido pelo princípio da legalidade (art. 5º, II, da CR/88). Entender de forma contrária representaria abrir uma porta muito ampla de pleitos em face dos empregadores, estes que, apesar de terem grande responsabilidade pela saúde, higiene e segurança de seus empregados, não se podem ver premiados a deles cuidar de forma integral, assumindo papel que a lei não lhes outorga, contribuindo para o desequilíbrio nas relações entre capital e trabalho. (TRT 3ª Região – 3ª Turma – Processo n. 00916-2004-033-03-00-6 RO – Relator Des. Paulo Roberto Sifuentes Costa – Data de publicação: 4.6.2005.)

(34) *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 80.

a um evento vem a resultar, por exemplo, na morte do empregado. Segundo o autor, seria a hipótese de um empregado quebrar um braço no local de trabalho e posteriormente vir a perdê-lo por gangrena. O segundo fato contribuiu para a ocorrência do evento final (perda do braço do trabalhador), no entanto, se o operário não tivesse quebrado o braço na empresa, não teria necessidade de amputar esse mesmo braço posteriormente. A concausa, explica o autor, pode ser preexistente, superveniente ou simultânea. Se o trabalhador sofre ferimento leve e não obstante vem a morrer porque era diabético, tem-se que a concausa é preexistente. Se o trabalhador recebe ferimento leve e vem a morrer em virtude do tétano, trata-se de concausa superveniente. Se o trabalhador, acometido de mal súbito, cai de um andaime, morrendo em consequência, configura-se a concausa simultânea⁽³⁵⁾.

Nesse sentido, em se tratando de concausa, ainda que as condições de trabalho sejam incapazes de produzir, isoladamente, a morte ou a doença do trabalhador, ou tenham contribuído minimamente para o infortúnio, a responsabilidade do empregador estará configurada. Em outras palavras, as condições personalíssimas da vítima se conjugaram às condições de trabalho para determinar as consequências danosas à integridade física e mental do trabalhador, configurando-se a responsabilidade civil da empresa.

Doutrina e jurisprudência entendem, em consonância com a teoria da causalidade adequada, que “as concausas preexistentes não eliminam a relação causal, considerando-se como tais aquelas que já existiam quando da conduta do agente, que são antecedentes ao próprio desencadear do nexa causal”⁽³⁶⁾. Assim, por exemplo, as predisposições patológicas da vítima, embora agravantes do dano, em nada excluem a responsabilidade do agente.

(35) *Direito da seguridade social*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 424.

(36) *Idem*.

Pensamos que esse conceito de concausalidade, no entanto, não se aplica para o caso de doenças mentais, pois os transtornos dessa natureza têm ocorrência multicausal em que diversos fatores (genéticos, biológicos e psicossociais) interagem de modo complexo. Além disso, ainda existe grande divergência entre os teóricos sobre a contribuição do trabalho no processo de adoecimento mental, pois os fatores exógenos que podem desencadear a depressão (estresse, circunstâncias adversas, problemas profissionais, familiares, momentos de perda, de ruptura etc.) são inespecíficos, ou seja, não é possível associar um evento a um quadro depressivo, obrigatoriamente. Assim, acreditamos não ser recomendável a comparação, para fins de classificação como concausa preexistente, de uma predisposição orgânica e psicossocial a transtornos psíquicos com outras predisposições patológicas como hemofilia, diabetes, problemas cardíacos, fragilidades ósseas congênitas etc., pois na doença mental não existe uma relação palpável ou proporcional entre o momento depressivo e as eventuais vivências causadoras. Portanto, considerando que a estrutura da personalidade do trabalhador contribui decisivamente para a doença mental, é melhor se adotar o entendimento de que o nexa causal entre essa moléstia e o trabalho somente restará configurado quando as condições de trabalho forem capazes de normalmente produzir o transtorno depressivo. Lembramos que a noção de causalidade adequada supõe que, na pluralidade de casos será causa aquilo que normalmente ocorre em situações semelhantes.

Reforça esse entendimento o fato de a doutrina trabalhista se encaminhar para consolidar a posição de que o *dano psíquico* (alteração psicopatológica comprovada) é dispensável de comprovação quando as condições de trabalho, objetivamente analisadas, indicarem condutas ilícitas ou abusivas por parte da empresa, aptas a deflagrarem a agressão moral. Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros defende que o elemento dano psíquico deve ser dispensado,

sendo o conceito de assédio moral definido pelo comportamento do assediador, e não pelo resultado danoso, pois “pode-se produzir uma corrosão moral na vítima sem que necessariamente seja afetada a sua integridade psíquica”⁽³⁷⁾.

Assim, concordamos com aqueles autores que defendem a desnecessidade do dano psíquico para a comprovação do assédio moral. O dano psíquico pode até aparecer em um caso específico, mas não se trata de elemento configurador indispensável para a caracterização do assédio moral. Ao contrário, o assédio moral será definido pela conduta objetiva do assediador analisada de acordo com os padrões de um homem médio. Nada impede, porém, que o ofendido faça prova da exata repercussão do ato ofensivo em sua vida, em todos os sentidos, como forma de permitir ao magistrado vislumbrar um quadro mais completo das consequências e com isso permitir que a decisão se aproxime melhor da realidade e o valor da indenização sirva de efetiva compensação ao ofendido e de pena ao lesante, no sentido de equidade.

No mesmo sentido, ninguém duvida da ocorrência de dano moral daquele empregado que ficou incapacitado para o exercício de sua atividade profissional habitual ou para qualquer

outra; daquele que sofreu acidente e perdeu parte de seu corpo ou da função de alguns órgãos ou da esposa e dos filhos do empregado falecido. Em algumas situações, portanto, tanto o dano como os efeitos da conduta ilícita dos sujeitos da relação de emprego são presumíveis do fato em si e de sua gravidade, não sendo fundamental que sejam provados pela vítima. O dano moral está insito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária do lesado. Em outras palavras, o dano deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum.

Nesses casos, basta que a vítima comprove, por qualquer meio admitido em Direito, o fato lesivo, sendo o dano moral presumido de forma absoluta (presunção *iuris et de iure*). O ofendido não precisa produzir perícia psicológica para demonstrar a efetiva alteração de seu equilíbrio espiritual. Vale dizer, pela própria natureza do dano moral, não cabe prova direta, mas apenas presunções segundo as regras da vida que são constatadas pela experiência comum. Dispensa-se, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente.

Assim, concluindo, há situações que, pela própria natureza e gravidade da conduta ilícita, presume-se a ocorrência do dano psíquico, bastando a constatação do nexo de causalidade entre o dano e a conduta danosa do ofensor para se fazer presente o dever de compensação do dano moral. Nesses casos, o direito à reparação nasce uma vez apurado o evento danoso, independentemente de haver, ou não, comprovação do prejuízo, pois, de acordo com a experiência comum, é possível afirmar que o trabalhador realmente sofreu uma perturbação

(37) Escreve a autora: “Quanto ao último elemento (dano psíquico), nós o consideramos dispensável, data vênica de inúmeras posições contrárias. O conceito de assédio moral deverá ser definido pelo comportamento do assediador, e não pelo resultado danoso. Ademais, a Constituição vigente protege não apenas a integridade psíquica, mas também a moral. A se exigir o elemento alusivo ao dano psíquico como indispensável ao conceito de assédio moral, teríamos um mesmo comportamento caracterizando ou não a figura ilícita, conforme o grau de resistência da vítima, ficando sem punição as agressões que não tenham conseguido dobrar psicologicamente a pessoa. E mais, a se admitir como elemento do assédio moral o dano psíquico, o terror psicológico se converteria em um ilícito sujeito à mente e à subjetividade do ofendido. (...) É óbvio, entretanto, que se o dano psíquico ocorrer, ele gerará aumento da indenização por dano moral ou uma compensação autônoma.” (*Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 876.)

mental. É a situação do trabalhador que perdeu partes do seu corpo em decorrência do desempenho de suas atividades laborais.

Em outras situações, no entanto, não é possível estabelecer a conclusão de que o trabalhador foi acometido inexoravelmente por um transtorno mental decorrente das condições de trabalho. É o caso da depressão para a qual se faz necessária a investigação não apenas do dano psíquico como também das condições de trabalho e se essas são capazes de normalmente provocar a moléstia mental. Apesar das diferenças apontadas entre as duas situações, as condições de trabalho sempre deverão ser objetivamente consideradas para fins de estabelecimento da responsabilidade civil da empresa.

Por fim, diante de todas as considerações expostas, recomenda-se que o Juiz do Trabalho, ao se deparar com uma ação trabalhista em que se pleiteia indenização material/moral decorrente de acidente do trabalho por configuração do nexo causal entre a depressão e o trabalho, observe se o laudo pericial analisou, *necessariamente*, cinco itens considerados essenciais para a investigação das diversas dimensões do trabalhador:

1. Verificação de evidências epidemiológicas que indiquem a incidência de transtornos depressivos para certas categorias profissionais ou trabalhadores que executem serviços específicos, expostos a agentes patogênicos ou fatores de risco (cruzamento do código da CNAE com o código da CID-10 e a presença nas Listas A, B ou C do Anexo II do Decreto n. 3.048/99). Essa constatação funciona como *instrumento auxiliar* no estabelecimento do nexo de causalidade entre o transtorno mental e o trabalho;
2. Avaliação das circunstâncias do acidente do trabalho ou evento traumático específico considerando fator desencadeante da doença mental (ex.: assalto);
3. Apuração detalhada das atividades e condições de trabalho, do treinamento prévio, da trajetória profissional, da organização e política empresariais, assim como do

meio ambiente do trabalho como um todo, inclusive com perícia no local de trabalho e entrevistas com outros trabalhadores da empresa, colegas de trabalho, chefias ou prestadores de serviço. Verificação se as condições de trabalho são capazes de normalmente produzir o transtorno depressivo. Acreditamos que, se o ambiente de trabalho for comprovadamente apto a gerar a doença mental, todos os trabalhadores desse local terão direito à indenização por dano psíquico ainda que não tenham diagnóstico médico de alguma patologia mental específica, tendo em vista que a avaliação parte de critério objetivo (condições de trabalho), admitindo-se o dano mental como consequência natural do trabalho. A propósito, essa nos parece ser a principal função da Justiça do Trabalho: investigar se as condições de trabalho estão de acordo com as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho;

4. Verificação da história de vida do trabalhador para identificação da sua estrutura de personalidade, fatores genéticos, condições de vida, capacidade de resiliência, estratégias de enfrentamento de estresse desse sujeito, padrões de relacionamento dentro e fora do trabalho, dentre outros. Podem ser aplicados testes psicológicos com o objetivo de identificar alterações intelectuais, sensoriais, de memória e aprendizagem, espaciais e de personalidade. Ressaltamos que tal verificação pode ser dispensada se se adotar a aplicação da teoria da causalidade adequada, segundo a qual devem ser investigadas as condições de trabalho e se estas são psicologicamente hostis a ponto de desencadear a doença mental. Com isso, evita-se possível violação a direitos fundamentais dos trabalhadores que não serão obrigados a abrir sua intimidade e vida privada em um laudo pericial;

5. Investigação de exames médicos e psicológicos anteriores para estudo sobre a evolução da doença.

Assim, o estabelecimento do nexo causal entre a depressão e o trabalho não é tarefa simples, pois envolve os processos mentais específicos de cada trabalhador que foram construídos ao longo de sua trajetória de vida e de trabalho. Nesse sentido, as perícias para constatação do nexo causal entre o transtorno mental e o trabalho devem ser realizadas por Psicólogos, de preferência com especialização em Psicologia Organizacional ou do Trabalho, e não por Médicos do Trabalho. Isso porque o Psicólogo é o profissional que possui a melhor *expertise* para análise dos processos mentais e do comportamento humano e, assim, realizar psicodiagnóstico a respeito dos distúrbios de saúde mental em trabalhadores.

Ressalte-se que é comum o Médico Psiquiatra encaminhar o paciente para comprovação do diagnóstico nosológico (diagnóstico psiquiátrico) pelo Psicólogo. Assim, o profissional da Psicologia é o mais indicado para a elaboração do psicodiagnóstico do trabalhador. Na prática, verificamos que a maioria dos laudos psicológicos realizados nas ações trabalhistas são produzidos por Médicos do Trabalho, no entanto, esses profissionais são mais indicados para a avaliação de lesões osteomusculares e não para exame do estado mental. Além disso, constatamos que as perícias psicológicas que vêm sendo realizadas, via de regra, não fazem adequada verificação do possível vínculo do transtorno depressivo com o trabalho. São precárias na avaliação das reais atividades executadas pelo trabalhador, assim como do ambiente de trabalho, da estrutura mental do obreiro e, principalmente, se o trabalho é apto, de acordo com o curso normal das coisas e com a experiência comum, para produzir o transtorno depressivo.

6. Conclusão

a) Os Transtornos Mentais e do Comportamento ocupam o terceiro lugar em número de auxílios-doença concedidos pela Previdência Social, sendo que 80% destes são depressões.

b) A depressão é um transtorno mental que se apresenta com humor deprimido, perda de interesse ou prazer, sentimentos de culpa e baixa autoestima, distúrbios do sono ou apetite, por falta de energia e concentração. De acordo com as pesquisas, a depressão tem origem multicausal em que diversos fatores (genéticos, biológicos e psicossociais) interagem de modo complexo.

c) Os trabalhadores têm o direito de não ser expostos a riscos que comprometam sua segurança no trabalho além dos limites estritamente necessários, sendo protegida, por lei, sua incolumidade física e mental no âmbito da relação de trabalho. A realização de trabalho nocivo à saúde, sem a observância das normas relativas à segurança e medicina do trabalho, que coloque em risco a integridade física e mental dos trabalhadores, enseja a reparação administrativa, civil e penal do empregador.

d) Independentemente da teoria (subjetiva ou objetiva) que se adote para se fixar a responsabilidade civil do empregador, o *nexo de causalidade* entre a moléstia e o trabalho deve restar provado (arts. 186 e 927, parágrafo único, ambos do Código Civil). Quanto ao nexo causal, filiamo-nos àqueles que defendem que o Direito Civil brasileiro acolheu a *teoria da causalidade adequada*, segundo a qual deve ser investigada a circunstância que foi a mais apta a produzir o resultado.

e) Se as condições de trabalho são ordinariamente aptas para provocar um transtorno depressivo no trabalhador, essa doença mental será objetivamente atribuída ao empregador, por guardar com a conduta empresarial uma relação causal adequada. Para a fixação do critério de determinação da adequação entre o trabalho e a depressão, deve ser utilizado o critério do *homem médio*.

f) O estabelecimento do nexo causal entre a depressão e o trabalho depende da verificação se as condições de trabalho eram, por si mesmas, capazes de normalmente causar a doença mental.

g) Com o advento da Medida Provisória n. 316/2006, posteriormente convertida na Lei n. 11.430/2006, foi introduzido o art. 21-A na Lei n. 8.213/1991, que criou o Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP). Por esse artigo, considera-se de natureza acidentária a incapacidade quando constatar o NTEP entre o trabalho e o agravo, por meio do cruzamento do CNAE (Código Nacional de Atividade Econômica) com o diagnóstico médico enquadrado na CID (Classificação Internacional de Doença), conforme art. 337, § 3º do Decreto n. 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social) que remete à Lista C do Anexo II do mesmo regulamento. Essa constatação, no entanto, funciona como um *instrumento auxiliar* na verificação do nexo causal entre o transtorno depressivo e o trabalho, pois se baseia em simples dados estatísticos, devendo a perícia ser complementada com outros dados sobre a trajetória de vida e de trabalho do empregado, sobretudo se as condições de trabalho causariam normalmente a doença mental. Entendimento contrário violaria os incisos LIV e LV, do art. 5º, da Constituição Federal.

h) O conceito de concausalidade não se aplica para o caso de doenças mentais, pois os transtornos mentais têm origem multicausal em que diversos fatores (genéticos, biológicos e psicossociais) interagem de modo complexo. Além disso, ainda existe grande divergência nas teorias sobre a contribuição do trabalho no processo de adoecimento mental, pois os fatores exógenos que podem desencadear a depressão (estresse, circunstâncias adversas, problemas profissionais, familiares, momentos de perda, de ruptura etc.) são inespecíficos, ou seja, não é possível associar um evento a um quadro depressivo, obrigatoriamente.

i) Para a configuração do nexo causal, as condições laborais devem ser capazes de, isoladamente, produzir o transtorno depressivo. Nesse sentido, recomenda-se que a perícia para fins de constatação desse nexo seja realizada por Psicólogo, de preferência com especialização em Psicologia Organizacional ou do Trabalho.

j) A perícia para estabelecimento do nexo causal entre depressão e trabalho deve conter, necessariamente, a avaliação detalhada dos seguintes itens: a) evidências epidemiológicas para agentes patogênicos ou fatores de risco; b) circunstâncias do acidente do trabalho ou evento traumático; c) atividades e condições de trabalho e se essas são aptas a produzir normalmente a depressão; d) história de vida do trabalhador, inclusive com análise da estrutura de personalidade (dispensada se se adotar a investigação das condições de trabalho como único critério objetivo a ser analisado para a fixação da responsabilidade civil da empresa); e e) exames médicos e psicológicos anteriores para estudo sobre a evolução da doença.

7. Referências bibliográficas

BASTOS, Juliana Cardoso Fernandes; MO-HALLEM, Andréa Gomes da Costa; FARAH, Olga Guilhermina Dias. *Ansiedade e depressão em alunos de enfermagem durante o estágio de oncologia*. 2008. Disponível em: <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=L+ILACS&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=497739&indexSearch=ID>> Acesso em: 23 fev. 2011.

BRANDTNER, M.; BARDAGI, M. P. Sintomatologia de depressão e ansiedade em estudantes de uma universidade privada do Rio Grande do Sul. *Revista Interinstitucional de Psicologia*, vol. 2, p. 81-91, 2009. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/gerais/index.php/gerais/article/viewFile/67/49>> Acesso em: 24 fev. 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

DAVIDOFF, Linda L. *Introdução à psicologia*. São Paulo: Makron Books, 2001.

DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. São Paulo: Cortez, 1992.

DEL PORTO, José Alberto. Conceito e diagnóstico. *Rev. Bras. Psiquiatr.* [on-line]. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44461999000500003> Acesso em: 24 fev. 2011.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*: análise do nexo causal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético. São Paulo: LTr, 2004.

MIRA Y LÓPEZ, Emílio. *Manual de psicologia jurídica*. São Paulo: Vida Livros, 2009.

MORRIS, Charles G.; MAISTO, Albert A. *Introdução à psicologia*. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença profissional*. São Paulo: LTr, 2011.

PEREIRA, Ana Catarina Martins. Análise de depressão e ansiedade nos alunos do ensino superior: comparação com um estudo do curso de radiologia. *Repositório Científico do Instituto Politécnico de Castelo Branco*. 2009. Disponível em: <http://repositorio.ipcb.pt/bitstream/10400.11/442/1/Depress%20e%20Ansiedade%20nos%20alunos%20Radiologia_alterado%2015d.pdf> Acesso em: 21 fev. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira. *Acidente do trabalho*: responsabilidade objetiva do empregador. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA, P. C. Z.; ATHAYDE, M. A contribuição da abordagem clínica de Louis Le Guillant para o desenvolvimento da psicologia do trabalho. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 06-19, jun. 2006.

ZIMERMAN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional: a crise do magistrado. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos psicológicos da atividade jurídica*. Campinas: Millennium, 2002.

Jurisprudência

Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

Processo n. TST-RR.40000-65.2007.5.03.0009

ACÓRDÃO

2ª Turma

GMJRP/rb

RECURSO DE REVISTA DA SÁ CARVALHO S.A. (CEMIG). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESCRIÇÃO. Ainda que duvidosa a tese regional de imprescritibilidade desta ação civil pública, em virtude da natureza jurídica indisponível do direito tutelado, tem-se que, neste caso e, conforme consignado no acórdão regional, a denúncia sobre a suposta contratação de empregados públicos, sem concurso público, após 5.10.1988, foi encaminhada ao Ministério Público do Trabalho em 4.8.2005, e somente nessa data chegou ao conhecimento desse órgão a possibilidade da existência de irregularidade atacada na inicial, sendo aqui analogicamente aplicável, por identidade de motivos, o entendimento consagrado no item VI da Súmula n. 100 do TST, que dispõe que, “na hipótese de colusão das partes, o prazo decadencial da ação rescisória somente começa a fluir para o Ministério Público, que não interveio no processo principal, a partir do momento em que tem ciência da fraude”. Tendo sido ajuizada esta ação civil pública em abril de 2007, ficou devidamente respeitado o princípio da *actio nata*, pelo qual se entende que o início da prescrição somente se dá quando o titular do direito violado ou, nos casos de legitimação extraordinária, o titular do direito de ação a ele atribuído para a tutela de direitos e interesses de terceiros por ele substituídos processualmente toma conhecimento do fato e da extensão de suas consequências. Não há falar, portanto, em violação dos arts. 5º, inciso II, e 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal e 11 da Consolidação das Leis do Trabalho, tampouco em contrariedade à Súmula n. 294 do TST, a qual não guarda nenhuma

pertinência temática com a matéria discutida nestes autos, que versa sobre a alteração das cláusulas de contrato de trabalho. Quanto aos arestos colacionados para caracterização de divergência jurisprudencial, não se prestam ao fim colimado. Ambos os julgados são oriundos de Turmas deste Tribunal Superior, o que desautoriza reconhecer a existência de conflito pretoriano, nos termos e para os efeitos do art. 896, alínea “a”, da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE NA NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA, ANTES PRIVADA E, A SEGUIR, PÚBLICA. EMPRESA PRIVADA CUJO CONTROLE ACIONÁRIO FOI ADQUIRIDO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONTROLADA PELO ESTADO DE MINAS GERAIS. EFEITOS SOBRE OS CONTRATOS DE TRABALHO CELEBRADOS EM DATAS ANTERIORES À MUDANÇA DO CITADO CONTROLE ACIONÁRIO. INAPLICABILIDADE DO ART. 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL A ESSES CONTRATOS. Cinge-se a discussão em saber se empregados contratados por empresa privada que, após a promulgação da Constituição de 1988, teve seu controle acionário adquirido por sociedade de economia mista controlada pelo Estado de Minas Gerais, podem permanecer no emprego, sem a prestação do concurso público exigido pelo art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Faz-se, assim, no caso, necessária a ponderação dos princípios, valores e dispositivos constitucionais relativos à questão, dentre eles os arts. 1º, inciso III (princípio da dignidade da pessoa humana), 7º, inciso I (princípio da continuidade do emprego), e 37, inciso II (regra do concurso público), a fim de preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais

protegidos, tudo à luz do princípio da razoabilidade. Conforme consignado no acórdão recorrido, a empresa Sá Carvalho S.A. teve o seu controle acionário assumido pela CEMIG em 14.12.2000. Naquela ocasião, os empregados absorvidos pela sociedade de economia mista já trabalhavam regularmente na citada empresa privada, em virtude de contratos de trabalho que já haviam sido celebrados em datas incontroversamente anteriores com sua empregadora até então privada. Ora, de acordo com o quadro fático delineado, a hipótese em nada se assemelha àquela prevista no citado art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que disciplina que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. Não se trata, aqui, de ingresso inicial ou superveniente em cargo ou emprego público sem concurso público puro e simplesmente, como erroneamente entendeu a decisão regional. Neste caso, ao contrário e como ficou clara e expressamente consignado no acórdão recorrido, refere-se a trabalhadores com seus contratos de trabalho já em curso, que celebraram anteriormente com empresa privada, que foi posteriormente absorvida por sociedade de economia mista após o advento da Carta Republicana de 1988. Os trabalhadores, por óbvio, agiram de boa-fé, já que foram contratados por empresa privada, nem devem sofrer as consequências negativas de uma genuína sucessão trabalhista, instituto que tem por escopo justamente a proteção dos direitos dos empregados frente a mutações de caráter fático-jurídico da empresa, conforme previsto nos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho, albergados pelos princípios da continuidade do trabalho, da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho. Esse último preceito legal, aliás, é expresso ao estabelecer que “a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos

de trabalho dos respectivos empregados”. Diante do caráter e da finalidade essencialmente protetivos dos trabalhadores que as normas de Direito do Trabalho possuem, não se pode, evidentemente, interpretá-las e aplicá-las de modo diametralmente oposto à sua teleologia e para produzir resultados exatamente contrários à sua razão de ser, principalmente em hipótese fática em que razoavelmente não se aplica a regra constitucional que exige o concurso público como condição de acesso aos cargos e empregos públicos. Ademais, é também inteiramente aplicável ao caso em análise o disposto na Súmula n. 430 do TST, *a contrario sensu*, pois o mencionado verbete sumular trata da hipótese de convalidação da nulidade de contratação por ausência de prestação de concurso público, com a ulterior privatização de órgão da administração pública indireta, *in verbis*: “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE. ULTERIOR PRIVATIZAÇÃO. CONVALIDAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA DO VÍCIO. Convalidam-se os efeitos do contrato de trabalho que, considerado nulo por ausência de concurso público, quando celebrado originalmente com ente da Administração Pública Indireta, continua a existir após a sua privatização”. Assim, não verificado o fato alegado pelo autor da ação civil pública como gerador de nulidade dos contratos de trabalho dos empregados substituídos — a sua contratação por ente público, sem a prestação de concurso público, disciplinada pelo inciso II do art. 37 da Constituição Federal —, não há possibilidade de se decretar a nulidade das relações empregatícias iniciadas anteriores à sucessão operada neste caso dos autos. Recurso de revista conhecido por violação do art. 37, inciso II, da Constituição Federal e provido para para excluir da condenação a determinação de dispensar, no prazo de 120 dias, a partir do trânsito em julgado desta decisão, todos os trabalhadores contratados pela Sá Carvalho, que foram transferidos para a CEMIG, por ocasião da mudança de seu controle acionário, por ausência de prestação de concurso público.

RECURSO DE REVISTA DO SINDICATO INTERMUNICIPAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS – SINDIELETRO/MG. Tendo em vista o fato de o objeto do recurso de revista do Sindicato Intermunicipal dos Trabalhadores na Indústria Energética de Minas Gerais ser idêntico ao do recurso de revista da Sá Carvalho (CEMIG), o qual já foi provido, julgo **prejudicado** o este recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-40000-65.2007.5.03.0009, em que são Recorrentes **SÁ CARVALHO S.A.** e **SINDICATO INTERMUNICIPAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS – SINDIELETRO** e é Recorrido **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO**.

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, por meio do acórdão de fls. 376-385, complementado pelo acórdão de fls. 399 e 400, em que se julgaram os embargos de declaração do Sindieletro MG Sindicato Intermunicipal dos Trabalhadores na Indústria Energética de Minas Gerais, negou provimento aos recursos ordinários da Sá Carvalho S.A. e do citado sindicato, que tratavam dos temas “Prescrição Total” e “Legalidade dos Contratos de Trabalho”.

A reclamada Sá Carvalho S.A. interpõe recurso de revista, às fls. 404-423, em que pretende a reforma da decisão regional. Fundamenta seu apelo em violação dos arts. 5º, *caput* e inciso II, 6º, 7º, incisos I e XXIX e 37, *caput* e inciso II, da Constituição Federal e 10, 11 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho e contrariedade à Súmula n. 294 do TST. Traz arestos a fim de estabelecer divergência jurisprudencial.

O Sindicato dos Trabalhadores na Indústria Energética de Minas Gerais — Sindieletro — MG também interpõe recurso de revista, às fls. 446-454, amparado em violação dos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho e 37, inciso II, 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal. Traz aresto a confronto.

Os recursos de revista foram admitidos no despacho de fls. 456-459.

Foram apresentadas contrarrazões pelo Ministério Público do Trabalho às fls. 466-481.

Processo não remetido ao Ministério Público do Trabalho ante o disposto no art. 83, § 2º, inciso I, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

V O T O

RECURSO DE REVISTA DA SÁ CARVALHO S.A. (CEMIG)

1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESCRIÇÃO CONHECIMENTO

O Tribunal Regional da Terceira Região, analisando a arguição de prescrição do direito de ação, rejeitou-a, pelos fundamentos a seguir expostos:

“Os recorrentes insistem na arguição de prescrição total e ponderam que as contratações consideradas irregulares tiveram lugar em 13.12.2000, mais de cinco anos antes do ajuizamento da presente ação civil pública. Concluem que, por isso, o prazo quinquenal já estava consumado, circunstância que, no seu entender, consolidaria a permanência de todos esses trabalhadores. É fato incontroverso que a ré, **SÁ CARVALHO S.A.**, é uma usina hidrelétrica que pertencia à Acesita e teve o controle acionário vendido à CEMIG em 14.12.2006 (f. 196/199). Anteriormente à transação, os empregados eram vinculados à Acesita e foram transferidos para a **SÁ CARVALHO** no dia 13.12.2000, ou seja, um dia antes de ser adquirido o controle acionário desta última pela CEMIG (f. 132/155).

Em 3.4.2007 o Ministério Público do Trabalho ajuizou a presente ação com o fim de obter pronunciamento sobre a impossibilidade de contratação de empregados pela ré sem observância do pressuposto da prévia aprovação em concurso público e ver reconhecida a ilegalidade dos contratos de trabalho em

vigor. A demandada suscitou a prescrição, porque as contratações teriam sido ultimadas há mais de cinco anos.

O Juízo de origem rejeitou a prefacial e frisou que a hipótese envolvia a prática de ato nulo, não sujeito à prescrição.

A controvérsia envolve não só discussão sobre ato nulo, como também direito indisponível, relacionado ao interesse público, o que afasta a incidência da prescrição.

Vale recordar que a ação civil pública foi disciplinada originariamente pela Lei n. 7.347/85, e o seu escopo é a proteção dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, contra ameaças e lesões, nos termos do art. 1º da norma já aludida, a qual nada dispõe sobre o prazo prescricional aplicável.

A prescrição é a perda do direito de ação que, indiretamente, atinge o direito material reivindicado pelo titular, ou seja, compromete direito patrimonial daquele que, sem razão justificada, deixou de agir na sua defesa. O instituto, contudo, não tem o condão de sepultar direitos e interesses metaindividuais (difusos e coletivos), os quais pertencem a pessoas indeterminadas ou apenas determináveis no seio da sociedade e sua característica marcante é a indivisibilidade, a indisponibilidade, a essencialidade e a ausência de conteúdo econômico. É exatamente essa indeterminação do sujeito que impossibilita a aplicação da prescrição como pretendido pelos recorrentes. Nesse sentido manifesta Raimundo Simão de Melo, *in A Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2002.

A esse respeito também é o ensinamento de Francisco Antônio de Oliveira, *in Ação Civil Pública Enfoques Trabalhistas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

‘Ora, se os interesses difusos e coletivos não têm titulação definida, mas pertencem a todos, dúvida não existe de que estamos frente a um direito de interesse social e que diz respeito

ao povo e ao público em geral. E, se assim é, premiar o instituto da prescrição ou da decadência seria o mesmo que inverter a ordem dos valores, ou seja, premiar o interesse particular em detrimento do interesse público.’

A imprescritibilidade da ação civil pública encontra, portanto, justificativa na natureza indisponível do direito tutelado e na indeterminação do sujeito titular dos interesses difusos defendidos.

E ainda que assim não fosse, cabe salientar que a denúncia sobre o fato foi encaminhada ao Ministério Público em 4.8.2005 (f. 14), sendo certo que somente nessa data foi conhecida a irregularidade atacada na inicial, quando os contratos ainda não contavam cinco anos de vigência. A meu ver, somente nessa época estaria iniciado o curso do prazo prescricional, que não chegou a se consumir, haja vista o ajuizamento da ação em abril de 2007.

Nada a prover.” (folhas 378-380)

A recorrente, em suas razões de revista, sustenta que as contratações tidas como irregulares aconteceram em 13.12.2000, fato ocorrido há mais de cinco anos do ajuizamento desta ação civil pública, estando, portanto, prescrita a pretensão do *parquet*. Alega que não há falar em configuração de ato nulo, mas de contratações decorrentes de legítima sucessão trabalhista, devidamente amparada pelos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho. Acrescenta que a Lei n. 7.347/85, disciplinadora da ação civil pública, não trata da matéria em análise. Argumenta que, referindo-se a questão à hipótese em que se configura alteração contratual, em decorrência de fato não atribuível aos empregados da recorrente, tem inequívoca aplicação o entendimento consagrado na Súmula n. 294 do TST. Aponta violação dos arts. 5º, inciso II, e 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal e 11 da Consolidação das Leis do Trabalho, contrariedade à citada Súmula n. 294 do TST e cita trechos de arestos a fim de estabelecer divergência de teses.

Sem razão a parte.

Ainda que duvidosa a tese regional de imprescritibilidade desta ação civil pública, em virtude da natureza jurídica indisponível do direito tutelado, tem-se que, neste caso e, conforme consignado no acórdão regional, a denúncia sobre a suposta contratação de empregados públicos, sem concurso público, após 5.10.1988, foi encaminhada ao Ministério Público do Trabalho em 4.8.2005, e somente nessa data chegou ao conhecimento desse órgão a possibilidade da existência de irregularidade atacada na inicial, sendo aqui analogicamente aplicável, por identidade de motivos, o entendimento consagrado no item VI da Súmula n. 100 do TST, que dispõe que, “na hipótese de colusão das partes, o prazo decadencial da ação rescisória somente começa a fluir para o Ministério Público, que não interveio no processo principal, a partir do momento em que tem ciência da fraude”.

Tendo sido ajuizada a ação civil pública em abril de 2007, ficou devidamente respeitado o princípio da *actio nata*, pelo qual se entende que o início da prescrição somente se dá quando o titular do direito violado ou, nos casos de legitimação extraordinária, o titular do direito de ação a ele atribuído para a tutela de direitos e interesses de terceiros por ele substituídos processualmente toma conhecimento do fato e da extensão de suas consequências.

Assim, não há falar em violação dos arts. 5º, inciso II, e 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal e 11 da Consolidação das Leis do Trabalho, tampouco em contrariedade à Súmula n. 294 do TST, a qual não guarda nenhuma pertinência temática com a matéria discutida nestes autos, que versa sobre a alteração das cláusulas de contrato de trabalho.

Quanto aos arestos colacionados para caracterização de divergência jurisprudencial, não se prestam ao fim colimado. Ambos os julgados são oriundos de Turmas deste Tribunal Superior, o que desautoriza reconhecer a existência de conflito pretoriano, nos termos e para os efeitos do art. 896, alínea “a”, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não conheço do recurso neste tema.

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE NA NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA, ANTES PRIVADA E, A SEGUIR, PÚBLICA. EMPRESA PRIVADA CUJO CONTROLE ACIONÁRIO FOI ADQUIRIDO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONTROLADA PELO ESTADO DE MINAS GERAIS. EFEITOS SOBRE OS CONTRATOS DE TRABALHO CELEBRADOS EM DATAS ANTERIORES À MUDANÇA DO CITADO CONTROLE ACIONÁRIO. INAPLICABILIDADE DO ART. 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL A ESSES CONTRATOS.

I – CONHECIMENTO

Quanto ao tema, o Tribunal Regional do Trabalho de origem negou provimento aos recursos ordinários dos ora recorrentes, mantendo a decisão de primeiro grau, em que se condenou a empresa Sá Carvalho (CEMIG) a abster-se de contratar trabalhadores sem prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos e a dispensar, no prazo de cento e vinte dias, a partir do trânsito em julgado desta ação, todos os trabalhadores que não prestaram concurso público, tudo sob pena de multa diária, aos seguintes fundamentos:

“Como já ressaltado acima, a ré detinha a condição de empresa privada até o dia 14.12.2000, quando teve o controle acionário adquirido pela CEMIG, sociedade de economia mista controlada pelo Estado de Minas Gerais. Anteriormente a essa alteração, os empregados incumbidos de operar a usina eram vinculados à Acesita e foram transferidos para a demandada em 13.12.2000, um dia antes da aquisição pela CEMIG.

Não resta dúvida quanto ao fato de que a ré teve alterada a sua natureza jurídica desde 14.12.2000. A partir dessa época ela estava obrigada a observar a diretriz do art. 37, II, da Constituição, segundo o qual a admissão de servidor sem a prévia aprovação

em concurso público acarreta a nulidade do contrato de trabalho.

Dessa forma, há de ser confirmada a proibição dirigida à ré de que se abstenha de contratar trabalhadores sem o pressuposto da prévia aprovação em concurso público. A demandada, inclusive, não chega a questionar esse ponto.

Na verdade, o inconformismo da recorrente cinge-se em torno da determinação de dispensa dos trabalhadores atualmente em exercício. Entendo, porém, que a alteração na natureza jurídica da ré obriga a regularização de todos os contratos de trabalho a fim de ser atendida a exigência contida no art. 37, II, da Constituição.

E nem se diga que a decisão implicaria ofensa aos arts. 10 e 448 da CLT. Não se olvida que a hipótese narrada consubstancia, de fato, sucessão. E uma vez que a admissão dos empregados da usina teve lugar em época anterior à aquisição do controle acionário pela CEMIG, a previsão contida nesses dois dispositivos, os quais resguardam os direitos dos empregados abrangidos pela sucessão, afasta a nulidade dos contratos com base na ausência do concurso público. Essa circunstância, no entanto, não assegura a esses trabalhadores a permanência indefinida no emprego, até porque nenhum deles detém qualquer tipo de estabilidade.

De outro lado, há de se ter em vista que todos esses empregados viram-se transpostos para a condição de servidores públicos, não obstante a ausência do pressuposto indispensável aludido na norma constitucional já referida acima. A afronta ao interesse público exige seja sanada a irregularidade, promovendo-se o certame público. Ao contrário do alegado, a partir da integração da ré na administração pública indireta houve, sim, investidura dos trabalhadores em emprego público, sem que nenhum deles se submetesse à aprovação em concurso público. Tal ilegalidade não há de subsistir indefinidamente.

Acentuo que a decisão proferida pelo TST, reproduzida no recurso da demandada, à f. 323, tinha em vista apenas a questão relacionada à nulidade do contrato após a sucessão, em um caso similar àquele narrado no caso em apreço. Trata-se, portanto, de discussão diversa, pois na hipótese vertente o Juízo de origem não declarou a nulidade dos contratos firmados anteriormente à sucessão, mas apenas determinou a regularização desses empregos públicos, decisão que está em conformidade com a proteção do interesse público.

Os argumentos deduzidos com base na certificação dos operadores também não impressionam. Como se nota de f. 52/76, os operadores das redes de geração, transmissão e distribuição de energia estão sujeitos à avaliação para certificação de sua competência técnica, bem como da saúde física e mental. Como já ressaltado na sentença, competia à CEMIG, em conjunto com a demandada, providenciar a realização do concurso público de molde a garantir o funcionamento da usina. Os procedimentos de certificação, inclusive, teriam início logo em seguida à seleção dos candidatos. Vale frisar, inclusive, que a certificação aludida pela ré tem validade máxima de três anos e a sua revalidação pode, em caso de modificação na configuração da instalação, ser antecipada (f. 57). Percebe-se que a demandada, se tivesse a intenção apenas de aproveitar a certificação dos empregados, poderia planejar a realização do concurso público juntamente com a revalidação da certificação. Não se trata, por certo, de procedimento tão complexo que não possa ser repetido. Aliás, como bem observado pelo Juízo de primeiro grau, se a qualificação dos operários é tão específica como alega a empresa, os operários em exercício certamente obteriam a aprovação almejada. Logo, também sob esse prisma não vislumbro óbice à ordem contida na sentença.

Ressalto que a decisão não obriga ao imediato desligamento dos trabalhadores, mas, sim, à regularização dos contratos mediante realização de concurso público. Sendo assim, não vinga a alegação de que estaria comprometida a continuidade dos serviços prestados pela usina.

De outro lado, as ponderações tecidas sobre a possibilidade de ser automatizada a usina escapam dos limites da lide. Esclareço, apenas, que a sentença não determinou a realização de concurso público, mas apenas proibiu a contratação de empregados sem esse requisito. Logo, a automatização não gerará conflito com a condenação.

Não subsiste, ainda, a alegada ofensa ao art. 6º da Constituição, pois não foi negado aos trabalhadores envolvidos o direito ao trabalho, mas apenas está sendo exigido o cumprimento do requisito previsto na mesma carta. É de se ressaltar que estão em jogo interesses contrários: de um lado, os empregados pretendem permanecer trabalhando na esfera pública sem a prévia submissão a concurso público e, de outro, a administração pública cujos atos, necessariamente, estão vinculados aos princípios da legalidade e da moralidade, os quais há de prevalecer, sob pena de a determinação constitucional dirigida à Administração Pública ser esvaziada em prol de interesses individuais.

Não se olvide do abrangente âmbito social de que se reveste a matéria circunstância que determina a prevalência do interesse da administração pública sobre o interesse individual dos empregados. Como bem ressaltou a decisão de origem, a se entender de outra forma, estar-se-ia abrindo as portas para a contratação de empregado público sem a observância do que determina o art. 37, II, da Constituição.

E vale frisar que o Exmo. Desembargador Luiz Ronan Neves Koury, terceiro votante

na sessão de julgamento manifestou voto convergente, nos seguintes termos:

‘A matéria controvertida adquire indiscutível complexidade em face dos interesses, normas e princípios em jogo.

Como restou mencionado nas inúmeras manifestações existentes nos autos, petição das partes, decisão de 1º grau e Parecer de ilustre administrativista, encontra-se em discussão valores consagrados na Constituição Federal, positivados nos arts. 37, II e § 2º e 7º, I.

A questão central é a seguinte: os princípios da Administração Pública deverão ser observados (moralidade, legalidade, publicidade) em detrimento da continuidade do emprego consagrado no art. 7º, I da CF? Especialmente no caso em que a admissão dos empregados se verificou anteriormente à compra da empresa?

Em que pese a questão social que permeia o tema jurídico, é este e não aquele que deve ser considerado para o deslinde da controvérsia.

Registre-se inicialmente que o interesse particular ou privado não pode prevalecer sobre o interesse público, a teor do art. 8º da CLT, consubstanciado no caso pela observância dos princípios da Administração Pública.

Com efeito, ainda que o vínculo com o reclamado tenha se originado da compra de empresa em que se encontravam vinculados os empregados, o fato incontestável é que foram admitidos sem concurso público, guardando a sua situação funcional, a partir de então, similaridade com os empregados concursados da Cemig.

Nesse passo, não se vislumbra qualquer diferença com a situação daqueles que foram contratados diretamente sem concurso público, com o detalhe relevante mas sem qualquer repercussão no caso, que a admissão dos empregados da Sá Carvalho decorreu de compra desta última pela Cemig.

Ainda que não se vislumbre fraude no procedimento adotado, é óbvio que representou uma forma de admissão sem submissão ao

exigido concurso público, o que evidencia uma situação de privilégio para os beneficiários.

Cabe aqui registrar que a impossibilidade de investidura sem concurso público é ampla, atingindo a originária e derivada, como por exemplo na hipótese de enquadramento, a qual se assemelha ao caso dos autos, com a agravante de que no exemplo citado pressupõe-se a submissão em concurso público para a investidura original.

Dito de outro modo, se a interpretação da norma constitucional é no sentido de que se deve declarar a nulidade da nova investidura no curso do contrato de trabalho envolvendo ente público quando este é antecedido de concurso público, com muito mais razão deve ser declarada a nulidade de investidura derivada, que guarda semelhança com a hipótese dos autos, no caso, quando não antecedida de concurso público.

Evidentemente que a sucessão trabalhista tem os contornos apontados pelos recorrentes. No entanto, tratando-se de ente da Administração Pública, existem obstáculos a serem transpostos, por força de disposição constitucional, que impedem a análise da matéria na perspectiva de uma singela sucessão.

As outras questões suscitadas relativas à continuidade no funcionamento da empresa, situação dos empregados, ausência de fraude devem ser respondidas da mesma forma com que se respondem a questões semelhantes e recorrentes nesta Especializada, ou seja, com a declaração de nulidade da contratação e os efeitos decorrentes são aqueles previstos na Súmula n. 363/TST.

Neste diapasão, quase que rotineiramente são apreciadas situações de empregados com mais de uma década de serviços prestados, contratados sem qualquer objetivo de burla, mas que têm o contrato declarado nulo, embora lamentando, como no presente caso, os transtornos que isso possa acarretar.

Como se disse em determinado momento, encontra-se reproduzida aqui a dicotomia

superada entre o trabalho, valor social consagrado na Constituição, e a observância dos princípios da Administração Pública, representados pelo concurso público na contratação dos empregados.

Como se sabe, prevaleceu o último entendimento no STF, consagrado em Verbete pelo TST, com a nossa resistência inicial, mas que hoje se encontra consolidado jurisprudencialmente. O que se procura, no caso, é retornar a esta velha e sepultada controvérsia, malgrado as peculiaridades apontadas, mas que na essência não alteram os contornos da matéria (contrato nulo) colocado sob a apreciação desta Turma.

Pedindo vênias, acompanho a Relatora, registrando que nada impede a regularização das situações, não se podendo transferir responsabilidade de incumbência da parte para o Judiciário.

Por fim, entendo deva ser confirmada a multa imposta para o caso de descumprimento das obrigações impostas à ré. Tal cominação conta com o respaldo do art. 461, § 4º, do CPC, o qual estabelece a possibilidade de o juiz lançar mão de uma medida coercitiva, de caráter econômico, com o fim de influir no ânimo do devedor, compelindo-o a cumprir a prestação imposta na sentença. O poder conferido ao juiz de ordenar, condenar, impor, inclui a faculdade ou *imperium* de fazer cumprir a ordem e a condenação, ressalvada, apenas, a hipótese que envolva direta ou indiretamente a pessoa do credor. A imposição das *astreintes* independe, inclusive, da iniciativa da parte interessada.

O desfecho rápido e justo da ação compõe interesse que vai além da vontade das partes constituindo propósito superior do próprio Estado de tornar efetiva a prestação jurisdicional.

Os valores arbitrados são razoáveis e atendem ao escopo das *astreintes*, motivo pelo qual confirmo as duas quantias impostas.” (fls. 380-384)

Interpostos embargos de declaração, a Corte *a quo* assim se manifestou:

“Essa E. Turma negou provimento aos recursos apresentados pela ré e respectivo assistente litisconsorcial, confirmando a sentença de origem que determinou a imediata regularização dos empregos públicos, surgidos a partir da integração da demandada na administração indireta estadual.

O embargante, em que pese reconheça o exame do tema sob o enfoque dos arts. 10 e 448 da CLT e do art. 6º da Constituição da República, aponta omissão a respeito da ofensa ao art. 1º da Carta Maior, no qual é assegurada a tutela da dignidade humana e da valorização social do trabalho. Pede manifestação expressa a respeito.

A meu ver, a discussão já foi dirimida, embora a E. Turma tenha deixado de mencionar esse dispositivo de forma expressa. Isto porque, como já afirmado à f. 382, não foi negado aos trabalhadores envolvidos o acesso ao trabalho, mas apenas está reconhecida a necessidade da prévia submissão de todos a concurso público. Ademais, não vislumbro o motivo pelo qual tal exigência implicaria ofensa à dignidade desses trabalhadores.

Provejo, em parte, os embargos apenas para esclarecer que foi rejeitada a ofensa ao art. 1º da Constituição.

Pelo exposto, conheço dos embargos e dou-lhes provimento parcial apenas para esclarecer que foi rejeitada a ofensa ao art. 1º da Constituição.” (fls. 399 e 340).

A recorrente Sá Carvalho S.A. (CEMIG), em suas razões de revista, insurge-se contra a determinação da sentença de primeiro grau, mantida pelo Tribunal Regional de origem, de que os empregados contratados pela Sá Carvalho, anteriormente à transferência de seu controle acionário para a CEMIG, sejam dispensados por ausência de prestação de concurso público.

Sustenta, de início, que o exíguo prazo fixado pela decisão de primeiro grau de 120 dias, para cumprimento da exigência de dispensa arbitrária dos empregados envolvidos, mostra-se desarrazoada, a despeito dos relevantes argumentos trazidos relativos à necessidade de manutenção de operação das usinas por pessoal e mão de obra com alto nível de qualificação, dos riscos da automação e da impossibilidade material de cumprimento da obrigação imposta, senão em prazo razoavelmente mais alongado. Ademais, afirma que os empregados absolvidos pela recorrente estão amparados pelo disposto nos arts. 6º e 7º, inciso I, da Constituição Federal e 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho. Reforça a argumentação de que os empregados foram contratados anteriormente à promulgação da Constituição da República de 1988, quando em vigor a Emenda Constitucional n. 19/69, que não exigia a seleção por concurso público para o preenchimento dos cargos e empregos públicos. Aponta violação dos arts. 5º, *caput* e inciso II, 6º, 7º, inciso I, e 37, *caput* e inciso II, da Constituição Federal e 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho. Traz arestos a fim de estabelecer divergência de teses.

Cinge-se a discussão em saber se empregados contratados por empresa privada que, após a promulgação da Constituição de 1988, teve seu controle acionário adquirido por sociedade de economia mista controlada pelo Estado de Minas Gerais, podem permanecer no emprego, sem a prestação do concurso público exigido pelo art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Faz-se, assim, no caso, necessária a ponderação dos princípios, valores e dispositivos constitucionais relativos à questão, dentre eles os arts. 1º, inciso III (princípio da dignidade da pessoa humana), 7º, inciso I (princípio da continuidade do emprego) e 37, inciso II (regra do concurso público), a fim de preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos, tudo à luz do princípio da razoabilidade.

Conforme consignado no acórdão recorrido, a empresa Sá Carvalho S.A. teve o seu controle acionário assumido pela CEMIG em 14.12.2000. Naquela ocasião, os empregados absorvidos pela sociedade de economia mista já trabalhavam regularmente na citada empresa privada, em virtude de contratos de trabalho que já haviam sido celebrados em datas incontestavelmente anteriores com sua empregadora até então privada.

Ora, de acordo com o quadro fático delineado, a hipótese em nada se assemelha àquela prevista no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que disciplina que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Não se trata, aqui, de ingresso inicial ou superveniente em cargo ou emprego público sem concurso público puro e simplesmente, como erroneamente entendeu a decisão regional. Neste caso, ao contrário e como ficou clara e expressamente consignado no acórdão recorrido, refere-se a trabalhadores com seus contratos de trabalho já em curso, que celebraram anteriormente com empresa privada, que foi posteriormente absorvida por sociedade de economia mista após o advento da Carta Republicana de 1988.

Os trabalhadores, por óbvio, agiram de boa-fé, já que foram contratados por empresa privada, nem devem sofrer as consequências negativas de uma genuína sucessão trabalhista, instituto que tem por escopo justamente a proteção dos direitos dos empregados frente a mutações de caráter fático-jurídico da empresa, conforme previsto nos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho, albergados pelos princípios da continuidade do trabalho, da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho. Esse último preceito

legal, aliás, é expresso ao estabelecer que “a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”.

Diante do caráter e da finalidade essencialmente protetivos dos trabalhadores que as normas de Direito do Trabalho possuem, não se pode, evidentemente, interpretá-las e aplicá-las de modo diametralmente oposto à sua teleologia e para produzir resultados exatamente contrários à sua razão de ser, principalmente em hipótese fática em que razoavelmente não se aplica a regra constitucional que exige o concurso público como condição de acesso aos cargos e empregos públicos.

Vale frisar, por oportuno, que a análise do caso em comento deve prestigiar a continuidade da relação do emprego, prevista no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal e a qualificação da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, a qual, segundo leciona Ingo Wolfgang Sarlet, *in* Dos Princípios Constitucionais — Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição, Malheiros, 2003, págs. 217 e 219, reveste-se de valor jurídico fundamental da comunidade, *verbis*:

“(…) como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também, e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto — tal como sinalou Benda —, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional) — razão pela qual para muitos

se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.

(...)

(...) a dignidade da pessoa humana comunga das características habitualmente atribuídas às normas-princípios em geral, atuando, portanto, como uma espécie de mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes (...).”

Assim, tendo em vista o que já foi dito acerca de não se tratar de admissão original no serviço público e à luz dos princípios da continuidade da relação de trabalho e da dignidade da pessoa humana, não se verifica o fato alegado como gerador de nulidade pelo autor da ação civil pública — contratação de empregado por ente público, sem a prestação de concurso público, disciplinada pelo inciso II do art. 37 da Constituição Federal.

Ademais, é também inteiramente aplicável ao caso em análise o disposto na Súmula n. 430 do TST, *a contrario sensu*, pois o citado verbete sumular trata da hipótese de convalidação da nulidade de contratação por ausência de prestação de concurso público, com a ulterior privatização de órgão da administração pública indireta, *in verbis*:

“ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE. ULTERIOR PRIVATIZAÇÃO. CONVALIDAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA DO VÍCIO. Convalidam-se os efeitos do contrato de trabalho que, considerado nulo por ausência de concurso público, quando celebrado originalmente com ente da Administração Pública Indireta, continua a existir após a sua privatização.”

Ora, se o aludido verbete sumular autoriza a convalidação de nulidade por contratação com ausência de concurso público por ente da administração pública indireta, posteriormente privatizada, não se pode falar em nulidade

de contratação que foi regular, realizada por entidade privada, que posteriormente teve seu controle acionário transferido para sociedade de economia mista.

Daí por que não há possibilidade de se decretar a nulidade das relações empregatícias iniciadas anteriores à sucessão operada neste caso dos autos.

Assim, não verificado o fato alegado pelo autor da ação civil pública como gerador de nulidade dos contratos de trabalho dos empregados substituídos — a sua contratação por ente público, sem a prestação de concurso público, disciplinada pelo inciso II do art. 37 da Constituição Federal —, não há possibilidade de se decretar a nulidade das relações empregatícias iniciadas anteriores à sucessão operada neste caso dos autos.

Transcreve-se, por oportuno, os fundamentos do voto vencido do Juiz Convocado Antônio Gomes de Vasconcelos, por ocasião do julgamento deste processo no Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, na mesma linha da fundamentação ora adotada:

“Convirjo com a ilustre relatora acerca das preliminares. Com devido respeito passo externar as convicções pelas quais consigno voto divergente quanto ao mérito.

Ocorre que a empresa Sá Carvalho S.A. teve o seu controle acionário assumido pela CEMIG em 14.12.2006, quando já havia em seus quadros trabalhadores há muitos anos.

Ora, a situação não se enquadra na regra inserta no art. 37, II, CF/88, porquanto trata-se daquelas situações decorrentes da permanente dinâmica das atividades econômicas e da complexa interação entre a autonomia pública e a autonomia privada, cabendo ressaltar que a dicotomia e a cisão público-privada não tem mais no regime (neo)constitucionalista emergente do paradigma do estado democrático de direito consagrado na Constituição. Nele tanto os setores públicos quanto os setores particulares estão igualmente comprometidos com o

direcionamento de suas ações de acordo com os fundamentos, princípios e objetivos (projeto de sociedade) constitucionalmente definidos. Os princípios da dignidade humana, da cidadania, da valorização social do trabalho e da livre-iniciativa, ao lado do pluralismo, devem reger e nortear a prática jurídica, sobrepondo-se a qualquer direcionamento normativo-hermenêutico tendente à sua neutralização. Assim é que aparentes conflitos de valores devem se resolver sempre com a preservação destes princípios em cada caso concreto. O paradigma do estado democrático de direito, portanto, põe em xeque a técnica da subsunção por critérios lógico-formais para estabelecer critérios princípios lógicos, finalísticos e consequentialistas. Se da prática jurídica resultam resíduos de injustiça confrontativos de qualquer dos fundamentos da República ela não se alinha ao espírito da Constituição. A regra do concurso público no caso destes autos precisa ser compreendida em termos e dos fatos jurídicos contextualizados na operação subsuntiva, não bastando a operação seletiva dos fatos enquadráveis na hipótese fática inscrita na norma do art. 37, CF/88, uma vez que esta seleção despreza outros aspectos fáticos decisivos para solução da controvérsia, em conformidade com os princípios e valores, os quais no estado democrático de direito foram também alçados ao *status* de norma jurídica e não podem ser considerados simplesmente como princípios de otimização da prática jurídica.

O caso em questão apresenta as seguintes peculiaridades: os empregados da Sá Carvalho S.A. não foram investidos originalmente no serviço público; o seu “ingresso” no serviço público se deu pela via indireta da sucessão trabalhista, cujo escopo é exatamente a proteção de direitos dos empregados da sucedida frente às mutações de caráter fático-jurídico da atividade empresarial;

ao mesmo tempo estes empregados não se habilitaram ao ingresso no serviço público, agiram de boa-fé, foram contratados sob o regime privado e apenas sofreram as consequências de uma operação econômico-financeiro cujo objetivo não foi a admissão de empregado no serviço público.

Ora, se se trata de situação inusitada e não prevista na ordem jurídica — com efeito não se trata de admissão no serviço público, mas tão somente de “confusão” de regimes jurídicos de trabalho (regime público/regime privado) em virtude da sucessão de empresas — as controvérsias daí resultantes não podem ser resolvidas em sacrifício de princípios fundamentais da República: dignidade da pessoa humana e valorização social do trabalho.

Inúmeras são as situações jurídicas consolidadas e que em virtude de alterações posteriores se impõe a criação de regimes jurídicos especiais, ora pelo legislador, ora pela jurisprudência, para que não se cometam ofensas a direitos fundamentais dos cidadãos.

Ora, se não existe o fato gerador da nulidade — contratação de empregado por pessoa jurídica da administração indireta como é o caso da reclamada — falta à postulação da nulidade a necessária base fática para a sua consumação, da impossibilidade da nulidade do ato inexistente. Daí por que não há possibilidade de se decretar a nulidade das relações empregatícias anteriores à sucessão operada neste caso dos autos.

A absorção da empresa implica a absorção de todos os elementos que lhe são característicos, dentre os quais a força de trabalho que integra o conjunto dos seus elementos constitutivos, sem os quais não há empresa. Sem o trabalho humano o estabelecimento, o empreendimento não se pode movimentar.

A imposição à reclamada do ato de demissão dos empregados não traz maior benefício à sociedade que a sua manutenção no

emprego e causa maior embaraço ao serviço público, comprometendo o princípio constitucional da eficiência do serviço público. Trata-se de trabalhadores especializados cuja substituição não se revela tão simples e requer longa preparação, tanto que sujeitam-se à requalificação periódica. Quando a empresa foi absorvida a situação jurídico-laboral dos empregados já estava constituída, tendo os mesmos incluído em seu patrimônio jurídico as normas de proteção atinentes ao contrato de trabalho regido pela CLT, inclusive as dos arts. 10 e 448 acionáveis na presente hipótese.

Esta situação põe em concorrência mais de um princípio constitucional, dentre os quais o princípio da moralidade na administração pública e os princípios fundamentais da República. Não se cogita do princípio da isonomia, uma vez que a situação em questão não pode ser qualificada como de investidura no serviço público.

A peculiaridade do caso desafia a adequação da ordem jurídica pela jurisprudência para preservar situações de dignidade humana e de proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores e ao mesmo tempo assegurar a vigência dos demais princípios constitucionais (da isonomia e da moralidade na contratação de pessoal no serviço público).

A situação vertente deve assim se equilibrar na garantia da integridade dos contratos de trabalho vigentes à época em que se operou a sucessão trabalhista e na garantia da observância da norma do concurso público nas futuras contratações, à medida da vacância dos postos de trabalho.

Assim se estabelece uma relação de intercomplementaridade e não de conflito entre o princípio constitucional da isonomia na contratação de empregados no serviço público (sociedade de economia mista) e da proteção dos direitos laborais pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, superando-se o modelo de racionalidade do tipo

“ou isto ou aquilo”, “lícito/ilícito”, “tudo ou nada” por um modelo consequencialista na averiguação da concreção dos princípios fundamentais da sociedade brasileira em cada caso de per si.” (fls. 387-390)

Por fim, os seguintes precedentes desta Corte que tratam da matéria:

“RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N. 11.496/2007. CONTRATO NULO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. POSTERIOR INTERVENÇÃO DO MUNICÍPIO. 1 – Revela-se imprópria a alegação de afronta a dispositivos da Constituição da República, em decorrência da redação do art. 894, II, da CLT conferida pela Lei n. 11.496/2007. 2 – Não há como se reconhecer a contrariedade à Súmula n. 363 do TST, a qual menciona os efeitos da nulidade da contratação efetuada pela Administração Pública sem a necessária submissão a concurso público, uma vez que a premissa lançada na decisão embargada é a de que a reclamante fora admitida enquanto a reclamada ainda não detinha a condição de entidade pública. 3 – Frise-se, por outro lado, que, para se aferir a alegação da reclamada, de que já possuía personalidade jurídica de direito público na época da contratação da reclamante, necessário seria o revolvimento de fatos e provas, procedimento vedado nesta instância extraordinária, nos termos da Súmula n. 126 desta Corte. 4 – Arestos inespecíficos, na forma da Súmula n. 296, I, do TST, porquanto ausente a necessária identidade fática com a hipótese dos autos; ou formalmente inservíveis, nos termos do art. 894, II, da CLT e da Súmula 337, I, “a”, do TST. Recurso de embargos não conhecido.” (E-RR-130400-22.2004.5.04.0521, relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 2.8.2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 17.8.2012.)

“RECURSOS DE REVISTA DO MUNICÍPIO DE ERECHIM E DA FUNDAÇÃO HOSPITALAR SANTA TEREZINHA DE ERECHIM. ANÁLISE CONJUNTA DOS RECURSOS EM FACE DA IDENTIDADE

DA MATÉRIA. VÍNCULO DE EMPREGO COM PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. DESAPROPRIAÇÃO DE HOSPITAL PELO MUNICÍPIO. NULIDADE DO CONTRATO. Somente com a edição da Lei Municipal n. 3.431, que deu ao Hospital Santa Terezinha a condição de Fundação, é que se tornou necessária a realização de concurso público para ingresso em seus quadros. Tendo a Reclamante sido admitida em 1º.7.1991, quando o referido hospital não tinha a qualidade de entidade pública, não há de se falar em nulidade do contrato de trabalho por afronta ao art. 37, II e § 2º, da CF/88. Recurso de Revista não conhecido.” (RR-132200-85.2004.5.04.0521, relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 13.6.2007, 4ª Turma, Data de Publicação: 3.8.2007.)

“RECURSOS DE REVISTA DO MUNICÍPIO E DA FUNDAÇÃO. CONTRATAÇÃO DA RECLAMANTE PELA SEGUNDA RECLAMADA OCORRIDA À ÉPOCA EM QUE ERA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. CONCURSO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. Diante do fato disponibilizado no v. acórdão recorrido, de que a contratação foi feita por pessoa jurídica de direito privado, não se vislumbram as denunciadas violações dos dispositivos da Constituição Federal e contrariedade ao Verbete Sumular indicado, que disciplinam hipótese de nulidade da contratação efetuada por ente público, quando ausente concurso público. Precedentes da e. Sexta Turma. Recursos de revista não conhecidos.” (RR-132100-33.2004.5.04.0521, relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 23.5.2007, 6ª Turma, Data de Publicação: 15.6.2007.)

“RECURSO DE REVISTA. MUNICÍPIO DE ERECHIM. FUNDAÇÃO HOSPITALAR SANTA TEREZINHA DE ERECHIM. NULIDADE CONTRATUAL. CONTRATO INICIADO NA INICIATIVA PRIVADA. HOSPITAL QUE É DESAPROPRIADO. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE REVISTA NÃO DEMONSTRADA. A nulidade do contrato de trabalho, ante a ausência do requisito do concurso público, é decorrente

da contratação realizada por ente público, o que não é o caso dos autos. O empregado foi contratado por Hospital privado, que foi desapropriado e demitido quando o Hospital foi transformado em Fundação Pública. A tese acerca dos efeitos da nulidade do contrato de trabalho não alcança a matéria, como apreciada na Corte *a quo*, já que não se verifica que tenha havido contrato de trabalho no período após a alteração na natureza jurídica do Hospital, e a Súmula n. 363 do C. TST não conflita com o entendimento do eg. Tribunal Regional que deu validade ao contrato de trabalho durante o período da desapropriação, em que o Hospital foi gerido pelo Município, mas que não teve a natureza jurídica alterada. Requisitos do art. 896 da CLT não preenchidos. Recursos de revista não conhecidos.” (RR-129500-39.2004.5.04.0521, relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 14.2.2007, 6ª Turma, Data de Publicação: 9.3.2007).

“RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO COM PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. INTERVENÇÃO DO MUNICÍPIO. DESAPROPRIAÇÃO DO HOSPITAL. CONTRATO NULO. IMPOSSIBILIDADE. O Tribunal Regional considerou que houve vínculo de emprego com pessoa jurídica de direito privado e que posterior desapropriação pelo Município, que alterou a estrutura e titularidade da empresa, não afeta o contrato de trabalho (arts. 10 e 448 da CLT). Logo, não se verifica violação ao art. 37, inc. II, e § 2º, da Constituição da República nem tampouco contrariedade à Súmula n. 363 do TST, porquanto estes preceitos são de aplicação restrita aos contratos de trabalho firmados pela Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes do Estado, o que não é o caso dos autos, uma vez que o contrato de trabalho celebrado com a reclamante ocorreu com pessoa jurídica de direito privado, não se sujeitando, portanto, a prévia aprovação em concurso público. Recurso de Revista de que não se conhece.” (RR-129400-84.2004.5.04.0521, relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 13.12.2006, 5ª Turma, Data de Publicação: 16.2.2007).

Dessarte, **conheço** do recurso de revista por violação do art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

II – MÉRITO

Conhecido o recurso de revista por violação do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, a consequência lógica é o seu provimento para excluir da condenação a determinação de dispensar, no prazo de 120 dias, a partir do trânsito em julgado desta decisão, todos os trabalhadores irregularmente contratados, sob pena de multa diária.

RECURSO DE REVISTA DO SINDICATO INTERMUNICIPAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS – SINDIELETRO - MG

O Sindicato Intermunicipal dos Trabalhadores na Indústria Energética de Minas Gerais — Sindieletrô — MG também recorre de revista às fls. 446-454.

Sustenta que os trabalhadores da Sá Carvalho S.A. foram devidamente admitidos quando essa empresa era ainda privada e lá se encontram desde as suas respectivas admissões, não sendo responsáveis pela alteração da estrutura empresarial. Defende uma interpretação do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, em conformidade com os demais princípios constitucionais. Aponta violação dos arts. 1º,

incisos III e IV, e 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal e 10 e 448 da CLT. Traz arestos a fim de estabelecer divergência jurisprudencial.

Tendo em vista o fato de o objeto do recurso de revista do Sindicato Intermunicipal dos Trabalhadores na Indústria Energética de Minas Gerais ser idêntico ao do recurso de revista da Sá Carvalho (CEMIG), o qual já foi provido, **julgo prejudicado** este recurso.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista da reclamada por violação do art. 37, inciso II, da Constituição Federal e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação a determinação de dispensar, no prazo de 120 dias, a partir do trânsito em julgado desta decisão, todos os trabalhadores contratados pela Sá Carvalho, que foram transferidos para a CEMIG, por ocasião da mudança de seu controle acionário, por ausência de prestação de concurso público. Por unanimidade, ainda, julgar prejudicado o recurso de revista do Sindicato.

Brasília, 5 de setembro de 2012.

Firmado por assinatura digital (Lei n. 11.419/2006)

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA

Ministro Relator

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

Processo n. TST-RR-934-66.2010.5.11.0004

ACÓRDÃO

2ª Turma

GMJRP/rg/ap

SUCESÃO DE EMPREGADORES. ARTS. 10 E 448 DA CLT. RESPONSABILIDADE DA SUCEDIDA PELOS DÉBITOS TRABALHISTAS DOS EMPREGADOS QUE LHE PRESTARAM SERVIÇOS NOS CASOS EM QUE A SUCESSORA É PRÉVIA E MANIFESTAMENTE INADIMPLENTE. Nos termos em que dispõe o art. 10 da CLT, a alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados. O art. 448 da CLT, por sua vez, assevera que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados. Nessa esteira, consagrou-se o entendimento, na doutrina e na jurisprudência, de que a sociedade empresária sucessora trabalhista responde integralmente pelos débitos oriundos das relações de trabalho, ainda que referentes a período anterior à sucessão, e mesmo que o contrato de trabalho tenha cessado anteriormente a ela. Essa tese resguarda os empregados contra as incertezas das relações econômicas, preservando sempre seus direitos trabalhistas, uma vez que imputa à sucessora a responsabilidade por seus créditos trabalhistas independentemente da época em que seus direitos foram lesados, haja vista que a nova empregadora sempre deverá arcar, integralmente, com o pagamento dos débitos trabalhistas da sucedida. Isso não significa, no entanto, que a sucessão trabalhista, a exemplo do que ocorre na sucessão disciplinada pelo direito civil, implique, sempre e necessariamente, a liberação integral da empresa sucedida de sua responsabilidade pelo pagamento

dos débitos trabalhistas dos empregados que lhes prestaram serviços. Com efeito, a responsabilidade da sociedade empresária sucessora foi construída pelo Direito do Trabalho com o escopo de proteger os empregados de uma eventual inadimplência de seus créditos trabalhistas. Ocorre que, muitas vezes, as partes negociantes têm transferido a propriedade da empresa para uma sociedade empresária de menor porte financeiro, ficando a sucedida com o capital resultante da alienação, mas sem a responsabilidade de arcar com os débitos trabalhistas do período de sua atuação enquanto a sucessora, que já não detinha patrimônio suficiente, fica sem ativos bastantes para solver aquelas dívidas trabalhistas. Como corolário, quem, no fim, fica prejudicado são os trabalhadores, que não conseguem ter seus créditos laborais quitados. Nesse contexto, fica claro que a regra geral acima delineada não pode ser aplicada nesses casos, porquanto criada para proteger os obreiros, e não para desampará-los. Em casos como este, em que a própria instância regional registrou expressamente no acórdão a existência de indícios de que a sucessão empresarial deu-se de forma a enfraquecer substancialmente as garantias patrimoniais de quitação dos débitos trabalhistas ao conjunto, sucessor e sucedido responderão conjuntamente pelo débito, pois não faz sentido que a sucessão empresarial acarrete prejuízos aos empregados enquanto as partes negociantes, seus sucessivos empregadores, lucram com o negócio jurídico. Esse entendimento, além de suprir a hipossuficiência dos empregados e preservar seus créditos com o empregador, observa o princípio da proteção, cerne do Direito do Trabalho. Esse é o escólio de Mauricio Godinho Delgado, para quem “a jurisprudência tem ampliado as possibilidades de responsabilização subsidiária do antigo titular do empreendimento

por além das situações de fraude comprovadas no contexto sucessório (art. 9º, CLT; art. 159, CCB/1916, e art. 186, CCB/ 2003, combinados com art. 8º, parágrafo único, CLT). Mesmo que não haja fraude, porém comprometimento das garantias empresariais deferidas aos contratos de trabalho, incidiria a responsabilidade subsidiária da empresa sucedida” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 419 – grifou-se). Por fim, os arts. 10 e 448 da CLT não impedem a atribuição de responsabilidade solidária ou subsidiária à sociedade sucedida nas circunstâncias registradas na decisão regional, uma vez que ela apenas estabelece que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afeta os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Recurso de revista **não conhecido**.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. **TST-RR-934-66.2010.5.11.0004**, em que é Recorrente **SIEMENS ELETROELETRÔNICA LTDA.** e são Recorridas **VANUZIA DA SILVA MARCULINO** e **JUTAI 661 EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA.**

O Tribunal Regional da 11ª Região deu provimento ao recurso da reclamante para reincluir no polo passivo da demanda a reclamada Siemens Eletroeletrônica Ltda., sucedida pela reclamada Jutai 661 Equipamentos Eletrônicos Ltda., condenando-a, de forma solidária, ao pagamento dos créditos trabalhistas deferidos em sentença.

Inconformada, a reclamada interpõe este recurso de revista às págs. 169-177 (autos digitalizados).

O recurso foi admitido no despacho de págs. 198 e 199, por divergência jurisprudencial.

Contrarrrazões foram apresentadas pela reclamante às págs. 201-205.

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, ante o disposto no art. 83, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

SUCESSÃO DE EMPREGADORES. ARTS. 10 E 448 DA CLT. RESPONSABILIDADE DA SUCEDIDA PELOS DÉBITOS TRABALHISTAS DOS EMPREGADOS QUE LHES PRESTARAM SERVIÇOS NOS CASOS EM QUE A SUCESSORA É PRÉVIA E MANIFESTAMENTE INADIMPLENTE.

CONHECIMENTO

O Tribunal Regional da 11ª Região deu provimento ao recurso da reclamante para reincluir no polo passivo da demanda a reclamada Siemens Eletroeletrônica Ltda., sucedida pela reclamada Jutai 661 Equipamentos Eletrônicos Ltda., condenando-a, de forma solidária, ao pagamento dos créditos trabalhistas deferidos em sentença.

Eis o teor da decisão recorrida:

“DA RESPONSABILIDADE DA RECLAMADA SIEMENS

A recorrente insurge-se também quanto à exclusão da lide da reclamada SIEMENS ELETRÔNICA S/A.

No caso de sucessão trabalhista típica, a jurisprudência já consagrou o princípio de que o empresário sucessor responde pela totalidade da dívida, desonerando o sucedido desta responsabilidade (OJ n. 261 da SDI-I do TST).

Todavia, o Direito não é uma ciência estática, pronta, acabada, e o caso concreto merece a análise da matéria sob outro prisma.

A responsabilização do sucessor encontra respaldo nos arts. 10 e 448 da CLT, que visam resguardar as garantias do contrato de trabalho em havendo mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa.

Por outro lado, tais dispositivos legais não estabelecem a responsabilidade única do sucessor tampouco excluem expressamente a responsabilidade do sucedido.

O entendimento segundo o qual uma empresa que adquire outra, além de seus ativos,

adquire também os seus passivos é pacífico em nossos tribunais, em observância ao princípio protetor.

Ocorre que, no presente caso, a empresa sucessora não tem cumprido suas obrigações trabalhistas, tanto que não pagou as verbas rescisórias devidas à reclamante e sequer atendeu ao chamado judicial, tornando-se revel (fl.110). Aliás, a má conduta da empresa vem sendo reiterada, pois, em inúmeros outros processos, a sucessora JUTAÍ 661 EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA. também deu causa à revelia.

Assim, se a empresa sucessora vem violando as garantias contratuais, inadimplindo os credores trabalhistas, a interpretação no sentido de responsabilização exclusiva do sucessor não está atendendo a verdadeira finalidade da norma.

Não obstante o sucessor tenha responsabilizado pelos contratos de trabalho mantidos com o sucedido e pelos efeitos deles decorrentes, não há óbice legal à responsabilização solidária do sucedido, para o qual a empregada também prestou serviços por quase 2 anos. Dessa forma, acatando-se a solidariedade entre as empregadoras, concretizam-se os fundamentos constitucionais do direito do trabalho, como a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a responsabilidade e a função social da empresa e do contrato.

O fundamento legal para se atribuir responsabilidade solidária ao sucedido reside no art. 1.146 do Código Civil, que estabelece a responsabilidade patrimonial solidária do alienante no *traspasse* do estabelecimento empresarial, *verbis*:

Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

O dispositivo é perfeitamente aplicável ao processo do trabalho, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT, razão pela qual reconheço, no presente caso, a responsabilidade solidária da 2ª reclamada.

Pelos motivos expostos, conheço do recurso interposto, e, no mérito, dou-lhe parcial provimento, condenando solidariamente a reclamada SIEMENS ELETROELETRÔNICA S/A. ao pagamento das verbas deferidas pelo Juízo *a quo*.” (p. 139-141)

Em razões de revista, a reclamada alega ser incontroverso que houve sucessão de empresas, procedida de forma regular, sem comprovação de fraude na transação, o que torna impossível a responsabilização da sucedida por qualquer verba trabalhista deferida ao reclamante.

Alega ofensa aos arts. 10 e 448 da CLT, bem como divergência jurisprudencial.

Razão não lhe assiste.

Discute-se, nos autos, a responsabilidade da sociedade empresária, sucessora trabalhista, pelos débitos de empregado contratado pela sucedida, cujo contrato de trabalho foi mantido após a mudança na propriedade de sua empregadora.

Em primeiro lugar, cumpre destacar os contornos fáticos desta controvérsia, bem registrados, de forma expressa, no acórdão regional, depois de corretamente salientar que os arts. 10 e 448 da CLT, editados para proteger (e não para desproteger) os empregados das mudanças na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa e que estes não estabelecem a responsabilidade única do sucessor e nem, tampouco, excluem, em todos os casos e expressamente, a responsabilidade do sucedido:

“Ocorre que, no presente caso, a empresa sucessora não tem cumprido suas obrigações trabalhistas, tanto que não pagou as verbas rescisórias devidas à reclamante e sequer atendeu ao chamado judicial, tornando-se revel (fl.110). Aliás, a má conduta da empresa vem sendo reiterada, pois,

em inúmeros outros processos, a sucessora JUTAÍ 661 EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA. também deu causa à revelia.

Assim, se a empresa sucessora vem violando as garantias contratuais, inadimplindo os credores trabalhistas, a interpretação no sentido de responsabilização exclusiva do sucessor não está atendendo a verdadeira finalidade da norma.”

Como acertadamente fundamentado pela decisão regional, nos termos em dispõe o art. 10 da CLT, a alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados. O art. 448 da CLT, por sua vez, assevera que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Nessa esteira, consagrou-se o entendimento, na doutrina e na jurisprudência, de que a sociedade empresária sucessora trabalhista responde integralmente pelos débitos oriundos das relações de trabalho, ainda que referentes a período anterior à sucessão, e mesmo que o contrato de trabalho tenha cessado anteriormente a ela.

Essa tese resguarda os empregados das incertezas das relações econômicas, preservando sempre seus direitos trabalhistas, uma vez que imputa à sucessora a responsabilidade por seus créditos trabalhistas independentemente da época em que seus direitos foram lesados, haja vista que a nova empregadora sempre deverá arcar, integralmente, com o pagamento dos débitos trabalhistas da sucedida.

Entretanto, como o Direito é um meio de pacificação social, nenhuma regra, nesse âmbito, pode ser absoluta, uma vez que a sociedade e suas relações interpessoais são dialéticas, dotadas de um dinamismo de tal monta, que torna impossível a qualquer ramo jurídico a construção de teses perfeitamente enquadráveis a todos os eventos sociais.

Com efeito, a responsabilidade da sociedade empresária sucessora foi construída pelo Direito

do Trabalho com o escopo de proteger os empregados de uma eventual inadimplência de seus créditos trabalhistas. Ocorre que, muitas vezes, as partes negociantes têm agido mediante fraude, transferindo a propriedade para uma sociedade empresária de menor porte financeiro, ficando a sucedida com o capital resultante da alienação, mas sem a responsabilidade de arcar com os débitos trabalhistas, enquanto a sucessora, que já não detinha um porte financeiro suficiente, fica sem ativos bastantes para solver as dívidas trabalhistas. Como corolário, quem, no fim, fica prejudicado, são os trabalhadores, que não conseguem ter seus créditos laborais quitados.

Nesse contexto, fica claro que a regra geral de não responsabilização da empresa sucedida, acima delineada, não pode ser aplicada em casos como o presente, em que a própria instância regional registrou expressamente no acórdão a existência de indícios de que a sucessão empresarial deu-se, deliberadamente ou não, de forma a enfraquecer substancialmente as garantias patrimoniais de quitação dos débitos trabalhistas ao conjunto de empregados da empresa sucedida, porquanto criada para proteger os obreiros, e não para desampará-los.

Assim, diante da realidade fática registrada nos presentes autos, essa tese há de ser relativizada e atualizada, de modo a manter o seu escopo primário, qual seja, o cumprimento dos direitos trabalhistas e o adimplemento dos créditos dos empregados.

É de se adotar aqui, portanto, o entendimento de que, em casos de sucessão trabalhista como este, sucessor e sucedido responderão conjuntamente pelo débito, pois não faz sentido que a sucessão fraudulenta acarrete prejuízos aos empregados, enquanto as partes negociantes, seus sucessivos empregadores, lucram com o negócio jurídico.

Assim, aplica-se a esses casos o disposto no art. 942 do Código Civil, cujo teor é o seguinte:

“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem

ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.” (grifou-se)

Ademais, ainda que não se evidencie claramente o intuito fraudulento entre os transatores, os trabalhadores não podem ficar desprotegidos.

Nesse panorama, doutrina e jurisprudência trabalhistas vêm defendendo a tese de que a sociedade empresária sucedida responde de forma subsidiária pelo adimplemento das verbas trabalhistas, quando a sociedade sucessora não tiver suporte financeiro para tanto.

Desse modo, ante o inadimplemento das verbas trabalhistas pela sucessora e a sua inequívoca insolvência, deve a sucedida responder subsidiariamente pelo crédito oriundo do contrato laboral dos empregados admitidos antes da sucessão trabalhista.

Esse entendimento, além de suprir a hipossuficiência dos empregados e preservar seus créditos com o empregador, observa o princípio da proteção, cerne do Direito do Trabalho.

Esse é o escólio de Mauricio Godinho Delgado:

“a jurisprudência tem ampliado as possibilidades de responsabilização subsidiária do antigo titular do empreendimento por além das situações de fraude comprovadas no contexto sucessório (art. 9º, CLT; art. 159, CCB/1916, e art. 186, CCB/2003, combinados com art. 8º, parágrafo único, CLT). Mesmo que não haja fraude, porém comprometimento das garantias empresariais deferidas aos contratos de trabalho, incidiria a responsabilidade subsidiária da empresa sucedida.” (grifou-se – DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 419.)

Citam-se, também, os seguintes precedentes:

“RECURSO DE REVISTA. SUCESSÃO TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA SUCEDIDA. Os artigos invocados pela recorrente quais sejam 10 e 448 da CLT, não estão violados, uma vez que

esses dispositivos dizem respeito apenas aos direitos dos empregados na hipótese de alteração da estrutura jurídica da empresa, sem, contudo, dispor sobre a responsabilidade das empresas sucessora e sucedida. Por sua vez, o art. 5º, XXXVI, da CF, também não foi violado, já que, na hipótese, não se cogita de direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada. E, por fim, os arestos trazidos a cotejo não servem ao fim colimado (pertinência das Súmulas ns. 296 e 337, I, “a”, ambas do TST, e, ainda, por não se enquadrarem nas hipóteses permitidas pelo art. 896, alínea “a”, da CLT). Recurso de revista não conhecido” (RR-226900-36.2009.5.11.0019, relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 19.10.2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 21.10.2011.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – SUCESSÃO TRABALHISTA – RESPONSABILIDADE – SUCESSÃO DE EMPRESAS – INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL DOS ARTS. 10 E 448 DA CLT – DESPROVIMENTO. 1. A sucessão de empresas, nos termos dos arts. 10 e 448 da CLT, não pode afetar negativamente os contratos de trabalho nem os direitos adquiridos dos empregados. 2. *In casu*, o Regional manteve a sentença que reconheceu a responsabilidade da Siemens Reclamada, com base nos arts. 10 e 448 da CLT, sob o argumento de que a sucessão empresarial afetou o contrato de trabalho da Reclamante, em face do inadimplemento da empresa sucessora, mesmo tendo assentado expressamente que houve regular sucessão entre as empresas reclamadas e que não se cogita da existência de fraude em tal negociação. 3. Verifica-se, portanto, que o entendimento adotado pelo Regional, de manter a responsabilidade da Siemens Eletroeletrônica, sob o argumento de que o contrato de trabalho da Reclamante foi afetado em decorrência da sucessão, não viola os arts. 10 e 448 da CLT, mas resulta justamente da sua interpretação razoável, circunstância que atrai a incidência do óbice da Súmula 221, II, do TST. Agravo de instrumento desprovido.” (grifou-se — AIRR-155-78.2010.5.11.0015, relatora Juíza Convocada: Maria Doralice Novaes, Data de Julgamento: 11.5.2011, 7ª Turma, Data de Publicação: 13.5.2011.)

“RECURSO DE REVISTA. (...) RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA EMPRESA SUCEDIDA. Decisão do Regional que registra que a empresa sucedida deve ser responsabilizada subsidiariamente pelos débitos trabalhistas deferidos ao reclamante na hipótese de fraude e/ou comprometimento das garantias empresariais asseguradas aos contratos de trabalho. Em relação aos dispositivos invocados, registre-se que eles apenas tratam da hipótese de sucessão trabalhista, estabelecendo que as alterações na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetam os direitos adquiridos por seus empregados, nada dispondo acerca da matéria em debate nos autos, a saber, a condenação subsidiária da empresa sucedida em razão da não localização da empresa sucessora. Recurso de revista de que não se conhece. (...)” (TST-RR-246100-12.2006.5.07.0030, 5ª Turma, relª Minª Kátia Magalhães Arruda, DEJT 22.10.2010.)

“SUCESSÃO TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SUCEDIDA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS INSERVÍVEIS AO DEBATE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INESPECÍFICA. 1. Não há cogitar em violação dos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho em hipótese em que se controverte acerca da possibilidade de impor às empresas sucedida e sucessora responsabilidade solidária por obrigações não adimplidas no período em que o obreiro prestou serviços à primeira. Referidos dispositivos limitam-se a dispor sobre a intangibilidade dos direitos incorporados ao patrimônio jurídico do obreiro sob a égide do contrato mantido com a empresa sucedida, nada referindo quanto à repartição de responsabilidades com a sucessora. 2. Ademais, ainda grassa controvérsia na doutrina acerca do tema relativo à responsabilidade na hipótese de sucessão, não se podendo cogitar em afronta direta e literal de dispositivo de lei. 3. Sob o prisma da divergência, o recurso também não merece prosperar, porquanto não se prestam à demonstração de dissenso jurisprudencial, nos termos do art. 896, “a”, da Consolidação

das Leis do Trabalho, arestos provenientes de Turmas deste Tribunal Superior. Resultam igualmente inservíveis ao cotejo arestos inespecíficos, consoante disposto na Súmula n. 296, I, do TST. 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR-294741-53.2005.5.02.0079, 1ª Turma, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT - 17.9.2010.)

“SUCESSÃO TRABALHISTA – IMPOSIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA À EMPRESA SUCEDIDA – POSSIBILIDADE. A moderna doutrina defende que a jurisprudência em formação tem acatado a ampliação das possibilidades de responsabilização subsidiária do antigo titular do empreendimento para além das situações de fraude comprovadas no contexto sucessório (arts. 9º da CLT; 159 do CCB/1916 e 186 do CCB/2003, c/c o art. 8º, parágrafo único, da CLT). Por essa nova óptica, preventiva da garantia de recursos suficientes para a satisfação dos créditos trabalhistas em favor do empregado, mesmo que não haja fraude, incide a responsabilidade subsidiária da empresa sucedida. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-8441700-27.2003.5.04.0900, relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 4.6.2008, 1ª Turma, Data de Publicação: 20.6.2008.)

Cumpra esclarecer, também, que os arts. 10 e 448 da CLT não impedem a atribuição de responsabilidade solidária ou subsidiária à sociedade sucedida — muito ao contrário, uma vez que ela apenas estabelece que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afeta os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Nessa senda, não há falar em violação dos arts. 10 e 448 da CLT, que foram corretamente aplicados pela instância regional.

Os arestos colacionados às págs. 173-176 desservem ao cotejo de teses, pois carecem de especificidade, nos termos do item I da Súmula n. 296 desta Corte, uma vez que adotam a regra geral concernente à responsabilidade da sucessora pelas verbas trabalhistas e não retratam

a peculiaridade do caso vertente, qual seja, a inadimplência da empresa sucessora.

O aresto de págs. 177 e 178 também não enseja o conhecimento do recurso de revista, porquanto oriundo de Turma desta Corte, órgão não previsto na alínea “a” do art. 896 da CLT.

Assim, ante todo o exposto, **não conheço** do recurso de revista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 31 de outubro de 2012.

Firmado por assinatura digital (Lei n. 11.419/2006)

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA

Ministro Relator

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região

Processo n. TRT-RO-0000238-50.2012.5.22.0102

Virtual – 3541/2012

Disponibilizado do DEJT em 5.10.2012

ACÓRDÃO

(1ª TURMA)

CONTRATO VÁLIDO. PROFESSOR MUNICIPAL. NÃO COMPROVAÇÃO DE REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Não comprovada a submissão de trabalhador público a regime jurídico-administrativo e estando a pretensão embasada em relação de emprego e pedidos correspondentes, aplicam-se as regras previstas na CLT, máxime quando lei municipal estabelece que o regime dos profissionais da educação é o celetista, atraindo, assim, a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar a reclamação (art. 114, I, da CF).

PISO SALARIAL DE PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO. INSUFICIÊNCIA ECONÔMICO-FINANCEIRA DA ENTIDADE ESTATAL. NÃO COMPROVAÇÃO. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO NÃO EVIDENCIADA. A teoria da “reserva do possível” tem servido de argumento limitador ao cumprimento das obrigações de efetivação dos direitos fundamentais pelo Estado. Entretanto, o Judiciário tem perfilhado um caminho que não acolhe a reserva do possível como argumento capaz de afastar, mediante a simples alegação de insuficiência de recursos, a obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais, sendo necessária, a comprovação objetiva

da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Portanto, não havendo qualquer elemento de prova capaz de conferir a alegada ausência de recursos orçamentários, não pode o Município exonerar-se do cumprimento das suas obrigações constitucionais amparado no argumento de violação à cláusula da reserva do possível, mormente quando se constata que o trabalhador foi contratado, via concurso público. Com a edição da Lei Municipal n. 18/2009, instituindo o piso salarial no âmbito municipal, vislumbra-se que o ente público efetivou prévia programação orçamentária para fazer face ao pagamento dos salários dos trabalhadores com o implemento do piso da categoria, não podendo alegar agora abalo em suas finanças pela concessão do benefício, restando superada a discussão em torno do princípio da reserva do possível. Assim, não há óbice na intervenção do Poder Judiciário para a efetivação do direito em questão, estando a decisão na determinação da implantação do piso salarial com as respectivas vantagens conferidas pela lei municipal, amparada pelo dever do Poder Judiciário em velar pelo fiel cumprimento dos direitos sociais constitucionais garantidos, não havendo que se falar, então, em violação ao princípio da separação dos poderes. Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, n. TRT-RO-0000238-50.2012.5.22.0102, em que é recorrente MUNICÍPIO DE CARACOL e recorrido JOSÉ LUÍS PEREIRA DA SILVA.

Trata-se de recurso ordinário interposto em face da sentença (seq. 26) que rejeita as preliminares de incompetência da Justiça Trabalhista e de inépcia do pedido de pagamento da gratificação

“regência”, declara inepto o pedido de redução de carga horária, e julga procedente em parte o pedido objeto da reclamação para condenar o reclamado a pagar o piso nacional de salários, mais diferenças salariais vencidas e vincendas, com reflexos em férias + 1/3, 13º salário e demais vantagens de natureza salarial; a gratificação de nível superior, no importe de 30% sobre o piso nacional dos profissionais da educação básica, bem como diferenças vencidas e vincendas, com reflexos em férias + 1/3, 13º salário e demais vantagens de natureza salarial, deduzidos eventuais valores já pagos a idêntico título; a gratificação de mudança de nível, no importe de 5%, para cada alteração de nível, na forma da Lei Municipal n. 18/2009, além das diferenças salariais vencidas e vincendas, com reflexos sobre férias + 1/3, 13º salários e demais vantagens de natureza salarial. Defere os benefícios da justiça gratuita.

Nas razões recursais (seq. 30), o recorrente renova a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho sob o argumento de que a relação entre as partes possui natureza jurídico-administrativa. No mérito, argúi que a decisão viola o princípio da separação dos poderes, assim como o da reserva do possível, tendo em vista a limitação orçamentária do ente público. Por fim, insurge-se contra a condenação em honorários advocatícios por contrariedade às Súmulas ns. 219 e 329 do TST.

Contrarrazões ofertadas (seq. 33).

O MPT recomenda que seja parcialmente conhecido e improvido o recurso ordinário (seq. 36).

Relatados.

VOTO

1. CONHECIMENTO

Recurso ordinário cabível e tempestivo (seq. 032). Parte regularmente representada (seq. 10 e 14). Preparo inexigível. No entanto, em relação aos honorários advocatícios, não merece conhecimento o recurso por ausência de interesse recursal, posto que não houve

condenação no pagamento desta verba. Satisfeitos os pressupostos recursais, conhece-se parcialmente do recurso.

2. MÉRITO DO RECURSO

2.1. CONTRATO VÁLIDO. PROFESSOR MUNICIPAL. NÃO COMPROVAÇÃO DE REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O recorrente renova a preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, ao argumento de que a relação possui natureza jurídico-administrativa.

As razões recursais, de forma genérica, abordam a questão da incompetência da Justiça do Trabalho a partir da EC n. 45/2004, em especial, em relação a ADI n. 3.395 que suspendeu qualquer interpretação ao art. 114, I, da CF.

A inserção de servidor em regime jurídico-administrativo depende de ato formal e da demonstração da existência de lei instituidora no âmbito do ente público, observados os procedimentos e critérios próprios do regime de natureza administrativa.

No caso, o contracheque e a CTPS do recorrido indicam a contratação para a função de professor, em 2.1.1998 (p. 19 e 21), bem como a Lei Municipal n. 18/2009, na verdade, Projeto de Lei n. 18/2009, que foi publicado como Lei n. 06/2009 em 23.12.2009 – p. 110, com previsão expressa, em seu art. 2º, do regime celetista para os profissionais da educação (p. 142).

Desta feita, não há comprovação da existência de lei municipal instituindo o regime estatutário, concluindo-se que o recorrido permanece inserido no regime celetista, máxime quando há cópia da CTPS assinada pelo ente público (p. 19).

Logo, não demonstrada a submissão a regime jurídico-administrativo, e estando a pretensão embasada em relação de emprego e pedidos correspondentes, porquanto busca o pagamento de salários em conformidade com o

piso salarial e diferenças vencidas e vincendas, aplicam-se ao caso as regras previstas na CLT, conferindo à Justiça do Trabalho a competência para apreciar e julgar a reclamação (art. 114, I, da CF).

Rejeita-se a preliminar.

2.2. MÉRITO DA CAUSA

PISO SALARIAL DE PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO. INSUFICIÊNCIA ECONÔMICO-FINANCEIRA DA ENTIDADE ESTATAL. NÃO COMPROVAÇÃO. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO NÃO EVIDENCIADA

As razões recursais consistem na tese de que a condenação na implantação do piso nacional salarial em folha de pagamento poderá gerar uma onerosidade excessiva aos cofres municipais, face à situação financeira da municipalidade.

Sob a alegação de que a efetivação do piso salarial deve ser conciliada com outros princípios e normas previstas na Constituição, o recorrente argumenta que a concretização dos direitos sociais deverá ser feita dentro dos recursos existentes, posto que o direito à remuneração é limitado pelas disposições financeiras do Município, pela reserva do possível.

Por fim, sustenta que a questão trazida a juízo, estando afeta ao princípio da reserva do possível, dentro das limitações orçamentárias do Poder Executivo, não é passível de solução mediante ordem judicial deferida em sede de ação judicial, sob pena de infração ao Princípio da Separação dos Poderes e às normas constitucionais que dispõem acerca de finanças públicas.

Postos os argumentos levantados pelo recorrente, passa-se à análise.

Com base nos arts. 7º a 11 da CF, os direitos sociais podem ser agrupados em duas espécies,

quais sejam, os direitos relativos aos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho, os quais se encontram inseridos no art. 7º e os direitos coletivos dos trabalhadores, previstos nos arts. 9º a 11.

Dentre os direitos sociais individuais dos trabalhadores está o piso salarial profissional, conferido pelo art. 7º, V, da CF, e seu mecanismo e aspecto organizacional encontra-se insculpido no art. 206, VIII, da CF, o qual estabelece que, nos termos de lei federal, o ensino será ministrado com base no piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação.

Neste contexto, a Lei Federal n. 11.738/2008 veio regulamentar o piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação básica, tendo sido declarada constitucional pelo STF, quando do julgamento da ADI n. 4.167.

A instituição do piso salarial nacional aos professores do magistério da educação básica assinala mecanismo fundamental para garantir o mínimo existencial a estes profissionais, que na maior parte não percebem salários suficientes para seu sustento quanto mais para o aperfeiçoamento e atualização de seus conhecimentos, necessários para uma educação de qualidade no país.

Desta feita, resta claro que o piso salarial foi elevado ao nível de garantia constitucional, transmitindo a preocupação do legislador com a classe dos professores, os quais merecem tratamento especial por terem relevante papel na formação dos futuros cidadãos brasileiros. Assim, o descumprimento da norma em epígrafe configura ato ilegal.

Registre-se que o plano de carreira, cargos, vencimento e remuneração dos profissionais da educação do município de Caracol, regulado pela Lei Municipal n. 18/2009, em seu art. 58, aponta para o respeito ao piso nacional de salários, conferido pela Lei n. 11.738/2008.

Entretanto, sob a alegação de, ainda que o piso tenha sido instituído pela Constituição Federal, o município de Caracol aduz que não

teria condições orçamentárias de suportar o grande desfalque quando do cumprimento da sentença, tendo em vista que a efetivação do direito ao piso salarial estaria afastada da teoria intitulada “*reserva do possível*”, defendida por diversos constitucionalistas, dentre eles, J. J. Gomes Canotilho.

No entanto, embora esta teoria tenha encontrado guarida tanto na doutrina como na jurisprudência, é certo que se encontram superiores a ela as garantias fundamentais estabelecidas constitucionalmente, de modo que o administrador público, no cumprimento de seus deveres, deve sempre buscar concretizar estas garantias, devendo para isso direcionar os gastos públicos neste sentido. Até porque estes direitos devem ser privilegiados em detrimento de outros menos urgentes.

Os direitos sociais fazem parte dos direitos e garantias fundamentais, sendo estes dotados de eficácia imediata. O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está inserido no art. 5º, § 1º, da CF, segundo o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Desta feita, cabe ao administrador empreender diligências para a máxima concretização do compromisso constitucional, notadamente aos direitos e garantias fundamentais.

As diversas responsabilidades estatais a serem atendidas em contrapartida à insuficiência de recursos, têm servido de argumento limitador ao cumprimento das obrigações de efetivação dos direitos fundamentais pelo Estado, favorecendo o desenvolvimento da expressão “*reserva do possível*”.

Em que pese tal arguição, não há que se falar em relativização na aplicação dos direitos fundamentais, sob pena de violação ao princípio da proibição do retrocesso social, o qual impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam destituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão.

O Judiciário tem perfilhado um caminho que não acolhe a reserva do possível como argumento capaz de afastar, mediante a simples alegação de insuficiência de recursos, a obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais por parte dos órgãos estatais.

As decisões têm exigido não a mera alegação de inexistência de meios materiais para conferir aplicabilidade da reserva do possível, mas a comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

Neste sentido, decisão proferida pelo STF, no julgamento da ADPF n. 45/DF, rel. Ministro Celso de Mello, datado de 29.4.2004:

[...]

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais — além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização — depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, **comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.** Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese — mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa — criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) (Destacou-se)

Assim, segundo a interpretação conferida pelo STF, a aplicação da reserva do possível

apenas tem o condão de afastar o dever do Estado de efetivar direitos sociais previstos constitucionalmente quando for incontroversa a insuficiência de recursos orçamentários e condições materiais para tanto.

Isso porque o gestor público encontra-se vinculado às normas constitucionais e infraconstitucionais para a implementação de políticas públicas relativas à ordem social constitucional, já que restaram deliberadas pelo Constituinte e legislador que elaborou as normas de integração.

Neste cenário, o Poder Judiciário deve fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Assim se afirma porque é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas em caso de descumprimento injustificado da administração em não as implementar, comprometendo a integridade de direitos individuais e coletivos estabelecidos constitucionalmente.

Ressalte-se que a alegação de violação ao princípio da separação dos poderes não justifica a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional de garantia, *in casu*, do direito à implementação do piso salarial (art. 206, VIII, CF).

No que se refere ao controle judicial das políticas públicas, convém destacar que é firme a orientação no STF de que o Poder Judiciário pode determinar que o Estado adote medidas assecuratórias de direitos constitucionais sem que isso configure violação ao princípio da separação dos poderes. Neste sentido:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido

pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido. (RE n. 417.408 AgR, relator(a): Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, julgado em 20.3.2012, Acórdão eletrônico DJe-081 Divulg. 25.4.2012 Public. 26.4.2012.) (Destacou-se)

Assim, não paira dúvidas quanto à possibilidade do Poder Judiciário determinar que o Poder Executivo adote medidas que visem a implementar políticas públicas constitucionalmente definidas, sobretudo quando o bem jurídico tutelado envolve direitos fundamentais, como no caso dos autos.

Analisando o caso em espécie, verifica-se que o recorrente não juntou aos autos qualquer elemento de prova capaz de conferir a alegada ausência de recursos orçamentários, não se desincumbindo do ônus probatório que lhe competia.

O exame da falta de recursos para custeio do piso salarial depende da coleta de dados específicos do ente federado, sendo impossível, em caráter geral e abstrato, presumir a inexistência de meios materiais.

Não se ignora que a elaboração dos orçamentos e gerenciamento dos gastos públicos são atividades complexas e repletas de desafios, principalmente em face da dificuldade financeira frequentemente encontrada pelos entes públicos. Entretanto, compete ao Estado adotar medidas e investimentos necessários para a concretização do comando constitucional, mormente quando se trata, no caso, de verba de natureza alimentar.

A implementação do piso salarial configura-se como um mecanismo garantidor de um dos fundamentos constitucionais, qual seja, a dignidade da pessoa humana, traduzida, no caso, como direito de cada cidadão a uma

educação de qualidade, o que exige, em contrapartida, uma remuneração adequada aos profissionais da área.

Por tais razões, não pode o Município exonerar-se do cumprimento das suas obrigações constitucionais amparado no argumento de violação à cláusula da reserva do possível, mormente quando se constata que o recorrido foi contratado, via concurso público, para exercer suas atividades no âmbito da municipalidade.

Ademais, ao editar a Lei Municipal n. 18/2009, instituindo o piso salarial da categoria, vislumbra-se que o ente público efetivou prévia programação orçamentária para fazer face ao pagamento dos salários dos trabalhadores com o implemento do piso da categoria, não podendo alegar agora abalo em suas finanças pela concessão do benefício.

Em outras palavras, se o Município criou determinada política pública, com atos próprios, a discussão em torno do princípio da reserva do possível encontra-se superada.

De mais a mais, eventuais insuficiências poderão ser suprimidas por recursos da União e do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação — FUNDEB, cujo objetivo

principal consiste em promover a redistribuição dos recursos vinculados à educação nas escalas federal, estadual e municipal.

Destaque-se, por fim, que a Lei Municipal n. 18/2009 estabeleceu, em seu art. 101, que as despesas decorrentes da aplicação do plano ocorrerão por conta do próprio orçamento e do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação — FUNDEB (p. 171).

Desta feita, inaplicável o princípio da reserva do possível para o Município, frente ao mínimo existencial assegurado aos professores da educação básica da rede pública, o direito ao piso salarial.

ISTO POSTO

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso ordinário, e no mérito, rejeitar a preliminar de incompetência material da Justiça do Trabalho e negar-lhe provimento.

Teresina, 24 de setembro de 2012.

Desembargador ARNALDO BOSON PAES
Relator

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Acórdão n. 0000092-14.2011.5.04.0403-RO

DESEMBARGADORA VANIA MATTOS

Órgão Julgador: 2ª Turma

Recorrente: BORGWARNER BRASIL LTDA.

– Adv. Paulo Roberto Couto de Oliveira Souto

Recorrido: DALVA MARISA DE OLIVEIRA

ABREU – Adv. Francisco Assis da Rosa Carvalho

Recorrido: TRISTAR PRECISION INDÚSTRIA

DE COMPRESSORES LTDA. – Adv. Clésia

Augusta de Faveri Brandão

Origem: 3ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul

Prolator da Sentença: Juíza MARIA CRISTINA

SANTOS PEREZ

EMENTA

DESCONCENTRAÇÃO DO PROCESSO PRODUTIVO. RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA BENEFICIADA DO TRABALHO. Desconcentração do processo produtivo — concepção —, com a manutenção da matriz tecnológica pela empresa que se beneficia do trabalho e execução realizada por empresa nacional, que se limita ao fornecimento da mão de obra, gera responsabilização da empresa a quem se destina o produto e que se apropria indevidamente do custo do trabalho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso ordinário da segunda ré.

Intime-se.

Porto Alegre, 26 de abril de 2012 (quinta-feira).

RELATÓRIO

A segunda ré interpõe recurso ordinário, fls. 358-66, e pretende a reforma da sentença das fls. 353-4 quanto a sua responsabilização subsidiária e parcelas decorrentes, base de cálculo do adicional de insalubridade, multa dos arts. 477, § 8º, e 467 da CLT e honorários advocatícios.

Há contrarrazões da autora, fls. 381-3, e da primeira ré, fls. 388-98.

Conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADORA VANIA MATTOS (RELATORA):

1. RECURSO ORDINÁRIO DA SEGUNDA RÉ

1.1. RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA SEGUNDA RÉ

A segunda ré, Borgwarner Brasil Ltda., foi condenada subsidiariamente por todo o contrato da autora e pagamento das verbas respectivas porque o negócio jurídico estabelecido entre as rés extrapola o simples ajuste destinado à aquisição/fornecimento de peças por incluir o desenvolvimento de novas tecnologias, de tal sorte que a segunda ré terceirizava parte de sua atividade-fim, interferindo na própria existência da primeira ré, Tristar Precision Indústria de Compressores Ltda., empresa que encerrou suas atividades quando a segunda ré suspendeu os pedidos. Além disso, a segunda ré tinha ingerência no processo produtivo da primeira, objetivando o seu incremento com redução de custos.

A segunda ré reafirma ser a relação mantida com a primeira de cunho comercial, na compra e venda de produtos prontos e acabados, e não a de prestação de serviços, capaz de fundamentar a aplicação da Súmula n. 331, IV, do TST, porquanto os documentos juntados e a prova oral demonstram que a primeira demandada era apenas uma das fabricantes e fornecedoras de uma das peças do “turbo compressor”, trabalhando autonomamente e sem ingerência externa em relação aos contratos de trabalho. Requer, ainda, o esgotamento de todos os meios de execução contra a primeira ré, inclusive contra a pessoa física dos seus sócios e/ou administradores, com a desconsideração da personalidade jurídica.

Indiscutível que a autora trabalhou na primeira ré a partir de 03.FEV.2010, na função de auxiliar de produção (fl. 139), tendo sido despedida em 18.FEV.2011, empresa esta que produzia os produtos da “roda compressora e de turbina”, repassados à segunda ré para consecução de seus objetivos sociais, como representante brasileira das empresas americanas.

A empresa Borgwarner Turbo Systems Inc., com sede em Michigan (EUA) — (v. contrato das fls. 90-101), constitui sociedade com uma única sócia mediante transferência de uma cota (v. contrato social, cláusula primeira, fl. 90), no valor nominal de R\$ 1,00, representativa do capital social da sociedade à Borgwarner Investment Holding Inc., empresas estas, Borgwarner Turbo Systems Inc. e Borgwarner Investment Holding Inc., que consolidam o contrato social da segunda ré, ora recorrente.

Em síntese, a empresa Borgwarner Brasil Ltda., com sede em Campinas (SP), se constitui na representação brasileira das empresas americanas, sendo a segunda, Borgwarner Investment Holding I Inc., mera aparência de Borgwarner Turbo Systems Inc. e firmemente controlada pela empresa americana matriz, como, aliás, estabelecem as cláusulas do contrato (v. cláusulas 8ª e 9ª do contrato, fls. 94-6).

No parágrafo quarto da cláusula 9ª constam as seguintes restrições quanto aos poderes bancários dos diretores da sociedade ou procuradores:

(...) d) Quaisquer mudanças quanto aos signatários das contas bancárias da Sociedade deverão ser aprovadas por escrito pelo Tesoureiro, que, por sua vez, contará com a aprovação Tesoureiro Corporativo da sócia BORGWARGNER TURBO SYSTEMS INC., levando em consideração que esta última aprovação poderá ser concedida por *e-mail* ou carta; (...) g) Quaisquer alteração às políticas de controle acima descritas deverão receber a aprovação prévia do Tesoureiro, que, por sua vez, contará com aprovação do Tesoureiro Corporativo da sócia BORGWARGNER TURBO SYSTEMS INC., levando em consideração que esta última aprovação poderá ser concedida por *e-mail* ou carta. (...).

A análise das cláusulas 10ª e 11ª (fls. 96-7) não conduzem a outra conclusão senão que a dita empresa brasileira está rigorosamente atrelada à política e controle das empresas americanas.

E tanto é verdade que a vinculação entre a primeira ré (Tristar — empregadora), por meio do negócio jurídico bilateral denominado “Aliança Estratégica” (fls. 208-52), fica estabelecido o fornecimento de peças automotivas (roda compressora e turbina), além do desenvolvimento de novas tecnologias para a produção das referidas peças, com previsão de duração mínima de dez anos em união de esforços e com a possibilidade de renovação por igual período, foi estabelecida pela empresa Borgwargner Turbo Systems Inc. — BWTS (contrato redigido em inglês, constando a respectiva tradução).

A referida empresa efetua o pagamento de US\$ 1.075.000,00 para a primeira demandada, ou o seu sócio, a título de “taxa de aliança”, com o objetivo de garantir direito de exclusividade do fornecimento, desenvolvimento e consultoria, além de haver a vedação da comercialização

a terceiros dos produtos com utilização de “qualquer parte das tecnologias combinadas”.

No mesmo documento fica autorizada tão somente a continuidade do contrato mantido com a “Master Power”, em condições limitadas quanto ao período — até o término do contrato e número de peças fornecidas.

No contrato (fl. 210) há a previsão sobre a propriedade do desenvolvimento de novas tecnologias, todas da empresa americana, como segue:

(...) Durante a vigência da Aliança, Brandão, Tristar e seus funcionários trabalharão exclusivamente para a BWTS para desenvolver novas tecnologias. Qualquer Nova Tecnologia que seja desenvolvida pela TRISTAR, suas coligadas ou Brandão, seja conjunta ou individualmente ou com a BWTS, durante a vigência da Aliança, será de propriedade exclusiva da BWTS.

Além disso, consta no item 6 do mesmo documento, fl. 210, o reembolso pela BWTS à empresa Tristar do custo dos bens de capital:

(...) (i) que a Tristar precisar comprar para cumprir suas obrigações de fornecimento para a BWTS descritas na Seção 2 acima, e, (ii) que tenham sido pré-aprovados pela BWTS. A aprovação prévia da BWTS deve ser obtida antes que a Tristar compre ou se comprometa a comprar bens de capital. A BWTS se reserva o direito de pagar à Tristar ou diretamente ao fabricante do equipamento, a critério da BWTS. (...).

Não há dúvida, portanto, de que se trata de estranha parceria da empresa americana — Borgwarner Turbo Systems Inc. — com empresa brasileira objetivando obtenção de mão de obra barata, a total isenção de qualquer responsabilização em relação à força de trabalho, ainda que se responsabilize pela aquisição de bens de capital para melhor aparelhar a matriz industrial da empresa brasileira já estabelecida e, muito provavelmente, com problemas financeiros.

O fenômeno de desconcentração não é novo, em que as empresas do porte da americana Borgwarner Turbo Systems Inc. migram para países de terceiro mundo, como o nosso, para diminuir os custos do trabalho, sensivelmente mais baixos do que nos EUA, transferindo para esses a execução do trabalho e retendo em sua sede de origem a concepção dos seus projetos. Essa forma de operação demonstra clara apropriação indevida dos custos da produção, na medida em que transfere a responsabilização dos custos dos empregados para terceiros, com acumulação de capital sobre capital. A criteriosa normatização que procedeu a empresa em relação à aquisição dos bens de capital pela dita empresa coligada bem revela a supremacia do capital sobre o trabalho, além de, ao mesmo tempo, se apropriar de melhoramentos ou desenvolvimento de novas tecnologias feitas por empregados brasileiros sem qualquer pagamento em patentes, invenções, numa atividade econômica predatória dos interesses nacionais. Não bastando que a empresa se aproprie do trabalho sem custo, também se apropria da concepção encetada por empregados brasileiros, na melhoria do produto, sem qualquer custo.

No caso vertente, a singeleza das parcelas que foram deferidas — pagamento das parcelas rescisórias, aviso-prévio indenizado e 13º salário de 2011, dentre outras — evidenciam o que se afirma, já que apropriado trabalho sem a respectiva contraprestação, exatamente porque a empresa que deveria contratar — Borgwarner Turbo Systems Inc., por intermédio da empresa brasileira (segunda ré) — se limita a repassar esses custos para terceiros, que, pelo que se entende, não tem capacidade econômica para assumir.

Não há dúvida, também, de que não se trata de terceirização, nos termos da já citada súmula, mas de responsabilização direta da segunda ré, ou mesmo responsabilização solidária, como bem entendeu a Magistrada de origem, já que indiscutível que tanto a empregadora quanto

a recorrente (presença da empresa americana no Brasil) são empregadoras da autora, na forma do que dispõe o art. 264 do Código Civil, configurada obrigação indivisível, na forma do art. 258 do mesmo diploma legal.

O conceito de solidariedade inserto no Código Civil resulta justamente da consideração de que em um contrato há mais de um devedor e/ou credor, exatamente como no caso concreto, em que há a dicotomia entre quem contrata e aquele que dirige, fiscaliza e é destinatário do trabalho. E, por certo, a solidariedade não se presume, como definido no art. 265 do Código Civil, mas resulta, no caso em foco, da lei, já que, indiscutivelmente, a autora prestou serviços para ambos os empregadores.

Não fosse pelo fato de a inicial pretender responsabilização subsidiária (v. pretensão “i”, fl. 04) e, possivelmente, o grau de responsabilização da segunda ré seria outro, porque inadmissível que tudo se resume à aplicação da referida Súmula, que trata de terceirização do trabalho, e não, como no caso em foco, de realização de atividade fundamental da empresa que pretende obter lucro, com apropriação indevida do custo do trabalho, como se fosse possível concepção de qualquer produto sem a respectiva execução.

Há, de outro lado, comprovação do fornecimento, pela primeira ré, das peças mencionadas com exclusividade para a segunda ré, mera representação da empresa americana no país, embasada em cláusula restritiva, como consta no item 2.2 dos documentos citados, conforme estabelecido:

(a) Durante a Vigência e eventual Prorrogação, a Tristar e BRANDÃO usarão equipamentos localizados na fábrica da Tristar no Brasil à época da assinatura do presente Contrato exclusivamente para (i) suprir a BWTS na forma do Contrato de Suprimento e (ii) suprir a Borghetti na forma do Contrato Geral de Força, ficando porém entendido que a Tristar fornecerá não mais que do que 144.000 (cento e quarenta e

quatro mil) unidades por ano relativamente ao item (ii) retro. Sendo que a BWTS, a Tristar e Brandão desejam estabelecer uma aliança estratégica (a “Aliança”), segundo a qual a Tristar (e suas coligadas relevantes) irá exclusivamente (i) fornecer à BWTS os produtos de roda compressora e de turbina da Tristar que utilizam as Tecnologias Existentes, (...).

A segunda ré explora atividade econômica definida como sendo (fl. 93):

(...) (a) a industrialização, a compra, a venda, a importação, a exportação, a manutenção, o conserto de componentes automotivos, de motores de combustão interna, inclusive turboalimentadores, componentes e acessórios dos mesmos, ferramentas operatrizes e manuais, especialmente limas, frezas, grosas, serras, rebolos e abrasivos e a prestação de assistência técnica relativa a estes itens; (...).

A primeira demandada tem por finalidade social (fl. 67):

(...) indústria e comércio, componentes, partes, peças automotivas, componentes e peças para a indústria de eletrodomésticos, eletrônicos, equipamentos agrícolas e de refrigeração; b) usinagem de peças, fundição, microfusão, própria e para terceiros; c) importação e exportação de produtos atinentes ao ramo de atuação da empresa, bem como de produtos semielaborados e matérias-primas para a complementação industrial.

A testemunha ouvida a convite da recorrente afirma que a primeira demandada não produzia nada além desse material (fl. 310) já que “(...) os tubos produzidos são destinados a motores diesel em carros, barcos e caminhões (...) que a primeira ré só produzia aquela peça específica; (...) que com o fechamento da primeira ré, a segunda ré tem como fornecedores somente um nos Estados Unidos e outro na Inglaterra.

As provas documental e oral bem demonstram que a atividade da segunda ré, ao contrário do

que alega, não se limita à compra das referidas peças, já que criou as mais diversas obrigações à primeira ré, com efetiva ingerência em toda a cadeia de produção, assumindo os riscos, dado o elevado aporte financeiro para o início da produção.

A primeira ré participava da alegada “aliança” com o fornecimento da mão de obra, e, a segunda, com o meio de produção — capital —, o que nem poderia ser diverso, considerando que a segunda demandada, com capital social de R\$ 23.595.418,00, estabelece relação jurídica com sociedade empresária com capital social de R\$ 1.000,00 (fl. 65), formada pelos sócios Carlos Augusto Brandão e Honor Luiz Brandão exatamente para atender à demanda da empresa americana.

E tanto é verdade que excluía a primeira ré do processo produtivo da segunda, representante da empresa americana derivada da crise nos EUA, conforme a prova emprestada (fls. 307-10), esta não tem viabilidade econômica devido à exigência de exclusividade de integração da mão de obra apenas em benefício da ora recorrente (v. depoimento do representante da primeira ré, fl. 308). E os representantes da empresa americana, em visita de inspeção na sede da primeira ré, em 2010, somente analisam “(...) questões de entrega de peças, como estava o giro de capital dentro da Tristar, visando a garantia da compra de material e continuidade da empresa e consequentemente, da entrega dos produtos, focando os produtos na Alemanha e Estados Unidos (...)”, conforme o depoimento da testemunha indicada pela própria recorrente (fl. 310), o que dá bem a medida da prevalência do capital sobre o trabalho, porque inexistente preocupação com o esfacelamento da empresa nacional e de postos de trabalho.

No momento da crise americana, instaurada em 2008, os grandes empresários cortam a produção realizada em países emergentes como o nosso, com consequências ruinosas ao empresário brasileiro em atividade comercial predatória em todos os sentidos.

Não há como ser alterada a sentença que defere na forma do pedido, ainda que entenda a Relatora que a solução devesse ser diversa, já que a sofisticada denominação “aliança estratégica” não passa de exploração de mão de obra, sem qualquer responsabilização pelos custos do trabalho, ainda que se aproprie dos seus resultados.

No que concerne ao requerimento para que sejam esgotados todos os meios de execução contra a primeira ré e de desconsideração da personalidade jurídica, além de matéria inerente ao processo de execução, também descabe, já que a responsabilização reconhecida, ainda que subsidiária, está restrita às empresas e não aos seus sócios.

Nada a prover.

1.2. MULTAS DOS ARTIGOS 477, § 8º, E 467 DA CLT

Há condenação ao pagamento das multas previstas nos art. 467 e no § 8º do art. 477 da CLT por ser incontroverso o inadimplemento das verbas rescisórias.

A segunda ré alega não ser responsável por quaisquer verbas devidas à autora, seja pelo não pagamento das parcelas incontroversas na primeira audiência, seja pelo inadimplemento das parcelas rescisórias no prazo legal, e que ambas devem ser imputadas à primeira ré, efetiva empregadora.

De acordo com o aviso-prévio (fl. 08), a autora encerrou suas atividades na primeira ré em 19.JAN.2011, com aviso-prévio indenizado, e sendo matéria incontroversa o inadimplemento das parcelas rescisórias no prazo legal e o não pagamento das parcelas incontroversas devidas, o que autoriza a imposição das referidas multas.

E, na forma da Súmula n. 47 deste Regional, tais penalidades são devidas pelo responsável subsidiário, não havendo fundamento para a limitação requerida.

Nego provimento.

1.3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Há o deferimento de honorários assistenciais porque a autora apresenta declaração de situação econômica e está assistida por procurador credenciado pelo sindicato de sua categoria profissional.

A segunda ré objetiva a exclusão da condenação porque eventual responsabilização está limitada aos créditos trabalhistas devidos, o que não inclui honorários advocatícios, por falta de amparo legal, por ser verba destinada a terceiro, estranho à relação de emprego.

Os requisitos do art. 14 da Lei n. 5.584/70 estão preenchidos por haver credencial sindical (fl. 06) e declaração de situação econômica (fl. 07), razão pela qual corretos os honorários da Assistência Judiciária deferidos, que se integram à condenação imposta, ainda que subsidiária, porque abrange a integralidade da condenação e não apenas parcelas salariais em sentido estrito. Nada a prover.

1.4. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

A ré pretende a reforma da sentença quanto à fixação do salário contratual como base de cálculo do adicional de insalubridade a ser pago, com base no entendimento consubstanciado na Súmula Vinculante n. 4 do TST, em que estabelecida como base o salário mínimo e por não poder o Poder Judiciário estabelecer nova base dependente de alteração legislativa.

Afirma, ainda, que por estar suspensa a aplicação da nova redação da Súmula n. 228, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo a nova base de cálculo para o adicional de insalubridade, impõe-se a utilização do salário mínimo nacional.

Na verdade, desde a Constituição Federal de 1988 não há dúvida de que o legislador constituinte teve a intenção clara de equiparar a base de cálculo do adicional de insalubridade e de periculosidade exatamente objetivando a preservação da saúde dos trabalhadores. Os percentuais calculados sobre o salário mínimo

são mais do que representativos de total desestímulo dos empregadores na melhoria das condições de trabalho, dotando as unidades fabris de equipamentos capazes de eliminar situações nocivas. Não há dúvida de que é economicamente mais viável o pagamento de adicional de insalubridade em percentual calculado pelo salário mínimo do que o empresariado brasileiro que, regra geral, é dos mais atrasados do mundo civilizado, investir em equipamentos de última geração, objetivando eliminar condições nocivas e de risco no trabalho.

Não menos certo que, em indústria com tecnologia de última geração, que utiliza equipamentos dos mais sofisticados na área de informática e robótica, muitos postos de trabalho são eliminados pelo uso desses recursos. No entanto, esses são reflexos de um universo do trabalho que caminha para outros contornos e em que os trabalhadores e empresários necessariamente devem ter um outro tipo de visão, justamente porque estão se alterando as formas do trabalho.

Parece muito claro que os empregadores que investem na melhoria das condições de trabalho e que fiscalizam a utilização de equipamentos de proteção individual (EPIs) com o efeito de eliminar condições nocivas da atividade não podem ser penalizados com singelos argumentos de que determinados EPIs, previamente certificados, não eliminam a potencialidade das condições de insalubridade, por exemplo. Esse tipo de argumento apenas incentivará a que nenhum equipamento de proteção individual seja fornecido, mesmo porque apenas uma pequena parcela dos empregados despedidos recorrem à Justiça do Trabalho e, ainda assim, com o deferimento de adicional de insalubridade calculado em percentual sobre o salário mínimo, com pouco significado econômico frente aos malefícios que situações nocivas causam à saúde do trabalhador.

Nesse viés, tem-se que pelo menos desde 1988 não há dúvida de que o adicional de

insalubridade deve ser calculado pelo salário contratual, como forma aproximativa de equiparar as duas situações limítrofes que tornam a atividade insalubridade ou de risco. E isso porque não há qualquer dúvida de que o adicional de periculosidade seja calculado pelo salário-base do empregado. A referida disposição está na CLT, art. 193.

Os direitos sociais — art. 7º da Constituição Federal — estão insertos no Capítulo I – Dos direitos e deveres coletivos, dentro do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, de eficácia plena e aplicação imediata dentro da ordem jurídica, não importando grande esforço interpretativo para se extrair o conteúdo da norma clara da Constituição Federal.

Apenas a visão simplista dos aplicadores da lei, aliada a grandes interesses corporativos e inatividade manifesta das entidades sindicais das categorias profissionais, em todos os níveis, justificam que mais de vinte anos do advento da Constituição Federal ainda se deve manter esse tipo de discussão. Não há qualquer necessidade de haver lei ordinária específica para dizer simplesmente o que a Constituição Federal já normou desde 05.OUT.1988.

A manutenção da base de cálculo do adicional de insalubridade sobre o salário mínimo, dentre outros aspectos, viola a própria Constituição Federal, quando veda — art. 7º, IV — a fixação do salário mínimo para qualquer fim,

inclusive e especificamente a base de cálculo do adicional de insalubridade, como reconhece a própria Súmula Vinculante n. 4 do STF.

Essa digressão é feita para justificar a alteração da sentença, exatamente porque retoma a Relatora posição que sempre defendeu desde a Constituição Federal, que acabou por abandonar por uma questão de política judiciária, dado o fato de que o TST invariavelmente reformava sentenças e acórdãos que decidissem de forma diversa da que a prevista no art. 192 da CLT.

Repristina-se, assim, o entendimento de que o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário-base do trabalhador, não merecendo, assim, qualquer reparo a decisão recorrida.

Nada a prover.

DESEMBARGADOR ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ:

Acompanho o voto da Exma. Desa. Relatora.
JUIZ CONVOCADO RAUL ZORATTO SANVICENTE:

Acompanho o voto da Exma. Desembargadora Relatora.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADORA VANIA MATTOS (RELATORA) DESEMBARGADOR ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ JUIZ CONVOCADO RAUL ZORATTO SANVICENTE.

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

► EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VEDAÇÃO À DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. O postulado da dignidade da pessoa humana alçado pelo inciso III do art. 1º da CF à condição de princípio-guia do sistema jurídico fornece ao órgão julgador uma diretriz inafastável na aplicação e concretização de qualquer norma jurídica positivada. É por isso que o direito de propriedade, o direito potestativo de rescisão contratual e a própria autonomia privada da vontade devem ser interpretados e aplicados no caso concreto à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Além do mencionado princípio, o valor “trabalho” e “livre-iniciativa” foram acolhidos pela nova ordem jurídica democrática como elementos fundamentais para a formatação jurídica do estado e para a promoção social do homem. Fiel a esses princípios o constituinte elegeu certos direitos como direitos fundantes de uma sociedade, denominando-os como direitos fundamentais. Dentre os direitos fundamentais há o da não discriminação previsto no *caput* e inciso I do art. 5º da CF. É bem verdade que o parâmetro antidiscriminatório é encontrado em diversos dispositivos do texto constitucional como nos incisos XXX e XXXI do art. 7º; inciso XLII do art. 5º; inciso IV do art. 3º, todos da CF. Contudo, o desafio do mundo moderno, o que inclui o mundo do trabalho, já não é o reconhecimento desses direitos fundantes, mas sim a efetividade dos mesmos. É incontroversa a eficácia dos direitos fundamentais na relação entre o particular e o Estado — mais conhecida como eficácia vertical dos direitos fundamentais — já que os direitos fundamentais originariamente surgiram como forma de limitação da ação estatal na esfera de direitos do indivíduo, ou seja, para a defesa das liberdades individuais. Já nas relações privadas (ou horizontais) a doutrina e a jurisprudência brasileiras sob forte influência do direito constitucional alemão e português passaram a reconhecer os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Desse modo, é inegável que a proibição à discriminação não se dirige apenas ao Estado mas também ao particular nas relações privadas. Em atendimento ao manancial de direitos e princípios que resguardam a dignidade da pessoa humana, rejeitando a discriminação manifestados nos incisos III e IV do art. 1º; incisos I, III e IV do art. 3º; *caput* e incisos I e XLI do art. 5º, todos da CF, além da função social da propriedade privada e da busca do pleno emprego expressos nos incisos III e VIII do art. 170 da CF, respectivamente, e da função social do contrato e da boa-fé contratual indicados nos arts. 421 e 422 do Código Civil, respectivamente e, finalmente, em obediência às Convenções ns. 111 e 117 e à Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, todas da OIT, o legislador infraconstitucional editou a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995 na qual

se veda expressamente a adoção de prática discriminatória para acesso ao emprego ou sua manutenção. Com efeito, o legislador infraconstitucional albergou expressamente um direito fundamental a ser aplicado, inclusive, na relação privada.

Processo: TRT/SP n. 0014100-94.2010.5.02.0044 (20110014191)

Recurso Ordinário: 44ª Vara do Trabalho de São Paulo

1º Recorrente: OSESP COMERCIAL E ADMINISTRADORA LTDA.

1º Recorrente: MONALISA ADELAIDE ARMOND

1º Recorrente: BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

Da r. sentença de fls. 47/56 cujo relatório adoto e que concluiu pela procedência parcial dos pedidos formulados na petição inicial, complementada pela decisão de fls. 174, recorrem as reclamadas Osesp Comercial e Administradora Ltda. a fls. 157/173 e Banco Santander (Brasil) S/A. a fls. 193/205 e a reclamante a fls. 175/179, postulando a sua reforma.

Recurso ordinário interposto pela 1ª reclamada, Osesp Comercial e Administradora Ltda., no qual alega que a reclamante não faria jus à reintegração ao emprego. Afirma que o aviso prévio de fls. 68 indicaria que a reclamante teria sido pré-avisada da dispensa em 13.7.2009 com previsão de trabalho até 11.8.2009. Ressalta que o documento de fls. 68 não teria sido impugnado pelo reclamante. Argumenta que em depoimento a reclamante teria declarado que tomou conhecimento da redução de sua capacidade auditiva entre julho e agosto de 2009 e que em agosto de 2009 teria comunicado o fato ao supervisor Vanderlan. Salaria que em agosto de 2009 a reclamante já estaria cumprindo o aviso prévio. Entende que haveria confissão real da reclamante. Assevera que seria da reclamante o ônus de comprovar a dispensa discriminatória. Destaca que a testemunha Vanderlan teria confirmado que a reclamante

somente comunicou a perda auditiva após ter recebido o aviso prévio. Conclui que não haveria prova da dispensa por causa da perda auditiva. Acrescenta que não haveria nenhuma ressalva no TRCT de fls. 69. Esclarece que a avaliação mencionada pela testemunha Vanderlan seria da 2ª reclamada. Afirma que não teria acesso à mesma, motivo pelo qual não poderia juntá-la aos autos. Acrescenta que a doença seria degenerativa sem qualquer nexos com o trabalho. Pondera que não seria devida indenização por dano moral. Requer que seja provido o recurso.

Recurso ordinário interposto pela reclamante no qual alega que teria sido dispensada por discriminação. Afirma que teria sofrido um trauma muito forte o que implicaria em dano moral. Pleiteia a majoração do valor de indenização por dano moral para o montante fixado na petição inicial. Requer que seja provido o recurso.

Recurso ordinário interposto pela 2ª reclamada, Banco Santander (Brasil) S/A., no qual alega nulidade da r. sentença por negativa de prestação jurisdicional. Afirma que mesmo após a oposição dos embargos de declaração o Juízo não teria se manifestado sobre a inexistência de pedido de responsabilidade subsidiária da 2ª reclamada e a impossibilidade de subsidiariedade das contribuições previdenciárias. Aponta violação ao art. 832 da CLT; art. 458 do CPC; inciso IX do art. 93 da CF e incisos XXXV e IV do art. 5º da CF. Afirma que seus embargos de declaração não teriam caráter protelatório, motivo pelo qual não poderia ter sido condenada ao pagamento de multa de 1%. Pondera que a r. sentença seria *extra petita* pois o reclamante teria pedido a responsabilização da ora recorrente de forma solidária, sendo

que a r. sentença teria deferido a responsabilização de forma subsidiária. Argumenta que a reclamante não teria comprovado ter prestado serviços para a ora recorrente. Suscita a sua ilegitimidade de parte. Salienta que seria incentivadora da inclusão de portadores de necessidades especiais. Assevera que cumpriria os ditames da Lei n. 8.213/1991. Pondera que a Súmula n. 331 do C.TST não abrangeria indenização de natureza civil. Sustenta que a reclamante não faria jus à reintegração ao emprego pois não teria sido afastada em gozo de auxílio previdenciário. Entende que não haveria dano moral. Por cautela, requer a redução do montante da indenização. Por fim, aduz que não haveria solidariedade ou subsidiariedade quanto às contribuições sociais. Requer que seja provido o recurso.

Contrarrazões apresentadas pela 1ª reclamada a fls. 182/187, pela reclamante a fls. 188/192 e fls. 215/219 e pela 2ª reclamada a fls. 206/209.

É o relatório.

VOTO

Em vista da identidade de matérias, os recursos interpostos pelas partes serão analisados em conjunto.

Por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos recursos ordinários.

1. Da alegação de negativa de prestação jurisdicional:

Alega a 2ª reclamada, Banco Santander (Brasil) S/A., nulidade da r. sentença por negativa de prestação jurisdicional. Afirma que mesmo após a oposição dos embargos de declaração o Juízo não teria se manifestado sobre a inexistência de pedido de responsabilidade subsidiária da 2ª reclamada e a impossibilidade de subsidiariedade das contribuições previdenciárias. Aponta violação ao art. 832 da CLT; art. 458 do CPC; inciso IX do art. 93 da CF e incisos XXXV e IV do art. 5º da CF. Afirma que seus embargos de declaração não teriam caráter

protelatório, motivo pelo qual não poderia ter sido condenada ao pagamento de multa de 1%.

Razão não lhe assiste.

A r. sentença analisou a controvérsia à luz do direito vigente, tendo o órgão julgador demonstrado as razões do seu convencimento.

Na r. sentença consta expressamente a responsabilização subsidiária da 2ª reclamada com base na Súmula n. 331 do C.TST. Por óbvio que o Juízo singular rejeitou o pedido de responsabilização solidária.

Quanto às contribuições previdenciárias, a decisão consignou a responsabilização subsidiária da 2ª reclamada acerca de todas as verbas da condenação excetuando-se a obrigação personalíssima de reintegrar a a reclamante ao emprego.

O juiz não tem o dever de refutar cada argumento trazido pela parte, mas apenas decidir de forma fundamentada (inciso IX do art. 93, da CF), consoante o seu entendimento que fica adstrito às provas, ao pedido e à lei (art. 131 do CPC).

Na verdade a 2ª reclamada pretendia a reforma do julgado o que é inadmissível pela via dos embargos de declaração. Aliás, os pontos sobre os quais a reclamada entende ser omissa ou contraditória a decisão foram contrários aos seus interesses, tendo sido alvo específico de impugnação no recurso ordinário, o que evidencia a inexistência de qualquer vício previsto no *caput* do art. 897-A, da CLT, e art. 535, do CPC. O fato da solução dada ao caso não atender aos interesses da parte não significa que apresente vício.

Por isso, rejeita-se a alegação de nulidade da decisão por negativa de prestação jurisdicional.

A multa por embargos de declaração protelatórios deve ser mantida já que o referido recurso foi manejado sem que houvesse qualquer indício de omissão ou contradição da r. sentença de origem.

2. Da alegação de sentença *extra petita*:

Argumenta a 2ª reclamada que a r. sentença seria *extra petita* pois o reclamante teria pedido a responsabilização da ora recorrente de forma solidária, sendo que a r. sentença teria deferido a responsabilização de forma subsidiária.

Sem razão.

O pedido de responsabilização solidária é mais amplo do que a responsabilidade subsidiária deferida.

Na inicial o reclamante narrou que a 2ª reclamada seria tomadora de serviços da 1ª reclamada e beneficiária direta da sua mão de obra.

Todavia, pleiteou a responsabilidade solidária da 2ª reclamada.

Não há nenhum óbice à condenação da mesma como responsável subsidiária com base na Súmula n. 331, IV, do C. TST, mesmo porque tal condenação está inserida na pretensão do obreiro de que seja também responsabilizada a aludida reclamada pela satisfação das verbas deferidas.

Em tal hipótese, há que se aplicar o princípio *iura novit curia* segundo o qual o julgador a partir dos fatos narrados deve proceder ao correto enquadramento jurídico. A corroborar tal posicionamento, oportuna a transcrição da seguinte ementa:

“RECURSO DE REVISTA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. Compulsando o acórdão recorrido se depara com o registro de o recorrido ter pleiteado a condenação solidária das reclamadas, solidariedade que foi afastada em prol da subsidiariedade contemplada naquela precedente, estando aí subentendida a aplicação do princípio ‘*iura novit curia*’, em função do qual não se vislumbra o alegado julgamento ‘*extra petita*’. Não conheço.” (Processo TST RR n. 367003/1997.8, Ac. 4ª T., proferido em 3.4.2002, Relator Ministro Barros Levenhagen, publ. DJ de 19.4.2002)

Desse modo, rejeita-se a nulidade arguida.

3. Da ilegitimidade de parte:

A 2ª reclamada sustenta que seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da lide.

Razão não lhe assiste.

A avaliação da legitimidade de parte independe do reconhecimento com eventual direito material ora pleiteado.

Para que haja legitimidade processual não é necessário que figure no polo ativo aquele que de fato detém o direito material e no polo passivo aquele que efetivamente lesou este direito.

Basta que a partir da narrativa dos fatos seja possível constatar que figure no polo ativo aquele que se declara titular do direito material e no polo passivo aquele que tenha sido apontado como violador desse direito, tendo em vista a independência e autonomia do direito processual em relação ao direito material.

No caso em tela as partes desta ação são legítimas, pois figura no polo ativo aquele que se declara titular do direito material e no polo passivo aqueles em face de quem se pede a tutela jurisdicional.

Há, portanto, pertinência subjetiva.

A discussão acerca do efetivo aproveitamento da mão de obra da reclamante depende de cognição exauriente com o exame das provas, o que não se confunde com o exame das condições da ação a partir das assertivas lançadas na inicial.

4. Da dispensa discriminatória:

A Constituição Federal de 1988 é seguramente a representação jurídica do avanço democrático no Brasil. No seu texto consta um manancial de direitos e obrigações cujo objetivo é seguramente construir uma sociedade livre, justa e solidária. Já no art. 1º do texto constitucional o poder constituinte declarou que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (inciso IV).

Como efeito, a Carta Política de 5 de outubro de 1988 representa um novo paradigma valorativo a ser observado tanto nas relações públicas como nas privadas. Em outras palavras,

a interpretação de qualquer instituto do direito público ou privado só pode ser feita à luz dos valores alçados à categoria de princípios fundamentais.

Por essa razão, o postulado da dignidade da pessoa humana fornece ao órgão julgador uma diretriz inafastável na aplicação e concretização de qualquer norma jurídica positivada.

Nesse sentido é o magistério de Ricardo Sayeg⁽¹⁾:

“A dignidade da pessoa humana é um direito indisponível e, em decorrência, seu titular não tem como perdê-la, comissiva ou omisivamente, ainda que por ato voluntário. Habita no homem todo e em todos os homens um núcleo essencial, que lhe atribui valor por si e se expressa, juridicamente, no feixe indissociável, interdependente e multidimensional dos direitos humanos que, a rigor, há de ser observado, considerado, respeitado e concretizado pelo juiz. Agir com fraternidade e, se houver miséria, com misericórdia, é justamente reconhecer esse valor que todo homem carrega consigo.”

Nesse aspecto o valor “trabalho” e “livre-iniciativa” foram acolhidos pela nova ordem jurídica democrática como elementos fundamentais para a formatação jurídica do estado e para a promoção social do homem.

Fiel a esses princípios o constituinte elegeu certos direitos como direitos fundantes de uma sociedade, denominando-os como direitos fundamentais.

José Joaquim Gomes Canotilho define os direitos fundamentais como aqueles direitos do ser humano jurídico-institucionalizados, ou seja, aqueles direitos humanos positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado.⁽²⁾

A posição topográfica no texto constitucional e a extensa lista de direitos consagrados com

o *status* jurídico diferenciado de direitos fundamentais revelam a importância dos mesmos para a existência do Estado e da segurança da sociedade.

Colhe-se nesse sentido a indispensável lição do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes⁽³⁾:

“A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e sete incisos e dois parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.”

Na mesma direção e em igual importância cita-se a preciosa lição do Professor Ingo Wolfgang Sarlet⁽⁴⁾:

“Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais.”

A importância desses direitos ainda pode ser medida pela inclusão dos mesmos no rol das

(1) *O capitalismo humanista*. 1. ed. Petrópolis: KBR, 2011. p. 127.

(2) *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

(3) *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.

(4) *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 66.

cláusulas pétreas (inciso IV do § 4º do art. 60 da CF) o que impede o desaparecimento dos mesmos em razão da ação do poder derivado.

Dentre os direitos fundamentais há o da não discriminação previsto no *caput* e inciso I do art. 5º da CF. É bem verdade que o parâmetro antidiscriminatório é encontrado em diversos dispositivos do texto constitucional como nos incisos XXX e XXXI do art. 7º; inciso XLII do art. 5º; inciso IV do art. 3º, todos da CF.

Pode-se, por isso, falar em princípio da não discriminação assim definido por Maurício Godinho Delgado: “(...) a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante.”⁽⁵⁾

Pois bem. Outra questão que se coloca é a efetividade dos direitos até porque é inócua a extensa enumeração de direitos fundamentais sem concretização ou tutela jurídica.

É incontroversa a eficácia dos direitos fundamentais na relação entre o particular e o Estado — mais conhecida como eficácia vertical dos direitos fundamentais — já que os direitos fundamentais originariamente surgiram como forma de limitação da ação estatal na esfera de direitos do indivíduo, ou seja, para a defesa das liberdades individuais.

No entanto, a ofensa aos direitos fundamentais não é uma exclusividade do Estado. Nas relações privadas também se verifica a agressão a direitos fundamentais por uma das partes.

A Constituição Federal de 1988 não é expressa acerca da horizontalização dos direitos fundamentais, ou seja, não menciona a aplicação direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Ocorre que a doutrina e a jurisprudência nacional adotaram o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais surtem efeitos nas relações privadas. Esse entendimento tem supedâneo na doutrina e jurisprudência alemãs que a partir do caso Luth (de 15 de janeiro de

1958) trataram pioneiramente da eficácia dos direitos fundamentais nas relações horizontais, conforme magnífico artigo de Simone B. Martins Mello⁽⁶⁾.

Ingo Wolfgang Sarlet⁽⁷⁾ em obra de fôlego justifica a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir de uma interpretação do § 1º do art. 5º da CF:

“Diversamente do que enuncia o art. 18/1 da Constituição Portuguesa, que expressamente prevê a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, a nossa Lei Fundamental, neste particular, ficou silente na formulação do seu art. 5º, § 1º, limitando-se a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais. A omissão do Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. Assim, por exemplo, mesmo em se tratando de norma de eficácia inequivocamente limitada, o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental. Também no direito lusitano se parte do pressuposto de que o art. 18/1 da CRP assume a função de reforçar o caráter vinculante das normas de direitos fundamentais,

(5) *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 719.

(6) A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revista LTr*, vol. 75, n. 06, p. 690-691, jun. 2011.

(7) *Op. cit.*, p. 365-366.

que ressalta o dever específico dos poderes públicos de respeitar e promover os direitos fundamentais.”

A mais alta Corte do país já se pronunciou sobre o tema:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições

postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores — UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (Ac. 2ª Turma do C. STF. RE n. 201.819/RJ, Min. Redator Designado Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006)

O C.TST também já enfrentou a questão:

EMENTA: RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. DISPENSA ARBITRÁRIA. TRABALHADOR PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA. 1. O sistema

jurídico pátrio consagra a despedida sem justa causa como direito potestativo do empregador, o qual, todavia, não é absoluto, encontrando limites, dentre outros, no princípio da não discriminação, com assento constitucional. A motivação discriminatória na *voluntas* que precede a dispensa implica a ilicitude desta, pelo abuso que traduz, a viciar o ato, eivando-o de nulidade. 2. A proteção do empregado contra discriminação, independente de qual seja sua causa, emana dos pilares insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, notadamente os arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, *caput* e XLI, e 7º, XXX. 3. Acerca da dignidade da pessoa humana, destaca Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra *Eficácia dos Direitos Fundamentais* (São Paulo: Livraria do Advogado, 2001, p. 110-1), que — constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguição em virtude de motivos religiosos, etc. (...). O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. 4. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, igualmente, pelo princípio da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária, erigido no art. 7º, I, da Constituição — embora ainda não regulamentado, mas dotado de eficácia normativa —, e pelo princípio da função social da propriedade, conforme art. 170, III, da Lei Maior. 5. Na espécie, é de se sopesar, igualmente, o art. 196 da Carta Magna, que consagra a saúde como — direito de todos

e dever do Estado —, impondo a adoção de políticas sociais que visem à redução de agravos ao doente. 6. Nesse quadro, e à luz do art. 8º, *caput*, da CLT, justifica-se hermenêutica ampliativa da Lei n. 9.029/95, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral. O art. 1º do diploma legal proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção. Não obstante enumere certas modalidades de práticas discriminatórias, em razão de sexo, origem, raça, cor, estado-civil, situação familiar ou idade, o rol não pode ser considerado *numerus clausus*, cabendo a integração pelo intérprete, ao se defrontar com a emergência de novas formas de discriminação. 7. De se observar que aos padrões tradicionais de discriminação, como os baseados no sexo, na raça ou na religião, práticas ainda disseminadas apesar de há muito conhecidas e combatidas, vieram a se somar novas formas de discriminação, fruto das profundas transformações das relações sociais ocorridas nos últimos anos, e que se voltam contra portadores de determinadas moléstias, dependentes químicos, homossexuais e, até mesmo, indivíduos que adotam estilos de vida considerados pouco saudáveis. Essas formas de tratamento diferenciado começam a ser identificadas à medida que se alastram, e representam desafios emergentes a demandar esforços com vistas à sua contenção. 8. A edição da Lei n. 9.029/95 é decorrência não apenas dos princípios embaixadores da Constituição Cidadã, mas também de importantes tratados internacionais sobre a matéria, como as Convenções ns. 111 e 117 e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, todas da OIT. 9. O arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, outrossim, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico. 10. A distribuição do ônus da prova, em tais casos, acaba por sofrer matizações, à luz dos

arts. 818 da CLT e 333 do CPC, tendo em vista a aptidão para a produção probatória, a possibilidade de inversão do encargo e de aplicação de presunção relativa. 11. *In casu*, restou consignado na decisão regional que a reclamada tinha ciência da doença de que era acometido o autor — esquizofrenia — e dispensou-o pouco tempo depois de um período de licença médica para tratamento de desintoxicação de substâncias psicoativas, embora, no momento da dispensa, não fossem evidentes os sintomas da enfermidade. É de se presumir, dessa maneira, discriminatório o despedimento do reclamante. Como consequência, o empregador é que haveria de demonstrar que a dispensa foi determinada por motivo outro que não a circunstância de ser o empregado portador de doença grave. A dispensa discriminatória, na linha da decisão regional, caracteriza abuso de direito, à luz do art. 187 do Código Civil, a teor do qual o exercício do direito potestativo à denúncia vazia do contrato de trabalho, como o de qualquer outro direito, não pode exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. 12. Mais que isso, é de se ponderar que o exercício de uma atividade laboral é aspecto relevante no tratamento do paciente portador de doença grave e a manutenção do vínculo empregatício, por parte do empregador, deve ser entendida como expressão da função social da empresa e da propriedade, sendo, até mesmo, prescindível averiguar o *animus* discriminatório da dispensa. 13. Ilesos os arts. 5º, II — este inclusive não passível de violação direta e literal, na hipótese —, e 7º, I, da Constituição da República, 818 da CLT e 333, I, do CPC. 14. Precedentes desta Corte. Revista não conhecida, no tema. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASSISTÊNCIA SINDICAL. AUSÊNCIA. NÃO CABIMENTO. A teor da OJ 305/SDI-I/TST, na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato, e, nos moldes da Súmula 219, I, do TST, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e

simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Revista conhecida e provida, no tema. (RR-105500-32.2008.5.04.0101, Redatora Ministra: Rosa Maria Weber, Data de Julgamento: 29.6.2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 5.8.2011.)

Desse modo, é inegável que a proibição à discriminação não se dirige apenas ao Estado, mas também ao particular nas relações privadas.

Cabe acrescentar que na interpretação das regras constitucionais deve-se aplicar o princípio da máxima efetividade segundo o qual a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê⁽⁸⁾.

Infere-se, portanto, que, apesar do silêncio do poder constituinte originário, os direitos fundamentais aplicam-se às relações privadas em vista do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Ademais, negar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais seria o mesmo que negar a força vinculante da Constituição Federal nas relações privadas e sua supremacia na pirâmide normativa.

Reconhece-se a autonomia privada da vontade nas relações privadas, porém, admite-se ao mesmo tempo que essa autonomia não torna os particulares imunes aos limites e restrições impostos como salvaguardas constitucionais.

É por isso que o direito de propriedade, o direito potestativo de rescisão contratual e a própria autonomia privada da vontade devem ser interpretados e aplicados no caso concreto à luz do princípio da dignidade da pessoa humana denominado como princípio-guia do sistema jurídico por José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva⁽⁹⁾.

(8) CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 1.224.

(9) *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008. p. 71.

Em atendimento ao manancial de direitos e princípios que resguardam a dignidade da pessoa humana, rejeitando a discriminação manifestados nos incisos III e IV do art. 1º; incisos I, III e IV do art. 3º; *caput* e incisos I e XLI do art. 5º, todos da CF, além da função social da propriedade privada e da busca do pleno emprego expressos nos incisos III e VIII do art. 170 da CF, respectivamente, e da função social do contrato e da boa-fé contratual indicados nos arts. 421 e 422 do Código Civil, respectivamente e, finalmente, em obediência às Convenções ns. 111 e 117 e à Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, todas da OIT, o legislador infraconstitucional editou a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995 na qual se veda expressamente a adoção de prática discriminatória para acesso ao emprego ou sua manutenção.

Com efeito, o legislador infraconstitucional albergou expressamente um direito fundamental a ser aplicado, inclusive, na relação privada.

No presente caso, a reclamante foi admitida para a função de telefonista em 1º.8.2008, tendo sido dispensada em 11.8.2009. Alega a reclamante que teria sido dispensada por discriminação já que seria portadora de perda auditiva tendo que utilizar aparelho auditivo.

Ficou comprovado que a dispensa decorre de prática discriminatória.

Os documentos de fls. 15/17 revelam que a reclamante tomou conhecimento da moléstia em junho de 2009.

A autora sustenta que somente foi dispensada após comunicar seu supervisor acerca da perda auditiva e da necessidade de ter que utilizar aparelho auditivo.

Ocorre que o preposto da reclamada não soube informar a data em que a reclamante comunicou o supervisor sobre a perda auditiva nem se essa comunicação teria ocorrido antes ou depois do aviso prévio (fls. 46/47).

O desconhecimento dos fatos implica na presunção de verdade das alegações da parte

contrária. As declarações do preposto vinculam a empresa, consoante § 1º do art. 843 da CLT.

Com isso, ficou fragilizado o valor probatório do documento de fls. 68.

Impende observar que no direito do trabalho vigora o princípio da primazia da realidade segundo o qual os fatos apurados nos autos prevalecem sobre qualquer formalidade registrada.

Acrescente-se que a reclamada não logrou êxito em comprovar que a dispensa da reclamante devia-se a critérios técnicos, já que não trouxe aos autos qualquer avaliação que indicasse insuficiência de desempenho da autora na função.

Desse modo, é imperiosa a readmissão da reclamante aos quadros da 1ª reclamada sendo-lhe garantido os salários vencidos e vincendos desde a ilegal dispensa até o efetivo retorno, bem como FGTS, férias acrescidas de um terço e 13º salários.

Todavia, face a perda auditiva apresentada pela reclamante, autoriza-se a readaptação da autora em outra função a fim de se evitar eventual agravamento do problema, desde que mantida a mesma remuneração.

5. Da indenização por dano moral:

As reclamadas insurgem contra a condenação por dano moral e por cautela requerem a redução do valor da indenização.

Já o reclamante pleiteia a majoração do valor da indenização.

Razão não lhes assiste.

O dano moral corresponde à lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, conforme ensinamento de Sílvio de Salvo Venosa⁽¹⁰⁾.

Nesse sentido, o dano moral atinge os direitos da personalidade da pessoa, ou seja, resulta da violação à intimidade, honra e imagem.

(10) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4. vol. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 203.

Esse dano é de tal ordem capaz de provocar uma profunda dor física ou psicológica no lesado.

Por ser uma lesão que normalmente tem repercussão na intimidade da pessoa, não se cogita de prova desse dano para que haja responsabilização do agente causador.

Alice Monteiro de Barros⁽¹¹⁾ explica que a responsabilização surge no momento em que se verifica a lesão, não se cogitando de prova do dano, uma vez que não se poderia exigir do lesado a prova do seu sofrimento.

Dessa forma, o pedido de condenação da reclamada por danos morais deve ser analisado sob o prisma da existência ou não da violação (ato ilícito) e se esta é capaz de gerar sequelas psicológicas.

Este é o posicionamento do C.TST:

“PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA ARGUIDA EM CONTRA-RAZÕES. I – O fato de o recurso não atender aos requisitos da Instrução Normativa n. 23 do TST não constitui óbice para a sua análise, uma vez que a referida instrução apenas cuida de recomendações técnicas para a formação do recurso de revista. II – A revista obedeceu aos requisitos extrínsecos, tendo em vista que se encontra tempestiva, com o preparo e representação regulares. III Rejeito. DOENÇA PROFISSIONAL. LER OU DORT. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. RESPONSABILIDADE. I – É sabido que o dano moral prescinde de prova da sua ocorrência, em virtude de ele consistir em ofensa a valores humanos, bastando a demonstração do ato em função do qual a parte diz tê-lo sofrido. II – Por isso mesmo é que em se tratando de infortúnio do trabalho há de se provar que ele, o infortúnio, tenha ocorrido por dolo ou culpa do empregador, cabendo ao Judiciário se posicionar se o dano dele decorrente se enquadra ou não no conceito de dano moral. III – É certo, de outro lado, que o inciso X do art. 5º da Constituição elege

como bens invioláveis, sujeitos à indenização reparatória, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Encontra-se aí subentendida no entanto a preservação da dignidade da pessoa humana, em razão de ela ter sido erigida em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do art. 1º, inciso III da Constituição. IV – Significa dizer que a norma do inciso X do art. 5º da Carta Magna deve merecer interpretação mais elástica a fim de se incluir entre os bens ali protegidos não só a honra e a imagem no seu sentido mais estrito, mas também sequelas psicológicas oriundas de ato ilícito, em razão de elas, ao fim e ao cabo, terem repercussões negativas no ambiente social e profissional. V – Constatado ter a recorrente adquirido LER em consequência das condições adversas de trabalho executado, capazes de causar o afastamento da reclamante do trabalho pelo INSS, em função da qual se extrai notório abalo psicológico e acabrunhamento emocional, tanto quanto irrefutável depressão por conta do confinamento das possibilidades de inserção no mercado de trabalho, impõe-se a conclusão de achar-se constitucionalmente caracterizado o dano moral. Conclusão que não se altera pelo fato de tais condições terem sido minimizadas, bem como de ter sido indicada a reabilitação profissional pelo INSS. VALOR DA CONDENAÇÃO. I – O recorrido reitera nas contra-razões do recurso de revista a impugnação veiculada, no recurso ordinário, ao valor arbitrado pelo Juízo de primeiro grau. Cabe o pronunciamento do TST. II – Ainda que inusual em sede de cognição extraordinária, verifica-se que a sentença arbitrou o valor de 20 vezes a última remuneração da autora. III – Em relação ao arbitramento do valor da indenização por dano moral, é sabido que se deve observar o critério estimativo, levando em conta a gravidade da ofensa e a capacidade econômica do ofensor, tanto quanto o objetivo dissuasório de práticas assim malsãs. IV – Adotando tais parâmetros e considerando que houve reabilitação indicada pelo INSS, conforme se deduz da fundamentação regional, o que indica a temporariedade da lesão, é razoável a redução

(11) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006. p. 620.

do valor arbitrado para o equivalente a 10 vezes a última remuneração da autora. V – Recurso conhecido e provido parcialmente. DIFERENÇA DE MULTA DE 40% DO FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. RESPONSABILIDADE. I – Prescreve a Orientação Jurisprudencial n. 341 da SBDI-1/TST que [...] é de responsabilidade do empregador o pagamento da diferença da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, decorrente da atualização monetária em face dos expurgos inflacionários. II – Recurso de revista conhecido e provido. (grifamos — Ac. 4ª T. do C. TST, RR 703/2003-441-02-00, rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 11.10.2007).”

É evidente que a discriminação sofrida pela autora acarretou-lhe profunda angústia, tendo atingido a sua autoestima. A vida profissional do indivíduo é uma das dimensões mais significativas da sua personalidade. O trabalho e a profissão funcionam como um elemento de identificação e valorização do ser.

Por isso, aquele que é dispensado por critério desqualificante a partir da falsa premissa de que por ostentar certa deficiência seria incapaz de colaborar para o sucesso empresarial é agredido na sua dignidade.

Diante do ilícito praticado consubstanciado no abuso do direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho, faz-se necessária uma indenização de cunho reparatório e ao mesmo tempo inibitória de futuras práticas ilegais semelhantes.

Insta observar que não existe no nosso ordenamento jurídico dispositivo legal fixando parâmetros ou mesmo valores para a indenização por dano moral. Com o advento da Constituição Federal de 1988 não mais subsiste qualquer regra de tarifação da indenização por dano moral. Este é o entendimento do C. STJ manifestado na Súmula n. 281:

281 – A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. (DJ 13.5.2004)

A jurisprudência já sedimentou o entendimento de que a fixação do valor de indenização

por dano moral deve ser feita por arbitramento (interpretação analógica do art. 953 do Código Civil), sendo que o órgão julgador deverá valorar aspectos como a gravidade do ilícito civil praticado, a repercussão do fato, a extensão do dano (art. 944 do Código Civil), a capacidade econômica das partes envolvidas e a duração do contrato de trabalho.

Além desses parâmetros, a doutrina e jurisprudência também apontam uma dupla finalidade para o *quantum* indenizatório: o valor deve proporcionar à vítima alguma compensação e ao mesmo tempo inibir o transgressor da prática de novos atos ilícitos⁽¹²⁾.

Acrescente-se, ainda, que na fixação desse valor indenizatório o órgão julgador deve pautar-se pelo princípio da razoabilidade, a fim de encontrar um valor que não seja ínfimo, nem excessivo para que não se converta e meio de enriquecimento sem causa.

No caso em tela deve-se considerar a extensão dos danos sofridos pela reclamante.

A gravidade da culpa da reclamada é atestada pelas natureza da ofensa direta a um direito fundamental.

Em casos como este a condenação deve ser também exemplar para desestimular a conduta ilícita.

Desse modo, não merece reparo a r. sentença que fixou a indenização em R\$ 10.000,00.

6. Da responsabilidade da 2ª reclamada:

Argumenta a 2ª reclamada que a reclamante não teria comprovado ter prestado serviços para a ora recorrente. Pondera que a Súmula n. 331 do C. TST não abrangeria indenização de natureza civil. aduz que não haveria solidariedade ou subsidiariedade quanto às contribuições sociais.

Primeiramente cumpre observar que a 2ª reclamada admite em suas razões recursais que

(12) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 194.

não negou o fato de que teria se aproveitado da prestação de serviços da reclamante, conforme 7º parágrafo no verso da fl. 195.

Por isso, é incontroverso que a 2ª reclamada figura como tomadora de serviços, tendo se aproveitado do trabalho da reclamante.

O contrato juntado a fls. 131/152 revela que a 2ª reclamada terceirizou para a 1ª reclamada o serviço de telefonista.

A terceirização consiste “(...) na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituam o objeto principal da empresa.”⁽¹³⁾ O objetivo dessa forma de organização da atividade produtiva é a formação de parceria através da qual uma empresa complementa a atividade da outra.

O fato da reclamante não ter sido empregada da 2ª reclamada não desonera esta última de responder subsidiariamente por dívida reconhecida nestes autos, uma vez que beneficiou-se do labor prestado pela trabalhadora.

Com efeito, a responsabilidade é subsidiária e não solidária como fixou a r. sentença.

Os tomadores de serviços respondem subsidiariamente, em caso de inadimplemento da prestadora de serviços pelas dívidas trabalhistas, na hipótese em que a contratação foi legal e regular (Súmula n. 331, IV, do C. TST).

Nestes autos, restou caracterizada a inidoneidade da empresa empregadora tendo em vista a dispensa discriminatória.

A 2ª reclamada tem o ônus de fiscalizar a idoneidade financeira da empresa prestadora de serviço. Na hipótese de haver descumprimento das normas por parte da prestadora de serviço caracterizar-se-á culpa *in eligendo* (na escolha da empresa prestadora) e culpa *in vigilando* (na fiscalização da empresa) das tomadoras, o que por si só enseja a sua responsabilização.

(13) MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000. p. 23.

Tal decorre da mesma regra inserta no art. 159, do Código Civil Brasileiro de 1916, renovado pelo art. 186, do novo Código Civil Brasileiro de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”, ou “... ainda que exclusivamente moral (o dano), comete ato ilícito”, de onde se extrai a necessária diligência da contratante, quanto à capacidade financeira da contratada, especialmente com relação aos empregados que admitir para a prestação dos serviços a que se comprometeu.

No mesmo sentido, o item IV da Súmula n. 331 da Súmula do C. TST:

“inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica na 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 este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.”

Ainda que os vínculos obrigacionais entre as empresas possuam regramento jurídico na esfera do Direito Civil, as relações estabelecidas com os empregados, na execução do contrato, devem ser analisadas à luz do Direito do Trabalho.

Neste ponto, releva notar o caráter protetor que informa o Direito do Trabalho que, em casos de inadimplência da prestadora de serviços, a tomadora passa a responder pelos débitos trabalhistas, a exemplo do que prevê o art. 16 da Lei n. 6.019/1974 (Lei do Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas).

Acrescente-se, ainda, que não obstante não haja normatização específica acerca da responsabilidade subsidiária da empresa tomadora, que se beneficia da prestação de serviços sem ter que suportar os encargos dela decorrentes, trata-se de questão de relevante interesse social pois não são raras as vezes em que o trabalhador se vê impossibilitado de cobrar de seu

empregador direto os direitos que lhe foram judicialmente reconhecidos.

Por essa razão, reconhece-se a responsabilidade subsidiária da 2ª reclamada, ressaltando-se ainda que a trabalhadora, alheia ao pacto firmado entre as co-reclamadas e possuidora de crédito privilegiado, deve receber dentre as devedoras daquela que tem meios de pagar, podendo a responsável subsidiariamente utilizar-se posteriormente da ação regressiva em relação à responsável principal (art. 934 do Código Civil de 2002).

Nem se alegue que o fato da terceirização ser regular afastaria a responsabilização da tomadora. Isso porque eventual irregularidade na terceirização enseja a responsabilização solidária da tomadora, teor do disposto no art. 186 do Código Civil e item I da Súmula n. 331 do C.TST. Ainda que a terceirização seja regular haverá responsabilização da tomadora, porém, de forma subsidiária.

Do acima exposto, extrai-se que sempre haverá **responsabilidade subsidiária** da contratante dos serviços, quando não ocorra o adimplemento das obrigações contratuais por parte da efetiva empregadora, de forma a resguardar os direitos daquele que entregou sua força de trabalho.

Desse modo, não merece reparo a r. sentença nessa parte.

Esclareça-se que a responsabilidade subsidiária envolve a globalidade dos valores objeto da condenação, o que inclui a indenização

por dano moral e as contribuições previdenciárias, conforme item VI da Súmula n. 331 do C. TST.

Ante o exposto, acordam os Magistrados da 12ª Turma do E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: conhecer dos recursos ordinários interpostos pelas partes e, no mérito, **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso interposto pela reclamada Osesp Comercial e Administradora Ltda. a fim de autorizar a readaptação da reclamante em outra função, mantida a remuneração da obreira, **NEGAR PROVIMENTO** aos recursos interpostos pelo reclamado Banco Santander (Brasil) S/A. e pela reclamante, tudo conforme fundamentação do voto.

Mantido o valor das custas e da condenação.

Ficam desde já advertidas as partes que a oposição de embargos de declaração para reapreciação da prova ou para discutir pontos sobre os quais houve expresse pronunciamento do órgão julgador, ainda que contrário ao interesse das partes, configurará intuito protelatório. Essa conduta abusiva da parte atenta contra o princípio da celeridade processual previsto no inciso LXXVIII do art. 5º da CF e autoriza a aplicação da pedagógica e inafastável sanção prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC.

MARCELO FREIRE GONÇALVES,

Desembargador Relator

CH

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

- **EMENTA:** Direito material do trabalho. Assédio moral. *Bullying* cometido pelos colegas de trabalho do empregado. Responsabilidade do empregador. O *bullying* contra um determinado empregado se torna prática de assédio por sexo quando tais comentários, gozações e brincadeiras abordam a aparência ou a orientação sexual de determinado empregado. Neste caso, quando o empregador não demonstra ter tomado quaisquer providências para evitar tal comportamento, permitindo que tais práticas reiteradamente atingissem o empregado vitimado, é responsável pelas medidas reparatórias, uma vez que é responsável pelo ambiente de trabalho, que jamais pode ser intimidativo ou hostil. Aplicam-se, em tais casos, as orientações do direito comparado conforme o art. 8º consolidado, uma vez que inexistente qualquer previsão normatizada no direito brasileiro. Recurso que se nega provimento.

Processo n.º: 0001213-21.2010.5.15.0043

Recurso Ordinário

Recorrente: SEMPRE TERCEIRIZAÇÃO EM SERVIÇOS GERAIS LTDA.

Recorridos: DANIEL APARECIDO VIEIRA e RADIO E TV BANDEIRANTES DE CAMPINAS LTDA.

Origem: 3ª VARA DO TRABALHO DE CAMPINAS

Juíza Sentenciante: FRANCIELI PISSOLI

Adoto o relatório da r. decisão de fls. 127/131 que julgou a ação procedente em parte e da qual recorre Sempre Terceirização em Serviços Gerais Ltda. a fls. 136/146.

Pretende o apelo, em resumo, reverter a parte da sentença que lhe foi desfavorável sustentando a existência de prática de justa causa consistente na agressão de terceiro pelo queixoso, que a sentença teve uma conclusão que não pode ser aceita, que o intervalo foi pago em uma hora diária, que as horas extras

estão corretamente pagas, que não cabe o dano moral pretendido, que não cabe a responsabilidade subsidiária.

Decisão interlocutória a fls. 147 recebendo o apelo.

Contrarrazões a fls. 152/158.

É o relatório.

VOTO

1. Do conhecimento

Merece ser conhecido o apelo que é tempestivo, prazo da decisão terminado em 12.4.2011 e o recurso apresentado em 8.4.2011. Devidamente preparado, custas e depósito recursal a fls. 145/146 apresentados tempestivamente, apelo subscrito por patrono com procuração nos autos.

2. Da justa causa aplicada ao queixoso

A Recorrente manifesta seu inconformismo contra a condenação de primeiro grau a verbas rescisórias que entendeu não estar configurada a prática de falta grave suscetível de dispensa

do Recorrido. Aponta que a prova dos autos demonstra claramente que o queixoso agrediu seu colega de trabalho após ser admoestado no sentido de não usar o telefone para ligações a cobrar e que aplicou a pena correta.

Sem razão.

Diante da alegação da Recorrente, esta atraiu para si o ônus da prova sobre a existência de falta grave cometida pelo Recorrente e os requisitos desta punição (proporcionalidade, atualidade, ser determinativa da rescisão e não sofrer outra punição). Trata-se de fato impeditivo a teor do art. 818 consolidado, do seu direito a verbas rescisórias pela dispensa imotivada, a qual tem presunção obrigatória em atendimento aos princípios fundamentais do direito laboral que são, respectivamente, a continuidade das relações de trabalho e a dependência econômica.

No caso presente, verifica-se que teria ocorrido a agressão, mas ela possui uma circunstância muito destacada, na qual a Recorrente deveria ter ponderado melhor ao dispensar o queixoso por justa causa.

A testemunha Alessandro, o ofendido pela agressão, afirma que ele e o Recorrido se davam bem (fls. 25) e nunca houve agressão por parte dele, sendo que advertiu o queixoso por estar fazendo uma chamada telefônica a cobrar e que neste momento o queixoso teria esmurrado a testemunha.

Como bem asseverou a sentença recorrida, soa no mínimo estranha a reação do queixoso, por uma advertência tão simples, sair agredindo fisicamente um colega que se dá tão bem com ele, afirmando que eles “combinavam”.

A referida testemunha afirmou que não ofendeu o queixoso e nunca ofendeu verbalmente, embora outras pessoas chamassem o Recorrido de “mulherzinha” e que o depoente não gostava desta brincadeira e que ocorriam “rodinhas” onde os funcionários chamavam o queixoso de “mulherzinha”.

É difícil crer que nada foi dito, insinuado, ou até mesmo afirmado em outro tipo de linguagem, que não tenha gerado esta reação descrita e demonstrada.

Diante deste quadro, no qual o queixoso menciona na exordial, afirmando a existência de rodinhas para tais comentários, uma reação do Reclamante, apesar de aparentemente desproporcional deveria ser melhor analisada pela empregadora. O Recorrido ouvindo e sentindo todo este clima, vai se enervando e, qualquer posicionamento contra ele, pode desencadear uma reação raivosa. O Recorrido foi dispensado e a testemunha advertida, um tratamento que demonstra bastante um contexto desproporcional.

Dentro do contexto em que o Recorrido sofreu dentro da empresa, não apresentando o queixoso algum histórico negativo no seu passado dentro da empresa, caberia uma penalidade mais leve, a dispensa por justa causa foi exagerada. Corretíssima a sentença neste aspecto, quando apreciou um contexto diferente e de difícil crédito, que o Recorrido tenha se insurgido sem qualquer provocação, quando a atmosfera dentro do ambiente de trabalho demonstra ser totalmente agressivo ao Recorrido.

Assim, impõe-se a manutenção do julgado hostilizado, eis que correto e sensível ao clima existente dentro da empresa e dos parâmetros de razoabilidade.

3. Intervalo para refeição

A Recorrente manifesta seu inconformismo contra a condenação em horas extras e reflexos pela falta de intervalo. Sem razão, no entanto.

Leo Rosenberg define como máximas de experiência, as regras de experiência e cultura geral que servem para a apreciação jurídica (subsunção) dos fatos. Em particular quando a aplicação do direito depende de juízos de valor e representam elementos essenciais da mesma norma jurídica aplicável, da premissa maior da norma jurídica no silogismo do Juízo judicial.

Bem como servem as máximas de experiência para a comprovação de fatos, em particular, na apreciação da prova para examinar o valor probatório dos elementos probantes colhidos, formando a premissa maior do silogismo judicial em relação à estimação das afirmações sobre os fatos⁽¹⁾.

Daí que o julgador pode apreciar com sua experiência que cartões de ponto com horários assinalados simetricamente com horários reiteradamente repetidos, com ingresso e saída “britânicos” de pouca ou nenhuma valia tem a demonstrar horário de trabalho. Tais cartões são nitidamente produzidos para fins processuais, já que não apresenta um dia sequer de variação, inclusive da letra. Chega a ser uma ofensa ao Juízo apresentar tais documentos, acreditando que o Judiciário Trabalhista é composto de néscios a acreditar em documentos visivelmente irreais, em autêntico menoscabo à inteligência dos julgadores ou até mesmo da própria sociedade.

Aplica-se ao caso a Súmula n. 338, III, com redação dada pela Resolução 129/2005, a qual importa em inversão do ônus da prova sobre horas extras, na hipótese de cartões de ponto com horários simétricos, cabendo ao empregador provar a inexistência de horas extras alegadas no libelo.

Diante desta obrigação, a Recorrente não se desvencilhou a contento. O representante da empresa afirmou o queixoso ter uma hora de intervalo, mas a testemunha Alexsandro afirmou que tinham ele e o Recorrido 30 minutos de almoço. Claramente, os cartões de ponto não revelam a efetiva jornada praticada e, diante disso, certamente a jornada anotada não corresponde à jornada efetivamente praticada, demonstrando habitual prática de horas extras que desnatura completamente a pactuação de compensação de jornada (Súmula n. 85, IV, do Tribunal Superior do Trabalho).

(1) ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho processual civil*. Trad. de Angela Romera Vera. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955. 2. v., p. 211.

São verificadas algumas horas extras a título de horas de refeição pagas, mas não estão todas elas satisfeitas. No recibo de pagamento de janeiro de 2010, constam 17 horas de intervalo pagas (fls. 75), mas o queixoso laborou 18 dias possuindo direito a diferenças em seu favor. E, diante da desconsideração da compensação, o queixoso tem direito a diferenças de horas extras, eis que sua jornada diária passou a 12:30 horas diárias.

Nada a reparar, portanto, eis que a sentença teve o cuidado de deferir os pagamentos efetuados de forma clara e explícita.

4. Dano moral

Como demonstrado acima no item desta decisão referente à justa causa, o queixoso foi vítima de comentários dos demais empregados, que o chamavam de “mulherzinha”. A prova foi feita exatamente pela testemunha da Recorrente.

A situação descrita na exordial e mencionada no depoimento da testemunha Alexsandro deve ser considerada uma espécie de *bullying*. Trata-se de uma prática de atos ofensivos por colegas, promovendo uma desvalorização da pessoa dentro do ambiente, no presente caso por aparência de orientação sexual divergente, incorrendo em prática discriminatória. David Yamada aponta como melhor definição para o *bullying* no trabalho aquela formulada por Gary Namie e Ruth Namie, como os repetidos maus-tratos de caráter intencional e com riscos à saúde praticados por um ou mais empregados⁽²⁾. Aí, não importa o nível dos ofensores, normalmente tal prática é uma modalidade de assédio horizontal, praticada pelos colegas do mesmo nível hierárquico da vítima.

O *bullying* é prática reconhecidamente considerada como discriminatória pela *Equal Employment Opportunity Commission* — EEOC,

(2) YAMADA, David. C. Human dignity and american employment law. In: *University of Richmond Law Review*, n. 43, p. 523-569, jan. 2009, p. 531. *Lexis Nexis*. Acesso em: 15 set. 2009.

agência do governo norte-americano responsável pela aplicação das normas legais contra a discriminação no trabalho⁽³⁾. A referida agência considera que os autores das práticas de assédio, nele incluso o *bullying*, podem ser o chefe, supervisor, colega de trabalho ou mesmo uma pessoa não integrante da empresa. A responsabilidade sobre os efeitos da discriminação, no entanto, recai sobre o empregador, que tem o dever de manter um bom ambiente de trabalho para cada um dos trabalhadores.

As diretrizes da EEOC acima apontadas reconhecem dois tipos de assédio sexual: a chamada *quid pro quo*, conhecida como aquela forma ligada a uma chantagem ou ameaça e a segunda, aquela em que caracteriza a criação de ambiente intimidativo ou *hostil*.

Linda Clarke⁽⁴⁾, ao descrever o histórico do assédio sexual no emprego nos Estados Unidos da América, aponta que a edição da referida diretriz da EEOC influenciou decisivamente os precedentes da Suprema Corte que reconheceram o assédio sexual como ato discriminatório. Heather Banckek⁽⁵⁾ cita o caso *Henson v. City of Dundee*⁽⁶⁾, reconhecido como um dos primeiros casos submetidos às cortes federais em que foram adotadas as duas formas de assédio sexual de acordo com as diretrizes da EEOC. No referido caso, a autora daquela ação acionou seu supervisor, afirmando que ele diariamente a indagava sobre os hábitos sexuais da autora e de sua colega de trabalho,

também do sexo feminino, criando um *ambiente de trabalho hostil*.

No entanto, o grande teste para as diretrizes da EEOC ocorreu no ano de 1986, quando foi apreciado pela Suprema Corte o caso *Meritor Bank Savings v. Vinson*⁽⁷⁾. Trata-se de um caso muito importante no estudo do assédio sexual, posto que através de um *leading case* a Suprema Corte daquele país reconheceu expressamente a importante definição da EEOC, caracterizando o assédio sexual como prática discriminatória, ao se pronunciar do seguinte modo:

“Há violação da Lei antidiscriminatória (Título VII do Civil Rights Act) quando o ambiente de trabalho é permeado com intimidação discriminatória, ridicularização, injúria ou calúnia suficientemente grave ou generalizada suficiente para alterar as condições de trabalho da vítima e criar um ambiente de trabalho abusivo.”

A providência da empresa contra a prática de chacotas revelada pela testemunha da Recorrente é totalmente inexistente. Há um atentado ao meio ambiente do trabalho quando os colegas começam a praticar chacota contra um empregado que sofreu um infortúnio, e a empresa não toma medidas para coibir tal prática. No caso, restou claro que a empregadora do Recorrido não tomou qualquer postura mais enérgica contra tais atos.

Corretíssima a sentença ao julgar a responsabilidade da Recorrente pela omissão em tais situações graves que ocorreram contra o queixoso. Nada a reparar, portanto, nem mesmo ao valor da indenização, arbitrada pela sentença em R\$ 2.000,00.

5. Responsabilidade por atividade terceirizada

Em primeiro lugar, insta ponderar que falece legitimidade da Recorrente para defender, em

(3) EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION. *Harassment*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/types/harassment.html>> Acesso em: 9 set. 2009.

(4) CLARKE, Linda. Sexual harassment law in the United States, the United Kingdom and the European Union: discriminatory wrongs and dignitary harms. In: *Common Law World Review*, Jun. 2007, p. 362-379, Lexis Nexis.

(5) BANCHEK, Heather Shana. OVERCOMING A HOSTILE WORK ENVIRONMENT: RECOGNIZING SCHOOL DISTRICT LIABILITY FOR STUDENT-ON-TEACHER SEXUAL HARASSMENT UNDER TITLE VII AND TITLE IX. *Cleveland State Law Review*, 2007, n. 55, p. 1-29, p. 14.

(6) OPENJURIST. *Henson v. City of Dundee*. Disponível em: <<http://openjurist.org/682/f2d/897/henson-v-city-of-dundee>> Acesso em: 28 nov. 2010.

(7) CORNELL UNIVERSITY. LAW SCHOOL. Legal Information Institute. *Meritor Bank Savings v. Vinson* (477 US 57 - 1986). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0477_0057_ZO.html> Acesso em: 22 nov. 2010.

sede recursal, direito alheio. Não cabe à Recorrente sustentar a ilegitimidade de parte da 2ª Reclamada, faltando-lhe interesse recursal para tanto.

Ultrapassada esta questão, no mérito melhor sorte não assiste à Recorrente.

Trata-se a atividade contratada do Recorrido à Recorrente para prestar serviços de portaria para a 2ª Reclamada, notoriamente empresa de comunicação de grande porte. A atividade é nitidamente terceirizada.

Tem-se como terceirização o processo de substituição por terceiros, geralmente empresas, do exercício de atividades que não corroboram para a obtenção do produto final da empresa, mas apenas vem a assessorar na obtenção desta finalidade. Tal fenômeno era proibido no país, sendo que o entendimento consolidado no então Enunciado n. 256 vedava a intermediação de mão de obra. Seu entendimento foi revogado com a atual Súmula 331, a qual permite tal fenômeno, circunscrito aos casos de atividades específicas não voltadas para a vocação específica da empresa e desde que não haja pessoalidade e subordinação direta do prestador à empresa tomadora.

No entanto, a realidade brasileira, principalmente aquela vivida pelo Poder Judiciário trabalhista, tem demonstrado que o fenômeno da terceirização é extremamente prejudicial para promover a efetividade dos direitos trabalhistas consagrados na Constituição Federal de 1988, bem como no sistema jurídico de proteção vigente. O posicionamento das Cortes laborais advém de uma constatação prática extremamente comum, no sentido que a enorme maioria das empresas prestadoras não tem idoneidade financeira a suportar os direitos descumpridos e reclamados, normalmente desaparecendo e reabrindo com outro nome, em outras localidades, deixando sem solução o percebimento por tais empregados, dos direitos judicialmente reconhecidos. Quando não raro, muitas empresas prestadoras são têm sua constituição “incentivada” pela empresa

tomadora, desmontando seus próprios quadros para destinar estes recursos para empresas sem qualquer respaldo financeiro, principalmente para o caso de acidentes de trabalho. Não somente por isso, a terceirização é uma chaga trabalhista atual extremamente nefasta uma vez que, entre outros fenômenos negativos, procura eximir grandes conglomerados financeiros das responsabilidades trabalhistas, desarticula a noção de categoria profissional enfraquecendo a defesa coletiva de direitos. Além de tudo isso, alija o trabalhador da vida normal da empresa onde deveria ser um empregado comum, tratando-o de forma desigual, em flagrante ofensa à Convenção n. 111 da OIT. Esta é uma norma que integra o rol dos direitos fundamentais da pessoa humana do trabalhador, conforme declaração daquela entidade subscrita pelos nossos representantes, convenção que vige em nosso país como norma de nível constitucional, conforme o § 2º do art. 5º da nossa carta política, antes da EC n. 45/2004.

Mas não é fenômeno exclusivamente brasileiro, senão um fenômeno mundial, agravado em países emergentes como o nosso, principalmente por empresas transnacionais. Especialmente na América Latina, o fenômeno se repete em diversas empresas de países centrais que adotam o mesmo procedimento em todos os países onde mantêm atividades, minando a efetividade das normas laborais internas, tudo para redução de custos e aumento do lucro. Por tal motivo, vários países vizinhos e integrantes do Mercosul têm adotado posturas de repelir a falta de efetividade das normas trabalhistas com legislações severas em que imputam responsabilidades e obrigações de todos os matizes absolutamente idênticas àquelas dos empregados efetivos.

O panorama brasileiro tem uma circunstância peculiar no sentido de que nem a permissão da terceirização, ou a sua proibição, estão previstas no ordenamento positivo. Entende-se por meio de jurisprudência consolidada nos

tribunais trabalhistas que tal atividade é possível, mas nos resta saber quais suas implicações em termos de responsabilização de seus destinatários, também não previstas em norma específica, circunstância agravada pela ausência de resposta normativa adequada do Poder Legislativo nacional.

Diz o art. 8º consolidado que, na falta de legislação específica, esta Justiça especializada está autorizada a solucionar as lides que lhe são apresentadas por diversos meios de integração de lacunas jurídicas. Merecem destaque a analogia, equidade, outros princípios e normas gerais de direito, o direito comparado, usos e costumes e, principalmente, o direito comum, naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais do direito do trabalho.

Pois bem. Utilizando-se a analogia do art. 455 consolidado, esta norma diz claramente que o empregado principal se torna devedor solidário dos direitos trabalhistas do subempregado, cabendo direito de regresso contra este. A aplicação desta norma é absolutamente autorizada pelo art. 8º consolidado.

Não bastasse isso, o direito comum tem muito a subsidiar a responsabilização do tomador de serviços pelos direitos trabalhistas dos empregados da empresa contratada, a despeito de qualquer previsão contratual a respeito. Os arts. 187, 927, 932, III e 942 do Código Civil são normas claríssimas que autorizam a responsabilização objetiva do tomador de serviços, todas elas de aplicação autorizada pelo art. 8º, logo, não há qualquer ofensa à chamada reserva legal prevista no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988 e, muito menos, ofensa ao art. 265 do Código Civil, pois não se trata de presunção, mas de previsão expressa.

Mas isso ainda não basta. Os princípios do direito não permitem outra conclusão senão a responsabilização solidária do tomador de serviços.

Robert Alexy afirma que os princípios seriam, na definição para comparação com as regras, normas que ordenam algo que seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios podem ser considerados “mandados de otimização”, os quais estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e de que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais senão também das jurídicas⁽⁸⁾.

Paulo Bonavides assevera que, na atualidade, os princípios se medem normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra. E arremata mais adiante, afirmando que já não há mais tempo para quando os princípios exercitavam apenas a função supletiva ou subsidiária dos códigos⁽⁹⁾.

É princípio de direito extraído das lições elementares de direito natural, talvez seu enunciado mais corriqueiro entre os dois milênios que nos separam dos gregos e dos romanos, o conceito aristotélico de justiça de dar a cada um o que é seu, ou também chamado princípio do *suum cuique tribuere*, a mais elementar noção de equidade. Quando alguém presta determinada atividade, e não poderá deixar de receber sua contraprestação, a interposição de empresa nesta relação pode prejudicar o recebimento de uma verba de natureza alimentar, logo, de direito fundamental, de aplicação imediata e amparada pelo princípio da irradiação dos direitos fundamentais. Assim, a utilização da terceirização não pode frustrar a retribuição necessária para qualquer atividade.

Como muito bem recorda o lúcido magistrado e jurista Francisco Alberto da Motta

(8) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3. reimp. Trad. para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 86.

(9) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 289.

Peixoto Giordani⁽¹⁰⁾, muitos são os princípios que alicerçam o entendimento da responsabilização solidária, entre eles o da dignidade da pessoa humana, o da proteção da confiança, o da boa-fé objetiva e o princípio protetor, base do direito do trabalho.

O festejado Robert Alexy assevera que os direitos trabalhistas integrantes dos direitos sociais em nossa carta política assumem clara identidade de direitos fundamentais. Tal natureza é facilmente constatável na lei maior, quando o capítulo II, relativo aos direitos sociais, se encontra inserido no título II, relativo aos direitos e garantias fundamentais. Apenas esclarece o referido jurista que, ao invés de serem concedidos na forma de uma ação positiva do Estado, são direitos fundamentais que visam a uma redistribuição direta da renda à custa dos empregadores⁽¹¹⁾. A vertente da dignidade da pessoa humana que impõe uma conduta positiva inversa à da clássica abstenção liberal para tornar eficaz a dignidade do indivíduo, aqui se revela. Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana compreende também os direitos trabalhistas, na medida em que abrangem, no expreso dizer da carta política no *caput* do art. 7º, direitos que visem à melhoria de sua condição social, para atingir o estágio de amplo desenvolvimento da personalidade humana.

Celso Ribeiro Bastos comenta que a expressão dignidade da pessoa humana tenha um conteúdo moral, e entendeu que a preocupação do constituinte foi de ordem material.

O mencionado professor paulista aponta que para que fosse proporcionado às pessoas uma vida digna, principalmente no que tange no fator econômico, o aludido princípio procura condenar práticas humilhantes da pessoa humana que ocorrem todos os dias. O referido princípio posiciona a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como meio para alcançar certos objetivos, como o econômico⁽¹²⁾. Edilsom Pereira de Farias destaca que a pessoa humana é hoje considerada como o mais eminente de todos os valores porque constitui a fonte e raiz de todos os demais valores. E aponta que a pessoa humana expressa a fonte e a base mesma do direito, revelando-se, assim, critério essencial da legitimidade da ordem jurídica⁽¹³⁾.

O princípio da confiança jurídica expõe claramente que as relações jurídicas, como trato da relação jurídica fundamental de respeito à pessoa humana tão bem estabelecida por Karl Larenz⁽¹⁴⁾. Os integrantes da relação jurídica devem ter a justa expectativa, no outro polo, como um dos sentimentos que melhor definem e constituem a existência humana, na feliz visão de Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada⁽¹⁵⁾.

Por outro lado, o princípio da boa-fé objetiva, expressamente previsto nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil, estabelece o respeito que o integrante de uma relação jurídica deva receber um padrão ético de um ser honesto, probo, correto, consciente e respeitador de suas obrigações perante o outro contratante e perante terceiros influenciados pelo negócio jurídico em discussão.

(10) GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. Intermediação de mão de obra. Uma leitura que leva à responsabilidade solidária entre as empresas prestadora e tomadora de serviços. Artigo publicado no sítio da Amatra XV – Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região. Disponível em: <www.amatra15.org.br> – seção *produção científica*. Acesso em: 15 jul. 2008.

(11) ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado democrático. Palestra proferida na sede da Escola Superior de Magistratura Federal no dia 7 de setembro de 1998. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 72, jul./set. 1999.

(12) BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 148.

(13) FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996. p. 46.

(14) LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. p. 46.

(15) FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p. 19. Citado por GIORDANI.

Por fim, cabe apontar que o art. 8º autoriza, na lacuna da norma positiva, a adoção do direito comparado.

Inicialmente, cabe ponderar que a Organização Internacional do Trabalho, através da Recomendação n. 198⁽¹⁶⁾, aprovada em 15.6.2006, estabeleceu princípios marcantes de proteção do trabalho humano diante das novas formas de trabalho. A referida norma internacional estabelece que são princípios de proteção do trabalho humano a proteção do trabalhador dentro de relações incertas e quando, por meio da forma jurídica adotada, esteja tal trabalhador desprotegido de efetividade de seus direitos (Item 4, alíneas “b”, “c”, “d” e “f”). Por outro lado, referida norma expressa claramente que os trabalhadores que tenham várias partes vinculadas à prestação, recebam a proteção devida.

Não é necessário tomar caminhos para países de grande expressão mundial, mas recorrer ao direito comparado de nossos integrantes do Mercosul, parceiros de uma união que conjuga as mesmas expectativas e anseios, e que sofrem do mesmo problema. Os exemplos do Chile e do Uruguai, tratando de condições idênticas, são perfeitamente aplicáveis.

Na República do Chile, país que vive um grande momento econômico, a recente Lei n. 20.123, de 14.1.2007, deixa claro no art. 183-B

introduzido no Código de Trabalho daquele país, que o empregador principal será solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas, incluindo-se indenizações⁽¹⁷⁾. Na República Oriental do Uruguai, o art. 1º da Lei n. 18.099, de 7.2.2007, deixa claro também que todo empregador que utiliza subcontratados por qualquer meio, sem os devidos cuidados de gerência e acompanhamento, será responsável solidário pelas obrigações dos trabalhadores contratados, assim como das obrigações previdenciárias e indenizações acidentárias⁽¹⁸⁾.

Assim, diante de tais fundamentos jurídicos autorizados pelo art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, a 2ª Reclamada deve responder subsidiariamente aos créditos vindicados, proporcionalmente aos períodos prestados pelo Reclamante. Nada a reparar, portanto.

Conclusão

Ante o exposto, decido conhecer do apelo apresentado por Sempre Terceirização em Serviços Gerais Ltda. e, no mérito, decido **negar provimento ao apelo**, mantendo incólume a decisão recorrida.

Para efeito de custas e depósito recursal, mantenho o mesmo valor da decisão recorrida.

FIRMINO ALVES LIMA

Juiz Relator

(16) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. ILOLEX. Recommendation n. 198. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R198>> Acesso em: 16 jul. 2010.

(17) CHILE. Ley n. 20.123 de 14 de enero de 2007. Sitio da *Dirección del Trabajo – Gobierno de Chile*. Disponível em: <www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-94047.html> Acesso em: 15 jul. 2008.

(18) URUGUAY. Parlamento da República Oriental do Uruguai. Disponível em: <www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18099&Anchor=>> Acesso em: 15 jul. 2008.



Sentença

4ª Vara do Trabalho de Florianópolis – SC

AT 6440-2010

No dia 20 de ABRIL de 2012, às 18 h, na sala de audiências da 4ª VARA DO TRABALHO DE FLORIANÓPOLIS, por ordem da Ex^{ma}. Juíza do Trabalho ÂNGELA MARIA KONRATH, foi realizada audiência para publicação de sentença proferida na AT 6440-2010. Ausentes as partes.

SENTENÇA

ROBERTO ANTÔNIO NUÑEZ HERNÁNDEZ ajuíza, em 1º.10.2010, ação trabalhista em face de COMPO DO BRASIL S/A. Atribui à causa o valor de R\$ 600.000,00.

Relata o autor que ingressou no conglomerado econômico reclamado em 7.3.2008, admitido em Santiago do Chile, nas funções de *Manager Supply Chain and Project Development Latino América*, inicialmente contratado pela COMPO GMBH & CO.KG, multinacional alemã que opera com fertilizantes, e, a partir de 1º.4.2008, também firmando contrato de trabalho com outra empresa pertencente ao grupo, nominada FERTILIZANTES COMPO AGRO CHILE LTDA. Diz que a partir de maio de 2009 passou a trabalhar exclusivamente no Brasil, para a COMPO DO BRASIL S/A., nas funções de Diretor Presidente, com último salário no valor de R\$ 29.200,00 mais benefícios, em contrato formalizado apenas a partir de 18.9.2009 por problemas burocráticos pertinentes ao visto para trabalho. Sustenta a formação de grupo econômico entre as empresas e a existência de contrato único. Aduz que a relação de emprego perdurou até 6.9.2010, quando convidado para reunir-se no Hotel Sofitel com os representantes da COMPO GMBH & CO.KG, sediada na Alemanha, foi comunicado da intenção da empresa em dispensar

seus serviços. Entretanto, pontua que na ocasião lhe foi apresentada uma carta de pedido de demissão, optando por primeiro buscar orientações por desconhecer as leis brasileiras. Anota que em 7.9.2010 a matriz alemã expediu comunicado geral, intitulado “*Personnel Information*”, endereçado a todos os Diretores e Gerentes das empresas coligadas, informando que o autor foi dispensado de suas atividades. Por fim, informa que apenas em 16.9.2010 foi comunicado por escrito da ruptura contratual, em telegrama que mencionava a rescisão na forma do art. 482, letras “a” e “c”, sob a justificativa de “utilização de numerário da empresa para compra de passagens aéreas para uso pessoal e fazer negociação habitual em concorrência à sua empregadora e empresas do grupo econômico, através de empresa existente no Chile”. Alega a nulidade da despedida, pleiteando a reversão da justa causa e a indenização por danos morais, em síntese ao argumento de que: o uso de passagens aéreas fazia parte do rol de benefícios oferecidos; a reclamada conhecia a vida profissional e privada do autor; o regulamento de empresa estabelecia tratamento prévio dos conflitos entre empregados e empregadores; outras pessoas mantinham a mesma vinculação comercial que o reclamante, e continuaram trabalhando; houve quebra do princípio isonômico. Em antecipação dos efeitos da tutela, requer providências pertinentes ao repatriamento, com a garantia de condições dignas de permanência no Brasil. No mais, pleiteia os seguintes direitos: o reconhecimento do contrato único com o grupo econômico e obrigação solidária das empresas; a declaração de vínculo no Brasil desde 1º.5.2009; a incorporação dos benefícios *in natura*; as parcelas rescisórias da despedida sem justa causa; os 24

dias de férias restantes do período trabalhado no Chile; o pagamento do bônus sucesso e do bônus anual; a comprovação de recolhimento para o sistema previdenciário chileno; a convalidação da tutela antecipada; a indenização por danos morais no valor mínimo de dez remunerações; o reajuste convencionado em agosto de 2010; as multas convencionadas pelas infrações às regras das CCTs; as providências de repatriação. Declara pobreza e requer os honorários advocatícios.

Em defesa, a COMPO argúi preliminar, invoca a prescrição e refuta o mérito da pretensão, requerendo a improcedência. Quanto ao tempo de trabalho no Chile, argúi a impossibilidade jurídica do pedido, invocando o princípio da *lex loci executionis*, a ilegitimidade passiva da COMPO DO BRASIL, a prescrição dos créditos na forma da lei chilena, a quitação total dada no “*finiquito relación laboral*”. Em relação ao grupo econômico, argúi a inépcia do pedido, pontuando que as demais empresas sequer figuram no polo passivo. Nega a prestação de serviços no Brasil antes de setembro de 2009, afirmando que até então a estada do autor no Brasil foi incipiente, vinculado que estava a COMPO Chile. Confirma a reunião noticiada pelo autor, no Hotel Sofitel, dizendo que os representantes da empresa na Alemanha, Gerard Friedrich e Bernward Engels, em conversa inclusive com outro funcionário envolvido nos fatos, Patrício Tellechea, para oportuniar ao autor de pedir sua demissão do cargo, ante os fatos ocorridos e a boa relação que havia entre as partes. Argumenta que ante a recusa do autor, a empresa rompeu o contrato por justa causa, caracterizada no art. 482, letra “c”, ante o fato do autor e Patrício Tellechea serem sócios de uma empresa no Chile, chamada AGRO ASSET, concorrente da FERTILIZANTES COMPO AGRO Chile, consequentemente concorrente da empresa ré, além de utilizarem passagens aéreas pagas pela COMPO do Chile, em viagens para Calama, cidade em que a ré não tem interesses comerciais, mas que está sediada a empresa

PENTABOR, acionária da AGRO ASSET. Diz que nem a empresa brasileira, nem a chilena, tampouco a alemã, tinham conhecimento da existência de tal empresa, até agosto de 2010, quando um funcionário da COMPO Chile informou a matriz alemã. Acusa o autor de abrir concorrência com a empresa, sendo proibida a negociação de empregados competindo com empresas do grupo, relacionadas aos negócios da reclamada. Pontua que o fato do autor ter transferido suas cotas da AGRO ASSET para a esposa dele, CATALINA GONZALEZ OGAZ, em agosto de 2009, não afasta o conflito de interesses. Afirma que a quebra de confiança diante dessas práticas, relativas a sociedade em conflito de interesses com a empresa e ainda utilizar passagens aéreas custeadas pela ré, justifica a ruptura nos termos concretizados. No mais, refuta as parcelas vindicadas, dizendo que as vantagens *in natura* destinaram-se ao trabalho, descabidos os reajustes, porque antecipados em maio de 2010, indevidos os bônus, ante a proporcionalidade não prevista e a justa causa aplicada, quitadas as parcelas pelo “finiquito”, inclusive as férias do período trabalhado no Chile. Requer a improcedência.

Juntados documentos. Colhida prova oral. Realizada perícia técnica.

Sem outras provas, encerrada a instrução processual. Razões finais remissivas. Propostas conciliatórias infrutíferas.

DECIDO:

INÉPCIA

À simplicidade e informalidade que norteiam o Processo do Trabalho não impõe rigor formal na elaboração dos pedidos (CLT, 840), bastando sejam compreensíveis e não comprometam o direito de defesa da parte contrária.

Os pedidos estão formulados de forma clara e precisa, possibilitando o exercício do direito de defesa exaustiva de mérito. Os fatos estão narrados em sequência lógica, enunciando pedidos admitidos e não vedados pelo ordenamento jurídico, sem qualquer incompatibilidade.

Viabilizada a ampla defesa e o contraditório (CRFB 5º LV).

Não há exigência legal de que todas as integrantes do alegado grupo econômico figurem na lide. O Tribunal Superior do Trabalho inclusive cancelou a Súmula n. 205 que tratava desse tema. Ademais, trata-se de empresas de capital internacional, bastando ser chamada a empresa constituída no Brasil, podendo as demais, se quiserem integrar o polo passivo como assistentes, mas dessa faculdade não se valeram. Rejeito.

CARÊNCIA DE AÇÃO

As condições da ação estão presentes (CPC, art. 267, VI): não há proibição legal à pretensão de reconhecimento de eventual responsabilidade solidária; verificada em abstrato, há pertinência subjetiva da lide, dada a correspondência entre as partes e os sujeitos da relação jurídica narrada na petição inicial; o interesse processual está caracterizado em seu trinômio (necessidade, utilidade e adequação) na pretensão resistida.

A legitimidade passiva da empresa que formalizou o contrato de trabalho no Brasil decorre da responsabilidade que lhe é atribuída na petição inicial. Se por conta da relação jurídica entre as empresas há ou não responsabilidade solidária quanto aos créditos trabalhistas vindicados, é questão a ser analisada com o mérito do pedido. Também é objeto do mérito definir os limites legais e temporais dessa responsabilidade. Rejeito.

LEI TRABALHISTA NO ESPAÇO

Não obstante a regra da *lex loci executionis* oriente a aplicação da lei trabalhista no espaço, as particularidades de uma contratação mergulhada em práticas empresariais da economia de capital mundializado, impõem a incidência do princípio protetor em suas vertentes da norma mais favorável e da condição mais benéfica ao trabalhador.

Isso para fechar brechas de escape dos direitos sociais, em práticas que artificializem

a primazia da realidade, contemplando especialmente os direitos reconhecidos nas normas internacionais de proteção ao trabalho, instrumentalizados pela garantia de acesso à justiça a toda a pessoa, independentemente da nacionalidade ou do local em que se encontre.

Aliás, a complexidade envolvida no trânsito de trabalhadores num mundo globalizado inspirou inclusive o cancelamento da Súmula n. 207 do Tribunal Superior do Trabalho, em 16.4.2012.

No caso em análise, não se trata de um trabalhador contratado num País para trabalhar em outro, mas sim da **transferência concreta do empregado de um País para outro**. Os atos formais de rescisão e contratação sucessivas entre o autor e o empreendimento econômico destoam do que de fato ocorreu e acabam por suprimir direitos adquiridos na continuidade do vínculo laboral. Além disso, as próprias alegações da empresa, quanto aos motivos da ruptura contratual, centram-se em fatos ocorridos no Chile, antes mesmo da formalização do contrato no Brasil.

A empregadora, integrante de **conglomerado econômico que em sua atuação ultrapassa as barreiras continentais**, operando em diversas regiões do Planeta, ao utilizar da mão de obra contratada em determinado País para explorar atividade econômica em outro, deve **garantir a esse trabalhador a melhor proteção aos créditos que vão sendo adquiridos ao longo do tempo nos diversos locais em que presta serviços** e tem por marco de exigibilidade o local final da contratação.

Trata-se da afirmação dos direitos sociais como mecanismo efetivador de um núcleo básico de direitos que assegurem meios objetivos de subsistência para o exercício da liberdade e da igualdade.

Daí a Declaração Universal dos Direitos Humanos anunciar, no artigo XXIII, item 1, que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Inviável entender-se como justas e favoráveis condições legais e contratuais que prejudiquem o destinatário da proteção legal, ou seja, o trabalhador.

Não fora isso e a situação concreta seria reduzida ao absurdo: o autor foi contratado no Chile e no curso da prestação dos serviços foi indicado pelo empregador para representar a empresa no Brasil; para isso, teve que formalizar um pedido de demissão da empresa chilena e assinar um termo de quitação das parcelas trabalhistas adquiridas durante a contratualidade naquele País (o “*finiquito*”), formalidades essas destituídas de correspondência com o elemento volitivo do autor e a realidade fática, que era dele ser transferido para o Brasil; rescindido o contrato de trabalho no Brasil, o autor não poderia então vindicar direitos constituídos durante a contratação no Chile, pela regra da *lex loci executionis* e a quitação dada na rescisão contratual formalizada no Chile, além, é claro, dos créditos estarem fulminados pela prescrição ante a regra daquele País.

Nesse contexto, cede espaço o princípio da territorialidade reconhecido pela Convenção de Direito Internacional Privado de Havana (Código de Bustamante, de 1928), ratificada pelo Brasil (Súmula n. 207, TST). **Adoto como parâmetro decisório o princípio protetor em suas vertentes da norma mais favorável e da regra de condição mais benéfica ao trabalhador**, por aplicação analógica do art. 3º, inciso II, da Lei n. 7.064/82, em desapego à *lex loci executionis*.

GRUPO ECONÔMICO

A mundialização do capital inserta na globalização da economia, disseminada na busca de novos mercados produtores e consumidores nos anos 1970, provocou profundas transformações nos sistemas de gestão das empresas, apresentando diversas formas de relações comerciais transnacionais que fogem do padrão legal previsto para um tipo uniforme de administração centralizada em um único País.

Essa dinâmica contou com a proposta neoliberalista de exploração das atividades

econômicas, invadindo as barreiras de proteção do Estado-nação e promovendo a desregulamentação de direitos, em que o trabalho é intensificado, fragmentado, descentralizado e, em decorrência sistêmica, precarizado, com a adoção do modelo toyotista de gestão.

As impactantes alterações introduzidas no mundo do trabalho pela reestruturação produtiva foram incrementadas por diversos mecanismos voltados a ampliar lucros com a redução dos custos de mão de obra, buscando eximir responsabilidades sociais decorrentes das contratações de emprego.

Isso faz com que sejam repensadas as formas de tutela dos direitos sociais, a fim de garantir um mínimo existencial aos trabalhadores, que torne viável o exercício da liberdade e da igualdade, o que no sistema capitalista de produção se dá na concretização dos direitos sociais, forma de acesso aos recursos mínimos de sobrevivência urbana e rural, como alimentação, moradia, energia elétrica, água potável.

E é na essência dos institutos que pautam a responsabilidade de todos os envolvidos na rede de contratação — solidariedade, subsidiariedade e sucessão —, fundada na dignidade da pessoa humana do trabalhador e no valor social do trabalho e da livre-iniciativa (CRFB, art. 1º, III e IV), que é construído o núcleo mínimo de garantia de solvabilidade dos direitos sociais, através da atribuição de responsabilidade a todos os que se beneficiaram, na cadeia produtiva, da força de trabalho empregada.

A responsabilidade solidária surge da superação do aspecto meramente jurídico e formal de constituição das empresas. A ideia é estabelecer responsabilidade entre empresas agrupadas (CLT, art. 2º, § 2º), sendo irrelevante o fato de todas as empresas terem ou não se beneficiado diretamente do trabalho prestado ou mesmo figurado na lide. E a partir da realidade econômica se estabelece responsabilidade, por incidência direta do princípio da primazia da realidade.

No caso em análise, o contexto probatório atesta que as empresas COMPO GMBH & CO.KG, FERTILIZANTES COMPO AGRO CHILE LTDA e COMPO DO BRASIL S/A. integram grupo econômico gerido pela empresa mãe alemã, conforme declarado pelo preposto em audiência (marcador 56).

Declaro a responsabilidade solidária das empresas COMPO GMBH & CO.KG, FERTILIZANTES COMPO AGRO CHILE LTDA. e COMPO DO BRASIL S/A., que integram grupo econômico gerido pela empresa mãe sediada na Alemanha, na forma do art. 2º, § 2º, da CLT.

CONTRATO ÚNICO

Conforme se verifica nestes autos, o autor que ingressou no conglomerado econômico reclamado em 7.3.2008, admitido em Santiago do Chile, nas funções de *Manager Supply Chain and Project Development Latino América*, inicialmente contratado pela COMPO GMBH & CO.KG, multinacional alemã que opera com fertilizantes, e, a partir de 1º.4.2008, também firmando contrato de trabalho com outra empresa pertencente ao grupo, nominada FERTILIZANTES COMPO AGRO CHILE LTDA.

A rescisão contratual formalizada no Chile teve caráter meramente formal, desarticulado da realidade, que era a transferência do autor para empresa do mesmo conglomerado econômico no Brasil, conforme Ata de Assembleia datada de 4.5.2009, que indicou o autor para o cargo de Diretor-Geral.

Sendo um só e único empregador, e um só e único o contrato de trabalho desde a primeira admissão, em 7.3.2008, por incidência dos princípios da primazia da realidade e da despersonalização do empregador, este expresso nos arts. 2º, § 2º, 10 e 448 da CLT.

Declaro a existência de contrato único entre o autor e o grupo econômico, no período de 7.3.2008 a 6.9.2010.

QUITAÇÃO

Por incidência do princípio protetor, a quitação passada pelo autor através do “*fni-*

quito relación laboral” tem eficácia liberatória restrita ao valor pago, prevalecendo o direito à discussão das parcelas constituídas no decorrer da contratação única, iniciada no Chile e continuada no Brasil. Rejeito.

PRESCRIÇÃO

Ajuizada a ação em 1º.10.2010, não há parcelas prescritas (CRFB, art. 7º, XXIX), sendo inviável a incidência da regra prescricional chilena ante o reconhecimento do contrato único e a adoção como parâmetro decisório o princípio protetor em suas vertentes da norma mais favorável e da regra de condição mais benéfica ao trabalhador.

REPATRIAÇÃO

Cumpridas as determinações judiciais pertinentes à repatriação do autor, superada a controvérsia existente neste tópico.

Julgo extintos esses pedidos concernentes à repatriação, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, II, do CPC.

VÍNCULO DE EMPREGO NO BRASIL

Destituída de credibilidade a tese da defesa que pretende dar traço descontínuo ao tempo trabalhado no Brasil antes da obtenção do visto para trabalho.

Nesse sentido atesta o preposto ao informar que “o autor foi contratado pela COMPO Brasil em 16.9.2009 embora antes disso o reclamante tenha vindo ao Brasil prestar serviços através da COMPO Chile; acredita que o autor tenha ficado no Brasil a serviço da COMPO Chile por uns quatro meses antes da admissão pela COMPO do Brasil, época em que ele era pago pela COMPO Chile, que era quem coordenava a COMPO na América Latina” (marcador 56).

Conforme escrevi em *Ensaio sobre trabalhador migrante irregular (Mercosul). Abordagem: competência da Justiça Brasileira e direitos sociais* (artigo publicado na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região: Florianópolis, n. 22, 2005), a situação do trabalhador

estrangeiro que preste serviços em situação irregular no Brasil exige análise com base no espírito tuitivo do Direito do Trabalho, que tem como fundamento constitucional o valor social reconhecido ao trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A Lei n. 6.815/80, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, dispõe:

Art. 98. Ao estrangeiro que se encontra no Brasil ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário de que trata o art. 13, item IV, bem como aos dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários é vedado o exercício de atividade remunerada. Ao titular de visto temporário de que trata o art. 13, item VI, é vedado o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira.

Ainda que a leitura desse dispositivo sinalize que o exercício de trabalho remunerado é acessível somente aos estrangeiros residentes, a realidade demonstra que inúmeros estrangeiros exercem trabalho subordinado no Brasil em situação irregular, residentes ou não.

Na Ilha de Santa Catarina, cada vez com maior frequência tem-se constatada a prestação de serviços nessa condição de irregularidade, especialmente nacionais de outros Estados integrantes do MERCOSUL, haja vista a facilidade de trânsito entre os países que formam o bloco do Mercado Comum do Sul.

ARI POSSIDONIO BELTRAN, em artigo publicado na obra *Novos Rumos do Direito do Trabalho na América Latina* (LTr, São Paulo, 2003, p. 29-47), assim discorre sobre o Mercosul, Contratos Transnacionais e Legislação Brasileira:

O entendimento doutrinário é o de que as normas internas sobre o ingresso de estrangeiros no território de um país precederam a criação do Mercosul e, portanto, devem ser reformuladas. Para dar atendimento às novas contingências, não devem ser classificadas as hipóteses de ingresso em razão do tipo de visto, mas que seja elaborada nova classificação. (...) Note-se que o conceito

de trabalhador migrante é o constante do “Instrumento Andino de Migrações Laborais”, assim considerado tal trabalhador como “todo nacional de um país-membro que se transfira para o território de outro país-membro com o objetivo de prestar serviços pessoais subordinados” (p. 42-43).

O valor social do trabalho, em sua dimensão de princípio fundamental, surge da compreensão de que a pessoa humana se expressa no mundo sensível desenvolvendo habilidades distintas daquelas próprias a outras espécies de seres vivos, resultado da inteligência que é capaz de produzir a engenhosidade criativa, empregar a técnica e viabilizar até mesmo a conquista do espaço Sideral.

A esse sentido do trabalho agrega-se a alteridade, traduzida na apropriação dos resultados do trabalho humano alheio, com objetivo de lucro, mediante retribuição pecuniária.

Essa realidade é alcançada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que importa no entendimento de que o ser humano possui atributo próprio e diferenciado, inerente a sua condição humana e independente de qualquer outra circunstância. Por essa razão a pessoa humana é titular da garantia de um núcleo mínimo existencial de direitos que torne viável o exercício da liberdade e da igualdade.

O princípio da dignidade da pessoa humana se concretiza na medida em que são atendidos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Numa sociedade construída sob o ideário do trabalho e com a exploração lucrativa da mão de obra, a realização desse desiderato pressupõe a concretização de direitos sociais, já que não se pode compreender o sentido da dignidade sem resposta às necessidades materiais da pessoa humana, consubstanciadas nos bens elencados no art. 6º da Constituição da República.

Já mencionei nesta decisão que a globalização da economia imprimiu profundas

alterações no mundo do trabalho, sugerindo que sejam repensadas as formas de tutela dos direitos sociais ante os efeitos do capital mundializado e da livre circulação de pessoas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, no art. XIII garante o direito de ir e vir e ainda dispõe:

Art. XXII – Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de acordo com a organização e os recursos de cada país.

Art. XXIII – 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do seu trabalho, a condições justas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.

Art. XXVIII – Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Ao definir os princípios regedores das relações internacionais, a Constituição da República estabelece no art. 4º a prevalência dos direitos humanos, acrescentando no parágrafo único que *a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações.*

No § 2º do art. 5º consta que 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. E a Emenda Constitucional n. 45 deu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalência de emendas constitucionais, quando aprovados com o mesmo *quorum* exigido para estas (CRFB, art. 5º, § 3º).

Nessa perspectiva principiológica observa-se que o objetivo integratório dos povos da

América Latina não pode descuidar dos aspectos sociais, porque intrínsecos a concretização da dignidade da pessoa humana.

A Constituição quer integração com justiça social e assim orienta que se interpretem as relações jurídicas resultantes da formação do Mercado Comum do Sul — MERCOSUL.

A facilitação da circulação de pessoas decorrente da formação de blocos econômicos acaba por apresentar problemáticas nem sempre desejáveis, mas oriundas de situações concretas, como a dos trabalhadores migrantes que ingressam no País e, sem que tenham autorização, passam a exercer atividade remunerada.

Nessas hipóteses a irregularidade não prejudica o reconhecimento dos direitos do trabalhador, por incidência direta dos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

Sendo certo que os objetivos comerciais e econômicos inspiraram o Tratado de Assunção, mais certo ainda é que os princípios fundamentais da República, em sua razão e valor, constituem o fundamento normativo de nosso sistema interpretativo que sustentam o Estado Democrático de Direito.

Por tudo isso se afirma o **reconhecimento dos direitos sociais ao trabalhador estrangeiro em situação irregular no Brasil**, direitos esses consubstanciados na existência do contrato de trabalho (princípio da primazia da realidade), sob pena de se “premiar” o tomador dos serviços, que se valeria da própria torpeza (contratação irregular) para eximir-se do cumprimento das obrigações sociais a todos impostas na construção de uma sociedade justa e igualitária.

Reconheço o trabalho subordinado prestado em território nacional, desde 1º.5.2009, em continuidade ao contrato de trabalho celebrado no Chile, em 7.3.2008, perdurando o vínculo empregatício no período de 7.3.2008 a 6.9.2010.

Em decorrência, determino que a empresa proceda aos recolhimentos previdenciários

do período de reconhecimento do vínculo empregatício no Brasil antes do registro, qual seja, de 1º.5.2009 a 17.9.2009, comprovando nos autos o recolhimento mês a mês, via guia GFIP, individualizada.

Defiro os reflexos do período de reconhecimento do vínculo empregatício no Brasil antes do registro (1º.5.2009 a 17.9.2009) em férias acrescidas de um terço, gratificação natalina e FGTS.

A indenização compensatória de 40% será apreciada no tópico da justa causa.

SALÁRIO IN NATURA

Adoto o posicionamento de que as vantagens concedidas aos empregados de alto escalão integram o salário para todas as finalidades legais, haja vista o nítido caráter de remuneração pelo trabalho desenvolvido, destituídas que são do mero sentido de instrumentalização para o trabalho (CLT, art. 458).

Desse rol excluo apenas as vantagens pertinentes à alimentação e à saúde, porque entendo que esses benefícios apesar de aderirem ao contrato de trabalho não têm natureza salarial, pois em geral são fornecidos a toda a coletividade de trabalhadores, não integrando a remuneração quando estipulados em valores proporcionais e razoáveis. O estímulo da prática aos empregadores passa, necessariamente, em não se acarretar mais ônus além daqueles advindos da própria vantagem criada, fazendo incidir a regra da parte final do art. 8º da CLT: *mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público*.

Além disso, no caso em análise também são excluídas as passagens aéreas anuais, porque inerentes à contratação de trabalhador estrangeiro que tem o inegável direito a visitar sua terra natal e rever seus vínculos originários.

Defiro a integração ao salário das vantagens acessórias concedidas ao autor, correspondentes

ao custeio de despesas com moradia, veículo, celular, escola das filhas, despesas de celular.

Arbitro o valor dessas vantagens no importe correspondente a 30% do salário-base do autor, tendo em conta o custo de vida na cidade de Florianópolis e a remuneração paga ao reclamante.

REAJUSTE CONVENCIONADO

Documento comum às partes e restringindo-se a defesa à alegação de que foi concedido antecipadamente, devida a parcela de reajuste estabelecido nas normas coletivas, com as diferenças postuladas, haja vista não caracterizar antecipação de reajuste convencional o aumento concedido pelo empregador sem esta especificidade registrada em CTPS.

Defiro diferenças salariais pelo reajuste salarial estabelecido na CCT 2010/2011, com reflexos em aviso prévio, férias acrescidas de um terço, gratificação natalina e FGTS com 40%.

JUSTA CAUSA

A despedida por justa causa é penalidade máxima imposta ao trabalhador em decorrência de ato faltoso relativo no cumprimento das obrigações contratuais. Pelas implicações econômicas e psicossociais, esse exercício do poder disciplinar requer a presença cumulativa das seguintes circunstâncias: conduta ilícita (dolosa ou culposa), gravidade do ato, tipificação legal, correto enquadramento, causalidade, proporcionalidade, imediatidade da punição, inexistência de perdão tácito ou dupla punição, e não discriminação. Debatida em Juízo, é do empregador o ônus da prova.

No caso em análise, o autor foi despedido por justa causa, com enquadramento no art. 482, letras “a” e “c” da CLT, sob a justificativa de “utilização de numerário da empresa para compra de passagens aéreas para uso pessoal e fazer negociação habitual em concorrência à sua empregadora e empresas do grupo econômico, através de empresa existente no Chile”.

em 18.8.08 conforme fl. 5 do marcador 30 (resposta ao quesito 12 do autor); e (b) nos valores pagos, mencionados às fls. 8/9 do marcador 30, não se identificam as cidades que foram realizadas as viagens.

CONTHEUDO DA ENTREGA

<<Ref.: Rescisão de contrato de trabalho

Servimo-nos da presente para confirmar os entendimentos verbais mantidos em 06.09.2010 quanto à rescisão de seu contrato de trabalho, desde 06. 09.2010, por justa causa, nos termos do art. 482, alíneas a e c da Consolidação das Leis do Trabalho, em decorrência de faltas graves cometidas por V.Sa. consistentes em utilização de numerário da empresa para compra de passagens aéreas para uso pessoal e fazer negociação habitual em concorrência à sua empregadora e empresas do grupo econômico, através de empresa existente no Chile.

Pedimos a gentileza de retornar o veículo Honda Accor que se encontra em seu poder, no prazo de 72 horas do recebimento deste telegrama.

Iremos contatá-lo para indicar o local, data e horário para realização dos procedimentos de homologação da rescisão.

Cordialmente,

CAMPO DO BRASIL S/A>>

Postado via INTERNET, em 16/09/2010 às 11:50.

CONTHEUDO DA ENTREGA

REMETENTE Campo do Brasil S/A Rua Borges Lagoa, 1328 1328 Vila Clementino 04038-904 - São Paulo/SP		USO EXCLUSIVO DOS CORREIOS 1 Mudou-se 5 Entregue insuficiente. FALTOU..... 2 Desconhecido 6 Recusado 3 Não procurado 7 Informação fornecida pelo porteador/sindico 4 Número inexistente 8 Outros (Especificar) IDENTIFICANDO NO SERVIÇO PORTAL ON..... _____ EMA _____ _____ IDENTIFICANDO A MATRIZ DA ENTREGADOR	
DESTINATÁRIO		MZ193441368BR R 78/95	

Ademais, a teor dos depoimentos de BERNWARD ENGELS e GERARDO FRIEDRICH nota-se que não era o autor o responsável pela compra das passagens aéreas, não podendo, por isso, responder pelo ato deliberado por PATRÍCIO TELLECHEA, que “teria poderes ilimitados para gastar o que fosse necessário para a empresa, com auditorias periódicas, mas não despesas que não fossem relativas ao contrato de trabalho”.

Nesse ponto, faz-se a intersecção com a negociação habitual alegada pela defesa, sendo que o contexto probatório também afasta a justa causa aplicada com esse fundamento, por demonstrar que a constituição das sociedades formadas pelo autor e seus colegas tinha por objetivo ofertar a COMPO um produto que ela buscava no mercado (boro granulado) e não estabelecer concorrência desleal.

Trata-se de inegável atuação empreendedora de empregados de alto escalão, que objetivam não disputar mercado com a empresa, mas sim expandir os vínculos estabelecidos com ela, agregando a prática comercial, numa forma que busca a emancipação dos estreitos limites do contrato de trabalho em direção de um vínculo negocial.

Inicialmente necessário pontuar a leitura com reservas que merece ser feita quanto aos depoimentos das testemunhas, haja vista que nenhuma das três detêm plena isenção quanto aos acontecimentos, porquanto implicadas nos procedimentos investigatórios e decisórios

acerca da rescisão contratual, a saber: pelo teor do depoimento da testemunha LAÍN X ABARCA, observa-se que foi essa pessoa quem fez as “investigações” e conclusões preliminares; as testemunhas BERNWARD ENGELS e GERARDO FRIEDRICH, por sua vez, têm o qualificativo de representantes máximos do grupo econômico no mundo.

Não obstante, é pelo próprio teor dos depoimentos que observa-se a precipitação da empresa na aplicação da justa causa, a começar pelo depoimento do preposto informando que o autor não foi ouvido no processo de investigação.

Aliás, uma análise formalista das declarações do preposto estaria a sugerir o afastamento da justa causa, pelo desconhecimento preciso acerca do fato principal que motivou a violenta forma de ruptura contratual, qual seja: a comercialização, pelo autor, de produto produzido pela ré, o BORO líquido. Leia-se:

(...) a empresa em questão, na qual o autor já tem participação e por isso gerou o desligamento dele, produziria justamente BORO, um dos produtos específicos da ré (...) não tem como informar se o produto BORO em questão fosse ou não produzido pela COMPO Chile; BASFOLIAR BORO é o nome do produto comercializado pela COMPO do Brasil sob a forma líquida; não tem como informar se a PENTABOR produz BASFOLIAR (boro líquido) (...)

Também observa-se pelas declarações do preposto que a empresa não teve prejuízos pelos fatos e que “não houve nenhum efeito para a COMPO do Brasil quanto aos fatos imputados ao autor”.

A testemunha LAÍN ABARCA, por sua vez, trouxe dados que indicam que desde 2008 a COMPO tinha conhecimento da existência das empresas nas quais o autor estava de alguma forma envolvido, com possibilidade de acesso público via *web*, não comercialização de produtos e, ainda, incerteza quanto ao produto

que seria comercializado, podendo extrair-se as seguintes informações:

- a) a COMPO Chile comercializa BORO líquido;
- b) desde 2008 era conhecida a existência da BALMORAL pela COMPO Chile, tanto que efetuaram pagamento de bônus a Patrício através dessa empresa (sem que a COMPO se preocupasse com a mencionada questão de evasão tributária);
- c) a COMPO Alemanha sabia da existência da AGRO ASSET;
- d) não houve nenhum prejuízo à COMPO causado pelas empresas AGRO ASSET, BALMORAL, NEO ASSET e PENTABOR (cujos contratos sociais foram elaborados pelo Advogado da COMPO Chile);
- e) testemunha não soube especificar os ramos de atuação da NEO ASSET e nem da AGRO ASSET;
- f) a testemunha não soube informar se o objetivo social da PENTABOR era a comercialização de BORO líquido ou granulado;
- g) a testemunha informou que “é muito fácil conseguir cópias das escrituras das empresas porque podem ser verificadas na internet”.

Mas é no depoimento das testemunhas BERNWARD ENGELS e GERARDO FRIEDRICH que extrai-se a conclusão de que a COMPO buscava um produto novo no mercado (BORO granulado) e que PATRÍCIO TELLECHEA apresentou uma alternativa ao produto buscado (*ulexia*) através das empresas constituídas por ele, o autor e outros empregados de alto escalão.

Destaco trecho do depoimento de GERARDO FRIEDRICH:

(...) à época dos fatos, a Compo estava a procura de um fornecedor que produzisse o boro para a Compo encapar; havia um grande mercado no Chile, assim como na Argentina e no Brasil, porque se destina a produção madeireira; esse produto poderia

ser buscado no Chile ou em qualquer outro lugar; no Chile havia um cliente grande (Mininco) que necessitava do produto e por isso, há mais de dois anos da época dos fatos, estavam a procura do produto e isso era conhecido pela gerência do Chile e de todo o mundo; havia um contato muito próximo entre a gerência de produtos do Chile e da Alemanha para o desenvolvimento técnico; **Patrício trouxe para a empresa a proposta de compra de um produto que não era utilizado pela Compo (ulexia) e que não faz parte da linha de comercialização da Compo, nem interessava à empresa por questão qualitativa, já que a Compo comercializa produtos de alto valor e qualidade que a ulexia não tem;** todo o processo de venda de produtos passa pelo crivo da gerência de produto, do *marketing* estratégico, controle de qualidade e da chefia da Compo para controlar estrategicamente o posicionamento de produtos; **foi justamente nesse processo que se verificou a questão societária da Pentabor e surgiu o temor de um conflito de interesses (...)**

Por elementar que a negociação ofertada traria à tona a existência das empresas constituídas pelos empregados para, dirigidamente, fornecer produtos à ré, e não diretamente aos clientes da ré.

Não há nos autos nenhuma prova de que a intenção dos empregados fosse estabelecer concorrência ao empregador, nem ocultar a existência das empresas por eles constituídas especificamente para esse fim.

Importante observar que tratam-se de empregados de alto escalão, selecionados para a função de direção e comando da empresa justamente por terem espírito empreendedor e desenvoltura negocial. Em alguma medida, esse espírito empreendedor poderá despontar para a busca de novas alternativas de atuação profissional, sem que isso caracterize quebra do dever de fidelidade ou de confiança. Afinal, também os empregadores buscam melhores

profissionais e por vezes e vezes substituem antigos empregados por trabalhadores mais versáteis aos novos objetivos empresariais, inclusive em práticas de questionável caráter ético e moral, valendo-se, entretanto, do trabalho dos empregados que serão substituídos até encontrar outros “melhores”.

Na realidade, o que este caso demonstra é a busca pelos empregados de alternativas profissionais emancipatórias, na livre expressão das pessoas em direção ao empreendedorismo, aclamado aos quatro ventos no sistema capitalista neoliberal que incita promover o aproveitamento criativo das oportunidades de negócios.

A tudo isso soma-se o seguinte fato que por si só seria suficiente para afastar a justa causa aplicada: as empresas constituídas pelo autor e por seus colegas pretendiam comercializar produto distinto do que era comercializado pela COMPO, a saber, ulexia x boro líquido. Novamente transcrevo trecho da declaração de GERARDO FRIEDRICH: “Patrício trouxe para a empresa a proposta de compra de um produto que não era utilizado pela Compo (ulexia) e que não faz parte da linha de comercialização da Compo, nem interessava à empresa por questão qualitativa, já que a Compo comercializa produtos de alto valor e qualidade que a ulexia não tem.”

Ora, se o grupo econômico não comercializa o produto ulexia, não se interessa por ele, em que ponto estaria o conflito de interesses capaz de caracterizar a justa causa?

E mais: a perícia contábil não localizou documentos que indiquem negociação habitual em concorrência das empresas (resposta ao quesito 8 do autor) nem haver movimentação financeira das empresas AGRO ASSET e PENTABOR (resposta aos quesitos 10 e 11).

Reverto a justa causa aplicada e declaro a rescisão contratual sem justa causa e por iniciativa da empresa, e defiro ao autor o pagamento das seguintes parcelas: indenização do aviso prévio e sua integração ao tempo

de serviço para todos os efeitos legais; férias acrescidas de um terço; gratificação natalina; FGTS sobre o aviso prévio e a gratificação natalina; indenização compensatória de 40% sobre os depósitos do FGTS, bem como sobre o FGTS decorrente desta sentença. Autorizo a dedução dos valores pagos sob o mesmo título, na rescisão contratual formalizada no Brasil.

Comprovado o pagamento de seis dias de salário de setembro de 2010, indevida essa parcela.

Não comprovado o acerto das férias adquiridas no tempo trabalhado no Chile, devidos os 24 dias reclamados, acrescidas de um terço.

Revertida a justa causa, caracteriza-se a inadimplência ensejadora da multa do § 8º do art. 477 da CLT. Isto porque, a decisão que reconhece o inadimplemento substancial das rescisórias não tem caráter constitutivo e sim, meramente, declaratório, ou seja, a justa causa não deixa de existir, já não existia *"a priori"*. Por outro lado, imputar indevidamente um ilícito trabalhista inexistente e, com isso, reduzir, de forma abrupta o valor das parcelas rescisórias, dificultar novas colocações e alijar do recebimento de benefícios sociais (inclusive o seguro-desemprego) traduz uma vantagem econômica ilícita que não pode ser albergada pelo direito, que não se compadece nem do enriquecimento ilícito, nem do beneficiar-se da própria torpeza.

A controvérsia estabelecida afasta a multa do art. 467 da CLT.

Não entregues as guias do seguro-desemprego, a empregadora obsteu a habilitação do autor na percepção de benefício do seguro-desemprego, causando prejuízo ao autor passível de indenização (CC, arts. 186 e 927, Súmula n. 389, II, TST), haja vista que atualmente sequer o autor poderia habilitar-se pela sentença transitada em julgado, ante o retorno do reclamante para o Chile.

Devida a indenização de cinco parcelas do benefício do seguro-desemprego, corresponde ao montante do benefício que o autor teria

direito, se tivesse se habilitado oportunamente, no caso, o valor de cinco cotas do seguro-desemprego (Resolução CODEFAT 5º, III).

Arcará a reclamada com honorários periciais que arbitro em R\$ 4.000,00, tendo em conta a complexidade do trabalho desempenhado e o tempo despendido pelo Perito Flávio Coelho para elaboração do laudo (30 horas).

DANOS MORAIS

O dano moral se caracteriza na violação aos direitos da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem (CRFB, 5º, X e CC, 11), valores esses prestigiados no contexto social.

A indenização é devida quando presente nexos causal entre o dano sofrido e a ação que provocou a lesão, dado que a obrigação de reparar se funda na responsabilidade civil (CC, arts. 186 e 927).

É por demais conhecido o sofrimento experimentado por quem tenha atribuída à sua conduta profissional ato de improbidade e a intenção dolosa de causar prejuízos à empresa. A despedida por justa causa provoca constrangimento ao empregado diante dos colegas de serviço, no meio social em que vive e até diante de sua família.

No caso em análise, a situação é agravada pelo fato do autor ter deixado os vínculos em seu País para trabalhar no Brasil. Para cá veio com sua família, com todas as implicações que essa situação pode trazer, desde a adaptação própria até a mudança inegavelmente experimentada por sua cónyuge e suas filhas menores, ainda crianças. Outro povo, outra cultura, outra linguagem, outros costumes, para pouco mais de um ano depois ser despedido sob a acusação de ter, intencionalmente, utilizado dinheiro da empresa em proveito próprio e ter estabelecido negociação em concorrência com o grupo econômico.

Claro é o dano moral a que o autor esteve exposto na despedida por justa causa, revertida nesta sentença. O nexos causal está presente na ação ilegítima da ré, que excedeu os limites

da razoabilidade, acusando o autor de má-fé não provada em Juízo. Violados os direitos da personalidade e a honra do autor. Devida a indenização por danos morais.

A quantificação da indenização do dano moral deve atender as necessidades do ofendido e aos recursos do ofensor, de modo a não ser tão exorbitante que possa gerar enriquecimento sem causa daquele que o recebe e nem tão insignificante a ponto de ser inexpressivo para quem o paga. Há ser considerada a intensidade, a gravidade, a natureza e a repercussão do sofrimento experimentado, bem como a culpa ou o dolo do responsável pelo dano.

Os depoimentos colhidos sinalizam que o fato se tornou público no âmbito do grupo econômico, ultrapassando as fronteiras do Brasil e do Chile, envolvendo empregados da Espanha e conhecido pelo pessoal da Alemanha. Grave sim, mas de moderada intensidade, porque embora passível de repercussão, limitou-se ao âmbito interno da empresa.

As condições econômicas da empresa são incontestes: empresa multinacional, detentora de linha exclusiva de fertilizantes, explorando atividades em várias partes do Planeta.

Equacionando esses elementos, tenho por razoável fixar a indenização no limite mínimo pleiteado, qual seja, em R\$ 292.000,00, valor esse correspondente a dez salários do autor, de forma a reparar o transtorno vivido por ele e atender à finalidade educativa da medida, a fim de coibir a repetição de condutas dessa ordem pela empregadora, com o que o direito não pode se conformar.

Defiro indenização por danos morais no valor de R\$ 292.000,00.

BÔNUS SUCESSO E ANUAL

Nem a proporcionalidade, nem a forma de ruptura contratual podem afastar o direito do trabalhador às vantagens garantidas, quando não prevista a exclusão do direito por uma dessas causas.

Assim, devido ao autor o bônus sucesso e o bônus anual, em valor proporcional ao tempo trabalhado.

Defiro bônus sucesso e bônus anual, proporcional ao tempo de serviço em 2010.

MULTAS CCT

Não juntadas as normas coletivas, inviável a aplicação das multas por infração. Indefiro.

AFP: PREVIDÊNCIA CHILENA

Deverá a reclamada comprovar o adimplemento das obrigações relativas à previdência chilena, sob pena de execução direta e repasse por esta Justiça do Trabalho.

JUSTIÇA GRATUITA

A condição econômica do autor, sinalizada na condição profissional dele, afasta a presunção de pobreza advinda da simples declaração, exigindo, nesse contexto, para a concessão do benefício, prova dessa necessidade, o que não está demonstrado nos autos.

Indefiro os benefícios da justiça gratuita.

Inaplicável, nas ações trabalhistas entre empregados e empregadores a regra da sucumbência, porque nesta Justiça Especializada os honorários decorrem ou da assistência Sindical ou da concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Não estando presente nenhuma das duas hipóteses, indevidos honorários advocatícios.

CRITÉRIOS DE APURAÇÃO E ATUALIZAÇÃO

Os créditos serão corrigidos na forma da Lei n. 8.177/91 (art. 39, § 1º), incidindo índice de correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços a partir do dia 1º (Súmula n. 381 do TST). Esse critério de atualização incidirá sobre os créditos até a data da efetiva disponibilidade do valor devido à autora, por alvará.

Os créditos relativos ao FGTS serão corrigidos pelos mesmos índices aplicáveis aos débitos trabalhistas (OJ n. 302 SDI-1 TST).

O FGTS deferido incidirá inclusive sobre o aviso prévio, a gratificação natalina e as verbas reflexas (Lei n. 8.036/90, art. 15, *caput*). Não incide FGTS sobre férias indenizadas (Lei n. 8.036/90, art. 15, § 6º c/c Lei n. 8.212/91, art. 28, § 9º, *d – e 6*).

A indenização por danos morais será corrigida desde a data de ajuizamento desta ação.

Os honorários periciais serão corrigidos desde a data de apresentação do laudo, com base nos mesmos índices de atualização dos créditos trabalhistas.

Os honorários assistenciais serão apurados sobre o valor bruto da condenação (Súmula n. 37, TRT 4ª Região).

INSS/IR

Observe-se a Súmula n. 368, III, do TST quanto às contribuições sociais, que não incidem sobre as parcelas descritas no § 9º do art. 28 da Lei n. 8.212/91 (CLT, art. 832, § 3º). A natureza das contribuições fiscais também segue esse parâmetro.

Autorizo a dedução da cota-parte do autor somente em relação às parcelas que tem a receber por conta desta sentença.

O cálculo abrangerá toda a contribuição previdenciária devida. A cota patronal específica abrange a contribuição do empregador propriamente dito, a parcela correspondente a terceiros e a parcela referente ao seguro de acidente de trabalho.

Às contribuições previdenciárias decorrentes de sentenças judiciais aplica-se atualização pela taxa SELIC e as multas pelo atraso no recolhimento, nos termos do art. 879, § 4º, da CLT, e da Lei n. 9.250/95, art. 39, § 4º.

No que tange ao critério de retenção das contribuições fiscais sobre os créditos trabalhistas pagos em decorrência desta condenação judicial, determino se observe o disposto no art. 12-A da Lei n. 7.713/88.

Os descontos fiscais incidem sobre o valor monetariamente atualizado, mas não sobre os juros de mora.

A existência de base legal que ampare as deduções afasta a indenização, porque não há ilicitude no ato (CC 186).

OFÍCIOS

Constatada nestes autos a contratação de trabalhador estrangeiro em situação irregular, necessária a atuação inibitória dessa conduta a fim serem resguardados os direitos sociais de toda a coletividade de trabalhadores sujeita a essa prática.

Oficie-se ao Ministério Público do Trabalho — MPT e à Delegacia Regional do Trabalho — DRT, imediatamente, com anexo desta decisão, para as providências que entenderem cabíveis.

PELOS FUNDAMENTOS EXPOSTOS, que integram esse dispositivo: rejeito as preliminares e as prejudiciais de quitação e prescrição; julgo extintos esses pedidos concernentes à repatriação, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, II, do CPC; declaro a responsabilidade solidária das empresas COMPO GMBH & CO.KG, FERTILIZANTES COMPO AGRO CHILE LTDA. e COMPO DO BRASIL S/A., que integram grupo econômico gerido pela empresa mãe sediada na Alemanha; declaro a existência de contrato único entre o autor e o grupo econômico, no período de 7.3.2008 a 6.9.2010; reconheço o trabalho subordinado prestado em território nacional, desde 1º.5.2009, em continuidade ao contrato de trabalho celebrado no Chile, em 7.3.2008, perdurando o vínculo empregatício no período de 7.3.2008 a 6.9.2010; revento a justa causa aplicada e declaro a rescisão contratual sem justa causa e por iniciativa da empresa e sem justa causa; e julgo **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos formulados, para condenar a **COMPO DO BRASIL S/A.** a pagar ao autor **ROBERTO ANTÔNIO NUÑEZ HERNÁNDEZ** as seguintes parcelas:

- a) Verbas reflexas do período de reconhecimento do vínculo empregatício no Brasil antes do registro (1º.5.2009 a 17.9.2009) em férias acrescidas de um terço, gratificação natalina e FGTS;

b) Integração ao salário das vantagens acessórias concedidas ao autor, correspondentes ao custeio de despesas com moradia, veículo, celular, escola das filhas, despesas de celular, que arbitro no valor dessas vantagens no importe correspondente a 30% do salário-base do autor;

c) Diferenças salariais pelo reajuste salarial estabelecido na CCT 2010/2011, com reflexos em aviso prévio, férias acrescidas de um terço, gratificação natalina e FGTS com 40%;

d) Verbas rescisórias: indenização do aviso prévio e sua integração ao tempo de serviço para todos os efeitos legais; férias acrescidas de um terço; gratificação natalina; FGTS sobre o aviso prévio e a gratificação natalina; indenização compensatória de 40% sobre os depósitos do FGTS, bem como sobre o FGTS decorrente desta sentença — autorizada a dedução dos valores pagos sob o mesmo título, na rescisão contratual formalizada no Brasil;

e) 24 dias de férias adquiridas no tempo trabalhado no Chile, acrescidas de um terço;

f) Multa do § 8º do art. 477 da CLT;

g) Indenização de cinco parcelas do seguro-desemprego;

h) Indenização por danos morais, no valor de R\$ 292.000,00;

I) Bônus sucesso e bônus anual, proporcional ao tempo de serviço em 2010.

Arcará a reclamada com honorários periciais, no valor de R\$ 4.000,00, ao Perito contábil FLÁVIO COELHO.

Apurem-se os valores em liquidação de sentença, observados os parâmetros estabelecidos na fundamentação.

Determino que a empresa proceda aos recolhimentos previdenciários do período de reconhecimento do vínculo empregatício no Brasil antes do registro, qual seja, de 1º.5.2009 a 17.9.2009, comprovando nos autos o recolhimento mês a mês, via guia GFIP, individualizada.

Deverá a reclamada comprovar o adimplemento das obrigações relativas à previdência chilena, sob pena de execução direta e repasse por esta Justiça do Trabalho.

Custas de R\$ 10.000,00, pela ré, calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação, de R\$ 500.000,00, complementáveis ao final.

Transitada em julgado, CUMPRA-SE em 72 horas.

INTIMEM-SE.

EXPEÇAM-SE os ofícios imediatamente.

Justifico o atraso na publicação desta sentença no acúmulo de serviço.

ÂNGELA MARIA KONRATH

Juíza do Trabalho

Vara do Trabalho de Parintins – AM

- RITO ORDINÁRIO: Aberta a audiência na sede da Vara do Trabalho de Parintins, na presença do Exmo. Juiz do Trabalho Titular, Dr. ALDEMIRO REZENDE DANTAS JÚNIOR. Apregoadas as partes, foi verificada a ausência de todas. O juiz presidente do feito passou a proferir a seguinte decisão. As vítimas indicadas pelo Ministério Público, tendo em vista a menoridade e o constrangimento que decorre do tipo de abuso (de natureza sexual) indicado na peça inicial, serão identificadas apenas pelas iniciais, sendo que dos autos ficará constando a lista de tais iniciais e a indicação do nome completo de cada uma. Assim, poderá ser dada publicidade à sentença com a devida preservação da identidade das menores envolvidas.

1. TERMO DE AUDIÊNCIA

Em: 22.10.2012 às 12:00 horas

Processo n.: 0000462-31.2011.5.11.0101

Reclamante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – PROC. REG. DO TRAB. DA 11ª REGIÃO

Reclamados: J. N. P. – N. R. P. C. – V. P. C. – I. C. C. M. e S. B. G.

Data do ajuizamento: 4.8.2011

RELATÓRIO

O Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública, conforme petição de fls. 2/35, na qual alega, em síntese, que os requeridos foram denunciados pelo Ministério Público do Estado do Amazonas por crimes sexuais contra menores, tendo sido apontados como tomadores de serviços sexuais de adolescentes; que as menores E. F. A., S. B. L., K. P. S. S., A. L. B., P. S. O., K. R. B., J. S. M. R., T. P. G. e A. P. M. B. sofreram exploração sexual, sendo que a intermediação era feita pelo CLESHTON JASSON DA SILVA MARQUES (falecido) e os requeridos eram os tomadores dos favores sexuais; que os depoimentos das menores, prestados perante MPE, contêm informações estarrecedoras; que as menores eram obrigadas a fazer mais de três programas por dia; que havia verdadeira indústria do sexo, onde as

menores de idade trabalhavam com o próprio corpo para satisfazer a ganância dos que a agenciavam e a lascívia dos que as recebiam sexualmente; que os requeridos se aproveitaram da situação das vítimas, pessoas frágeis e em desenvolvimento de seus valores éticos e morais, pagando para com elas ter relações sexuais; que contra o requerido J.N.P. constam os depoimentos das menores E. F. A., S. B. L., P. S. O., K. P. S. S., K. R. B. e J. S. M. R.; que contra N. R. P. C. constam os depoimentos das menores EFA, SBL e K. P. S. S.; que contra V. P. C. consta o depoimento da menor E. F. A.; que contra I. C. C. M. constam os depoimentos das menores E. F. A. e K. P. S. S.; que contra S. B. G. consta o depoimento da menor P. S. O.; que os serviços sexuais eram prestados em diversos motéis da cidade; que nesta cidade de Parintins a indústria do sexo estava montada de forma triangular, com o aliciador em uma ponta, os usuários dos serviços sexuais na outra e os donos dos motéis na terceira; que quem menos ganhava eram as adolescentes, quase crianças, de pouca idade e de família pobre, pois sequer tinham o direito de estabelecer o preço, pois eram os exploradores quem tarifavam o programa e pagavam o que queriam; que as menores tinham que trabalhar sexualmente à exaustão, fazendo mais de um programa por noite; que o objeto do MPT é

fazer com que os réus reparem os danos morais coletivos e individuais causados às menores e à sociedade, pela exploração de trabalho sexual de pessoas vulneráveis; que não se pode reconhecer vínculo de emprego e conseqüências trabalhistas da relação de trabalho sexual, por se tratar de serviço ilícito e proibido, mas não há como negar a necessidade de reparação dos danos morais pela forma de trabalho explorado; que havia uma relação de trabalho entre as menores, o aliciador e os usuários do serviço, pois as menores prestavam serviços sexuais àqueles que pagam por tais serviços; que as menores, como autênticas prestadoras de serviços, sendo tratadas como mera mercadoria ou como mão de obra do produto final, chamado “Sexo oral/anal/vaginal”, para atender aos clientes e usuários; que a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes fere a dignidade da pessoa humana; que a convenção n. 182 da organização internacional do trabalho estabelece em seu artigo terceiro que a expressão “As piores formas de trabalho infantil” compreende, dentre outras, a utilização, procura e oferta de crianças para fins de prostituição; que a repressão contra a exploração sexual da criança e do adolescente está prevista na Constituição Federal, art. 227, e no Estatuto da Criança e do Adolescente; que regulamentando a Convenção n. 182, foi editado o Decreto n. 6.482, de 2008, no qual foi aprovada a lista das piores formas de trabalho infantil, dentre as quais se encontram os trabalhos prejudiciais à moralidade da criança e do adolescente, inclusive aqueles prestados em prostíbulos, boates e bares, etc. e com a exposição a abusos físicos, psicológicos ou sexuais; que os depoimentos das menores transcritos na petição inicial não deixam dúvidas de que os requeridos desrespeitaram os direitos fundamentais e feriram de morte a dignidade da pessoa humana das menores que foram por eles exploradas sexualmente; que os exploradores tinham certeza de que estavam usando as menores como “putas” e delas exigiam tudo, sexo anal, oral, vaginal e outros, para satisfazer o desejo sexual de cada um, por isso

não restam dúvidas de que eram verdadeiras explorações de trabalho: trabalho sexual de menores de idade; que a própria Unicef já reconhece o trabalho sexual autônomo como elemento ligado ao trabalho com sexo; que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tendo a função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; que o Ministério do Trabalho e Emprego traz a classificação do trabalho sexual na classificação brasileira de ocupações, código 5198-05 — profissionais do sexo, definindo como trabalhador do sexo os que buscam programas sexuais, atendem e acompanham clientes; não há como se imaginar as menores como profissionais e disso nem se cogita, embora assim tenham sido exploradas pelos réus; que o ordenamento jurídico não permite crianças e adolescentes nesse tipo de trabalho (sexual), mas a realidade versada nas acusações criminais leva à conclusão de que as menores prestavam serviços sexuais e com esse trabalho obtinham o pagamento feito pelos exploradores; que a competência material é da justiça do trabalho por ser evidente que entre as menores e seus exploradores sexuais havia nítida relação de trabalho: elas prestavam serviços sexuais e os exploradores se beneficiavam desses serviços, pagando o preço que eles entendiam deveriam pagar; que era serviço prestado, dinheiro pago; a serviço não concluído, o pagamento era pela metade ou nem era pago, conforme se extrai dos depoimentos transcritos, mas certo é que havia trabalho sexual, havia as prestadoras de serviços e também os tomadores de serviços; que as menores trabalhavam como empregadas do sexo; que a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, ampliou a competência da Justiça do Trabalho para abranger não mais só a relação entre empregado e empregador, mas também todas as relações de trabalho, incluída a prestação de serviços sexuais das menores com seus exportadores, e

por isso a competência da Justiça do Trabalho para a presente causa decorre do texto do art. 114 da Constituição Federal, especificamente dos incisos I e IX; que não resta dúvida sobre o cabimento da presente ação, a legitimidade do Ministério Público do Trabalho e a competência da Justiça do Trabalho; que a competência hierárquica, por sua vez, é definida pelo lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano; que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que as ações para a proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos serão propostas no foro do local onde ocorreu a ação ou omissão; que a legitimidade dos réus para o polo passivo é porque foram eles os violadores das normas internacionais e nacionais de proteção da dignidade da pessoa humana das adolescentes: vítimas da exploração sexual comercial; que a toda a lesão corresponde uma reparação, conforme art. 186 do Código Civil brasileiro; que a responsabilidade decorrente da prática de ato ilícito implica em condenação em dinheiro, conforme art. 3º da Lei n. 7.347, de 1985, que a conduta adotada pelos réus causou lesão aos interesses difusos e coletivos, pois o uso de serviços sexuais de menores de idade aviltou a dignidade da pessoa humana das menores de seus pais e afligiram toda a sociedade; que também deve ser levada em conta a afronta ao próprio ordenamento jurídico, que foi flagrantemente violado pelo os réus; que também ocorreu a exposição do Brasil diante da comunidade internacional; que tais lesões amoldam-se na definição do art. 81, da Lei n. 8.078, de 1990; que por isso cabe ao Ministério Público propor a medida judicial necessária à reparação dos danos morais coletivos e individuais; que em se tratando de danos a interesses difusos e coletivos a responsabilidade deve ser objetiva, cuidando-se, na hipótese, do “Dano em potencial”; que se mostra cabível a reparação da coletividade, das próprias menores lesadas e da sociedade como um todo, em razão não só dos danos causados, mas, igualmente, para desestimular a repetição de tais atos; que para

a demonstração do dano moral, não se faz necessária a prova objetiva do sofrimento ou do abalo psicológico, mesmo porque é praticamente impossível a sua comprovação material, sendo indevido perquirir acerca de prejuízos morais ou de sua comprovação judicial para configurar o dano moral, pois este reside na própria violação do direito da personalidade praticado pelo ofensor; que a conduta dos réus ofende e ofendeu a autoestima e o respeito à dignidade das próprias menores e também de seus pais, familiares e de toda a sociedade; que é absolutamente irrepreensível a conduta dos réus; que a responsabilidade decorrente da conduta ilícita dos réus pode e deve ser apurada através de ação civil pública, assim como a imediata cessação do ato lesivo, através da imposição de reparação de um valor que, ao menos, amenize um pouco o sofrimento das próprias vítimas, de seus familiares e da sociedade como um todo; que em casos dessa natureza não há como negar o sofrimento das adolescentes, seus familiares e de toda a sociedade, vendo adolescentes que nem saíram direito da infância (13 e 14 anos de idade, na maioria dos casos) sendo usadas como prestadoras de serviços sexuais; que o Ministério Público do Trabalho visa não apenas fazer cumprir o ordenamento jurídico, mas também é restaurá-lo, pois já foi violado, tendo ainda por objetivo coibir a repercussão negativa na sociedade que essa situação gera; que o restabelecimento da ordem jurídica envolve, necessariamente, além da suspensão da continuidade da lesão, porque de certo já foi feito pela ação penal própria, mas também a reparação do dano social emergente da conduta que burla todo o arcabouço de princípios e normas, constitucionais e infraconstitucionais, que disciplinam a proteção das crianças e adolescentes; que os fatos demonstrados violam vários dispositivos internacionais, infraconstitucionais e constitucionais que tutelam direitos da criança e do adolescente; que a possibilidade de condenação em danos morais coletivos está em consonância com o movimento mais recente

do direito, no sentido de sua coletivização ou socialização; que o dano moral coletivo é a violação em dimensão transindividual dos direitos da personalidade; se o particular sofre uma dor psíquica ou passa por uma situação vexatória, a coletividade, vítima de dano moral, sofre de despreço, descrença em relação ao poder público e a ordem jurídica, padecendo de intranquilidade e insegurança; que a ação civil pública é o meio adequado para buscar a reparação desses danos causados à coletividade; que no presente caso houve a ocorrência de um dano moral geral, causado a toda a coletividade, não só a sociedade de Parintins, como também toda à sociedade brasileira e internacional, na medida em que foram violadas a ordem internacional, infraconstitucional e constitucional de proteção à criança e ao adolescente; que esse dano, desferido a um universo de pessoas que é impossível de se determinar, deve ser reparado de imediato, não se confundindo com as eventuais reparações individuais a serem impostas aos réus; que o montante pecuniário relativo à indenização genérica não deverá ser deduzido de condenações judiciais que se venham imputar, por idênticos fatos aos réus, a título de reparação pelo dano individualmente sofrido; de igual forma, a indenização genérica não quita, nem mesmo parcialmente, prejuízos individuais; que a reparação genérica se justifica não só pela ofensa ao ordenamento jurídico vigente, mas também pelo caráter pedagógico da sanção indenizatória, além de restabelecer, ao menos de forma indireta, a certeza da punição do ato ilícito; que a reparação do dano genérico está prevista no art. 13, da Lei n. 7.347, de 1975, que possibilita a reversão da indenização a um fundo destinado a favorecer os bens jurídicos lesados; que no presente caso o valor da reparação dos danos morais coletivos deve ser direcionado ao fundo e gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do município de Parintins, pois o Ministério Público do Trabalho pretende uma reparação dos danos morais coletivos e individuais; que caso não haja esse fundo na localidade, que o valor seja depositado em estabelecimento oficial

de crédito e destinado ao aparelhamento do conselho tutelar do município, e especificamente na melhoria da estrutura física de sua sede e de aquisição de viaturas, para viabilizar ações de prevenção e repressão a casos dessa natureza no município, devendo a aplicação do dinheiro ser acompanhada pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Ministério Público do estado do Amazonas, com prestações de contas que serão apresentadas ao juízo, ao Ministério Público do Trabalho e Ministério Público do estado do Amazonas; que com a indenização a título de danos morais individuais, as menores e seus familiares poderão amenizar o sofrimento dos ilícitos cometidos pelos réus; que por isso pede que a indenização que for pagar individualmente seja depositada numa conta-poupança, em nome das menores beneficiárias, gerida pelas respectivas genitoras, genitores ou parente mais próximo, sendo que a aplicação do valor da indenização individual deverá ser acompanhada por um órgão assistencial do município, com fiscalização pelo Ministério Público do Trabalho e Ministério Público Estadual, com prestação de contas ao juízo e ao Ministério Público; que em resumo a reparação do dano moral coletivo proporcionará ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança mais recursos para proporcionar benefícios às crianças e adolescentes de Parintins, enquanto a reparação do dano moral individual visa compensar o sofrimento individual de cada menor explorada sexualmente, bem como de seus próprios familiares, sendo que ambas indenizações visam impor aos réus um caráter pedagógico; que pelo exposto requer a condenação solidária dos réus no pagamento de indenizações reclamatórias de danos morais individuais e danos morais coletivos; que por todo o exposto entende o Ministério Público do Trabalho ser razoável a fixação da indenização de reparação de danos morais individuais no valor de R\$ 100.000,00 para cada uma das menores exploradas sexualmente pelos réus, e danos morais coletivos (difusos) no valor de R\$ 500.000,00, reversível

ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do município de Parintins ou ao conselho tutelar da localidade. Foi requerida pelo Ministério Público do Trabalho a antecipação da tutela para que fosse dada ampla publicação da presente ação civil pública no município de Parintins, preservados os direitos da criança e do adolescente quanto os seus nomes e outros dados que as identifiquem, como forma de viabilizar possam as vítimas interessadas ingressar no feito ou dele se beneficiar.

Recusada a primeira proposta conciliatória em relação a todos os réus.

O requerido J. N. P. apresentou contestação escrita, fls. 153/169, aduzindo, em síntese, que na esfera criminal foi julgado em três processos na instância primária, sendo condenado em 2 e absolvido no terceiro; que foi o único dos reclamados a ser preso, obtendo liberdade através de *habeas corpus*, para aguardar o resultado do julgamento em liberdade; que no primeiro processo foi condenado e recorreu da sentença de primeiro grau, sendo negado o provimento ao apelo, interpôs recurso especial e extraordinário, encontrando-se tais recursos pendentes de julgamento nas instâncias superiores; que no segundo processo também teve a prisão decretada, mas apelou e foi julgada improcedente a ação penal; que na terceira ação julgada o juízo de primeiro grau absolveu o acusado, agora contestante, por falta de provas; que ainda restam outros dois processos que se encontram em fase final e pendentes de julgamento; que de modo prejudicial pretende discutir sobre o cabimento, ou não, da ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, além da legitimidade do Ministério Público do Trabalho para figurar no polo ativo da ação; que nos interesses difusos, ao contrário dos interesses coletivos, inexistiu um vínculo jurídico entre seus titulares, mas tão somente um liame alicerçado em uma situação de fato; que quando se detecta uma relação de caráter difuso ou coletivo, sempre haverá alguns lesados efetivamente e uma grande

maioria lesada potencialmente, esta última de difícil ou impossível determinação; que no interesse difuso predomina o interesse geral, não podendo ser especificado o individual; que difusos são os interesses em que os titulares não são passíveis de serem determinados ou indetermináveis e se encontram ligados por meras circunstância de fato, ainda que não muito precisa; que coletivos são os interesses que compreendem uma categoria determinada, ou pelo menos determinável de pessoas, dizendo respeito a um grupo de indivíduos ligados por uma mesma relação jurídica base, e não apenas por meras circunstâncias fáticas; que o distintivo básico do direito coletivo é a organização; que por sua vez os interesses individuais homogêneos são indivisíveis, podendo ser atribuídos a cada um dos interessados, na proporção que cabe a cada um deles, mas que, por terem uma origem comum, são tratados coletivamente; que a Lei n. 7.347 não faz alusão expressa à defesa dos interesses difusos e coletivos afetos às relações de trabalho; que não existe um diploma legal específico sobre a ação civil pública em defesa de tais direitos; que na seara trabalhista é que se concentram conflitos de interesses coletivos mais latentes da chamada sociedade de massas; que não é a legislação consolidada, mas sim a legislação processual comum extravagante que prevê o cabimento da ação civil pública em sede trabalhista, quando os direitos trabalhistas difusos e coletivos, previstos no ordenamento jurídico, forem violados ou estejam ameaçados de lesão; que todas as hipotéticas ou pretensas trabalhadoras que, de uma forma ou de outra, estão relacionadas nos documentos que acompanharam a peça vestibular, sequer estão incluídas em categoria profissional ou representada por sindicato, não havendo, ainda que minimamente, qualquer indicação de que celebre, nas correspondentes datas-base, com o sindicato patronal, convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho; que os sindicatos atuam na ação coletiva representando a expressão da categoria e nos dissídios individuais como substituto dos

empregado e do empregador, e ao Ministério Público do Trabalho resta atuar na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, que não encontram abrigo na presente ação civil pública por ele ajuizada, por não se tratar de interesses difusos; que a existência de um vínculo jurídico entre os titulares desses direitos (as empregadas) e os demandados só existe na percepção do Ministério Público do Trabalho; que cabe ao Ministério Público do Trabalho defender a ordem jurídica protetiva do trabalhador, enquanto que os sindicatos defendem os trabalhadores protegidos pelo ordenamento jurídico laboral, daí resultando o descabimento da ação civil pública manejada pelo Ministério Público do Trabalho; que também deve ser apreciada a questão da legitimidade do Ministério Público para figurar no polo ativo da presente ação; que o interesse perseguido pelo Ministério Público do Trabalho quando do ajuizamento da ação civil pública trabalhista há de ter relevância social, elemento justificador do uso de tal via e não somente pelo fato de esta ser movida pelo *parquet*; que a legitimidade para propor ação civil pública não é exclusiva do Ministério Público, havendo legitimidade concorrente, com enfoques distintos; que tanto o sindicato quanto o Ministério Público do Trabalho podem buscar interesses difusos através da ação civil pública na Justiça do Trabalho; que a principal dificuldade é a distinção entre a ação civil pública e a ação coletiva; que os sindicatos atuam na ação coletiva, também chamada de dissídio coletivo, representando a categoria profissional; que o Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei; que a ação civil pública na Justiça do Trabalho é cabível quando os direitos trabalhistas difusos e coletivos, previstos em ordenamento jurídico, forem violados ou estejam ameaçados de lesão; que, todavia, esses mesmos direitos trabalhistas podem ser e devem ser defendidos na Justiça do Trabalho, através do sindicato representativo da categoria profissional a quem a lei também outorga tal iniciativa, sem olvidar que, de

modo geral, o trabalhador tem o poder de postular para reclamar seus direitos, sem necessidade de estar representado ou substituído por sindicato ou por advogado; que do modo como foi proposta a presente ação civil pública a ingerência do Ministério Público do Trabalho representa flagrante usurpação dos encargos de outras entidades, tais como o Ministério Público Estadual, defensorias públicas do estado do Amazonas e da União, além de classes e categorias interessadas na questão que constitui o ponto nuclear desta ação, que sequer foram notificados ou provocados para intervir nos processos criminais, ao menos como assistente de acusação; que com a reforma do Código de Processo Penal, em 2008, atribuiu esse ao juiz criminal a competência cumulativa para a fixação de indenização em decorrência dos danos materiais e ou morais gerados pela infração; que nas ações penais exclusivamente privadas não há qualquer obstáculo processual, uma vez que o pleito indenizatório pode ser deduzido pela vítima ou representante legal; que diante do princípio da inércia que caracteriza a jurisdição o pedido de reparação por danos deve constar de requerimento expresso por parte do ofendido ou representante legal, sob pena de não caber ao juiz criminal arbitrar qualquer indenização; que conforme se extrai da melhor doutrina e do entendimento do STF o órgão ministerial não tem mais, como antes, legitimidade plena para postular indenização civil em favor do ofendido, visto que a sua atuação encontra-se limitada ao campo dos direitos sociais e individuais indisponíveis, ao passo que o interesse do ofendido, na hipótese *sub judice*, tem natureza nitidamente individual e disponível; que a única forma viável para se dar cumprimento ao art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, é haver solicitação expressa feita pela vítima ou seu representante legal; que o Ministério Público do Trabalho não interveio nos processos criminais em qualquer fase, o que impede o prosseguimento da ação; que além disso questiona quanto ao acúmulo de todos os acusados no polo passivo

da mesma demanda, haja vista que os motivos em que se funda a ação civil pública não são iguais para todos eles, além de que a acumulação no mesmo feito prejudicará a defesa que cada um poderia apresentar e que é feita de forma generalizada pelas razões já expostas; que em razão da cumulação será proferida uma só sentença, para todos os reclamados, cujas situações diferem umas das outras, motivo pelo qual pede que o juízo se pronuncie sobre tal questão; que as reclamações trabalhistas têm natureza dúplice, que por esse motivo requer que o juízo laboral declare por sentenças se tem cabimento a ação proposta pelo Ministério Público do Trabalho e se o órgão ministerial tem legitimidade para figurar no polo ativo de forma exclusiva ou se sua atuação no feito deve ser unicamente de fiscal da lei, uma vez que a iniciativa caberia ao ofendido; que a petição inicial é inepta, por ser o Ministério Público do Trabalho parte ilegítima para atuar na presente ação civil pública na condição de autor, pois os direitos pleiteados não se enquadram entre os interesses difusos da sociedade para autorizar a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a propositura da ação; que os pedidos são juridicamente impossíveis e contêm pedidos incompatíveis entre si; que o Ministério Público do Trabalho ingressou com a ação civil pública por vontade própria e, sem ter sido provocado pelo interessado e sem ter intervindo nos processos criminais; que mesmo que se admita que a responsabilidade civil independa da criminal, algumas condições são necessárias para autorizar a propositura da ação; que caberia ao Ministério Público do Trabalho, antes de ajuizar a ação, instaurar procedimento investigatório prévio e inquérito civil público; que tais atividades são exercidas pelo Ministério Público como órgão agente, enquanto a emissão de parecer e participação nas sessões dos tribunais são próprias de sua atividade como um órgão interveniente; que a atividade do Ministério Público do Trabalho deve ser limitada aos feitos em que haja interesse público em jogo, para que os procuradores

tenham mais tempo para se dedicarem à defesa dos interesses difusos e coletivos; que a ação civil pública somente poderá ser proposta se ocorrerem as duas hipóteses mencionadas: constatação da lesão ou recusa de assinatura do termo de ajuste, mas não em caso contrário; que pleiteia pela improcedência da ação proposta, sob pena de desvirtuamento do instituto e desmerecimento do próprio Ministério Público do Trabalho, que enveredou por caminhos alheios às suas funções institucionais; que nosso ordenamento jurídico não comporta a indenização por danos potenciais, eventuais, supostos ou abstratos, devendo o prejudicado provar a efetividade e a extensão dos danos sofridos; que não há nos autos provas de repercussão desfavorável, não há que se falar em indenização, porque não demonstrado o ato ilícito do réu; que não estão presentes no caso em tela os elementos que autorizam a reparabilidade do dano moral; que não foram comprovados os fatos narrados na inicial; que o Ministério Público do Trabalho não apontou qualquer prejuízo que possa ser objeto de indenização, pois o contestante não tem conhecimento de hipotéticos prejuízos e não praticou qualquer ato ilícito que trouxesse prejuízo ou constrangimento a contestada; que sem a especificação e a comprovação do prejuízo não se evidencia a obrigação indenizatória; que sem que se saiba ao menos em que consistiu o alegado prejuízo, o pedido desta ação só pode ser julgado improcedente; que no presente caso o Ministério Público do Trabalho limitou-se a fazer alegações, mas não fez qualquer prova ou apontou prejuízos ou constrangimento moral; que a ofensa à honra do Ministério Público do Trabalho, ensejadora do dano moral, não restou provado nos autos; que não existe dano sem prova; que o atos atribuídos ao contestante, ainda que fossem praticados, não ensejariam os dissabores alegados e nem trariam qualquer outra influência prejudicial em relação ao patrimônio moral de qualquer das vítimas; que ainda que de dano moral se tratasse, não é qualquer dano moral que é indenizável; que o

dano é circunstância elementar da responsabilidade civil; que no presente feito o pedido de dano moral deduzido pelo Ministério Público do Trabalho sequer está pautado no fato alegado, sendo palpável a inexistência do dano moral; que a reparação do dano moral, ao lado do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir o sentido compensatório, sem a noção de equivalência que norteia a indenização do dano material; que se deve ter em vista o limite do razoável e a proporcionalidade, para que não se converta em fonte de enriquecimento; que devem ser considerados os motivos e circunstâncias da ofensa, tendo o julgador a possibilidade de análise da gravidade objetiva e subjetiva da lesão, pois está examinando não apenas a repercussão da ofensa, mas também a situação do fato que a motivou, também examinando, necessariamente, o grau de culpa com que agiu o ofensor; que o valor pretendido pelo Ministério Público do Trabalho, além de inteiramente indevido, é desproporcional, absurdo e inaceitável, exteriorizando a litigância de má-fé; que por tudo isso deve ser declarada ainda procedência da ação civil pública.

O requerido V. P. C. apresentou contestação escrita, fls. 187/188 dos autos, aduzindo, em resumo, que viu a menor pela primeira vez por ocasião da audiência de instrução criminal realizada na segunda vara da comarca de Parintins; que não existem provas que confirmem os argumentos ministeriais; que é funcionário público há mais de dez anos e sempre pautou sua vida pela honestidade e pela honradez; que não existe na comarca de Parintins qualquer procedimento criminal anterior contra sua pessoa.

O requerido I. C. C. M. apresentou contestação escrita, fls. 189/192, sustentando, em resumo, que o pedido formulado na inicial é completamente impossível, discutindo-se a competência da Justiça do Trabalho para julgá-lo e ainda a legitimidade da parte autora para propor a presente ação; e a Justiça do Trabalho é competente para julgar os dissídios oriundos das relações de emprego e para decidir sobre o

dano moral existente dessa relação de emprego; que não havendo um vínculo de emprego, a peça principal a ser julgada pela justiça trabalhista, não há como se dizer que existe dano a ser apurado de uma relação que não existia; que pelos conceitos básicos impostos na CLT, no que diz respeito a empregado, empregador e riscos da atividade econômica, é de se verificar que a presente demanda não tem fundamentos para prosperar, motivo pelo qual pede que seja decretada a carência de ação pela impossibilidade jurídica do pedido; que os depoimentos em que é acusado foram dados por “Supostas vítimas” em processos criminais; que a vítima em processo criminal não assume nenhum compromisso em dizer a verdade; que nos depoimentos dados as menores falaram o que bem entenderam ou foram obrigadas a falar o que lhes impuseram com o propósito de prejudicar as pessoas envolvidas; que a pergunta que se faz é qual foi o dano moral sofrido pelas adolescentes? Qual foi a ofensa? Que em nenhum momento elas se queixaram de palavras ofensivas contra suas pessoas proferidas pelos reclamados no meio social ou que teriam sido feitos comentários a respeito delas de palavras supostamente usadas pelos reclamados; que os depoimentos foram extraídos de um processo criminal que corre sob segredo de justiça e por isso não há como as palavras terem chegado ao meio social sem que houvesse um responsável, o que acredita não sejam os declamados; que no depoimento levado aos autos elas afirmam terem iniciado a vida sexual já há algum tempo; dizem ainda que ingerem bebidas alcoólicas e, em curtas palavras, se prostituem; logo, na vida que buscaram, não se preocuparam com o lado moral de viver, uma vez que causam mal à sociedade, seja no envolvimento com pessoas casadas, como é o caso da maioria de seus clientes, seja na propagação de doenças, entre outros males.

O requerido N. R. P. C. apresentou contestação escrita, fls. 193/204, aduzindo, em síntese, que a ação não tem como prosperar, pois é precipitada, imprudente e aventureira contra o

reclamado, não havendo qualquer indício de prova material de que este tenha mesmo se valido de exploração sexual de menores mediante pagamento; que a leviana medida acaba por expô-lo a situação degradante e humilhante; que o reclamado chegou a responder por duas ações penais que buscavam apurar a prática de delitos indicados no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, ambas perante a segunda vara de Parintins; que na primeira foi absolvido das acusações imputadas pelo órgão ministerial e a segunda encontra-se em fase de oferecimento de alegações finais; que nas outras varas desta comarca não responde por qualquer outro procedimento criminal; que da sentença de absolvição com o trânsito em julgado constou a absoluta ausência de provas da existência do fato; que a Justiça do Trabalho é incompetente para julgar o feito; que o art. 114, inciso VI, da Constituição Federal, estabelece a competência da Justiça do Trabalho para o processo e julgamento das ações de indenização por dano moral ou material decorrentes da relação de trabalho, sendo que o inciso XXXIII do art. 7º, também da Constituição Federal, aponta que é proibido qualquer trabalho prestado pelo menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos; se o trabalho prestado por menor de 16 anos de idade é constitucionalmente proibido, e se a vítima E. F. A., ao tempo da suposta exploração sexual, tinha essa idade, então a relação apontada pelo Ministério Público autor nunca existiu na esfera do direito, porque é proibida por lei e, por isso, não tem como irradiar quaisquer efeitos legais e jurídicos na seara trabalhista, afastando a competência desta especializada, pois a relação de trabalho proibida por lei é relação inexistente, por ser nula de pleno direito, de forma que, mesmo que tivesse havido, chocar-se-ia com a exigência constitucional de que todas as pretensões de reparação de danos deduzidas perante a Justiça do Trabalho tenham como antecedente lógico uma relação de trabalho, cuja validade, como qualquer negócio jurídico, depende de agente

capaz, objeto lícito e forma prevista ou não proibida em lei, elementos que não existem no presente caso; que quando a controvérsia apresenta contornos de natureza civil, por não envolver disputa entre empregado e empregador, bem como por não existir relação de trabalho entre os litigantes, a imposição é a de que a ação seja processada e julgada no âmbito da justiça comum estadual e não na trabalhista; que deve ser citada a mãe da menor para responder ao lado do reclamado na condição de litisconsorte passiva; que a exploração sexual de menores realmente é caso grave, mas a punição não deve recair somente sobre os acusados da prática delituosa, porque se constituem apenas em parte da engrenagem dessa máquina degradante, sendo os oportunistas de plantão que se valem dos problemas que assolam famílias de baixa renda, desestruturadas e despidas de qualquer orientação sexual; que nesse contexto a maioria dos casos é de vítimas com histórico de abuso sexual na família, devendo a mãe da menor, por ter participação omissiva/decisiva no modo de vida desregrado que a garota levava, responder aos termos da ação tal qual o reclamado e os demais acusados, pois direta ou indiretamente também se trata de responsável pela exploração ou sexual da filha; que o estudo feito pelo serviço de proteção social especial à criança e adolescente vítima de abuso e exploração sexual mostra a evidente responsabilidade da mãe na vida que a filha menor levava, pois tinha conhecimento dos fatos, mas não manifestava preocupação com a filha E. F. A.; que do mesmo estudo consta que a família não manifestou interesse pelo atendimento/acompanhamento especializado em nenhuma das tentativas de contato; que por ocasião do carnaval de 2009 a equipe social chegou a abordar a menor por que se encontrava na rua até avançada hora da madrugada, e chegou a levá-la para entregar a mãe, sendo que a mãe, que estava dormindo, ficou irritada ao ver a filha chegar com os responsáveis pela ação; que não há dúvidas sobre a contribuição decisiva da mãe da menor E. F. A. no modo de

vida que a filha levava, devendo suportar igualmente aos demais os efeitos dessa contribuição negativa; deixá-la de fora assistindo a tudo, como espectadora privilegiada, seria como premiá-la por sua própria torpeza; no mérito, que na Ação Criminal n. 59/2010, na qual foi acusado de vitimar a menor S.B.L., foi absolvido por falta de provas de que o fato aconteceu; que o próprio órgão ministerial, mas alegações finais, convencido da inexistência do fato, pediu pela absolvição do reclamado; que na ação criminal n. 60/2010 o reclamado já apresentou alegações finais, mas na instrução processual ficou evidente que não submeteu a menor E. F. A. à exploração sexual como levemente acusa o Ministério Público e por isso não é parte integrante de qualquer relação de trabalho que tenha como objeto a revoltante prestação de serviços de natureza sexual por menor de idade em seu favor; que na pior das hipóteses não há prova alguma de que o reclamado tenha usufruído desses serviços; que o agenciador, em seu leito de morte, na presença da juíza de direito, de promotores de justiça e de advogados informou que o reclamado somente saiu com uma moça chamada Roberta, maior de idade, não tendo conhecimento de que o reclamado teria se envolvido com alguma menor de 18 anos; que o estado terminal do agenciador atribuiu credibilidade ao depoimento, pois não tinha qualquer motivo para prejudicar ou beneficiar qualquer dos acusados; que a acusação contra o contestante é porque a vítima E. F. A., agenciada, teria sido submetida a exploração sexual em uma única oportunidade mediante pagamento de R\$ 40,00; que o ônus do Ministério Público na ação penal era o de demonstrar que houve congresso sexual e também que tal relação foi possível com a intervenção do agenciador; que ficou comprometida a tese ministerial porque o agenciador comprovou que tal fato não ocorreu; que a promotora de justiça teve sua suspeição arguida por se omitir dolorosamente de trazer aos autos elementos probatórios que militavam em favor dos acusados, sendo oferecida

representação junto à Corregedoria-Geral do Ministério Público do Amazonas; que a delegada de polícia chegou a ameaçar de prisão e de agressão física algumas meninas que negavam envolvimento sexual com os acusados; que a menor A. P. M. B., em depoimento perante a juíza Melissa da Rosa, disse que foi pressionada pela delegada a confirmar o envolvimento com os acusados e ficou detida por uma noite inteira na delegacia, sofrendo tortura psicológica para acusá-los e assinar um termo de declaração com essa finalidade, tendo cedido às pressões, mas desmentindo tudo perante a juíza; que o que existe de “Chocante” e “Esclarecedor” não é qualquer dos depoimentos das supostas vítimas, mas sim a comprometedor atuação da autoridade policial, bem como a promotora de justiça que acabou por macular todo o procedimento; que inexistindo qualquer relação de trabalho, deve ser julgada totalmente improcedente a ação. O requerido apresenta reconvenção alegando que é pessoa muito conhecida na cidade, sendo funcionário da Caixa Econômica Federal há mais de 29 anos, sendo hoje vereador do município de Parintins; que boa parte de sua vida é voltada aos movimentos sociais direcionados quase sempre ao povo carente, através das diversas paróquias da diocese de Parintins; que as ações criminais contra ele endereçadas por exploração sexual de menores só tem o objetivo de macular a imagem de homem público e de bem, de pai de família sério e cumpridor de seus deveres; que a leviana investida do Ministério Público do Trabalho perante esta justiça especializada corresponde a verdadeira ofensa moral junto ao reclamado, violando a honra e a imagem e que, por isso, tornando-a passível de indenização na forma da lei; que a ação ilícita e imprudente do Ministério Público do Trabalho, ora reconvin-do, torna apto o reclamado a cobrar do órgão reclamante indenização por danos morais, estando presentes os pressupostos da responsabilidade de indenizar. Requer que, ultrapassada a preliminar, seja julgada improcedente a ação e procedente a reconvenção para

fins de condenar o órgão reclamante ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 66.666,66; requer, também, a condenação do Ministério Público do Trabalho ao pagamento de honorários de advogado.

O requerido S. B. G., apesar de regularmente notificado, não compareceu para apresentar contestação, sendo por isso revel e confesso quanto à matéria de fato.

O requerido J. N. P. apresentou impugnação ao valor da causa, conforme petição de fls. 280/281.

O processo, que originariamente trazia no polo passivo os donos de motéis, foi desmembrado em dois, conforme a identidade de matérias, ficando no presente apenas os acusados de exploração sexual das menores, formando-se outros autos com os donos de motéis.

O MPT desistiu do pedido em relação ao requerido CLESTHON JASSON DA SILVA MARQUES, falecido, bem como informou não ter interesse no prosseguimento da ação contra os sucessores do mesmo.

Com a concordância do órgão ministerial foi tornada sem efeito a revelia do requerido S. B. G., que apresentou contestação escrita, fls. 292/293, aduzindo, em resumo, que não existem provas concretas que possam comprovar as alegações do MPT; que é comerciante e sempre pautou sua vida pela honestidade e honradez.

O MPT contestou em audiência, fls. 294/295 dos autos, a reconvenção do requerido N. R. P. C., aduzindo, em síntese, que apenas cumpriu o que determinam a CF e a LC n. 75/93, buscando a reparação para adolescentes vítimas de exploração sexual; que as conversas com os coautores, com a juíza e pelos depoimentos prestados na justiça comum, os corréus se utilizavam das crianças e adolescentes para a prática sexual; que o MPT não pode estar no polo passivo.

Os requeridos confirmaram o teor das respectivas defesas. Foi facultada às partes a apresentação de reperguntas, não sendo formulado qualquer quesito.

A autoridade policial enviou relação com os nomes das vítimas e testemunhas do crime de abuso e exploração sexual, fls. 300/301 v.

Em petição de fl. 339, o requerido J. N. P. pediu que seu processo fosse separado dos demais, prosseguindo isoladamente. O pedido foi indeferido, conforme consta do termo de audiência de fls. 341/347 v., logo na primeira folha.

Depoimentos das testemunhas, fls. 341/347 e 421 v./422, integram o presente relatório.

Houve prova documental.

Às fls. 355/356, petição do requerido J. N. P. para que fossem colhidas informações sobre a Conselheira Tutelar Gesualda Pereira. O pedido foi indeferido conforme despacho de fl. 397 dos autos. Pedida a reconsideração às fls. 401/403, também foi indeferida pelo despacho de fl. 407. Novo pedido do mesmo requerido, fls. 424/426, ainda sobre o mesmo tema, foi indeferido conforme despacho de fl. 428.

Às fls. 441/444 o requerido N. R. P. C. peticiona informando que foi absolvido no segundo processo criminal, pois embora a juíza de direito tenha reconhecido que houve relação sexual com menor de 18 anos, entendeu que não foi provado o estupro.

Razões finais do Ministério Público do Trabalho sob a forma de memorial, fls. 503/511.

Razões finais do requerido N. R. P. C. às fls. 524/527, do requerido J. N. P. às fls. 529/534, do requerido I. C. C. M. à fl. 538, do requerido V. P. C. às fls. 539/543 e do requerido S. B. G. às fls. 553/557.

Prejudicada a renovação da proposta conciliatória, em virtude da ausência do MPT à sessão de encerramento da instrução.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Examino, em primeiro lugar, a preliminar de incompetência material da Justiça do Trabalho, levantada pelo réu I. C. C. M., uma vez que seu eventual acolhimento afastaria a análise de todo o resto da matéria enfocada nos autos.

Ao contrário do que aponta o requerido, a competência da Justiça do Trabalho não se limita às relações de emprego, pois há quase 8 anos essa competência foi modificada pela EC n. 45/2004 para abranger as relações de trabalho (e não apenas de emprego), como expressamente consta do art. 114, I, da Constituição Federal. Aliás, o próprio MPT, autor, já aponta na inicial a inexistência dessa relação de emprego, fundamentando a indicação de competência da Justiça do Trabalho precisamente na existência de relação de trabalho.

E é com o MPT que se encontra a razão. Toda a peça vestibular se baseia na exploração sexual das menores indicadas como vítimas. Pois bem, a Convenção n. 182, da OIT, expressamente indica que essa exploração sexual se enquadra dentre as piores formas de trabalho infantil. Ou seja, a OIT expressamente enquadra a prestação de serviços sexuais como sendo uma forma de trabalho. Da mesma forma, o Ministério do Trabalho, na Classificação Brasileira de Ocupações, inclui a atividade sexual como uma forma de trabalho.

Esse trabalho, a toda evidência, é ilícito e inaceitável pela sociedade, quando se trata de crianças e adolescentes que são pagas em troca de favores sexuais, mas ainda assim uma forma de trabalho. Logo, em se tratando de uma forma de prestação de trabalho, entendo que tem razão o *parquet* quando aponta que, em se tratando de relação de trabalho, a competência para o julgamento é desta Justiça do Trabalho.

Ainda sobre a preliminar de incompetência absoluta, apontou o réu N. R. P. C. que a relação de trabalho envolvendo menor de 16 anos é ilícita e proibida, e, por isso, mesmo que tivesse existido, não poderia gerar efeitos na seara trabalhista, pois foi nula de pleno direito, eis que expressamente proibida pela Constituição Federal.

Na realidade, o requerido confunde o contrato de trabalho com a relação de trabalho. Em um contrato de trabalho (em sentido amplo, pois é evidente que entre as vítimas e o

requerido não existiu contrato de trabalho em sentido estrito, ou seja, “contrato de emprego”) nulo pode haver relação de trabalho, e esta, por si só, já é bastante para gerar efeitos jurídicos na seara trabalhista.

Sendo mais claro, a relação de trabalho (ou seja, o fato de ter sido prestado o trabalho) já provoca efeitos jurídicos trabalhistas, ainda que decorrente de um contrato nulo. Aliás, a exposição de motivos da CLT, em seus artigos 45 e 46, é muito clara e explícita ao apontar que a relação de emprego, por si só, já é suficiente para provocar a atiação das medidas tutelares do direito do trabalho, ainda que se trate de “contratos formalmente nulos ou substancialmente contrários à ordem pública”.

Apenas acrescento que a exposição de motivos se referiu à relação *de emprego* porque a isso se limitava, na época, a competência da Justiça do Trabalho. Atualmente, o mesmo raciocínio pode e deve ser estendido para a relação de trabalho e o contrato de trabalho nulo, sendo que aquela já se mostra suficiente para a ativação das medidas tutelares, ainda que este seja eivado de nulidade absoluta.

Assim, **rejeito a preliminar de incompetência material da Justiça do Trabalho.**

Passo ao exame das duas questões preliminares apontadas pelo requerido J. N. P., e equivocadamente denominadas de “prejudiciais”.

A Ação Civil Pública é cabível, e o Ministério Público do Trabalho é parte legítima para intentá-la. As vítimas indicadas, na época em que os atos de exploração sexual foram praticados, eram crianças ou adolescentes. Logo, a legitimação resulta do que expressamente estabelece o art. 5º, III, “e”, da Lei Orgânica do Ministério Público (LC n. 75/1993): é função institucional do MP a defesa dos interesses da criança e do adolescente. E quando tais funções institucionais devam ser exercidas perante a Justiça do Trabalho, tal exercício deve ser feito precisamente pelo Ministério Público do Trabalho, conforme consta expressamente do art. 84, dessa mesma Lei Complementar n. 75.

E se isso não fosse o bastante, é mais do que evidente que a proteção à criança e ao adolescente, inclusive contra qualquer forma de exploração (o que inclui, por óbvio, a sexual), é interesse de toda a sociedade, conforme se encontra de modo expresso no art. 227, da CF, sendo certo que a defesa dos interesses da sociedade é feita primordialmente pelo Ministério Público.

Assim, rejeito as duas questões preliminares levantadas pelo réu J. N. P., ou seja, as que se referem ao cabimento da ACP e à legitimidade do MPT para figurar no polo ativo. E acrescento que mesmo que houvesse o “sindicato das prostitutas infantis”, como pretende o mencionado requerido, ainda assim haveria a legitimação concorrente do MPT para postular no interesse de toda a sociedade e também no interesse das vítimas incapazes.

Rejeito, igualmente, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, suscitada pelo réu I. C. C. M., pois não se vislumbra impossibilidade alguma: o MPT apontou o cometimento de ato ilícito, indicou que teria sido violado o interesse de toda a sociedade e das próprias vítimas, e por isso pediu a reparação dos danos da sociedade e das vítimas. Se será procedente ou não o pedido é tema que adiante será examinado, mas a toda evidência não há impossibilidade alguma.

Na verdade, o superficial exame já mostra o quão equivocado está o requerido, pois esteia sua alegação da impossibilidade jurídica na falsa premissa de que esta Justiça do Trabalho apenas tem competência para julgar conflitos decorrentes de relação de emprego. Ou seja, além de ignorar disposição constitucional alterada há quase 8 anos (art. 114, CF), ainda mistura duas preliminares distintas, a de incompetência absoluta e a de impossibilidade jurídica do pedido.

Indefiro o pedido de chamamento da mãe da menor E. F. A., formulada pelo requerido N. R. P. C. Em primeiro lugar porque, exceto quando se tratar de litisconsórcio necessário

(o que certamente não é o caso), quem define contra quem quer litigar é o autor, não competindo ao réu a inclusão de outros corréus. Além disso, ainda que de fato exista a omissão da mãe como elemento decisivo para o modo de vida que a filha levava (e apenas levanto a hipótese, pois não me cabe decidir sobre tal aspecto), ainda assim não se vislumbra onde estaria a relação de trabalho entre mãe e filha, capaz de atrair a participação da mãe no polo passivo.

O requerido talvez não tenha entendido muito bem, mas a presente ação se desenvolve perante a Justiça do Trabalho porque foi indicada a existência de uma relação de trabalho entre ele e as vítimas, e não consigo vislumbrar onde estaria essa mesma relação de trabalho quanto à mãe de qualquer das menores indicadas como vítimas, ainda que tal mãe possa ter se omitido quanto aos cuidados que deveria ter com uma filha menor.

Rejeito a impugnação ao valor da causa feita pelo requerido J. N. P., pois o mesmo se encontra consentâneo com o que foi pedido. O valor dado à causa decorre do pedido, e não do que o requerido acha que deveria ser o valor da condenação.

Passo ao exame do mérito.

Começo observando que alguns dos requeridos, notadamente o N. R. P. C. e o J. N. P., trouxeram aos autos as decisões proferidas na esfera criminal, nas quais foram absolvidos. No entanto, todas as absolvições foram por falta de provas, em nenhuma delas havendo a conclusiva afirmação de que não teria ocorrido o fato ou que o acusado não seria o autor.

Na verdade, em relação a ambos os acusados acima mencionados, foi expressamente reconhecido que mantiveram relações sexuais com menores, apenas não tendo sido provado o estupro, tendo a Justiça Estadual, na esteira do entendimento do STJ, decidido que tal estupro é presumido de modo relativo, e que essa presunção pode ser afastada em função do modo de vida da menor envolvida.

Pois bem, mas qual seria a consequência dessa absolvição em relação à presente ação trabalhista? Na realidade, praticamente nenhuma, pois como afirma expressamente o Código Civil, em seu art. 935, a responsabilidade civil (no sentido de não penal) é independente da criminal, apenas não se podendo discutir no cível as decisões conclusivas sobre a materialidade e a autoria.

Esclarecendo melhor: se na esfera criminal se entender provado que o fato não ocorreu (o que não se confunde com a falta de provas da ocorrência) ou que o acusado não foi o autor (o que não se confunde com a falta de provas da autoria), nesse caso não haverá responsabilidade civil, pois tais conclusões não poderão ser rediscutidas na esfera cível, e por isso não haverá a ação/omissão e nem o nexo causal, capazes de induzir à responsabilidade pelos danos causados.

Só que no presente caso, repito, não foi isso o que ocorreu, pois não se provou que os requeridos não eram os autores, e sim houve dúvidas sobre se o eram. Além disso, não se provou que o fato não existiu, muito pelo contrário, foi expressamente reconhecida a sua existência, apenas não se provando o elemento central do tipo que o classificaria como crime.

Logo, pode-se afirmar que o cabimento — ou não — da responsabilização dos requeridos depende exclusivamente das provas produzidas no presente feito, e não das conclusões a que chegou o juízo criminal.

Já na Grécia antiga, dizia Platão o seguinte: “**educai as crianças, e não precisareis punir os cidadãos.**” Pois bem, no presente caso o que se viu foi precisamente a antítese dessa ideia do ilustre pensador grego. O que se viu foi a infância perdida a partir da servidão sexual em que foram jogadas as vítimas das taras e lascívias de alguns pervertidos.

Por sua vez, o pensador inglês John Donne dizia que ninguém é uma ilha, pois somos todos parte desse imenso continente que é a humanidade, e a morte de cada ser humano a

todos afeta, pois é um pouco desse continente que se vai (*A morte de cada homem diminui-me, porque sou parte da humanidade. Portanto, nunca procure saber por quem os sinos dobram; eles dobram por ti*).

No presente caso, o que se viu foi a morte da infância de cada uma dessas jovens que, já vitimadas pela pobreza, foram em seguida vitimadas por pessoas que de modo inescrupuloso não hesitaram em se aproveitar dessa mesma pobreza para comprar-lhes por uns poucos reais o corpo, a juventude, a infância e a inocência. E cada uma dessas mortes atinge a todos nós, integrantes da sociedade, e é por isso que o Ministério Público do Trabalho tem razão ao afirmar que essa exploração sexual de menores dá origem aos danos morais coletivos, pois atinge a sociedade como um todo. Se os sinos dobrarem para ressaltar o sofrimento que foi imposto a essas vítimas, eles estarão dobrando por todos e cada um de nós.

Passemos à análise das provas colhidas, observando que os fatos narrados ocorreram em 2009 e 2010.

Examinando, em primeiro lugar, os **danos morais individuais**, observando que, em se tratando de menores, o Ministério Público pode representá-las em juízo, notadamente quando, embora estejam identificadas apenas algumas poucas, sabe-se que muitas outras também foram vítimas de idêntica exploração, pois tal fato é notório nesta cidade de Parintins. Da mesma forma, houve vários outros exploradores sexuais, e apenas lamento que não estejam todos eles figurando no polo passivo da presente demanda, mas é certo que isso não serve como escusa para os que foram devidamente identificados.

Julgo **improcedente o pedido de indenização em relação a A. P. M. B., S. B. L. e A. L. B.**, pois em relação a essas não foi produzida, nos presentes autos, qualquer prova acerca do abuso sexual. Com relação à APMB a única menção feita é no sentido de que a mesma é maior de idade e, até onde se tem notícia, plenamente

capaz, e por isso pode manter relações sexuais com quem bem entender, não decorrendo daí qualquer dano moral. Com relação à S. B. L., a mesma negou em seu depoimento que tivesse feito programa com qualquer dos requeridos. Com relação à A. L. B., também não foi trazida aos autos uma única prova de que a mesma teria sofrido qualquer abuso sexual por parte de quem quer que seja.

Outra é a situação, contudo, em relação às menores E. F. A., K. P. S. S., P. S. O., K. R. B., J. S. M. R. e T. P. G. Com efeito, do conjunto probatório colhido o que se tem é o seguinte:

- a) a menor K. P. S. S., nascida em 3.2.1995 (e que em 2009, portanto, tinha apenas 14 anos de idade), foi explorada sexualmente pelos requeridos J. Bacu (J. N. P.), N. R. P. C. e S. B. G.;
- b) a menor J. S. M. R., nascida em 27.6.1995 (e que em 2009, portanto, tinha apenas 14 anos de idade), foi explorada sexualmente pelos requeridos J. Bacu (J. N. P.) e S. B. G., sendo que perdeu sua virgindade (e a infância e a dignidade) aos 13 anos, em troca de alguns reais pagos pelo J. N. P.;
- c) a menor T. P. G., nascida em 16.10.1994 (e que em 2009, portanto, tinha apenas 15 anos de idade), foi explorada sexualmente pelos requeridos J. Bacu (J. N. P.) e I. C. C. M.;
- d) a menor K. R. B., nascida em 20.2.1997 (e que em 2009, portanto, tinha apenas 12 anos de idade), foi explorada sexualmente pelo requerido J. Bacu (J. N. P.), com quem perdeu a virgindade, a infância, a dignidade e a pureza em troca de R\$ 60,00. Aqui é importante ressaltar que essa menor, atualmente, tem 15 anos de idade. Na audiência, contudo, foi possível constatar que a mesma tem aparência extremamente infantil, sendo pequena e franzina e não parecendo ter mais do que 12 ou 13 anos. Se hoje, aos 15 anos, é essa a aparência, e considerando que em 2009 a mesma “era bem menor do que agora, pois foi só recentemente que se desenvolveu” (conforme depoimento da

testemunha J. S. M. R.), é possível imaginar — e causa revolta em qualquer pessoa de bem — como seria a fragilíssima figura dessa pequena garota aos 12 anos de idade, três anos atrás. Entendo que é quase inimaginável a devassidão de quem se vale de tão frágil criança para a prática do sexo anal e vaginal;

e) a menor E. F. A., por sua vez, nascida em 13.10.1993 (e que em 2009, portanto, tinha apenas 16 anos de idade), foi explorada sexualmente por todos os requeridos;

f) a menor P. S. O., nascida em 8.4.1995 (e que em 2009, portanto, tinha apenas 14 anos de idade), foi explorada sexualmente pelos requeridos J. Bacu (J. N. P.) e S. B. G.

E pode-se destacar que os testemunhos das menores, ao contrário do que disseram os requeridos, foram firmes e seguros, inclusive com vários aspectos que confirmam sua autenticidade. Assim, por exemplo, detalhes como o local onde foram apanhadas as vítimas pelos requeridos (perto do restaurante Aos Amigos), o fato de terem sido seguidos por uma moto BIZ, preta, o multimencionado carro azul, o fato de duas menores estarem na frente da casa de uma delas, quando um dos requeridos passou, as viu, e em seguida ligou para uma delas querendo informações sobre a outra, etc., todos esses detalhes transmitem muita segurança nos depoimentos, o que me leva a crer que as informações são verdadeiras. E além disso ainda se deve adicionar o fato de que é notória a desenfreada exploração sexual de menores em todo Brasil, mas em especial na região norte e, mais especial ainda, nas cidades do interior do Amazonas, onde adolescentes de 12 ou 13 anos se prostituem em troca de R\$ 10,00 ou de um prato de comida.

Como se vê, todas as menores acima indicadas foram vítimas de exploração sexual, assim como todos os requeridos, em maior ou menor intensidade, foram os “tomadores dos serviços sexuais”. E, ao contrário do que repetidamente afirmaram os requeridos, está muito nítida a caracterização dos danos morais.

Em primeiro lugar, houve a ação voluntária e intencional (dolosa) de cada um dos requeridos, nessa exploração sexual; em segundo lugar, houve a grave agressão aos direitos da personalidade, mais especificamente foi agredida e atirada fora a dignidade humana de cada uma dessas adolescentes transformadas em vítima pela devassidão e lascívia dos requeridos. Aqui, convém ressaltar que a venda do próprio corpo, em troca de uns míseros reais, ofende a dignidade de qualquer ser humano, e ninguém deveria ser obrigado a passar por isso. Não é essa, contudo, a realidade cotidiana.

No entanto, quando o “prestador dos serviços sexuais” é pessoa adulta, há a tolerância social, e ainda que se lance uma certa pecha negativa sobre tal pessoa, não chega ao ponto de causar dano e nem ofender a dignidade, pois tal comportamento foi voluntário.

Quando se trata de menores, notadamente no caso de menores absolutamente incapazes, como ocorreu no caso de todas as vítimas acima indicadas, a situação se torna muito mais grave e já atinge o *status* de intolerável agressão aos direitos da personalidade, pois essa “venda” do próprio corpo foi involuntária, lembrando-se que o absolutamente incapaz não tem vontade capaz de produzir efeitos jurídicos. E neste ponto — e por tais motivos — repilo com veemência o argumento usado pelos requeridos no sentido de que cada uma das vítimas escolheu essa vida de prostituição.

Neste ponto convém recordar que o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, não se prova o dano em si mesmo, mas tão somente os fatos dos quais esse mesmo dano decorre. Ao juiz é que caberá, em cada caso, avaliar e sopesar esses fatos e verificar se, conforme o parâmetro dos valores médios da sociedade, deles decorre a agressão grave e injusta aos direitos da personalidade, e portanto o dano moral.

Além disso, embora já mencionado acima, também é de bom alvitre que se recorde que o dano moral nada tem a ver com sofrimento ou dor ou desconforto, pois esses estados de

espírito são internos a cada pessoa e variam de uma para outra. O dano moral se caracteriza, na verdade, pela ofensa grave e injustificada aos direitos da personalidade, e tal ofensa, a toda evidência, ocorreu no presente caso.

Em terceiro lugar, é evidente que houve o nexo causal entre a ação dos requeridos e o dano moral imputado a cada uma das vítimas, ou seja, foi em virtude da exploração dos favores sexuais em troca de dinheiro que ocorreu a ofensa à dignidade de cada uma das vítimas.

Em quarto lugar, como já mencionado acima, houve claro dolo de cada um dos requeridos, pois é evidente que jamais se consumaria uma relação sexual se o homem não tivesse a vontade de mantê-la. É possível imaginar uma mulher sendo forçada a manter relações sexuais, mas não o é em relação a um homem, face às evidentes diferenças fisiológicas. De qualquer modo, ainda que fosse possível imaginar a ocorrência não dolosa, no presente caso isso em nada modificaria a responsabilidade civil de cada um dos requeridos, pois quando se trata de dano que, em última análise, ofende toda a coletividade, como ocorreu no presente caso, a responsabilidade é objetiva, não dependendo de culpa ou dolo.

Por outro lado, quando o ato ilícito tem dois ou mais coautores, a responsabilidade civil que dele decorre é solidária, como determina o art. 942, do Código Civil brasileiro.

Assim, feitas tais considerações, condeno os requeridos, solidariamente, a pagar a quantia de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) para as seis vítimas acima indicadas, sendo R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada uma delas.

Em relação ao requerido J. N. P., vulgo J. Bacu, considero que teve atuação negativamente destacada, não só por estar envolvido com todas as seis menores indicadas como vítimas, mas em especial pela exploração sexual da menor K. R. B., que, aos 12 anos de idade, sendo ainda virgem, foi deflorada e sodomizada pelo mencionado indivíduo, em atuação cuja

simples leitura dos depoimentos que a descrevem causa repulsa e ânsia de vômito.

Assim, além de copartícipe da condenação solidária acima, entendo que a atuação do J. N. P. deve ser sancionada com responsabilidade civil maior do que as dos demais, assim como a menor KRB deve receber indenização superior, pois consideradas a sua tenra idade e sua frágil e minúscula compleição física, a relação sexual a que foi submetida revela requintes especiais de verdadeira crueldade. Por esses motivos, **condeno o requerido J. N. P., além da coparticipação solidária acima mencioanda, a pagar em favor da menor K. R. B. a quantia de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais)**, independentemente da participação no crédito mencionada acima, dois parágrafos atrás.

A quantia destinada a cada uma das vítimas deverá ficar depositada, sendo-lhes entregue no momento em que completarem 18 anos de idade, o que ocorrerá em muito breve em relação a todas elas. Indefiro o pedido do MPT no sentido de que haja fiscalização do órgão ministerial sobre o modo como será gasta tal quantia, pois as vítimas as receberão quando forem plenamente capazes, e a intervenção do MPT se mostraria indevida.

Passo ao exame do pedido de reparação dos danos morais coletivos.

Como já mencionei linhas atrás, entendo que tem razão o Ministério Público do Trabalho quando aponta que essa exploração sexual de menores agride os interesses não apenas das menores e suas famílias, mas os de toda a sociedade, causando vergonha e frustração a todos os que vivem na coletividade, além de emporcalhar o próprio nome do Brasil junto à comunidade internacional, uma vez que já somos conhecidos por sermos um país onde é fácil fazer o chamado turismo sexual.

É sabido que esse tipo de conduta social reprovável, em que se relacionam os que exploram os favores sexuais de menores e os próprios menores que são vítimas da exploração, não começou com os requeridos, a eles não se limita, e ainda apresenta milhares e milhares

de outras vítimas, além das que foram identificadas no presente processo. Trata-se de um verdadeiro câncer que sufoca e macula a nossa sociedade, causando angústia e indignação nas pessoas de bem que nela habitam.

É certo que o presente feito e a decisão agora proferida não se mostram suficientes para que sequer se comece a resolver esse tipo de situação. No entanto, não se pode deixar de fazer o pouco que se mostra possível, não se pode deixar impunes esses agressores que, com sua perversão e lascívia, agredem toda a sociedade, e que por isso devem indenizá-la.

Existe evidente interesse difuso, que se espalha por toda a sociedade, no sentido de que sejam protegidos os menores contra qualquer tipo de exploração, mas em especial a exploração de natureza sexual. Tal interesse pode ser facilmente identificado, como já apontado acima, no art. 227 da constituição federal, além de também estar claramente presente em dispositivos infraconstitucionais, como, por exemplo, a indicação da LC n. 75/93 de que o ministério público, defensor maior dos interesses da sociedade, tem dentre suas funções institucionais a de proteção aos incapazes, como já foi examinado anteriormente.

Feitas essas colocações, fica evidente que a ofensa a esse interesse difuso, ao lado dos danos individualmente causados a cada uma das vítimas, também dá origem aos danos morais coletivos. Aliás, nesse aspecto, convém destacar, até para evitar o equívoco que se verifica nas defesas dos requeridos, que os danos de natureza individual convivem pacificamente, na mesma situação, com os danos de natureza coletiva.

Assim, por exemplo, em um vazamento de petróleo, além da agressão ao interesse difuso do qual todos somos titulares, e que diz respeito ao meio ambiente sadio e equilibrado, poderá também ocorrer de ser destruído, por exemplo, um viveiro de peixes ou de ser dizimada toda a safra plantada, em virtude da infiltração do óleo no solo, estando presentes lado a lado, nesse exemplo, os danos morais coletivos e os danos individuais.

E foi precisamente isso o que aconteceu no presente caso, onde a atuação ilícita e inaceitável dos requeridos, além de causar o dano individual a cada uma das vítimas, como já foi explicado acima, também agrediu o interesse que tem toda a sociedade na proteção dos seus incapazes, colocando-os a salvo de qualquer tipo de exploração.

Assim, uma vez configurada a ocorrência do dano moral coletivo, condeno os requeridos, de modo solidário, a pagarem a quantia de **R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) a título de reparação e dos danos morais coletivos**. Esse valor deverá ficar depositado em conta judicial, a disposição deste juízo, e será destinado a(s) entidade(s) cuja finalidade básica seja a de prestar assistência a menores vítimas de exploração sexual, sendo que a definição da entidade (ou das entidades) destinatária(s) será feita posteriormente, ouvindo-se o ministério público do trabalho e o ministério público do estado do Amazonas.

A reconvenção apresentada é nitidamente descabida, pois é mais do que evidente que o Ministério Público não pode ser demandado por simplesmente exercer, dentro dos limites legais, suas funções institucionais.

De qualquer modo, ainda que assim não fosse, uma vez julgada procedente a ação, a toda evidência se imporia a **improcedência da reconvenção**, pois o pedido nesta formulado decorria da suposta precipitação do Ministério Público do Trabalho ao propor a presente ação, e não se vislumbra tal precipitação, e tanto assim que os pedidos formulados pelo *parquet* foram julgados procedentes.

Nos termos do art. 790-A, II, da CLT, defiro a gratuidade da justiça ao Ministério Público autor.

CONCLUSÃO

Posto isto e o que mais dos autos conste, na reclamatória ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – PROC. REG. DO TRAB. DA 11ª REGIÃO em desfavor de J. N. P., N. R. P. C., V. P. C., I. C. C. M. e S. B. G., julgo **parcialmente procedentes** os pedidos formulados pelo autor e condeno os requeridos, solidariamente, a pagar a quantia de

R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) para as seis vítimas acima indicadas (**E. F. A., K. P. S. S., P. S. O., K. R. B., J. S. M. R. e T. P. G.**), sendo R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada uma delas, a título de reparação dos danos individuais. **Em relação ao requerido J. N. P., vulgo J. Bacu**, além de copartícipe da condenação solidária acima, **condeno-o a pagar em favor da menor K. R. B. a quantia de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais)**. As quantias destinadas às vítimas deverão ficar depositadas em conta judicial, sendo entregues a cada uma delas na medida em que completar 18 anos. Condeno os requeridos, ainda, ao pagamento da quantia de **R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) a título de reparação e dos danos morais coletivos**, sendo que esse valor deverá ficar depositado em conta judicial, à disposição deste juízo, e será destinado a(s) entidade(s) cuja finalidade básica seja a de prestar assistência a menores vítimas de exploração sexual, sendo que a definição da entidade (ou das entidades) destinatária(s) será feita posteriormente, ouvindo-se o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público do estado do Amazonas. **Improcedentes** os pedidos de danos morais individuais e coletivos no que ultrapassem as quantias indeferidas. **Improcedente**, também, o pedido de indenização em relação às menores A. P. M. B., S. B. L. e A. L. B. **Improcedente** o pedido do MP no sentido de que as quantias destinadas à reparação dos danos individuais tenha o seu gasto fiscalizado pelo próprio MP. Custas pelos requeridos, de modo solidário, calculadas sobre o valor total da condenação (R\$ 600.000,00), na quantia de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), ficando intimados para o recolhimento. Tendo em vista a modificação da data inicialmente designada, **notifique-se as partes, sendo que o MPT deverá ser notificado com a remessa dos autos, o que deverá ser feito apenas depois do prazo recursal dos requeridos**. E, para constar, foi lavrado o presente termo.

ALDEMIRO REZENDE DANTAS JÚNIOR

Juiz do Trabalho Titular

FELIPE DOS SANTOS SCHWARZ

Diretor de Secretaria

Vara do Trabalho de São José do Rio Pardo – SP

Processo n. 0000504-39-2012-5-15-0035
RTOrd

Reclamante: Valdir Donizeti Costa

Reclamado: Município de Itobi

Não havendo conciliação, passo a proferir a seguinte SENTENÇA:

RELATÓRIO

VALDIR DONIZETI COSTA, qualificado na folha 3, ajuizou em 31.5.2012 reclamação trabalhista contra o MUNICÍPIO DE ITOBI, dizendo que foi admitido em 3.7.2007.

Sustentou que foi aprovado em concurso público para “vigia noturno” e que na sua função a missão é realizar ronda noturna no município. Esclareceu que como a remuneração é baixa, para prover o sustento da família, passou a trabalhar na Rádio Dinâmica FM, apresentando programa de segunda-feira a sábado, das 8h00 às 13h00.

Informou que a Administração Municipal tem exigido seu trabalho em período diurno, com o que não concorda, já que construiu sua vida pessoal com base no trabalho noturno e que a mudança para o período diurno impor-lhe-á uma readaptação fisiológica e social.

Mencionou que a Administração tem lhe aplicado “recomendações administrativas” e que pelo fato de ter movido ação contra o Município (processo 0000780-07-2011-5-15-0035), no qual contesta, inclusive, a jornada 12 x 36, é vítima de perseguição.

Pediu seu retorno ao trabalho noturno e os efeitos da tutela antecipada.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 2.000,00.

Juntou procuração, declaração de pobreza e documentos.

A tutela antecipada foi indeferida pela decisão interlocutória de folha 21 que designou audiência de tentativa de conciliação para o dia 18.6.2012.

Nesta (folha 23), presentes as partes e seus procuradores, a advogada do Município, Dra. Elaine de Cássia Cunha Toesca, informou que a partir do pedido de reconsideração apresentado pelo reclamante em 15.6.2012, o demandante passou a trabalhar exclusivamente no período noturno. Na ocasião, esclareceu que foi realizado novo concurso público para o preenchimento das vagas do período diurno.

Todavia, ato contínuo, indagado do reclamante a respeito, este informou que em feriados e finais de semana tem sido escalado para laborar durante o dia.

Destarte, determinei que a Municipalidade apresentasse defesa no prazo de vinte dias, juntando os cartões de ponto do período imprescrito e da escala de trabalho dos vigias noturnos, além de cópia do edital do concurso prestado pelo reclamante.

Ante a menção de que o pedido de reconsideração formulado pelo autor foi atendido, a tutela antecipada foi concedida para que o Município se abstinhasse de exigir o labor do reclamante fora da escala 12 x 36.

O reclamado juntou a procuração de folha 26, a preposição de folha 27, o pedido de reconsideração apresentado pelo reclamante em 31.5.2012 (folhas 28/29) e a cópia da decisão administrativa (folha 30).

Em 10.7.2012, o Município reclamado ofereceu a resposta escrita de folhas 31/40, arguindo, em preliminar, litispendência com o Processo n. 780-07-2011 e a ausência de causa de pedir, além dos fundamentos jurídicos do seu pedido (inciso III, art. 282, CPC).

Menciona que o feito deve ser extinto sem exame de mérito ante o deferimento do pedido formulado pelo reclamante.

Justificou que por vezes aloca vigias noturnos no período diurno, pois não há servidores suficientes na Administração e que o interesse público deve prevalecer sobre o individual, pois seu objetivo é defender o patrimônio público. Advogou a inexistência de prejuízo para o reclamante quando executa o labor na escala 12 x 36, pedindo a improcedência da ação.

Juntou os documentos de folhas 41/168.

Réplica às folhas 170/175.

Instrução encerrada sem outras provas.

Inconciliados.

Relatados.

FUNDAMENTOS DA DECISÃO

INÉPCIA DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE CAUSA DE PEDIR E INDICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO (INCISO III, ART. 282, CPC).

As regras do Código de Processo Civil somente podem ser aplicadas de modo subsidiário, desde que haja omissão da CLT e compatibilidade com os princípios que regem o processo do trabalho.

No caso vertente, observo que há regramento específico na CLT a respeito dos requisitos da petição inicial escrita (§ 1º, art. 840, CLT), de modo que o art. 282 do CPC não se aplica ao processo trabalhista, mercê do disposto no art. 769, da CLT.

É exigência da CLT que o reclamante, de modo sucinto, indique os fundamentos dos quais resulta o dissídio.

A causa de pedir remota foi relatada com a devida propriedade, pois a petição inicial

sustentou que o reclamante foi admitido em 3.7.2007, sendo absolutamente incontroverso que o mesmo é empregado celetista do quadro de pessoal do Município de Itobi.

Com relação à causa de pedir próxima, o obreiro também narrou, de forma breve e com clareza solar, os fatos pelos quais postula a sua manutenção no horário noturno: a) foi contratado para ser vigia noturno; b) tem sido exigido seu labor em horário diurno, o que lhe causa prejuízos, já que possui outro emprego.

É um pecado que o Município tenha erigido preliminar sem pé nem cabeça, expediente que beira à litigância de má-fé, pois é dever da parte e do procurador abster-se de edificar defesa (mesmo a indireta) ciente que destituída de fundamento.

A inicial é apta.

Preliminar que é ultrapassada.

LITISPENDÊNCIA

De ofício, promovo a juntada de cópia da inicial do processo 780-07-2011-5-15-0035, haja vista a preliminar de litispendência.

Examinada esta, constata-se que o objeto das duas ações são distintos, posto que na presente demanda, almeja o reclamante, tão somente, que seja mantido no trabalho apenas no horário noturno. Nos autos do processo n. 780-07-2011, questiona o autor a jornada na escala 12 x 36.

Logo, não se repetiu ação com idêntico objeto. Não há litispendência entre as demandas, motivo pelo qual rejeito a preliminar em comento.

MÉRITO

DA ILEGALIDADE DA ALTERAÇÃO DO HORÁRIO DE TRABALHO DO RECLAMANTE

O reclamante provou pelo documento de folha 54 que o Município, até antes da decisão administrativa juntada à folha 30, estava exigindo o trabalho seu em horário diurno, em domingos, posto que houve trabalho no dia 10.6.2012, das 7h24 às 17h45.

Todavia, não provou o reclamante que após a concessão da tutela antecipada em 18.6.2012, o reclamado descumpriu a ordem judicial.

O Edital do Concurso previa a vaga para o cargo de VIGIA NOTURNO (folhas 41/43), com previsão de jornada de 40 horas semanais. Destaco que foi o próprio município que delimitou em que condições o serviço seria prestado para os aprovados, de modo que, em relação àqueles que tomaram posse na função de vigia noturno, a Administração não pode impor, unilateralmente, alteração de horário de trabalho, em face do art. 468, da CLT.

A Lei Complementar Municipal n. 39/2011 em seu art. 9º, alterou a denominação do cargo de “VIGIA NOTURNO” para “VIGIA”, podendo seu ocupante exercer suas funções durante o período diurno, conforme a necessidade do serviço, atuando exclusivamente na proteção do patrimônio (folha 46).

Mas referida disposição legal é nula de pleno direito em face do reclamante (art. 468, CLT), haja vista que, por ocasião da admissão, foi pactuado entre as partes (art. 444, CLT), em face das regras do edital de concurso (imutável e que se consubstancia em direito adquirido), que o cargo a ser exercido era o de VIGIA NOTURNO.

Logo, a exigência de trabalho diurno é ilícita para o reclamante e o mesmo tem o direito de resistência a qualquer ordem do empregador que contrarie o seu direito de prestar os serviços dentro das regras para as quais foi admitido.

O saudoso Ministro Arnaldo Süssekind, com quem tive a honra de trabalhar na Companhia Vale do Rio Doce, na festejada obra *Instituições de Direito do Trabalho*, 12. ed., LTr, 1991, p. 723 (2. vol.) ensina:

“Segundo *Nélío Reis*, a vontade do empregador, é, quanto à alteração do horário, “toda soberana”: afastada a transposição do trabalho diurno para noturno, num ou noutro pode o empregador escolher e variar livremente na fixação de qual o horário

que atende aos interesses superiores da produção. Somente a lei, ou a convenção coletiva com força de lei, podem impor limites a este exercício. Afigura-se-nos, porém, que a vontade do empregador não é, neste assunto, tão soberana, nem que as restrições a que tem de subordinar-se digam respeito somente à transposição do horário diurno para o noturno e vice-versa. Para nós, a empresa tem o direito de alterar, por ato unilateral, o horário de trabalho no curso da relação de emprego (*jus variandi*) desde que:

- a) não infrinja disposição de lei, de convenção ou acordo coletivo;
- b) **não conste do contrato do trabalho estipulação consensual sobre sua fixação;**
- c) **não haja transposição de horário diurno para misto ou noturno, deste para diurno ou misto, ou, ainda, deste para diurno ou noturno;**
- d) não objetive, maliciosamente, impedir a execução do contrato de trabalho.”

E arremata, dizendo:

“Nas hipóteses das alíneas “b” e “c”, todavia, a alteração do horário poderá resultar de acordo bilateral entre o empregador e o empregado, se desse novo ajuste não advierem, direta ou indiretamente, prejuízos para o trabalhador. Em caso contrário, nula será a alteração (art. 468 da Consolidação).”

Como se vê, o empregador alterou profundamente o contrato de trabalho do autor, exigindo-lhe a prestação de serviço em horário diurno, quando o edital do concurso previa o labor em regime de 40 horas semanais no cargo de VIGIA NOTURNO.

Lei Nova não poderia jamais alterar o contrato de trabalho do reclamante e somente pode atingir os vigias contratados após sua edição, pelo que entendo que aqui se aplicam, por analogia, as disposições do inciso I, da Súmula n. 51 do C. TST.

Vedo, pois, ao Município de Itobi, exigir do reclamante o labor em horário diurno, mantida, nesta decisão, o labor na escala 12 x 36, posto que a legalidade desta somente será examinada no processo n. 780-07-2011.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

Ante a declaração de pobreza juntada com a inicial (folha 11), concedo ao reclamante os benefícios da assistência judiciária gratuita.

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Indevidos, pois a presente demanda não envolve condenação que implique em desembolso de valores por parte da Fazenda Pública Municipal.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Indevidos no processo do trabalho, haja vista que o empregado não necessita, obrigatoriamente, contratar advogado para exercer a capacidade postulatória, diante do disposto no art. 791, da CLT.

CONCLUSÃO

Posto isto, resolve a Vara do Trabalho de São José do Rio Pardo:

- a) rejeitar a preliminar de inépcia da inicial;
- b) rejeitar a preliminar de litispendência;
- c) julgar PROCEDENTE EM PARTE a reclamação trabalhista promovida por VALDIR DONIZETI COSTA contra MUNICÍPIO DE ITOBI para determinar a este que mantenha o reclamante na função de vigia noturno, na escala 12 x 36, das 18 às 6 horas, até que seja decidida a legalidade desta escala nos autos do processo n. 780-07-2011.

Custas, pelo reclamado, no importe de R\$ 40,00 sobre o valor dado à causa, das quais o Município fica isento.

Intimem-se.

São José do Rio Pardo, 17 de outubro de 2012.

ALEXANDRE VIEIRA DOS ANJOS

JUIZ TITULAR DE VARA DO TRABALHO

1ª Vara do Trabalho de Paraupébas – PA

TERMO DE AUDIÊNCIA

PROCESSO N. 0000834-85.2012.5.08.0114

Em 10.9.2012, às 17h00h.

Juiz Federal do Trabalho: Mauro Roberto Vaz Curvo

Reclamante: LAURILETE CANAVIEIRA SILVA

Reclamados: TOPGEO TOPOGRAFIA E SERVIÇOS LTDA. E VALE S/A.

SENTENÇA

Em 10 de setembro de 2012, às 17h00h, o Exmo. Sr. Juiz Federal do Trabalho **Mauro Roberto Vaz Curvo**, após declarar aberta a sessão para apreciação do processo acima especificado e apregoadas as partes, proferiu a seguinte decisão:

1. RELATÓRIO

LAURILETE CANAVIEIRA SILVA, qualificada, ajuizou ação trabalhista em face de **TOPGEO TOPOGRAFIA E SERVIÇOS LTDA. E VALE S/A.**, também qualificadas, postulando as parcelas constantes no rol de pedidos de fls. 33. Juntou documentos. Alçada fixada em R\$ 2.379.827,94.

Notificadas, as reclamadas após a primeira tentativa de conciliação, apresentaram contestação (fls. 56/93 e 143/172), pugnando pela improcedência dos pedidos formulados na petição inicial. Juntaram documentos.

O reclamante apresentou impugnação aos documentos acostados pelo reclamado. (fls. 195/196)

Após foi realizada a oitiva do reclamante, do sócio-proprietário da primeira reclamada e do preposto da segunda reclamada e de três testemunhas. (fls. 198/205)

Encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas pela reclamante e pela segunda reclamada e aduzidas pela primeira reclamada.

Inconciliados.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. PRELIMINARES

2.1.1. IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA

A segunda reclamada, em sua contestação, impugnou o valor da causa, conforme alegações de fls. 144.

Em audiência fora fixado o valor da alçada com base no valor dos pedidos elencados na petição inicial, momento no qual não houve impugnação por parte da reclamada, pelo que reputo como ultrapassada a presente questão por ter havido preclusão temporal.

Rejeito.

2.1.2. ILEGITIMIDADE PASSIVA

A segunda reclamada suscita a sua ilegitimidade passiva para responder sobre os créditos postulados pelo reclamante, sob argumento que não admitiu, assinou CTPS, remunerou ou dispensou a reclamante.

Há legitimidade passiva para a segunda reclamada constar no polo passivo da lide, já que foi deduzida pretensão contra ela.

As condições da ação são apreciadas em abstrato, de acordo com as alegações constantes da inicial, segundo a Teoria da Asserção.

Assim, a reclamante ao alegar que a segunda reclamada é responsável pelas parcelas postuladas na inicial, tal alegação é o suficiente para conferir legitimidade passiva desta.

A responsabilidade da segunda reclamada é matéria atinente ao mérito e nele será apreciado.

Rejeito.

2.1.3. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A segunda reclamada afirma que o pedido de responsabilidade solidária postulado pelo reclamante é juridicamente impossível.

A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando há a vedação pelo ordenamento jurídico acerca do bem da vida postulado.

No caso, não há qualquer vedação por parte do ordenamento jurídico no tocante ao pedido de condenação solidária da segunda reclamada, razão pela qual rejeito a preliminar suscitada.

Rejeito.

2.2. DO MÉRITO

2.2.1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS RECLAMADAS

Na sua petição inicial a reclamante alega que fora contratada pela primeira reclamada para exercer a função de auxiliar de serviços gerais, na lavanderia desta, localizada no Projeto Igarapé Bahia, cerca de 300 metros de distância do refeitório da segunda reclamada.

Aduz, a autora, que no seu primeiro dia de trabalho (23.11.2011), por volta de meio-dia, ante a negativa de a primeira reclamada de fornecer veículo, dirigiu-se a pé com a sua colega Sra. Maria Clotilde, da lavanderia até o refeitório, quando foram atacadas por uma onça suçuarana.

Informa, a trabalhadora que somente foi salva, pois chegou um veículo de uma empresa, afugentando o animal.

Afirma, ainda, que sofreu graves ferimentos, ficando hospitalizada por 10 dias.

Desse modo, pleiteia o pagamento de indenização por danos materiais, danos morais e estéticos.

A primeira reclamada afirma que não possui qualquer culpa pelo infortúnio, pois não é responsável pelo gerenciamento da região do Igarapé Bahia.

Argumenta, também, que todas as exigências da mineradora Vale para que seus funcionários atuassem na região foram cumpridos.

Já a segunda reclamada sustenta a tese de que o ataque de felino é fato imprevisível e inevitável, sendo impossível a adoção de outra medida para minorar ou evitar o risco.

Alega, ainda, a segunda reclamada que o evento ocorreu por culpa da própria reclamada, ao optar por percorrer o trajeto a pé, embora ciente de que deveria aguardar o veículo para transportá-la em segurança até o refeitório.

As contestações apresentadas pelas reclamadas não negam a existência do infortúnio narrado pela autora na petição inicial.

O documento de fls. 128/134 trazido pela primeira reclamada, descreve com precisão o ataque sofrido pela reclamante, vejamos:

“As colaboradoras Sras. Laurilete Canavieira Silva e Maria Clotilde Silva dos Santos se deslocavam da lavanderia para o refeitório pela passarela de acesso, quando foram surpreendidas por uma Onça Suçuarana (Puma Concolor) que atacou a Laurilete Silva na região da cabeça o que fez com que a mesma caísse e em seguida ficou sobre a mesma e continuou o ataque com mordidas na face e no pescoço. A Maria Clotilde juntamente com o Levi Santana (Inove) tentaram afastar o animal que estava em cima da Laurilete através de gestos e gritos o que fez a Onça reduzir bastante a intensidade do ataque. A Maria Clotilde foi até a estrada quando surgiu um veículo da empresa Geominas conduzido pelo Renato dos Santos que se aproximou do local onde a Onça estava atacando a Laurilete e buzinou de forma intensa o que fez a Onça sair de cima da Laurilete e se evadir do local para a Floresta. Quando o Renato dos Santos

chegou com o veículo no local a Laurilete já estava dominada pelo animal. O tempo entre o ataque da Onça até a sua saída de cima da vítima segundo os envolvidos foi de aproximadamente dois minutos.” (fls. 128)

Ademais, às fls. 41 e 151 dos autos verifiquei que a reclamante recebeu auxílio-doença acidentário (Código 91), o que demonstra que o órgão previdenciário reconheceu o evento como acidente do trabalho.

Desse modo, incontroverso o fato narrado pela reclamante na sua petição inicial, passo à análise dos requisitos da responsabilidade civil do presente caso.

Em regra a responsabilidade civil por acidente do trabalho é subjetiva, ou seja, além de provar o dano e o nexo de causalidade, cabe à vítima demonstrar a culpa ou o dolo do empregador, conforme arts. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, 186 e 927 do Código Civil.

Contudo, o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, prevê a responsabilidade objetiva do empregador, sem a necessidade de comprovação de dolo ou culpa, quando a atividade desempenhada por ele implicar, por sua natureza, riscos para direito de outrem, consagrando, assim a teoria do risco.

Ressalto que todo ser humano pelo simples fato de estar vivo corre riscos, entretanto, há determinadas ocupações que colocam o trabalhador num degrau de maior probabilidade de sofrer acidentes, em razão da natureza ou da periculosidade intrínseca da atividade patronal.

A partir deste pensamento, foi aprovado o Enunciado n. 38, na 1ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2002, o qual aponta critério de interpretação para identificar os riscos que propiciam a aplicação da responsabilidade civil objetiva, vejamos:

“Enunciado n. 38 – art. 927: A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida

pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que os demais membros da coletividade”.

De forma semelhante, nos “*Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil*”, elaborado pelo *European Group on Tort Law*, está prevista a responsabilidade pelos danos causados, independentemente de culpa, quando a atividade criar “*um risco previsível e bastante significativo de dano, mesmo com observância do cuidado devido*”, sendo que o “*risco de dano pode ser considerado significativo tendo em consideração a gravidade ou a probabilidade do dano*”.

No caso, ao analisar as fls. 131, constato que a reclamante trabalhava em Projeto localizado na área de floresta nativa, sem grades de proteção, apesar da presença de onças na região.

O mesmo documento comprova que o refeitório que a reclamante se dirigia, quando sofreu o ataque do felino, está localizado em área erma.

Nesse mesmo sentido, transcrevo os seguintes depoimentos:

“que o trajeto da lavanderia até o refeitório é uma trilha asfaltada, com mata de um lado e do outro; que não havia grades de proteção; que está sendo providenciado a proteção do local; que o trajeto sempre foi realizado a pé; que, pelo que acha, quando se está no ambiente de floresta é comum o aparecimento de animais peçonhentos, felinos e outros; que foi passada uma orientação de que os funcionários deveriam andar sempre acompanhados de pelo menos uma pessoa; que a orientação foi dada pela segunda reclamada; (Proprietário da primeira reclamada, Sr. Francisco Meira da Cunha, fls. 200)

“que a Vale possui algumas medidas para evitar esse tipo de ocorrência; que as medidas são: não tráfegar sozinho, andar em veículos para longas distâncias; (...) que é comum a presença de placas informando acerca dos perigos de ataque de animais silvestres; (Depoimento do Preposto da

segunda reclamada, Saney Cecílio Ferreira de Freitas, fls. 201)

“que antes do ataque à reclamante, um mês e meio antes, ocorreu outro ataque de onça; (Testemunha Sr. FRITZ SCHUTTE, fls. 202)

“que não tinha medo de fazer o trajeto, mas já tinha ouvido comentários de que na região havia onças; que a primeira reclamada não informou sobre os perigos da área, mas havia no refeitório um cartaz informando dos perigos e das medidas de proteção e defesa, em caso de ataque”; (Testemunha MARIA CLOTILDE SILVA DOS SANTOS, fls. 203)

Assim, tendo em vista os depoimentos acima, bem como o documento de fls. 128/134, concluo que a região onde a reclamante trabalhava era perigosa, podendo ter ataques de onça e de outros animais silvestres a qualquer momento, estando exposta, portanto, a riscos acima da média da coletividade em geral.

Ora, era plenamente previsível que ocorresse ataque de felinos, nos Projetos localizados na Serra de Carajás, uma vez que os animais que habitam a referida Serra, encontram-se acuados pela ação, não rara, predadora das empresas que exploram atividade econômica nessa região.

Acerca dos fatores que predispõem ao ataque por onças, transcrevo trecho do “MANUAL SOBRE OS PROBLEMAS DE PREDACÃO CAUSADOS POR ONÇAS-PINTADAS E ONÇAS-PARDAS EM FAZENDAS DE GADO”, escrito por Rafael Hoogesteijn, Gerente das Fazendas Apure e Prohesa (Venezuela), Consultor sobre Onça-Pintada da *Wildlife Conservation Society* e integrante do Grupo de Especialistas em Felinos da IUCN, *verbis*:

“Um dos fatores que mais influenciam os cinco enunciados anteriormente é o desmatamento, o qual provoca uma perda de habitat direta para os carnívoros e suas presas, que são empurrados ou fogem em direção a outras áreas florestadas, frequentemente marginais, onde são caçados

mais facilmente. Várias das espécies que constituem as presas mais importantes dos felinos também são as mais comumente consumidas pelas populações rurais (Ojasti, 1984). O desmatamento é seguido pela ocupação humana, que utiliza as espécies da fauna silvestre para suprir necessidades de proteína. As empresas madeireiras também empregam caçadores que competem diretamente com os felinos pelas espécies caçadas resultando no desaparecimento da fauna silvestre ao redor das áreas povoadas (Ojasti 1984; 1986). Neste sentido, o desmatamento, além de constituir um fator de extermínio, predispõe ao ataque de felinos, pois ao encontrar um número menor de presas naturais, por efeito direto do desmatamento e da caça e ao ser empurrado em áreas marginais (onde entra em contato com pastos e rebanhos com maior frequência) os felinos começam a considerar o gado como uma possível presa.”

Nessa perspectiva, não há falar que o ataque perpetrado pela onça suçuarana à reclamante ocorreu de forma imprevisível, pois o desmatamento provocado pela segunda reclamada, com o intuito de explorar os minérios da região da Serra de Carajás, além de constituir um fator de extermínio aos animais silvestres que habitam a referida região, predispõe ao ataque de felinos, inclusive contra seres humanos, ante a redução de presas naturais desses animais.

Após, constatar que o local de trabalho da reclamante era de risco, passo à análise dos pressupostos da responsabilidade objetiva, quais sejam, dano e nexo causal.

Às fls. 116/117 a primeira reclamada juntou aos autos relatório médico do Hospital *Yutaka Takeda*, dispondo acerca das lesões sofridas pela reclamante em razão do ataque sofrido por animal felino (Suçuarana), vejamos:

“(…)

ENCAMINHADA DE URGÊNCIA PARA O CENTRO CIRÚRGICO NO DIA 23.11.2011 SENDO SUBMETIDA EXCISÃO DE EXTENSO FERIMENTO E ROTAÇÃO DE

RETALHO CUTÂNEO + TRATAMENTO CIRÚRGICO DE ESCALPO PARCIAL + DESBRIDAMENTO CIRÚRGICO DE TECIDO DESVITALIZADO. IDENTIFICADO EXTENSA LESÃO CORTO-CONTUSA MUITO IRREGULAR PARIETOTEMPORAL. DIREITA (ESCALPO) COM CONTAMINAÇÃO GROSSEIRA CERCA DE 15 CM COM EXPOSIÇÃO DE CALOTA CRANIANA. PRESENÇA DE 02 LESÕES GRANDES EM REGIÃO ZIGOMÁTICA DIREITA PROFUNDAS COM PERDA DE SUBSTÂNCIA MUITO IRREGULARES COM ACOMETIMENTO DE MUSCULATURA SENDO NECESSÁRIO ROTAÇÃO DE RETALHO PARA ADEQUADO FECHAMENTO APÓS DESBRIDAMENTO CIRÚRGICO DE TECIDOS DESVITALIZADAS. IDENTIFICADO TAMBÉM 02 LESÕES CORTO-CONTUSAS PROFUNDAS EM REGIÃO TEMPOROPARIETAL ESQUERDA MUITO IRREGULARES COM LESÃO PARCIAL DE MUSCULATURA. PRESENÇA DE LESÕES SUPERFICIAIS EM ORELHA DIREITA E ESQUERDA COM LESÃO DE CARTILAGEM, BASE DE NARIZ E PERFURAÇÕES EM REGIÃO CERVICAL A DIREITA.”

Ademais, o médico Sr. FRITZ SCHUTTE, em seu depoimento afirmou:

“que foi o médico que atendeu a reclamante; que a reclamante chegou com muitos ferimentos, principalmente na sua face e no couro cabeludo; que também tinha uma lesão na região cervical, no lado direito; que a reclamante estava correndo risco de morrer; que, potencialmente, a reclamante sofrendo o risco de adquirir alguma infecção em razão dos ataques da onça”; (fls. 202)

Desse modo, ante os documentos de fls. 116/117 e de fls. 122 a 134, assim como o depoimento do médico que atendeu a reclamante após o ataque, ficaram comprovados os requisitos da responsabilidade civil objetiva, quais sejam, os danos e o nexo causal.

Não bastasse isso, embora desnecessária para caracterizar a responsabilidade aquiliana das reclamadas, pois no caso se aplica a responsabilidade objetiva, restou evidenciada a culpa das reclamadas, conforme análise abaixo.

De início, cabe salientar que os seres humanos passam a maior parte de sua vida útil no trabalho, exatamente no período da plenitude de suas forças físicas e mentais, daí por que o trabalho, determina o seu estilo de vida, influencia nas condições de saúde, interfere na apresentação pessoal e, muitas vezes, determina a forma da morte.

O meio ambiente do trabalho está inserido no ambiente geral (art. 200, VIII, da Constituição Federal, de modo que é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando o meio ambiente de trabalho.

Nessa perspectiva, o Poder Constituinte Originário, no art. 7º, XXII, consagrou como Direito Fundamental dos Trabalhadores “a *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*”, além disso, o Estado Brasileiro ratificou a Convenção n. 155 da OIT, o qual dispõe acerca da segurança e saúde dos trabalhadores, nos locais de trabalho.

Ademais, conforme art. 157 da CLT incumbe às reclamadas o dever de cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho.

Desse modo, é dever tanto do empregador como do tomador dos serviços, garantir ao trabalhador uma meio ambiente hígido, salubre e seguro.

Contudo, não foi o que ocorreu no caso em análise, conforme o documento trazido pela primeira reclamada às fls. 128/134.

Às fls. 131 dispõe que o local em que a reclamante trabalhava, está localizada em área de Floresta Nativa e que apesar da presença de onças no região, não havia grade de proteção

e os trabalhadores circulavam pelo Projeto a pé por trilhas e passarelas.

Não bastasse isso, o mesmo documento constata a presença de resíduos orgânicos expostos e com destinação inadequada no Projeto Igarapé-Bahia.

O documento de fls. 132 demonstra que o ataque ocorreu por falha de gestão e no gerenciamento de riscos, por parte das reclamadas, e estabelece quais medidas devem ser adotadas para que novos ataques sejam evitados. Vejamos:

- “a) Desmobilização dos serviços da Lavanderia;
- b) Colocação de cerca nas estruturas principais do IB onde ocorre a circulação mais intensa de pessoas — Fazer projeto da cerca (levantamento topográfico e orçamento) — Fazer contratação imediata do serviço — Executar a obra;
- c) Definir projeto de melhoria do acondicionamento de resíduos orgânicos gerados no projeto IB;
- d) Solicitar ao ICMBIO autorização para “Brocamento” ou roço das quadras de florestas entre alojamentos, refeitório, escritório, etc. Esta atividade inibe a permanência de predadores em locais sem esconderijos e pontos de camuflagens;
- e) Proibição de circulação de pessoas nas vias internas do Igarapé-Bahia e disponibilização de transporte interno entre as estruturas existentes de escritórios, alojamento e refeitório;
- f) Estudar a possibilidade para que sejam disponibilizado ambulância e profissional da área de Saúde (Enfermeiro — Nível Superior) para atender em tempo integral eventuais situações de emergência no Projeto Igarapé Bahia.”

Além da prova documental, o depoimento do sócio proprietário da primeira reclamada, do preposto da segunda reclamada e das testemunhas trazidas pelas partes, demonstram claramente

a culpa das reclamadas pelo infortúnio ocorrido, *verbis*:

“(…)

“que após o acidente foi feita uma análise após o acidente, o que foi feita em conjunto pelas reclamadas; que após a análise, a Vale colocou um ônibus para fazer o traslado dos funcionários das terceirizadas na área; que o referido transporte é de responsabilidade exclusiva da Vale; que se a área fosse cercada anteriormente, o ataque poderia ter sido evitado; que o acampamento, a lavanderia e o refeitório já existem desde antes da reclamada manter contrato com a Vale, há muitos anos”; (Depoimento do sócio proprietário da primeira reclamada, fls. 200)

“que o Núcleo Urbano de Carajás é cercado, com o objetivo de segurança dos moradores, e da segurança do transporte de minérios; que nem todo o acampamento do Igarapé-Bahia é cercado; que o ataque ocorreu na área não cercada; que a segunda reclamada é responsável pela construção da cerca; que atualmente a segunda reclamada está construindo uma cerca no projeto do Igarapé-Bahia; que não tem conhecimento do custo da obra;

(…)

que nunca fez o trajeto da lavanderia até o refeitório a pé; que o referido trajeto tem 100 ou 150 metros; que crê que seja da segunda reclamada a responsabilidade por garantir a segurança dos trabalhadores; que era permitido andar a pé na área porque não havia registros de ataque; que a primeira reclamada não poderia fazer qualquer tipo de construção na área, tais como cerca de proteção; que a primeira reclamada é responsável pelo transporte dos funcionários de Parauapebas até o Igarapé-Bahia; que, ao que sabe, quem cuida da fauna da região é o IBAMA; que até onde sabe a Vale não possui nenhum gerenciamento dos animais da área; que acredita que a primeira reclamada é a

responsável pelo acidente; que a segunda reclamada contratou uma empresa de segurança patrimonial para a área; que a finalidade da empresa de segurança é cuidar do patrimônio da segunda reclamada; que não tem equipe de segurança específica para conter ataques de animais; que não sabe dizer se, caso os funcionários fossem acompanhados por seguranças, o acidente poderia ter sido evitado; que os seguranças contratados pela segunda reclamada andam armados e os funcionários não; que a segunda reclamada possui uma guarda florestal que faz a ronda nos diversos projetos que possui; que não sabe informar qual a finalidade dessa guarda florestal; que a Vale está cercando a área para aumentar a prevenção de acidentes.” (Depoimento do preposto da segunda reclamada, fls. 202/203)

“que não sabe informar se havia algum programa de prevenção de riscos da área; que, caso houvesse o programa, um dos riscos deveria ser o de ataque de felinos; que atualmente estão construindo uma cerca para prevenir novos ataques de felinos; que não é comum encontrar lixo orgânico na área, mas existe; (...) que o depoente por diversas vezes fez o trajeto a pé; que era comum fazer o trajeto a pé; que antes do ataque à reclamante, um mês e meio antes, ocorreu outro ataque de onça; que não sabe informar quem é o responsável pela segurança naquele local de trabalho; (...) que atualmente os funcionários da Vale e das terceirizadas trafegam na área apenas em veículos; que antes do ocorrido era comum trafegarem a pé; que atualmente tem um ônibus que circula o tempo todo na área; que é possível também pegar uma “carona” no carro de outra empresa.” (Testemunha trazida pela reclamante, Sr. FRITZ SCHUTTE, fls. 202)

Do depoimento acima transcritos e dos documentos juntados, mormente os de fls. 128/134, ficou evidenciada a culpa de ambas

as reclamadas, principalmente da segunda reclamada, Vale S/A., uma vez que conforme o depoimento de seu preposto era responsável por garantir a segurança dos trabalhadores que trabalham no Projeto do Igarapé-Bahia, seja de seus próprios empregados, ou dos empregados das terceirizadas, bem como deveria ter providenciado, antes mesmo do início da consecução do mencionado Projeto, a construção das cercas de proteção, com o intuito de evitar os ataques de animais silvestres às pessoas que ali circulam.

Deveria, também, a segunda reclamada ter fornecido veículos para que nenhum trabalhador circulasse a pé e ter garantido o acondicionamento adequado dos resíduos orgânicos.

Sobressalta, ainda, que conforme afirmado pelo preposto da segunda reclamada, esta possui uma empresa de segurança para garantir a integridade de seu patrimônio no local onde ocorreu o ataque do felino, porém não possuía até época do evento qualquer medida ou projeto que garantisse a integridade física dos trabalhadores do Igarapé-Bahia, que apesar da presença de onças na região, circulavam a pé, sem qualquer proteção.

Nessa senda, vale ressaltar, que é crescente na sociedade contemporânea o processo de — coisificação do ser humano —, presente no pensamento kantiano, extremamente atual e pertinente aos dias de hoje.

“Neste sentido, o homem não pode configurar-se como um simples meio para a prossecução de fins alheios ou mesmo para os seus próprios fins: o homem é antes um fim em si mesmo, sendo aqui que reside sua dignidade. E a dignidade é um valor interno absoluto de cada homem: é na dignidade que se fundamenta o respeito que lhe devem todos os restantes seres racionais do mundo, tal como é pela dignidade que cada homem se pode valorar em pé de igualdade perante os demais.” (*In* Instituições políticas e constitucionais, OTERO, Paulo, Coimbra: Almedina, v. I, p. 209.)

O direito a um ambiente de trabalho sadio e seguro é direito humano fundamental que se extrai da interpretação sistemática de diversas normas da Constituição da República de 1988, tais como o art. 1º, III, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana; o art. 5º, que garante a inviolabilidade do direito à vida, no qual se insere a saúde; o art. 7º, XXII, que garante o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho; o art. 170, que garante a valorização do trabalho humano; o art. 193, que enfatiza a ordem social com base no primado do trabalho e o art. 200, VIII, que estabelece como dever do sistema único de saúde colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Saliento, todavia, que embora a Constituição Federal tenha adotado como um dos seus fundamentos, a livre-iniciativa (art. 1º, IV, da CF), a busca pelo lucro deve ser buscada com respeito à fauna, flora e principalmente com respeito à dignidade humana.

Nesse sentido, a Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento (ECO 92) realizada em 1992 no Rio de Janeiro, consagrou como um dos seus princípios, o seguinte: *“Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável.”*

Assim, embora o desenvolvimento, desde que sustentável, deva ser buscado, caberia à Vale S/A., antes mesmo do início da exploração do Projeto Bahia, garantir a segurança dos seus empregados e dos empregados das terceirizadas.

Já a primeira reclamada, também é responsável pelo infortúnio, uma vez que permitiu que sua empregada trabalhasse em local sabidamente ermo e perigoso, pois conforme o documento de fls. 128/134 e depoimento das partes e das testemunhas, havia presença de onças na região, tendo inclusive tido ataques de onça anteriormente, porém mesmo assim, assumiu o risco, ao permitir que a reclamante se locomovesse a pé, pelo Projeto, sem qualquer proteção.

Destarte, tendo em vista as provas orais e documentais produzidas nos autos, concluo que ficou sobejamente demonstrada a culpa de ambas as reclamadas, motivo pelo qual, nos termos do art. 942 do Código Civil, as empresas TOPGEO Topografia e Serviços Ltda. e Vale S/A. são solidariamente responsáveis pelos danos sofridos pela reclamante em razão do ataque do felino (Suçuarana).

Nesse sentido, colaciono a seguinte decisão do c. TST:

RECURSO DE REVISTA DA NETWORKER TELECOM INDÚSTRIA, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA. 1. ACIDENTE DE TRABALHO. TOMADORA DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE.SOLIDÁRIA.

O art. 942 do Código Civil estabelece, para a reparação de danos, a responsabilidade solidária dos ofensores. Sob tal ótica, a segunda reclamada, na condição de tomadora de serviços, é parte legítima para responder, de forma solidária, pela indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho. 1.2. Em caso de responsabilidade objetiva, tendo em vista o exercício de atividade de risco na execução do contrato de trabalho, despicienda a análise da culpa — *lato sensu* — do empregador, bastando a demonstração do dano e do nexo causal. Recurso de revista não conhecido. (Processo n. TST-RR-22900-44.2005.5.15.0103, 3ª Turma, Ministro relator Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de publicação: 3.9.2010.)

Assim, comprovados os requisitos da responsabilidade civil, passo à análise dos danos morais, estéticos e materiais.

2.2.2. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Os danos morais estão previstos no art. 5º, V e X, da Constituição Federal constituindo qualquer lesão a direito da personalidade e a dignidade humana, ocasionando dor e sofrimento à vítima e não mero aborrecimento.

Em seu depoimento pessoal a reclamante afirmou:

“que nunca mais teve uma vida normal; que constantemente relembra o barulho e

a imagem do ataque da onça; que quando relembra os fatos, fica agitada, parecendo que está acontecendo novamente;” (fls. 199)

As testemunhas apresentadas pelas partes alegaram:

“que estava presente quando do ataque da onça; que era costume ir para o almoço, da lavanderia para o refeitório, a pé; que a apenas era fornecido veículo quando estivesse alguém disponível, o que não era o caso deste dia; que ainda está traumatizada em razão do ataque; que às vezes tem pesadelos por causa do ataque; que nos pesadelos, vem a imagem da cena do ataque, e que muitas vezes acorda assustada; (...) que encontrava com a reclamante no serviço e esta se queixava de dores no rosto e também dos pesadelos. (...) que depois do ocorrido, nunca mais voltou à lavanderia, e não retornaria lá nas mesmas condições de antes;” (Testemunha trazida pela reclamante, MARIA CLOTILDE SILVA DOS SANTOS, fls. 203)

“que prestou assistência à reclamante depois dela ter saído do hospital; que quando a reclamante precisava de mantimentos e dinheiro para transporte, solicitava ao depoente, que prontamente a atendia; (...) que a primeira reclamada forneceu R\$ 1.200,00 em mantimentos, e custeou as passagens para a família da reclamante vir visitá-la; que tem conhecimento de que após o término da licença-maternidade, a reclamante deverá fazer uma cirurgia; que não sabe dizer se a reclamante passa por algum tratamento psicológico; que o diretor da primeira reclamada disse para a reclamante que a empresa iria custear cirurgia estética; que ouviu da reclamante que está com uma fratura no maxilar; que a empresa não tomou nenhuma providência em razão da fratura no maxilar.” (Testemunha trazida pela primeira reclamada, CHARLES AUGUSTO VASCONCELOS, fls. 204)

O dano moral é presumido, configurando-se independentemente da comprovação de

seus efeitos (*damnum in re ipsa*), até porque estes não são passíveis de serem demonstrados, bastando a violação efetiva de um direito da personalidade para que a indenização reste devida.

Na hipótese, o dano moral é patente e inextinguível, uma vez que conforme depoimento da reclamante e da testemunha que presenciou o fato, ambas constantemente sofrem com pesadelos, em decorrência do ataque, estando, ainda, traumatizadas pelo ocorrido.

Além disso, a reclamante encontra-se com o maxilar fraturado, bem como necessita de cirurgia estética para corrigir as deformidades e marcas existentes em sua face, por força das mordidas do felino.

Caracterizado o dano moral, passo à análise da quantificação de sua indenização.

Ante ausência de uma regra tarifada para definir o valor da indenização do dano moral, o magistrado deve pautar por critérios de razoabilidade, justiça e equidade, devendo analisar as circunstâncias do caso concreto, tais como: situação econômica das partes, gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado, culpa das reclamadas, principalmente, o caráter punitivo, pedagógico e compensatório da indenização.

No caso, a integridade física da reclamante foi afetada, com risco de morte e evidente sofrimento físico e moral, além disso, conforme restou evidenciado nos autos, o ataque de felino era previsível na região em que a reclamante trabalhava, contudo as reclamadas nada fizeram para evitar o ocorrido.

De mais a mais, considerando a capacidade econômica da primeira reclamada (fls. 46/48) e da segunda reclamada (maior empresa mineradora de minério de ferro do mundo, com faturamento de US\$ 100 bilhões, valor de mercado de US\$ 190 bilhões e lucro líquido de US\$ 41 bilhões, dados referentes a 2011, conforme *site*: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Vale_S.A.>, bem como o caráter punitivo, pedagógico e compensatório da medida, fixo

em R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) o valor da indenização por danos morais.

2.2.3. INDENIZAÇÃO POR DANOS ESTÉTICOS

Dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e impliquem, sob qualquer aspecto, uma desarmonia no fenótipo da vítima.

Sobre o tema Alexandre Agra Belmonte, em seu livro *Curso de Responsabilidade Trabalhista Danos Morais e Patrimoniais nas Relações de Trabalho* preleciona que: *“Na realidade, os danos estéticos têm natureza peculiar. São danos morais cujos reflexos subjetivos e objetivos surgem de forma bastante definida. Por um lado, são danos morais de natureza física, porque atingem a integridade física da pessoa, causando-lhe sofrimento íntimo; por outro, correspondem a um dos aspectos do direito de imagem, porque, importando em comprometimento da aparência, afeta a imagem social, com reflexos externos: o comprometimento da harmonia física ou corporal termina afetando o modo com que a pessoa passa a ser vista no meio social.”*

No caso, o dano estético foi comprovado, uma vez que conforme as fotos (fls. 04/07, 111/115 e juntadas em mídia digital) e documentos de fls. 116/117, assim como o depoimento do médico que atendeu a reclamante, logo após o ataque.

Acerca dos danos estéticos sofridos pela reclamante, o médico Dr. FRITZ SCHUTTE, esclareceu que:

“que as principais sequelas do ataque à reclamante seriam cicatrizes e deformidades na região afetada; que a reclamante foi submetida à cirurgia no hospital Yutaka Takeda; que dá para minimizar muito as cicatrizes existentes na face da reclamante; que não sabe informar os custos de uma cirurgia estética dessa monta;” (fls 202)

Caracterizado o dano estético, passo à análise da quantificação de sua indenização.

Assim como o dano moral, não há no ordenamento jurídico pátrio uma regra tarifada para definir o valor da indenização do dano estético, devendo o magistrado pautar-se por critérios de razoabilidade, justiça e equidade, analisando as circunstâncias do caso concreto, tais como: situação econômica das partes, gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado, culpa do ofensor e, principalmente, o caráter punitivo, pedagógico e compensatório da indenização.

Pautado nesses critérios, condeno a reclamada ao pagamento de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), a título de indenização por danos estéticos.

Por fim, saliento que conforme a Súmula n. 387 do STJ a indenização por danos morais e estéticos são cumuláveis.

2.2.4. DANO MATERIAIS. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL

A reclamante afirma na petição inicial que as sequelas de seu acidente laboral tornaram parcialmente inapta para o trabalho, impedindo-a de exercer atividade produtiva em lugar semelhante àquele que laborava no dia do acidente, bem como teve seus movimentos prejudicados.

Desse modo, a reclamante postula o pagamento de pensão mensal desde a data do infortúnio até que esta complete 74 anos, devendo ser pago em parcela única.

As reclamadas pugnam pela improcedência do pedido, sustentando que a reclamante não sofreu qualquer redução em sua capacidade laborativa.

A indenização por danos materiais, nos termos do art. 402 do Código Civil, é composta pelos danos emergentes e lucros cessantes, os quais se referem, respectivamente, ao valor patrimonial que o obreiro perdeu em face do acidente sofrido (gastos com o

tratamento) e aquele que ele razoavelmente deixará de ganhar em face da perda de sua capacidade laborativa.

Com relação aos danos emergentes, por se tratarem de prejuízos imediatos e mensuráveis, decorrentes do acidente de trabalho sofrido pelo obreiro, causando-lhe diminuição em seu patrimônio, a percepção da indenização respectiva está condicionada à comprovação dos gastos médicos efetuados mediante a apresentação de recibos.

No entanto, no caso concreto, não houve na petição inicial qualquer pedido de ressarcimento de despesas com tratamento médico ou fisioterápico ou psicológico, porventura pagas pela reclamante, não havendo, assim, falar em danos emergentes.

No tocante aos lucros cessantes, registro, por oportuno, que estes se dividem em duas subespécies: um referente ao período de convalescença, ou seja, ao período do acidente à alta médica, e o outro referente ao pensionamento, o qual compensa a perda da capacidade laborativa decorrente das lesões já consolidadas pelo período, em regra, de duração da vida da vítima, ou longevidade real.

O art. 950, *caput* do Código Civil dispõe que:

“Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.”

Oportuna a lição de Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

“Mas prevê-se, no caso do art. 950, indenização que, além das despesas de tratamento e do que o ofendido houver deixado de auferir até o fim da convalescença, compreende uma pensão atinente à importância do trabalho ao qual está inabilitada a vítima ou em razão do qual

teve sua capacidade depreciada. Ou seja, é a incapacidade laborativa total ou parcial resultante da ofensa sofrida, que será apurada de acordo com perícia, também mercê da qual se identificará, conforme a hipótese, o grau da redução da aptidão para o trabalho”. (in “*Código Civil Comentado*”/Cezar Peluso (Coord.). Barueri, SP: Manole, 2007.)

Assim é que, quem deu causa ao acidente de trabalho está obrigado a pagar à vítima o valor do salário que deixou de auferir no período em que permaneceu afastada de suas atividades laborais convalescendo, bem como, após a alta médica, em caso de eventual redução da capacidade laborativa resultante de sequelas, a pagar pensionamento calculado com base no percentual da perda efetivamente sofrida, não mais, nem menos.

Em seu depoimento pessoal a reclamante alegou “*que depois do fato, trabalhou no escritório da empresa, fazendo faxina*”; (fls. 199)

Nesse mesmo sentido a testemunha trazida pela reclamante, Maria Clotilde Silva dos Santos, o qual afirmou que “*que às vezes via a reclamante trabalhando na empresa*”; (fls. 203)

Desse modo, tendo em vista que a reclamante afirmou ter voltado a trabalhar na mesma função a que foi contratada, o atestado de saúde ocupacional (fls. 101) a considerou apta para o retorno ao trabalho e os relatórios médicos (fls. 116/117) não demonstram qualquer redução permanente da capacidade laborativa, julgo improcedente o pedido de pensionamento, nos termos do art. 269, I, do CPC.

2.2.5. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

Defiro os benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 790, parágrafo terceiro da CLT.

A simples alegação de que é hipossuficiente econômica é o suficiente para conferir o direito ao benefício da justiça gratuita, conforme jurisprudência consolidada do TST.

2.2.6. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A reclamante postula o pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais e contratuais.

Embora beneficiária da Justiça Gratuita, a reclamante encontra-se assistida por advogado particular, motivo pelo qual não preencheu os requisitos legais e das Súmulas ns. 219 e 329 do TST.

Indefiro, assim, os honorários sucumbenciais.

Já no que tange aos honorários advocatícios contratuais, na Justiça do Trabalho faculta-se tanto ao empregado como ao empregador o *jus postulandi*, ou seja, o direito de postular pessoalmente, conforme preceituam os artigos 791, *caput*, e 839, “a”, da CLT.

As partes podem valer-se, ainda, da assistência prestada pelos sindicatos ou socorrer-se dos núcleos de assistência judiciária das universidades ou da Defensoria Pública.

Outrossim, se a pretensão da reclamante fosse deferida nesta Justiça Especializada, poder-se-ia reputar justa, também, a condenação da Obreira ao pagamento de honorários contratuais ao advogado das Reclamadas caso fosse considerado sucumbente em sua pretensão, o que, nem de longe, se coaduna com o *jus postulandi*, pois a presença do advogado, sendo facultativa, não pode onerar a parte contrária.

Segundo a lição de Jorge Luiz Souto Maior, em seu artigo Honorários advocatícios no processo do trabalho: uma reviravolta imposta também pelo novo Código Civil: “(...) Pois bem, o certo é que, malgrado o teor do art. 133, da Constituição Federal, que considera o advogado indispensável à administração da justiça, e frustradas as tentativas de se regular, por lei, tal matéria, o *jus postulandi* se mantém e para alguns ele se constitui um óbice definitivo para a não concessão de honorários advocatícios no processo do trabalho, já que a presença do advogado é facultativa e a parte contrária não pode ser onerada pelo exercício de

uma faculdade da outra parte. (...)” <http://www.trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev21Art4.pdf>.

Dessa forma, indefiro o pedido de honorários advocatícios requeridos.

2.2.7. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Os juros de mora incidem desde o ajuizamento da reclamação trabalhista até a data do efetivo pagamento ao credor, na esteira dos arts. 883 da CLT e 39, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.177/91, que regulamentam a aplicação dos juros moratórios nos créditos trabalhistas.

Contudo, a correção monetária incidirá a partir da data da prolação desta sentença, conforme Súmula 362 do STJ.

2.2.8. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

Tendo em vista que as parcelas deferidas possuem natureza indenizatória, não há incidência de descontos previdenciários e fiscais.

2.2.9. DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Tornada a dívida líquida e certa, fica a reclamada desde já ciente que: após o trânsito em julgado da decisão, terá o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para pagar a dívida ou garantir a execução. Em decorrido o prazo sem o devido pagamento ou garantia da dívida, será aplicada multa por descumprimento, com percentual fixado de plano por este Juízo no importe de 20% aplicado sobre o montante da condenação, nos termos do art. 832, § 1º da CLT c/c art. 652, “d”, da CLT. Após adotadas as providências cabíveis, serão iniciados os procedimentos executórios, independente de citação, através do bloqueio *on-line* de valores via sistema Bacen-Jud, o qual, em sendo infrutífero, acarretará a desconsideração da personalidade jurídica da empresa ré, em face das prescrições contidas nos arts. 592, II do CPC c/c e 28, § 5º do CDC, ambos de aplicação subsidiária ao processo do trabalho.

3. DISPOSITIVO

PELO EXPOSTO, DECIDE A MM. 1ª VARA DO TRABALHO DE PARAUAPEBAS-PA, NA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA MOVIDA PELA RECLAMANTE LAURILETE CANAVIEIRA SILVA EM FACE DE TOPGEO TOPOGRAFIA E SERVIÇOS LTDA. E VALE S/A., PARA REJEITAR AS PRELIMINARES SUSCITADAS PELA SEGUNDA RECLAMADA E, NO MÉRITO, JULGAR PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS PELA RECLAMANTE PARA CONDENAR AS RECLAMADAS SOLIDARIAMENTE AO PAGAMENTO DE:

A) INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO VALOR DE R\$ 700.000,00 (SETECENTOS MIL REAIS);

B) INDENIZAÇÃO POR DANOS ESTÉTICOS NO VALOR DE R\$ 300.000,00 (TREZENTOS MIL REAIS).

DEFIRO OS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA AO RECLAMANTE. TENDO EM VISTA QUE AS PARCELAS DEFERIDAS POSSUEM NATUREZA INDENIZATÓRIA, NÃO HÁ DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. QUANTO ÀS INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL E ESTÉTICOS OBSERVAR-SE-ÃO OS DITAMES DA SÚMULA N. 362 DO STJ. OS JUROS DE MORA INCIDEM DESDE O AJUIZAMENTO DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA ATÉ A DATA DO EFETIVO PAGAMENTO AO CREDOR, NOS TERMOS DOS ARTS. 883 DA CLT E 39,

CAPUT E § 1º, DA LEI N. 8.177/91, QUE REGULAMENTAM A APLICAÇÃO DOS JUROS MORATÓRIOS NOS CRÉDITOS TRABALHISTAS. DESDE JÁ, AS RECLAMADAS FICAM CIENTES QUE, UMA VEZ TRANSITADA EM JULGADO A DECISÃO, FICA DISPENSADA A CITAÇÃO E OS PROCEDIMENTOS EXECUTÓRIOS SERÃO, IMEDIATAMENTE, INICIADOS EM SEU DESFAVOR. CUSTAS DE CONHECIMENTO PELAS RECLAMADAS DE R\$ 20.638,46 (VINTE MIL, SEISCENTOS E TRINTA E OITO REAIS E QUARENTA E SEIS CENTAVOS) CALCULADAS SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO R\$ 1.020.638,46 (UM MILHÃO E VINTE MIL E SEISCENTOS E TRINTA E OITO REAIS E QUARENTA E SEIS CENTAVOS), NA FORMA DO ART. 789, § 2º, DA CLT. TUDO CONFORME FUNDAMENTAÇÃO QUE PASSA A FAZER PARTE INTEGRANTE DESTE DISPOSITIVO, PARA TODOS OS FINS DE DIREITO. PARTES CIENTES (SÚMULA N. 197 DO TST).

Parauapebas-PA, 10 de setembro de 2012.

MAURO ROBERTO VAZ CURVO

Juiz Federal do Trabalho

Dados do processo:

Processo: 0000834-85.2012.5.08.0114

Publicado no dia 17.9.2012 no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho – DEJT

Juiz Sentenciante: Mauro Roberto Vaz Curvo

1ª Vara do Trabalho de Parauapebas – PA

9ª Vara do Trabalho de Belém – PA

TERMO DE AUDIÊNCIA

Juiz do Trabalho: Ney Stany Morais Maranhão

Processo n. 1177-08.2012.5.8.0009

Reclamante: Carlos Augusto dos Santos

CPF/CNPJ: 701.682.532-91

Reclamado(a): F. de Oliveira Navegação Ltda.

CPF/CNPJ: 22.797.070/0004-06

Ação: Ordinário

Data designada: 23.10.2012, às 08:30

Na data e na hora acima, o Juiz Substituto da 9ª Vara do Trabalho de Belém, Dr. NEY STANY MORAIS MARANHÃO, determinou que se apregoassem as partes para apreciação das parcelas trabalhistas pleiteadas na peça exordial. A presente sessão iniciou-se às 08h35. Aberta a audiência, verificou-se a: Presença do(a) reclamante pessoalmente, assistido(a) pelo(a) Dr.(a). ELIESER DA SILVA CABRAL, habilitado(a). Presença do(a) reclamado(a) através do(a) proprietário Sra. LETÍCIA MAIA SILVA, assistida da DRA. JACQUELINE MARIA MALCHER MARTINS, habilitada. Pela ordem, a patrona da reclamada pede a apreciação imediata da prejudicial de mérito baseada em prescrição. O Juízo se resguarda a apreciar a temática quando da prolação da Sentença. **DEPOIMENTO DO(A) RECLAMANTE:** (O JUÍZO DETERMINA QUE A PREPOSTA AGUARDE FORA DA SALA DE AUDIÊNCIAS). Que atuava como maniqueiro, destravando a carreta da balsa; que no dia 17 de março de 2005 o depoente foi realizar suas atividades normais em uma carreta que possuía veículos pequenos; que o procedimento normal consiste em o motorista esperar o maniqueiro dar o sinal, a fim de que ele possa

sair; que o procedimento orientado vai no sentido de colocar os cavaletes nas laterais, mas se a carreta tiver “perna”, não precisa; que o acidente aconteceu na última carreta da fila, que exigia um procedimento diferente, qual seja, que se colocasse embaixo da carreta para ajustar os cavaletes; que no primeiro cavalete que colocou, houve um deslizamento, já que a carreta não tinha freio, pois era uma carreta muito antiga; que o motorista retirou o cavalo antes da hora; que a carreta desceu, mas não totalmente, deixando apenas um espaço em que o depoente conseguiu sobreviver e não ser esmagado; que acredita que ficou cerca de 3 minutos preso embaixo da carreta; que só foi possível levantar porque a carreta tinha veículos pequenos; que sentia fortes dores na coluna e na cabeça; que o encarregado perguntou primeiro pela existência de avarias no veículo, sendo que só depois encaminhou o depoente para o médico da empresa; que depois a preposta lhe conduziu para o hospital e a empresa pagou o exame; que só fez uma audiometria; que os medicamentos foram obtidos com o SUS; que como havia uma outra fila de carretas bem ao lado, não havia como colocar os cavaletes pelas laterais, exigindo que o trabalhador se coloque embaixo das carretas para os ajustes; que nessas situações não há outra alternativa: é preciso se colocar embaixo da carreta, sendo de certa forma comum o procedimento; que todo o seu procedimento foi orientado pelo encarregado Batista; que o encarregado em nenhum momento mandou parar o procedimento; que o encarregado Tadeu faz o mapa das carretas que vai para a balsa; que trabalhava na mesma função em outra empresa, o que se deu por uma ano; que nunca recebeu qualquer ministração de palestra envolvendo matéria de

segurança do trabalho; que também não recebeu qualquer treinamento para essa atividade, acredita que porque já realizava em outra empresa a mesma função; que apenas usava uniforme, botas e luvas; que não existiu qualquer orientação específica para o trabalhador não ficar embaixo da carreta; que a retirada do cavalo só pode acontecer após a permissão do maniqueiro; que o motorista saiu antes do tempo; que somente depois de muito tempo deslocou-se até o hospital de Castanhal. ENCERRADO O DEPOIMENTO. DEPOIMENTO DO(A) PREPOSTO(A) DO(A) RECLAMADO(A): Que trabalha desde o ano 2000 na empresa e atualmente é assistente administrativa; que a depoente só foi comunicada do acidente com o reclamante pelo gerente Baracho; que os colegas de trabalho comentaram que o reclamante estava machucado por ter sofrido um acidente; que o reclamante passou cerca de 15 dias sem ir trabalhar, apresentando um atestado médico; que não sabe quem pagou a consulta do reclamante depois do acidente; que a CAT só foi emitida cerca de 60 dias depois do acidente; que segundo lhe contaram o reclamante se machucou sozinho embaixo da carreta, não havendo notícia de que qualquer cavalete tenha quebrado ou tenha ocorrido movimentação indevida do veículo, bem como qualquer açoitamento do motorista; que não comentaram sobre qualquer quebra do pé da carreta; que a empresa emitiu a CAT diante dos comentários dos colegas de trabalho; que o gerente Baracho sempre faz o treinamento para os maniqueiros; que na época a empresa não possuía técnico em segurança do trabalho, motivo pelo qual não houve palestra sobre o tema segurança no trabalho; que não sabe informar qual o procedimento que deve ser feito pelo maniqueiro na hipótese de uma carreta se encontrar em uma posição que de um lado fica a beira da balsa e do outro uma outra fila de carretas; que o cavalete é sempre colocado pelas laterais do veículo; que não tem certeza, mas acredita que a carreta do acidente tinha “pé”; que acredita que os maniqueiros usam uma manivela quando

a carreta está sem espaços na lateral; que o contrato do reclamante continua em vigor. ENCERRADO O DEPOIMENTO. DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA APRESENTADA PELO(A) RECLAMANTE, SR(A). MÁRCIO HEIDER COSTA DA SILVA, RG: 3849071-PA, brasileiro, solteiro, 32 anos, residente e domiciliado na Trav. Pimenta Bueno, n. 1347 – Cruzeiro – Icoaraci – Belém/PA. AOS COSTUMES DISSE NADA. TESTEMUNHA ADVERTIDA E COMPROMISSADA NA FORMA DA LEI, RESPONDEU: que trabalhou na reclamada de janeiro de 2005 a 19.10.2005 na função de maniqueiro; que estava presente no dia do acidente com o reclamante; que o maniqueiro calça a carreta, autorizando que o motorista movimentasse o veículo; que os cavaletes são colocados pelas laterais, salvo quando não há espaço, o que exige que o trabalhador se coloque embaixo da carreta; que a carreta do acidente era monobloco, sem “pé”, muito antiga, bem como não havia espaço nas laterais em razão da existência de outras carretas; que o depoente se deslocou para a parte traseira e o reclamante se colocou embaixo da carreta para ajustar os cavaletes; que a carreta não tinha freio, de modo que o motorista acabou deixando o veículo se movimentar antes do tempo; que em razão disso a carreta arriou, já que o cavalete perfurou o assoalho da carreta, fazendo com que o reclamante ficasse preso embaixo da carreta; que acredita que o reclamante ficou cerca de meia hora embaixo da carreta, até a mesma ser levantada; que não recebeu qualquer orientação específica sobre a função de maniqueiro, tampouco palestras sobre segurança do trabalho; que no caso específico o encarregado não estava observando diretamente a atuação do reclamante e do depoente, mas é comum o procedimento de se colocar embaixo da carreta, de sorte que o encarregado nunca mandou parar esse procedimento; que recebeu uniforme, luvas e botas, mas estas eram difíceis; que o acidente ocorreu pela tarde; que o acidente aconteceu em uma carreta na fila do meio, de modo que havia carretas em

cada lado. ENCERRADO O DEPOIMENTO. Pela ordem, a patrona da reclamada impugna o depoimento, haja vista ser tendencioso e contraditório, em alguns pontos, com o próprio depoimento do reclamante. DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA APRESENTADA PELO RECLAMADO SR. DAVID DE VASCONCELOS MELO, RG: 1988930-PA brasileiro, casado, 50 anos, residente e domiciliado no Conj. Satélite, WE-11, Casa 165 – Coqueiro-Ananindeua/PA. AOS COSTUMES DISSE NADA. TESTEMUNHA ADVERTIDA E COMPROMISSADA NA FORMA DA LEI, RESPONDEU: que desde o ano 2000 trabalha na reclamada na função de motorista; que o depoente estava fazendo uma manobra em local afastado de onde aconteceu o acidente, mas era a mesma balsa; que ouviu um comentário de que teria ocorrido um acidente, mas o depoente continuou suas atividades; que cerca de 20 minutos depois desceu do veículo e comentaram com o depoente que o reclamante tinha ficado preso embaixo de uma carreta; que não entraram em detalhes, mas disseram que a carreta cedeu; que quando desceu do veículo o reclamante já tinha sido conduzido ao médico; que a única hipótese do maniqueiro se colocar embaixo da carreta sucede quando o “pé” da carreta está quebrado ou duro; que não sabe informar se a carreta do acidente tinha algum problema com os “pés”; que na época não havia técnico de segurança, sendo que nunca receberam palestras de segurança do trabalho; que mesmo nesse procedimento excepcional que exige que o maniqueiro fique embaixo da carreta havia o devido acompanhamento do encarregado; que o chefe de operação sempre explica todo o procedimento para o maniqueiro; que estava descarregando as balsas no dia do acidente; que não sabe informar quanto tempo demorou para a pá mecânica subir na balsa a fim de levantar a carreta do acidente. ENCERRADO O DEPOIMENTO. Pela ordem, a patrona da reclamada pugna pela produção de prova pericial a fim de investigar se os problemas que acometem o reclamante decorrem ou não do referido

acidente. **Indefiro**, tendo em vista que essa nuance não integra a *litiscontestatio*, porquanto a tese da defesa está centrada exclusivamente na invocação de fato exclusivo da vítima. Com os protestos. Não havendo mais provas a serem produzidas, o Juízo declara ENCERRADA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. Em RAZÕES FINAIS, as partes mantêm suas teses opostas. RECUSADA A SEGUNDA PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO. Diante da fé pública que emana dos registros aqui realizados, do quanto disposto nos arts. 846, § 1º, e 851, § 2º, ambos da CLT, bem como contando com a plena anuência dos presentes, esta ata será assinada apenas pelo magistrado e pelo secretário de audiências. Todos se retiram da sala de audiência, pugnando pela intimação oportuna quanto ao teor da sentença que será prolatada, o que fica deferido. PASSO A DECIDIR. **RELATÓRIO**. À vista dos princípios da economia e celeridade processuais, tomo o contido no presente termo como relatório de sentença. **FUNDAMENTAÇÃO**. DA PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO TOTAL. *ACTIO NATA SUBJETIVA*. A reclamada suscita questão prejudicial de mérito lastreada em prescrição total, haja vista que o acidente de trabalho ocorreu há mais de cinco anos (17.3.2005). No que refere ao tema, a regra geral segue a linha da *actio nata* objetiva, ou seja, o lapso prescricional começa a fluir a contar do momento da lesão. Há casos, porém, que a aplicação dessa regra pode produzir escancarada injustiça, como naqueles eventos em que as lesões à saúde são de difícil identificação ou cujo processo crônico demore a se deflagrar. Por conta disso, avança a legislação e a jurisprudência para abraçar a tese da *actio nata* subjetiva, de sorte que o irromper do lapso prescricional só ocorra a partir do efetivo momento em que “o doente, devidamente informado pelos médicos, tenha a exata noção de que a sua doença está relacionada ao trabalho, o que lhe abre a possibilidade de reivindicar a reparação cabível” (PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Acidente do trabalho*: crítica e tendências. São Paulo: LTr, 2012. p. 259). Essa

linha de percepção das coisas — lastreada não na ocorrência da *lesão*, em si mesma considerada, mas, sim, no *conhecimento* das origens e extensões dessa lesão, por parte da vítima — tem influenciado já a legislação e a jurisprudência pátrias, como se vê do quanto disposto nos arts. 26, § 3º, e 27, do CDC (aqui, por analogia, tomando a *ratio* dos dispositivos), bem como as Súmulas ns. 230 do STF e 278 do STJ. Na mesma linha segue o Enunciado n. 46 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho na Justiça do Trabalho, como segue: “O termo inicial do prazo prescricional da indenização por danos correntes de acidente do trabalho é a data em que o trabalhador teve ciência inequívoca da incapacidade laboral ou do resultado gravoso para a saúde física e/ou mental.” Na espécie, o reclamante só tomou conhecimento da decorrência e da extensão de suas lesões com o laudo de fl. 19, lavrado em 2009. Por consequência e estando o vínculo de emprego ainda em vigor, a conclusão que se extrai é que não se suplantou o quinquênio exigido no art. 7º, XXIX, da Carta Magna. Rejeito. DO ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELO RISCO DA ATIVIDADE. ELEMENTO EXCLUDENTE DO NEXO DE CAUSALIDADE: FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA. ATO INSEGURO VERSUS CONDIÇÃO INSEGURA. DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A reclamada, em sua defesa, alega fato exclusivo da vítima, de modo a se ver exonerada do dever de reparar as lesões suscitadas ao autor. Trata-se, como se vê, de hipótese excludente do próprio nexo de causalidade, impedindo, a rigor, a imputação da obrigação de indenizar, ainda quando diante de caso de responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade. Vejamos, pois, antes de tudo, se é pertinente essa alegação. *In casu*, o ponto nodal consiste em saber se integrava o cotidiano laboral do autor lançar-se para debaixo da carreta com vistas a instalar os cavaletes de segurança. Pois bem. Nesse particular, tanto a testemunha arrolada pelo reclamante quanto a testemunha trazida

pela reclamada foram uníssonas em afirmar que, excepcionalmente, o maniqueiro, para exercer suas atividades, posta-se embaixo da carreta, geralmente quando esta possui pé quebrado ou duro, sendo que isso ocorre com plena anuência do próprio encarregado. Ou seja, o procedimento praticado pelo reclamante nada tinha de atípico, senão que era mesmo aceito na rotina laboral pela própria reclamada, através de seus encarregados, como uma exigência incontornável para casos extremos. Aqui, a testemunha trazida pelo reclamante, que lidava com o autor na mesma carreta onde o acidente ocorrera, deixou claro que o veículo manuseado era velho e possuía problemas no “pé”, o que leva a crer que, na ocasião, impôs-se mesmo que o demandante, para o exercício de seu mister, lança-se em condição de perigo elevado, ao se portar embaixo da carreta. Para evitar embargos, consigno que ambos os depoimentos prestados pelas testemunhas foram seguros e convincentes, de sorte que pontuais divergências, quanto a aspectos superficiais da causa, demonstram apenas divergências sensoriais até certo ponto aceitáveis, porque imanentes ao próprio ser humano. Logo, rejeito a impugnação que lhes fora há pouco lançada, no decorrer desta sessão. Vale acentuar, ainda, que a preposta sequer ratificou o conteúdo da CAT emitida pela própria empresa. Veja-se que, aqui, em depoimento, afirmou “que segundo lhe contaram o reclamante se machucou sozinho embaixo da carreta, não havendo notícia de que qualquer cavalete tenha quebrado ou tenha ocorrido movimentação indevida do veículo, bem como qualquer açoitamento do motorista; que não comentaram sobre qualquer quebra do pé da carreta”. Todavia, a própria CAT deixa claro o que ocorrera: quebra do “pé” da carreta (fl. 282). Importante acentuar, ademais, frente a um tal cenário, a fragilidade de alegação de “ato inseguro”, que, além de não se ajustar ao caso dos autos, sequer espelha a atualidade das normativas que regem a temática. Aliás, há alguns dias os magistrados deste Regional nos

reunimos para debater justamente aspectos ligados ao assunto em um profícuo evento científico denominado “Seminário *Prevenção de Acidentes de Trabalho*”, promovido pela Escola Judicial do TRT da 8ª Região no período de 8 a 11 de outubro do corrente ano, nesta capital paraense, onde foram aprovados diversos e interessantíssimos enunciados. Dentre eles, destaco o Enunciado n. 02, cujo teor segue: “RELEITURA DOS FATOS GERADORES DO ACIDENTE DO TRABALHO. SUPERAÇÃO DO ATO INSEGURO PELO RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INSEGURA DE TRABALHO. *A ocorrência do acidente laboral decorre da multiplicidade de elementos próprios da condição insegura de trabalho a que se encontra exposto o trabalhador, restando superada a visão limitada do ato inseguro em face da alteração da NR 1 com a nova redação dada ao item 1.7, alínea “b”, pela Portaria n. 84, de 04 de março de 2009, da Secretaria de Inspeção do Trabalho do MTE.*” Como se vê, a diretriz doutrinária assentada nesse excelente conclave só ratifica as colocações que aqui estamos gizando, sendo certo que, no caso concreto, a exigência de se postar embaixo da carreta acabou sendo uma *condição insegura* abonada pela própria empresa demandada, afastando, por conseguinte, qualquer investigação estreita relativa a possível *ato inseguro* praticado pelo reclamante. Exsurge, pois, patente, toda a complexidade do contorno que envolve o fatídico evento que o autor esteve envolvido, de modo que o singelo apontamento de culpa ou fato exclusivo do obreiro revela-se algo demasiadamente simples e alheio à realidade que é própria à dinâmica laborativa e à própria racionalidade dos acidentes de trabalho, cujas origens do infortúnio, de regra, expressam uma verdadeira “árvore” de fatores. Repilo, portanto, a alegada tese de um possível **fato exclusivo da vítima**, de modo que, bem ao revés, firma-se, sim, com plena nitidez, o nexos de causalidade entre o evento danoso e as atividades laborais da vítima. Fixado esse ponto inicial, convém agora investigar que tipo de responsabilidade civil

há de incidir na espécie: objetiva ou subjetiva. No que diz com essa questão, é certo afirmar, desde logo, que a própria atividade prestada pelo reclamante, impondo o manuseio cotidiano com veículos extremamente pesados, expunha-o a riscos elevados, bem acima daqueles vivenciados pelo demais da sociedade, de sorte a atrair a aplicação, ainda que excetiva, da responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade (CC, art. 927, parágrafo único). Aqui, deixo o registro de que me convenço inteiramente de que o Código Civil de 2002, ao estatuir uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade (art. 927, parágrafo único), trouxe ao cenário jurídico uma disposição altamente útil para esse desiderato de aprimorar a condição social do trabalhador, já que no mundo hodierno há diversas atividades empresariais cuja execução implica natural indução do obreiro a riscos mais acentuados que aqueles suportados pelos demais membros da sociedade, como se dá no presente caso. Noutras palavras: ao garantir a plena reparabilidade dos danos ocasionados aos obreiros, decorrentes do risco que sua dinâmica laborativa lhes impõe, por certo esse dispositivo cível se encaixa como uma luva no anseio constitucional de contínuo fomento à melhoria da condição social do trabalhador. Há, portanto, uma íntima conexão técnico-axiológica entre o art. 7º, *caput*, da Carta da República, e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, claramente lavrada na ambiência do paradigma contemporâneo da responsabilidade civil, que confere máxima tutela à vítima de danos. No meu sentir, ao contemplar essa ligação jurídica, exsurge a oportunidade de se ofertar mais um avanço protetivo ao trabalhador, com o relevante destaque de que nossas disposições constitucionais, quando consideradas com mais vagar, revelam-nos não apenas o objetivo de ampliar o espectro de responsabilidade cível do empregador (CF, art. 7º, XXVIII), diante dos prejuízos ocasionados a seus empregados em acidentes laborais, mas também nos comunicam, expressamente, um estupendo estímulo

a produções jurídicas outras que propaguem ainda mais esse fluxo protetivo, em atenção ao comando de se elevar, cada vez mais, ao longo do tempo, a condição social do cidadão trabalhador, enquanto expressão de tutela da sua dignidade humana (CF, art. 1º, III) e dos valores sociais do trabalho (CF, art. 1º, IV, art. 5º, *caput*, art. 6º, *caput*, art. 170, *caput* e art. 193). Nesse mesmo sentido o Enunciado 377 da 4ª Jornada de Direito Civil (2006), assim vazado: “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.” Na mesma esteira segue o Enunciado n. 37 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho (2007): “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.” No caso em tela, percebe-se que no próprio PPRA da empresa demandada, que atua na área de “transporte de navegação interior de carga”, há reconhecimento de um grau de risco laboral de nível 4 (fl. 146), ou seja, grau de risco elevadíssimo, o que, de todo modo, já está mesmo bem revelado no campo normativo através da NR 4 (fonte: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D36A2800001388128376306AD/NR-04%20\(atualizada\).pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D36A2800001388128376306AD/NR-04%20(atualizada).pdf)>. Capturado neste exato momento: 23 de outubro de 2012, às 11:45h). Por oportuno, cumpre trazer à baila mais um importante enunciado aprovado naquele citado evento científico. Trata-se do Enunciado n. 16, cujo teor é o seguinte: “RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. RISCO DA ATIVIDADE. NR 4. EXEMPLO DE REFERÊNCIA NORMATIVA PARA O APONTAMENTO SEGURO DAS ATIVIDADES QUE IMPLIQUEM RISCO. Para efeito de incidência do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, inclusive quanto a aspectos

acidentários, a NR-4, atinente aos Serviços Especializados em Segurança e Medicina do Trabalho (SESMT), constitui exemplo de segura referência normativa para fins de identificação das atividades empresariais implicadoras de risco.” Firmada está, desse modo, a responsabilidade da empresa demandada, tão só pela existência do elo de causalidade entre o evento danoso ocorrido ao reclamante e a atividade de risco que pratica. Mas não é só. Os autos revelam, ainda, com inteira transparência, a própria e específica culpa da reclamada, a demonstrar que, ainda que a responsabilidade civil objetiva não restasse aplicada, não haveria como contornar a aplicação da clássica responsabilidade civil subjetiva. Deveras, percebe-se que a própria preposta confessou que sequer técnico em segurança do trabalho havia na empresa à época do incidente, sendo que as testemunhas também ratificaram que nunca receberam ministração de palestra a respeito do assunto, circunstância que eleva em demasia a possibilidade de ocorrências acidentais. A negligência da reclamada para com a saúde e a segurança de seus trabalhadores também ficou demonstrada: i) por aceitar que seus trabalhadores manuseassem veículos velhos e sem manutenção, inclusive sem sistema de frenagem, o que só potencializa a ocorrência de acidentes, expondo-os a riscos desnecessários; ii) com a própria atitude de se expedir a CAT somente mais de dois meses depois do grave acidente ocorrido, fato reconhecido pela própria preposta nesta sessão. Está evidente, também, a direta culpa da reclamada no evento danoso. Há, portanto, em paralelo a tudo isso, a presença do clássico fator *culpa*, por parte da empregadora, de modo a legitimar, ainda aqui, a responsabilização da empregadora pelos danos suscitados ao demandante (CF, art. 7º, inciso XXVIII, e CC, arts. 186 e 927, *caput*). Dessa forma, à luz de todos esses fundamentos, firmo que a reclamada também é plenamente responsável pelos específicos prejuízos que se sucederam a desfavor do autor. No caso em testilha, o reclamante simplesmente passou

momentos de tormento e dor debaixo de uma carreta que cedeu sobre o seu corpo, deixando-o espremido, em evento que por pouquíssimo não lhe retirou a vida. Além disso, os atestados médicos encartados às fls. 17-20 dão conta da intensidade das repercussões lesivas decorrentes desse acidente, expressadas em sérios problemas na coluna vertebral, submetendo-o a um quadro de contínua dor. Cumpre também sublinhar as repercussões na própria aparência do autor, que, hoje, tem traços de pessoa de frágil saúde, quando, outrora, detinha aparência atlética e saudável (fl. 99). Vê-se, portanto, a flagrante existência do dano moral. Bom frisar, neste momento, que a concepção moderna do tema relativo à reparação do dano moral tem sinalizado no sentido de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação traumática, tornando prescindível a prova do prejuízo em concreto. Assim se dá porque o abalo moral, como no presente caso, estão insitos na própria ofensa, existindo *in re ipsa* e derivando inexoravelmente do próprio fato lesivo. Logo, provada a ofensa, *ipso facto* resta demonstrado o dano moral, ilação que se extrai de uma presunção natural (*hominis* ou *facti*), à vista do que de ordinário ocorre dentro do complexo mundo interior do ser humano, como ocorrera neste caso. Dessarte, em face desse abalo moral e à luz do art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, e arts. 186 e 927, ambos do Código Civil, julgo procedente o pedido de indenização, cujo *quantum*, destacado, fica a cargo do prudente arbítrio do juiz, segundo critérios de justiça e equidade, em atenção às circunstâncias do caso concreto (CC, art. 953, parágrafo único — STJ, REsp 959.780-ES, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26.4.2011), valendo lembrar que o ressarcimento tem o escopo de, por um lado, compensar a vítima pelo dano sofrido e, por outro, punir o infrator pelo ato desvelado. Nessa toada, notadamente em face do princípio da razoabilidade e do caráter pedagógico da indenização ora deferida — já que até de culpa se está aqui a falar —, bem assim levando em

conta o porte financeiro da reclamada, então arbitro a indenização por danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), precisamente o valor almejado na exordial, numerário esse que, no meu sentir, é apto a compensar o dano sofrido pela vítima e, ao mesmo tempo, representa medida para reflexão do ofensor quanto ao ato praticado. DAS COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS DENUNCIADORAS DA EXISTÊNCIA DE CULPA EM ACIDENTE DE TRABALHO. Tendo em vista a Recomendação Conjunta n. 2/GPCGJT e o conteúdo do OF.TST.GP n. 528/2012, remeter cópia desta decisão, eletronicamente, à Procuradoria-Geral Federal — PGF e ao Tribunal Superior do Trabalho — TST, para os fins de direito. Com os mesmos propósitos, deve também a Secretaria encaminhar desde logo cópia desta decisão para o MPT e a DRT. DAS DEMAIS CONSIDERAÇÕES. Concedo ao reclamante os benefícios da justiça gratuita, sendo o bastante, para tanto, a simples declaração de ser pobre no sentido da lei, firmada pela própria parte ou por seu advogado, como ocorreu no presente caso (fl. 11). Neste caso, os juros de mora incidem a partir do ajuizamento da ação (Lei n. 8.177/91, art. 39, § 1º; CLT, art. 883, *in fine*) e a correção monetária incide a contar da constituição do crédito, a saber, da prolação da presente sentença condenatória. Aplicação da Súmula n. 362 do STJ e da recente Súmula n. 439 do TST (Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012). Em atenção ao disposto no art. 832, § 3º, da CLT, aponto o caráter indenizatório da parcela concedida, pelo que descabe a incidência de contribuições legais. Houve o regular exercício do direito de ação. Portanto, as balizas éticas foram devidamente respeitadas, pelo que rejeito qualquer alegação de litigância de má-fé. Tudo de acordo com a fundamentação e os limites da inicial (CPC, arts. 128 e 460). Ficam afastadas todas as alegações que sinalizam em sentido contrário ao aqui esposado, seguindo a mesma sorte a aplicação de diretrizes legais e/ou jurisprudenciais que da mesma forma não se coadunem

com o presente comando decisório. Segue planilha de cálculos, integrante desta decisão para todos os fins de direito. **CONCLUSÃO.** ISTO POSTO, DECIDO: [1] – EM SEDE PREJUDICIAL DE MÉRITO, REJEITAR A VENTILAÇÃO DE PRESCRIÇÃO TOTAL; [2] – EM SEDE MERITÓRIA PROPRIAMENTE DITA, JULGAR EM PARTE PROCEDENTE O PEDIDO DEDUZIDO NA INICIAL, PARA CONDENAR A RECLAMADA A PAGAR AO RECLAMANTE O VALOR DE R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS) A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR ABALO MORAL. INCIDEM JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. BALIZAS ÉTICAS RESPEITADAS. CONCEDO AO RECLAMANTE OS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. TUDO NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO. CUSTAS PELA

RECLAMADA, APURADAS COM BASE NO VALOR TOTAL DA CONDENAÇÃO, TUDO CONFORME CONSTA DA PLANILHA DE CÁLCULOS EM ANEXO, INTEGRANTE DESTA SENTENÇA PARA TODOS OS FINS DE DIREITO. REMETER CÓPIA DESTA DECISÃO, ELETRONICAMENTE, À PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF E AO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST, PARA OS FINS DE DIREITO. COM OS MESMOS PROPÓSITOS, DEVE TAMBÉM A SECRETARIA ENCAMINHAR DESDE LOGO CÓPIA DESTA DECISÃO PARA O MPT E A DRT. INTIMAR AS PARTES. AUDIÊNCIA ENCERRADA ÀS 12:25H. NADA MAIS.

NEY STANY MORAIS MARANHÃO

Juiz do Trabalho Substituto

Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa – BA

Processo n. 0001162-71.2011.5.05.0651

ATA DE JULGAMENTO

Aos trinta e um dias do mês de maio de 2012, às 15h01min, instaurada audiência presidida pelo Exmo. Sr. Juiz do Trabalho *RINALDO GUEDES RAPASSI*, foram apregoados os litigantes:

RECLAMANTES: ADÃO CARLOS MARQUES VIANA, ADENILTON MARQUES VIANA, ELIANE DA COSTA VIANA, ZENAIDE DA COSTA VIANA, CELICE COSTA VIANA, FÁBIO DA COSTA VIANA e SEBASTIÃO DA COSTA VIANA

RECLAMADO: FRANCISCO GILBERTO SILVA

Ausentes as partes.

Vistos e examinados os autos do processo, avaliados os indícios e as provas, bem assim consideradas as demais circunstâncias constantes dos autos, foi prolatada a seguinte

SENTENÇA

Em **11.7.1988**, ADÃO CARLOS MARQUES VIANA, ADENILTON MARQUES VIANA, ELIANE DA COSTA VIANA, ZENAIDE DA COSTA VIANA, CELICE COSTA VIANA, FÁBIO DA COSTA VIANA e SEBASTIÃO DA COSTA VIANA ajuizaram *ação de indenização por acidente de trabalho*, perante o Juízo de Direito da Comarca de Bom Jesus da Lapa, em face de FRANCISCO GILBERTO SILVA, postulando reparação pecuniária em razão de danos morais pelos fatos que culminaram com o falecimento de seu pai, Sr. SEBASTIÃO ANDRADE VIANA, em 8.11.1987. Foi dado à causa o valor de Cz\$ 12.441.600,00 (doze milhões, quatrocentos e quarenta e um mil e seiscentos cruzados).

Na mesma data foi concedida a gratuidade de Justiça (fls. 1).

O advogado dos autores foi designado por intermédio de Portaria da OAB, Seção do Estado da Bahia, Comissão de Assistência Judiciária (fls. 7).

Em **24.9.1991**, mais de três anos após o ajuizamento da demanda, os autores alertaram para a total falta de andamento processual:

“I – (...) até a presente data não houve nenhum despacho nos mencionados autos.

III – É lamentável e lastimável que a Vara Cível da Comarca de Bom Jesus da Lapa – Bahia sofra morosidade desse tipo, que mancha a imagem do Poder Judiciário.

III – Três (03) anos são muitos anos para marcar uma audiência. Não é aceitável que um processo fique parado durante 03 (três) anos, um processo que cuida do interesse de uma pobre senhora que vem passando por grande dificuldade financeira.” (fls. 25)

Em 4.11.1991 foi marcada audiência para 4.12.1991 (fls. 27/28), que, todavia, não ocorreu. A razão foi o pedido de adiamento pelo réu, evocando haver sido citado em 29/11/1991 (fls. 30).

Acolhida a arguição (fls. 30), a audiência inicial foi remarcada para 10.3.1992 (fls. 36), para o que foram intimadas as partes, conforme certidão de 9.3.1992 (fls. 37 v.).

Em 10/3/1992, o Juízo Cível novamente redesignou a audiência, desta feita para 14.5.1992 (fls. 38). Na mesma data (10.3.1992), os autos foram conclusos a Sua Excelência o Juiz de Direito (fls. 40), **somente sendo devolvidos à Secretaria em 5.1.1993** (fls. 40), quando, obviamente, já passara a data da audiência designada.

Em 26/2/1993, os autores vieram aos autos “*PEDIR O PROSEGUIMENTO DO FEITO como requerido na inicial, e informar que o último despacho aconteceu em 10.3.92*” (sic, fls. 41).

Na mesma data os autos foram conclusos ao Exmo. Juiz de Direito (fls. 42).

Em 24.3.1994, os autores requereram “o PROSEGUIMENTO DO FEITO” (sic, fls. 44).

Nenhuma decisão proferida na causa, até que, em 4.4.2006, o Juízo Cível declinou da competência para processar e julgar o feito, determinando a remessa dos autos para a Justiça do Trabalho (fls. 45/47). **Determinou-se expressamente: “Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.”** (fls. 47).

Mas (inevitável o “mas”), somente em 25.3.2009 o Juízo Cível determinou novamente “1 – Cumpra-se o despacho/decisão ou sentença retro” (fls. 48).

Ainda assim, o dispositivo somente foi publicado em 14.10.2011 (fls. 50), finalmente chegando à conclusão da Justiça do Trabalho em 14/12/2011 (fls. 52).

Em 7.2.2012, realizou-se a audiência inaugural perante a Justiça do Trabalho, ainda sem a presença dos reclamantes, porquanto não encontrados para notificação.

Na audiência inaugural, o reclamado requereu “o arquivamento do processo, nos termos da lei”, uma vez que “está caracterizada a prescrição no sentido da parte regularizar sua representação processual e considerando, ainda, que nos autos consta que a parte autora, em audiência de conciliação, não foi localizada no endereço constante da inicial, fato que se repete no presente momento, através da devolução dos A.R.’s pelos Correios” (sic, fls. 64). O requerimento de arquivamento foi indeferido, com os seguintes fundamentos:

“Pelo(a) Exmo(a). Sr(a). Dr(a). Juiz(a) foi dito que se trata de ação de indenização decorrente de acidente do trabalho, ajuizada em 11.7.1988 (fls. 24) perante a Vara Cível da Comarca de Bom Jesus da Lapa. Há,

apenas, decisão que declina a competência para a Justiça do Trabalho (fls. 46/47) e recebimento perante esta Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa em 14.12.2011 (fls. 52). **Lamentavelmente, até esta data, ainda não tinha havido, sequer, apresentação de contestação. Considerando a lamentável demora na tramitação do feito, por causa de morosidade do próprio Poder Judiciário (não atribuível, portanto, aos reclamantes), defiro aos reclamantes o prazo de 30 dias para que sejam regularizadas as respectivas representações processuais e sejam informados os endereços atualizados.**” (destaquei)

Protestou e insistiu o reclamado, nestes termos: “*com respeito ao despacho do nobre Juiz, a parte reclamada protesta, em relação ao despacho, para fins de direito, considerando que o momento processual da substituição processual da genitora dos menores por estes de há muito tempo se esauriu, a partir do momento em que completaram a maioria, deixando fluir o prazo para tal mister; assim sendo, fica lançado o protesto para efeitos futuros. Pede deferimento.*” (fls. 64 v.).

A decisão foi mantida, consignando-se os seguintes motivos:

“os reclamantes não foram notificados, em nenhum momento, para regularizarem sua relação processual, mas, ao contrário, foi o Poder Judiciário, repita-se, lamentavelmente, que não deu seguimento à causa, nada decidindo, nada tramitando, nada resolvendo, por anos a fio. Assim, seria extremamente injusto e ilícito conferir o desfecho pretendido pelo reclamado, após **inacreditáveis 24 anos** sem que houvesse, ao menos, uma tentativa de conciliação ou apresentação de contestação.” (fls. 64 v. – sem destaque no original.)

A Secretaria da Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa empenhou-se com dedicação e presteza, culminando na localização de cada um dos já desiludidos autores (fls. 55/61, 65/70, 70 v., 71/77, 80 e 82 v.).

Em 19.4.2012, **todos os reclamantes se fizeram presentes à audiência** (fls. 83), na primeira oportunidade efetiva após transcorridos exatos **23 anos, 9 meses e 8 dias** do ajuizamento da demanda!

Rejeitada a proposta inicial de conciliação. Insistiu o reclamado em arguir prescrição (fls. 83).

O advogado dos reclamantes juntou procurações atualizadas (fls. 84/101).

Em audiência de 3.5.2012, foi apresentada defesa escrita (fls. 104/108), a respeito da qual se manifestaram os requerentes (fls. 111).

Em 17.5.2012, o reclamado não compareceu à audiência, fazendo juntar o atestado a fls. 114. Foi indeferido o adiamento da audiência, “*com fulcro na Súmula n. 122/TST, considerando que o atestado médico restringe-se à impossibilidade de o reclamado ‘exercer suas atividades profissionais’ e, além disso, que não há nenhuma referência a eventual impossibilidade de locomoção*” (fls. 112).

Após oitiva do reclamante cabecel, razões finais reiterativas foram aduzidas pelos autores.

Em 29.5.2012, realizou-se audiência exclusivamente para tentativa de composição, em que o reclamado reconheceu haver comparecido ao átrio do Foro em 18.5.2012 para apresentar informalmente proposta de acordo (fls. 116), ainda que, nos termos do atestado médico a fls. 114, estivesse “*impossibilitado de exercer suas atividades profissionais por um período de (05) CINCO dias, a partir de 14.5.2012*” (fls. 114).

Ainda na audiência de 29.5.2012, o reclamado declarou ser proprietário de “*cinco lotes em Paratinga, vendidos pelo Dr. Edmar, em loteamento perto do Concreforte, no valor avaliado pelo reclamado de R\$ 20.000,00 cada um. Oferece aos reclamantes apenas três desses lotes. O reclamado exhibe documento particular de compra e venda dos referidos lotes, que exibem o valor de R\$ 3.000,00 para cada um dos lotes, em 14.5.2008*”. Acrescentou que “*Sr. Edmar passará a escritura imediatamente, tão logo receba a*

ordem do reclamado”. Registrou-se também que “o reclamado afirma que *‘os reclamantes foram pessoas que nunca correram atrás; passaram tantos anos e nunca me procuraram’*” (fls. 116).

Em 30.5.2012, os reclamantes rejeitaram a proposta de conciliação e pleitearam “*tutela antecipada com a penhora dos cinco lotes informados pelo executado como de sua propriedade*” (fls. 119).

Sem êxito todas as tentativas de conciliação.

É o relatório.

LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM”

Argúi o reclamado a ilegitimidade ativa “*ad causam*” dos reclamantes, afirmando que não representam o falecido empregado (fls. 105).

Sem razão, contudo.

Pela consagrada teoria da asserção, a legitimidade ativa é determinada em razão das alegações da parte autora, na petição inicial (pedido e causa de pedir). Assim, tem legitimidade para figurar como parte reclamante o pretensão titular do bem da vida perquirido na causa e, como parte ré, sujeitam-se a figurar todos aqueles apontados como titulares da obrigação que alegadamente se contrapõe ao direito da parte autora.

Afasta-se, dessa forma, a corrente que levaria à necessidade de investigação do mérito da causa para definir a legitimidade “*ad causam*”, porque a relação jurídica de direito processual não se confunde com a relação jurídica de direito material.

REJEITO.

PRESCRIÇÃO

Conforme consta dos autos, a presente ação foi distribuída em 11.7.1988 e o falecimento do pai dos reclamantes ocorreu em 8.11.1987, dentro do biênio.

Diante o disposto no art. 7º, XXIX, da CF, não se configura a prescrição.

Além disso, é inaplicável a prescrição intercorrente nos processos submetidos à apreciação

e julgamento da Justiça do Trabalho (Súmula n. 114 do TST). Por isso, é irrelevante a data em que os reclamantes apresentaram procuração, uma vez que **somente em 7.2.2012** foram instados a fazê-lo, não descurando dessa determinação judicial (fls. 84/101, em 20.4.2012). Se delonga houve, repita-se, é atribuível ao próprio Poder Judiciário, o que se afirma com consternação.

REJEITO.

COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA EM RAZÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS

Acidente do trabalho. Conceito

A legislação e a doutrina previdenciárias são aplicáveis ao direito do trabalho nessa tarefa de conceituar o acidente, interessando-nos especialmente a análise detalhada do instituto por CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO e JOÃO BATISTA LAZZARI:

“São, portanto, características do acidente de trabalho: a exterioridade da causa do acidente; a violência; a subaneidade e a relação com a atividade laboral.

Dizer que o acidente de trabalho decorre de um evento causado por agente externo significa que o mal que atinge o indivíduo não lhe é congênito, nem se trata de enfermidade preexistente. ...

O acidente é um fato violento, no sentido de que produz violação à integridade do indivíduo. É da violência do evento que resulta a lesão corporal ou a perturbação funcional que torna o indivíduo incapaz, provisória ou definitivamente, ou lhe cause a morte. O acidente que não gera danos à integridade do indivíduo não integra, portanto, o conceito.

Ele decorre de um evento súbito. O fato causador é abrupto, ocorre durante curto lapso de tempo, embora seus efeitos possam acontecer tempos após (as chamadas sequelas).

Por fim, a caracterização do acidente de trabalho impõe tenha ele sido causado pelo exercício da atividade laborativa. Exclui-se, portanto, o acidente ocorrido fora do âmbito dos deveres e das obrigações decorrentes do trabalho. Não é necessário, neste aspecto, que o fato tenha ocorrido no ambiente de trabalho, mas tão somente em decorrência do trabalho. Daí se conclui que os acidentes de trajeto e os sofridos em trabalhos externos também devem ser considerados como integrantes do conceito.

Retomando o conceito atribuído pelo legislador, também se considera acidente de trabalho o ocorrido no local e no horário de trabalho por agressão, sabotagem ou terrorismo praticados por terceiro ou companheiro de trabalho; ofensa típica internacional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada com o trabalho; ato de imprudência, negligência ou imperícia de terceiro ou companheiro de trabalho; ato de pessoa privada no uso da razão; casos fortuitos ou de força maior; em quaisquer local e horário, em caso de contaminação acidental ... no exercício de sua atividade; na execução de ordem ou realização de serviço sob a autoridade da empresa; na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito; em viagem a serviço da empresa, inclusive para fins de estudo, quando financiada por esta; no percurso residência-local de trabalho e vice-versa; nos períodos destinados à refeição ou descanso intrajornada, ou satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local de trabalho ou durante este, sendo nessas oportunidades considerados no exercício do trabalho — art. 21 da Lei n. 8.213/91.” (in *Manual de direito previdenciário*. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. São Paulo: LTr, 2006. p. 519-520 — sem destaque no original.)

Assim, resumidamente, pode-se defini-lo como o evento súbito relacionado ao trabalho

que cause a morte ou outro gravame à saúde física ou psíquica do empregado, resultando incapacidade, parcial ou total, transitória ou definitiva.

Segundo SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA, “*pode ser observada uma sequência lógica necessária no conceito: trabalho de um empregado, durante o qual ocorre acidente, que provoca lesão ou perturbação funcional, que acarreta incapacidade para o trabalho, podendo esta ser total, parcial ou temporária (trabalho => acidente => lesão ou perturbação funcional => incapacidade)*” (*Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2007. p. 46).

O conceito de acidente-tipo ressalta a importância da demonstração do nexo de causalidade visando à consequente reparabilidade econômica do dano, pelo empregador.

Responsabilidade civil trabalhista. Conceito

A ideia central de responsabilidade civil corresponde à obrigação de indenizar atribuída a quem descumpre dever jurídico e causa dano a outrem.

A respeito, discorre ALEXANDRE AGRA BELMONTE:

“Responsabilidade civil é o dever garantido por lei, obrigação ou contrato, de reparar, no campo civil, o dano moral ou patrimonial causado por ato próprio do agente ou por pessoa, animal, coisa ou atividade sob a sua tutela.” (BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no direito do trabalho: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 444.)

No Código Civil de 2002, três dispositivos completam-se para formar o núcleo normativo da responsabilidade civil: os arts. 186, 187 e 927.

Responsabilidade. Classificação

O dever jurídico descumprido pelo agente causador do dano pode decorrer de cláusula

de contrato ou de norma legal (incluindo o princípio que impõe o *dever geral de cautela*).

Assim, a responsabilidade terá natureza jurídica **contratual** ou **extracontratual** (ou aquiliana). Esta última é a mais comum no direito do trabalho, porquanto relacionada a ato ilícito do empregador pelo não cumprimento das normas gerais de proteção e assecuratórias de um meio ambiente laboral sadio e equilibrado.

No que se refere ao **fundamento** da responsabilidade, pode ser classificada, ainda, em **objetiva** ou **subjética**.

A **subjética** consiste no condicionamento do dever de indenizar à demonstração de dolo (vontade livre e consciente de atingir o resultado) ou de culpa grave (falta absoluta de atenção exigida de qualquer pessoa), leve (falta de diligência habitual, tomado por base o cidadão médio ou *bono pater familiae*) ou levíssima (situação em que há o mínimo desvio de comportamento e que somente alguém altamente diligente poderia evitar) daquele que causa o dano. Contém, portanto, **três elementos**: dolo/ culpa + nexo causal + constatação do dano.

A segunda, **objetiva** (associada à denominada “*teoria do risco criado*”, semelhante à chamada “*teoria do risco/benefício*”), decorre simplesmente da constatação do dano e do nexo causal, não importando o comportamento do agente causador (dolo/culpa).

Responsabilidade. Excludentes

O ordenamento jurídico prevê as seguintes excludentes de responsabilidade: fato exclusivo da vítima (a locução “*culpa da vítima*”, mais corriqueira, não é a tecnicamente mais correta porque a exclusão da responsabilidade se dá, aqui, no âmbito da causalidade, não da culpa-elemento da responsabilidade — nesse sentido: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 82/3 *apud* BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2006, p. 253);

fato exclusivo de terceiro; caso fortuito; força maior; e cláusula de não indenizar.

Dessas, o **fato exclusivo da vítima** é, sem dúvida, o argumento mais utilizado por empregadores que pretendem exonerar-se das consequências financeiras do dano.

Sua constatação **retira o nexo causal** do evento danoso com a atividade desenvolvida pela empresa e com a conduta do empregador.

Ensina o ilustre Desembargador do Trabalho CLÁUDIO BRANDÃO:

“Relativamente ao contrato de trabalho, [o fato exclusivo da vítima] é a atitude do empregado que faz desaparecer o elemento de ligação do dano que lhe foi propiciado e o fato que o originou, supostamente atribuído à pessoa do empregador, como ocorre, por exemplo, com o ato proposital de desativar, sem o conhecimento do empregador, mecanismo de proteção existente em máquina desfibradora de sisal, destinado a impedir lesão nas mãos, mas que torna a produção mais lenta, impedindo ganhos maiores, para os que percebem salário por obra.” (BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2006, p. 253.)

A mesma senda percorre SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA:

“Fica caracterizada a culpa exclusiva da vítima quando a causa tiver sido a sua conduta, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador. Se o empregado, por exemplo, numa atitude inconsequente, desliga o sensor de segurança automático de um equipamento perigoso e posteriormente sofre acidente por essa conduta, não há como atribuir culpa em qualquer grau ao empregador, pelo que não se pode falar em indenização. O ‘causador’ do acidente foi o próprio acidentado, daí falar-se em

rompimento do nexo causal ou do nexo de imputação do fato ao empregador.

(...)

Mesmo nos casos dos danos nucleares, em que a responsabilidade é objetiva, há previsão expressa exonerando o operador do dever de indenizar, se comprovada a culpa exclusiva da vítima, como prevê o art. 6º da Lei n. 6.453/77: ‘*uma vez provado haver o dano resultado exclusivamente de culpa da vítima, o operador será exonerado, apenas em relação a ela, da obrigação de indenizar*’.” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2007, p. 147-148.)

No mesmo sentido é o escólio de RAIMUNDO SIMÃO DE MELO:

“Ato inseguro é uma conduta indevida do elemento humano, que no caso do acidente de trabalho constitui ‘*a maneira pela qual o trabalhador se expõe, consciente ou inconscientemente a risco de acidentes. Em outras palavras, é um certo tipo de comportamento que leva ao acidente*’.

O ato inseguro, quando de culpa exclusiva do trabalhador, constitui hipótese de exclusão da responsabilidade do empregador pelos danos causados, cabendo a este comprovar que de fato não concorreu de nenhuma forma para o evento, que aconteceu por culpa exclusiva da vítima. Na análise do acidente não pode ser desde logo considerada como causa, isoladamente, o ato ou a condição que originou o evento. Devem ser analisadas todas as causas, desde a mais remota, o que permitirá um adequado estudo e posterior neutralização ou eliminação dos riscos. Até o presente momento, nenhuma das máquinas construídas, nenhum dos produtos químicos obtidos por síntese e nenhuma das teorias sociais formuladas alteraram fundamentalmente a natureza humana. As formas de comportamento, que devem ser levadas em consideração no esforço de prevenir atos inseguros, deverão ser analisadas de modo bastante abrangente.

É oportuno lembrar que a **obrigação das empresas com relação à prevenção de riscos ambientais não é somente adotar medidas preventivas de segurança e fornecer equipamentos aos empregados, mas também instruir os trabalhadores e conscientizá-los da necessidade de se evitar acidentes, podendo, para tanto, utilizar-se do seu poder disciplinar em face do empregado recalcitrante.** Como afirma a jurisprudência, ‘o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado’ (Súmula 289/TST).” (MELO, Raimundo Simão de. *Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho*. Disponível em: <http://www.calvet.pro.br/artigos/responsabilidade_objetiva_inversao_daprova.pdf>, extraído em: 24 ago. 2007.)

Assim, o fato inseguro causado **exclusivamente** pelo empregado, sem a concomitância de nenhuma ação ou omissão reprovável do empregador, exclui a responsabilidade deste pela reparação pelos danos resultantes do acidente.

Observe-se, ainda, que não se configura nenhuma das excludentes de responsabilidade, igualmente pelos demais temas (fato exclusivo de terceiro, caso fortuito, força maior ou cláusula de não indenizar), a hipótese em que o empregador deixa de adotar as cautelas necessárias e expõe o trabalhador a perigo previsível.

Assim, se constatada a **culpa do empregador**, concorrente, ou não, **haverá nexo causal e, conseqüentemente, o dever patronal de indenizar.**

Seguro de acidente de trabalho e indenização. Simultaneidade

A indenização securitária, por intermédio de benefícios prestados pela Previdência Social,

e a indenização decorrente da responsabilidade civil do empregador não se confundem nem se atenuam, sequer se anulam. Essa é a interpretação que já se pacificara perante a Justiça comum e que, por isso, veio a sedimentar-se no texto do art. 7º, XXVIII, da Constituição da República antes mesmo de a competência para conhecer e julgar a matéria ter sido reconhecida e definitivamente transposta para a Justiça do Trabalho (STF-CC-7.204/MG, DJ: 9.12.2005, p. 5, rel. Min. CARLOS BRITTO).

Nas palavras de JOSÉ LUIZ DIAS CAMPOS, “a ação de acidente do trabalho, por ser de natureza alimentar, é compensatória e a responsabilidade civil é indenizatória, visando a restabelecer a situação existente e anterior ao dano” (CAMPOS, José Luiz Dias. *Responsabilidade civil e criminal decorrente do acidente do trabalho na Constituição de 1988 – Ação Civil Pública – Ministério Público e o ambiente do trabalho*. In: *Revista LTr*, vol. 52, n. 12, p. 1.429).

Mais uma vez, convém transcrever as judiciosas explanações de SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA:

“É oportuno lembrar que o acidentado que ficou com invalidez permanente também contribuía para a Previdência Social e poderia, depois de aposentado por tempo de contribuição, exercer outra atividade remunerada, o que não mais ocorrerá pelo advento do acidente. Pode até acontecer que o acidentado já esteja aposentado, mas continuava em atividade, não havendo razão lógica para determinar a compensação do valor daquele benefício previdenciário. Vale registrar, ainda, a situação do empregado doméstico, que nem mesmo está acobertado pelo seguro de acidente do trabalho, mas, quando for acometido de qualquer incapacidade laboral em razão de acidente de serviço, recebe os benefícios do INSS, **não havendo porque se falar em compensação.**

Por outro lado, o seguro de acidente do trabalho no Brasil, apesar da denominação, **não tem natureza jurídica ou conteúdo**

de seguro propriamente dito. Apesar da denominação ‘seguro’, só garante ao acidentado um benefício estrito, de cunho alimentar. **O seguro de acidente do trabalho não contempla indenização alguma, nem determina reparação dos prejuízos sofridos;** apenas são concedidos benefícios para garantir a sobrevivência da vítima e/ou seus dependentes, como ocorre com todos os demais segurados da Previdência Social.” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2007, p. 85 – destaquei.)

E, ainda, em valioso resumo, destaca as diferenças entre os institutos:

“... a natureza social do seguro de acidente do trabalho é bem diversa dos seguros em geral, conforme previsto nos arts. 757 e 777 do Código Civil, visto que:

- a) não tem natureza contratual (art. 757), já que deve ser cumprido obrigatoriamente por força de lei;
- b) não há pagamento de prêmio negociado (art. 757), mas simples recolhimento de percentual adicional para o custeio dos benefícios, conforme previsto na lei previdenciária;
- c) não pode ser contratado com qualquer seguradora autorizada (art. 757, parágrafo único), uma vez que o seguro de acidente do trabalho é monopólio da Previdência Social;
- d) não há apólice ou bilhete de seguro (art. 758), bastando a assinatura do contrato de trabalho;
- e) não exige proposta escrita com declaração do interesse a ser garantido e do risco (art. 759), pois a cobertura tem limites fixos previstos em lei;
- f) não há limite temporal estabelecido (art. 760), porquanto cobre todo o período de vigência do contrato de trabalho;
- g) não exige que o empregador esteja em dia com o recolhimento previdenciário para deferir benefícios cabíveis ao acidentado (art. 763).

(...)

Em síntese, o chamado seguro de acidente do trabalho **não oferece qualquer cobertura além da que já é concedida normalmente pela Previdência Social.** O valor que o empregador recolhe hoje a esse título **apenas financia os benefícios previdenciários em geral, aos quais qualquer trabalhador segurado tem direito, dentro da amplitude da seguridade social, para a qual também o empregado contribui com sua parte.** Assim, não se recolhe, a rigor, seguro de acidente do trabalho, mas parcela adicional para financiar os benefícios previdenciários concedidos pelo INSS, dentre eles, aqueles decorrentes dos infortúnios do trabalho.

Como o seguro de acidente do trabalho da Previdência Social, no sentido técnico, **não indeniza os prejuízos da vítima,** há um amplo espaço para acolhimento da responsabilidade civil de natureza objetiva. Basta mencionar que **a reparação dos danos materiais, morais ou estéticos nem são cogitados na legislação previdenciária, o que torna o acidentado vítima de real prejuízo.** O benefício de natureza alimentar, concedido pelo INSS, garante um mínimo de subsistência, porém, distante de atender ao princípio da *restitutio in integrum*, ou mesmo de assegurar a manutenção do padrão de vida que o acidente desfrutava antes do evento danoso.” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2007. p. 119/121 – destaquei.)

Assim, por tratar-se de benefício especial, de caráter meramente alimentar (para a qual também contribuiu o próprio empregado), o “seguro” de acidente do trabalho não se confunde, nem atenua ou impede a condenação à obrigação de indenizar.

O caso concreto, sob exame

Não há, nos autos, controvérsia acerca da matéria de fato, já que o reclamado não compareceu à

audiência de 17.5.2012, em que deveria prestar depoimento (fls. 112).

Daí por que o efeito processual que incide em seu desfavor é a confissão ficta (Súm. 74, I/TST e CPC 343, §2º), como, aliás, foi explicitamente advertido à parte (fls. 103).

Assim, por conta da confissão ficta, **DECLARO** a relação de emprego alegada e, ainda, que **o reclamado ostenta culpa exclusiva** pelo acidente de trabalho, ao exigir do Sr. SEBASTIÃO ANDRADE VIANA a retomada das viagens na própria sexta-feira, em que voltava após uma semana de trabalho pesado, precisando descansar. Vale, a respeito, o depoimento incontroverso do reclamante cabecel, que passo a transcrever:

“que naquela época eu tinha 16 para 17 anos; que, em **uma sexta-feira pela manhã, meu pai chegou de viagem e era para descansar depois de uma semana de trabalho**; que a família já tinha se mudado para Bom Jesus da Lapa; que **durante a tarde o Sr. FRANCISCO GILBERTO SILVA chamou meu pai para trabalhar novamente, para descarregar o caminhão, talvez cereais, e depois disso, para viajar novamente para carregar o caminhão em Santa Maria da Vitória, com madeira, “palanque”**; que meu pai fez tudo isso e emendou com o trabalho no sábado, carregando o caminhão; que em seguida saiu de Santa Maria da Vitória para entregar a madeira no local de destino, passando por Montalvânia/MG, onde se acidentou e faleceu; que meu pai estava muito cansado e seu repouso não foi respeitado pelo reclamado; que, depois do falecimento de meu pai, a empresa nos abandonou — que, nesse momento, o depoente começou a chorar —, nem mesmo pagando a funerária, que foi custeada por meu tio Zé; que até o aluguel do mês do falecimento foi custeado por uma tia; que meu tio Zé pagou a mudança da família para Serra Dourada; que minha família teve que passar por muitas dificuldades, — o

reclamante pede perdão por chorar e não consegue controlar o choro — que havia sete irmãos, no total, para criar; que passaram fome; que cresceram em Serra Dourada, que todos se ajudaram, que graças a Deus não há nenhum irmão bandido nem prostituído, que todos se uniram para enfrentar muita dificuldade; que hoje todos estão espalhados, quatro moram em Brasília, um em São Paulo e o depoente em Serra Dourada, junto com sua mãe; que minha mãe nunca mais se casou vivendo apenas para cuidar dos filhos, como dona de casa; que fazia cocadas, vendia... — o depoente não consegue controlar o choro —; que até o seguro obrigatório DPVAT não foi pago à minha mãe; que a família tentou de tudo, mas muitas vezes não era nem mesmo recebida pelo reclamado; que a tia mora em Bom Jesus da Lapa até hoje; que o pai do depoente está enterrado em Bom Jesus da Lapa; que a família tentou por diversas vezes um apoio, mas não obteve auxílio; **que o depoente estava na casa da família quando o pai chegou de viagem; que o falecido pai costumava deixar umas moedas em alguns recipientes pela cabina, para que, quando chegasse de viagem, contasse com a ajuda dos filhos na lavagem do caminhão e, durante esse trabalho, pegassem essas moedas para comprar sorvete, ou balas, ou “geladinho”**; que, por isso, lembra-se claramente e sabe bem que o pai voltou de viagem para descansar, não para continuar viajando, como fez; que o único descanso que teve foi do horário de almoço até o meio da tarde, quando teve de reiniciar o trabalho pesado de descarregar caminhão, dirigir e carregá-lo novamente; que acrescenta que, quando o corpo do pai chegou a Bom Jesus da Lapa, chegou com o pescoço quebrado e não teve nem mesmo a dignidade de ser enterrado com a roupa do corpo; que foi enterrado em um lençol — o depoente novamente chora e enxuga as lágrimas com as palmas das mãos; que o falecido pai dirigia apenas

para o reclamado, não para mais ninguém. Nada mais disse nem lhe foi perguntado.” (fls. 112 v./113)

Convém ainda ressaltar não haver, nos autos, nenhuma prova que milite em sentido contrário ao quanto afirmado pelo reclamante.

São elementos para quantificar a condenação:

i) **a gravidade do dano:** gravíssima, já que implicou a morte do Sr. SEBASTIÃO ANDRADE VIANA;

ii) **a intensidade de sofrimento das vítimas:** grave, em razão do falecimento do pai na idade tenra dos requerentes;

iii) **a situação socioeconômica das partes:** é incontroverso que o reclamado, à época do contrato de emprego, era proprietário de empresa Cerealista e tinha diversos imóveis e caminhões (um deles no qual faleceu o pai dos reclamantes); atualmente, todavia, alega não ter bens em seu nome, declarando, apenas, que tem contrato de compra e venda de cinco imóveis de baixo valor (fls. 116/117). Quanto aos reclamantes, é incontroverso que eram economicamente muito carentes ao tempo do acidente fatal e passaram por grandes dificuldades financeiras desde a morte do arrimo da família;

iv) **a eventual participação da vítima na causa do evento danoso:** não houve nenhuma participação da vítima na causa do evento danoso, o que se afirma diante da falta de prova dessa alegação e, ainda, em decorrência da confissão ficta que se operou (fls. 112);

v) **a existência ou não de retratação/reparação e sua extensão:** é manifesto o desamparo financeiro e psicológico do reclamado em relação aos reclamantes, insensibilidade que se agrava com a desfundada e despropositada arguição de ilegitimidade ativa e prescrição, após anos de manifesta protelação e vergonhoso erro judiciário. Ilustra esse aspecto o seguinte excerto do

depoimento do reclamante: “que, quando o corpo do pai chegou a Bom Jesus da Lapa, chegou com o pescoço quebrado e não teve nem mesmo a dignidade de ser enterrado com a roupa do corpo; que foi enterrado em um lençol — o depoente novamente chora e enxuga as lágrimas com as palmas das mãos” (fls. 113). É realmente surpreendente a afirmação do reclamado em solene audiência judicial, de que “os reclamantes foram pessoas que nunca correram atrás; passaram tantos anos e nunca me procuraram” (*sic*, fls. 116). Ora, se o reclamado foi citado neste processo em 29.11.1991 (fls. 28 v.), peticionou em 4.12.1991 e indicou testemunhas em 5.3.1992, como pode dizer que “nunca” foi procurado? A afirmação é de péssimo gosto e beira à ironia e à má-fé processual, que, exorta o Juízo, ainda poderá vir a ser declarada, atraindo todos os efeitos legais, diante de eventual próxima atuação desleal da parte reclamada, podendo, como se sabe, responsabilizar até mesmo de forma solidária os respectivos patronos, na forma da legislação processual civil, aplicada subsidiariamente ao processo do trabalho; e

vi) **o aspecto punitivo/pedagógico**, visando à prevenção e à rigorosa observância das normas de proteção ao trabalho. Ou seja, é preciso estabelecer a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, a fim de que o ato ofensor não fique impune e sirva de desestímulo a práticas inadequadas de segurança e saúde do trabalho. Além disso, note-se que não houve alegação de treinamento, ou, ao menos, de descanso do motorista antes de ser convocado a emendar novas e pesadas jornadas, inclusive com participação no trabalho de carregamento e descarregamento da carga.

Diante de tais parâmetros e considerando, ainda, o módico valor de apenas dois salários mínimos por mês a ser dividido entre os reclamantes (em valor aproximado de R\$ 177,71 ao mês para cada um deles), durante

todo o período de tempo que transcorreu desde o ajuizamento da ação até a primeira audiência, a título de **danos morais**, **CONDENO** o reclamado **FRANCISCO GILBERTO SILVA** ao cumprimento das seguintes obrigações de pagar aos reclamantes: a **ADÃO CARLOS MARQUES VIANA**, R\$ 50.695,96, a **ADENILTON MARQUES VIANA**, R\$ 50.695,96, a **ELIANE DA COSTA VIANA**, R\$ 50.695,96, a **ZENAIDE DA COSTA VIANA**, R\$ 50.695,96, a **CELICE COSTA VIANA**, R\$ 50.695,96, a **FÁBIO DA COSTA VIANA**, R\$ 50.695,96 e a **SEBASTIÃO DA COSTA VIANA**, R\$50.695,96, em valores devidos na data da publicação desta sentença (a partir de quando passam a incidir juros trabalhistas de 1% ao mês e correção monetária).

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DE MÉRITO

Os reclamantes pleitearam “*tutela antecipada com a penhora dos cinco lotes informados pelo executado como de sua propriedade*” (fls. 119).

Em que pese a situação financeira confortável do reclamado em 1987, quando ocorrido o óbito do pai dos reclamantes, declarou em audiência ocorrida na antevéspera desta sentença (fls. 116) já não mais possuir bens, exceto cinco imóveis de baixo valor e, ainda assim, não registrados em seu nome.

Diante da deterioração do patrimônio formal do reclamado no decorrer da longa tramitação processual, infere-se o alto risco de a execução revelar-se frustrada.

Portanto, configura-se aqui, inegavelmente, **fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**.

Por outro lado, não vislumbro perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, uma vez que a penhora não permite a alienação do imóvel.

Diante de todo o exposto e conforme decorre do art. 273 do CPC, atendidas as exigências legais, afigura-se-me relevante e pertinente a

tutela antecipatória na causa em foco, razão pela qual **DEFIRO** a antecipação dos efeitos da tutela de mérito para **DETERMINAR**:

- a) o registro de penhora sobre os cinco lotes de terra indicado a fls. 117/117v, bem como a emissão, por parte do Cartório de Registro de Imóveis e Hipotecas, da respectiva certidão atualizada de ônus em que conste, inclusive, o gravame ora deferido;
- b) que se oficie ao Exmo. Juiz de Direito da Comarca, informando-o acerca da gratuidade da averbação em face de legislação estadual; e
- c) que se oficie ao Sr. EDMAR RODRIGUES BRANDÃO a fim de que tome ciência do inteiro teor desta sentença, para que não crie embaraço ao seu cumprimento, sob pena de responder por multa no montante equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da condenação (CPC 14, parágrafo único).

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSTO DE RENDA

Por se tratar de condenação de natureza indenizatória, não incide contribuição previdenciária nem imposto de renda.

Nesse sentido:

TST-RR-1401400-14.2005.5.09.0002, Rel. JC MARIA DORALICE NOVAES, 7ª Turma, Data de Publicação: 5.2.2010; TST-AIRR-73340-84.2001.5.09.0092, rel. Min. GUILHERME AUGUSTO CAPUTO BASTOS, 1ª Turma, Data de Publicação: 02/03/2007; no mesmo sentido: STJ-REsp 1152764/CE, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 01/07/2010.

Igualmente, não há incidência de imposto de renda sobre os juros de mora (independente da natureza jurídica das verbas sobre as quais incidam), em razão do cunho indenizatório que o art. 404 do CCB confere aos juros de mora (OJSBDI1-400/TST).

BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

DEFIRO aos reclamantes os benefícios da Justiça gratuita, diante da declaração a fls. 1

(arts. 790, § 3º, da CLT e OJ SBD-I-1 n. 304/TST). Ressalto que a declaração implica responsabilidade legal, ainda que essa expressão não conste explicitamente do texto firmado pela parte ou por seu procurador habilitado.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos formulados pelos reclamantes para **CONDENAR** o reclamado **FRANCISCO GILBERTO SILVA** ao cumprimento das seguintes obrigações de pagar, a título de **danos morais**: a **ADÃO CARLOS MARQUES VIANA**, R\$ 50.695,96, a **ADENILTON MARQUES VIANA**, R\$ 50.695,96, a **ELIANE DA COSTA VIANA**, R\$ 50.695,96, a **ZENAIDE DA COSTA VIANA**, R\$ 50.695,96, a **CELICE COSTA VIANA**, R\$ 50.695,96, a **FÁBIO DA COSTA VIANA**, R\$ 50.695,96 e a **SEBASTIÃO DA COSTA VIANA**, R\$ 50.695,96, em valores devidos na data da publicação desta sentença (a partir de quando passam a incidir juros trabalhistas de 1% ao mês e correção monetária).

DEFIRO aos reclamantes a antecipação dos efeitos da tutela de mérito para **DETERMINAR**:

- a) o registro de penhora sobre os cinco lotes de terra indicado a fls. 117/117v, bem como a emissão, por parte do Cartório de Registro de Imóveis e Hipotecas, da respectiva certidão atualizada de ônus em que conste, inclusive, o gravame ora deferido;

- b) que se oficie ao Exmo. Juiz de Direito da Comarca, informando-o acerca da gratuidade da averbação em face de legislação estadual; e

- c) que se oficie ao Sr. EDMAR RODRIGUES BRANDÃO a fim de que tome ciência do inteiro teor desta sentença, para que não crie embaraço ao seu cumprimento, sob pena de responder por multa no montante equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da condenação (CPC 14, parágrafo único).

Juros de mora, recolhimentos previdenciários e fiscais nos termos da fundamentação.

Deferido aos reclamantes os benefícios da Justiça gratuita.

Custas pelo reclamado no importe de R\$7.097,43, calculadas sobre o valor da condenação, de R\$354.871,72.

Considerando a Recomendação conjunta GP-CSJT-02/2011, DETERMINO que se encaminhe, eletronicamente e de imediato, cópia desta sentença à Procuradoria Regional Federal da Bahia (pfba.regressivas@agu.gov.br), a fim de subsidiar possível ajuizamento da ação regressiva prevista no art. 120 da Lei 8.213/91; envie-se cópia também para <regressivas@tst.jus.br>, nos termos do Ofício TST.GP n. 218/2012.

Partes cientes (Súm. 197/TST).

Bom Jesus da Lapa, 31 de maio de 2012.

RINALDO GUEDES RAPASSI

Juiz do Trabalho

2ª Vara do Trabalho de Maceió – AL

SENTENÇA

Processo n. 00231-85.2011.5.19.0002

Reclamante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Reclamada: UNIÃO FEDERAL

Vistos e examinados.

I. RELATÓRIO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO ajuizou reclamação trabalhista em face de UNIÃO FEDERAL, alegando e postulando o contido às fls. 02 e segs., que veio acompanhada de diversos documentos. Embora regularmente citada, a ré não compareceu à audiência para se defender. Decretada a revelia. Alçada fixada. Esteve presente um representante da Superintendência Regional de Trabalho e Emprego — SRTE/AL, sendo-lhe deferida pelo juízo a juntada de documentos. Prazo assinalado ao autor para pronunciamento. Em seguida, adentrou na sala de audiência o Advogado da União, sendo-lhe deferida a juntada de 02 CDs, a título de prova documental, mas mantida a revelia, sob seus protestos (ata de fls. 83/84). Pronunciamento do autor às fls. 119/122, acompanhado de documentos. Adiada a audiência seguinte, em face de concessão de prazo ao autor, a seu requerimento, para a juntada de documentos (ata de fl. 146). Petição do autor às fls. 150, juntando documentos. Na audiência subsequente, foi encerrada a instrução. A parte autora apresentou razões finais reiterativas e a parte ré apresentou em memorial. Sem êxito a segunda tentativa conciliatória (ata de fls. 199/200). É o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. QUESTÕES PRELIMINARES

INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, ILEGITIMIDADE AD

CAUSAM DO MPT E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO MPT – ARGUIÇÃO DA RÉ NAS RAZÕES FINAIS.

A ré suscitou, nas razões finais (fls. 204/250), a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, tendo em vista que a competência material fixada pelo art. 114 da CF não abrange as causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários, caso dos autos, conforme decidido pelo STF na ADI n. 3.395.

Em consequência da incompetência material da JT, o MPT não teria legitimidade para a propositura da ação, porque pretende garantir aos servidores estatutários da SRTE/AL um meio ambiente do trabalho saudável, com base na legislação celetista, o que se afigura inviável diante da jurisprudência do STF.

A argumentação não procede.

É verdade que, mediante decisão proferida na ADI n. 3.395, o Supremo Tribunal Federal, interpretando o alcance da ampliação da competência material da JT após a EC n. 45/04 [antes restrita às causas entre trabalhadores e empregadores (relação de emprego); agora, ampliada para alcançar as causas decorrentes das relações de trabalho (gênero)], fixou o entendimento de que as causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários não constituíam ações oriundas das relações de trabalho no sentido estrito considerado para fins de abrangência dos preceitos insertos no art. 114, I, da CF.

A situação dos autos, no entanto, é distinta da hipótese que constituiu objeto do pronunciamento da Suprema Corte, de forma que a competência material da JT para julgar a causa é inequívoca e não fere a decisão do STF na ADI n. 3.395.

O objeto da ação proposta pelo MPT é a proteção ao **meio ambiente do trabalho**, especificamente nas dependências físicas da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego — SRTE em Alagoas, medida que tem fundamento nos arts. 1º, incisos III e IV, 170, *caput* e inciso VI, 200, *caput* e inciso VIII, e 225, *caput*, § 1º e inciso VI, todos da CF, cuja interpretação sistêmica aponta no sentido de que toda a proteção constitucional destinada ao meio ambiente, na qualidade de gênero, alcança igualmente o meio ambiente do trabalho, na condição de espécie, com a finalidade de assegurar a todos ‘existência digna’ a partir, entre outras coisas, da imposição do respeito à ‘dignidade da pessoa humana’ e da ‘valorização do trabalho’ mediante a implementação de todas as medidas necessárias à preservação e manutenção de um meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado sob todos os aspectos.

Nesse sentido, quando o MPT atua em defesa do meio ambiente do trabalho, ainda que essa atuação alcance o meio ambiente do trabalho em órgão da administração pública, em qualquer de suas esferas, não estamos diante de causa entre servidores estatutários e o Poder Público a afastar a competência material da JT.

Veja-se que nessa situação o núcleo da demanda não reside na relação jurídico-administrativa entre cada um dos servidores públicos estatutários e o Poder Público, ao contrário do que sugeriu a ré na sua arguição, e sim na efetivação da proteção constitucional ao meio ambiente do trabalho, que representa um valor jurídico inequivocamente inserto nos limites da competência material da JT, nos termos do art. 114, I, da CF.

Com a EC n. 45/04, conforme já delineado, a competência material da JT, antes restrita às causas oriundas da relação de emprego, passou a abranger as causas decorrentes das relações de trabalho, de um modo geral, o que conduz à inafastável conclusão de que as causas sobre meio ambiente do trabalho estão inseridas na

competência material da JT, porque é nesse ambiente que se desenvolvem as relações de trabalho.

O próprio Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da EC n. 45/04, e, portanto, quando era indiscutível a limitação da competência material da JT às causas decorrentes da relação de emprego, já tinha posição firmada no sentido de que era da JT a competência para as causas sobre o meio ambiente do trabalho, entendimento consagrado na **Súmula n. 736 do STF**, de 26.11.2003, do seguinte teor:

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.

Outro aspecto, não menos importante, merece ser considerado na análise do tema.

Nas causas que envolvem a proteção ao meio ambiente do trabalho em órgão público, os direitos tutelados não se restringem aos servidores estatutários, senão que alcançam também os demais trabalhadores vinculados àquele ambiente, como é o caso dos estagiários e dos prestadores de serviços terceirizados de limpeza, vigilância e conservação, cujos vínculos de trabalho com os respectivos empregadores são regidos pela legislação trabalhista comum.

E de que esfera do Poder Judiciário seria a competência material para as causas decorrentes das relações de trabalho com vínculo empregatício, senão que da Justiça do Trabalho?

Anote-se que o objeto desta ação não é, e nem poderia ser, a proteção ao meio ambiente do trabalho dos servidores estatutários da ré (!!!), posto que **o meio ambiente do trabalho representa um valor jurídico indivisível**, compartilhado, no caso concreto dos autos, pelos estatutários e também pelos trabalhadores celetistas que prestam serviços nas dependências físicas da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego — SRTE em Alagoas.

A esse respeito, recentemente a Corte Suprema teve oportunidade de reafirmar a competência material da JT para causas envolvendo o meio ambiente do trabalho, ainda que relativo a órgão da administração pública.

Ao apreciar a Reclamação n. 3.303/PI, promovida pelo Estado do Piauí em face de decisão do TRT da 22ª Região que reconheceu a competência da JT para apreciar ação civil pública movida pelo MPT para condenar o Poder Público Estadual ao cumprimento de normas de Saúde, Higiene e Segurança do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que a decisão da Corte Regional não representou desrespeito ao decidido na ADI n. 3.395. A decisão, da relatoria do Exmo. Min. Carlos Ayres Britto, foi publicada com a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. ADI 3.395-MC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA NA JUSTIÇA DO TRABALHO, PARA IMPOR AO PODER PÚBLICO PIAUIENSE A OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO NO ÂMBITO DO INSTITUTO MÉDICO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. Alegação de desrespeito ao decidido na ADI 3.395-MC não verificada, porquanto a ação civil pública em foco tem por objeto exigir o cumprimento, pelo Poder Público piauiense, das normas trabalhistas relativas à higiene, segurança e saúde dos trabalhadores. 2. Reclamação improcedente. Prejudicado o agravo regimental interposto. (DJe 16.5.2008).

Em consequência da decisão do STF, que reafirmou o conteúdo da Súmula n. 736 da própria Corte Suprema, o TRT da 22ª Região decidiu o apelo ordinário interposto contra a decisão proferida nos autos da ACP n. 1251-2004-002-22-00-6, nos seguintes termos:

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO

TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *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 (Inteligência da Súmula n. 736 do STF).* AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE VISA À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Nos termos do art. 83, III, da Lei Complementar n. 75/1993, compete ao Ministério Público do Trabalho promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Em casos como o dos autos, em que as agressões ao meio ambiente do trabalho se traduzem em ofensa à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e envolvem interesses difusos e coletivos, é inegável a legitimidade do MPT para a propositura da ação civil pública correspondente, sendo irrelevante o fato de os trabalhadores prejudicados serem submetidos a regime celetista ou estatutário.

Ante a todo o exposto, temos que a competência material para as causas envolvendo o meio ambiente do trabalho é da JT, independentemente do regime jurídico afeto aos trabalhadores, se estatutário ou celetista, pelo que rejeitamos a arguição defensiva.

Por outro lado, firmada a competência material da JT e diante do disposto no art. 83, III, da Lei Complementar n. 75/1993 e no art. 129, III, da CF, afigura-se indiscutível a legitimidade do MPT para propor Ação Civil Pública para a proteção do meio ambiente do trabalho, entre outros interesses difusos e coletivos, razão pela qual igualmente rejeitamos a arguição defensiva de ilegitimidade do *parquet*.

No tocante à alegação de ausência de interesse de agir do *parquet*, afigura-se igualmente infundada a argumentação da ré.

O interesse de agir, assim como ocorre com as demais condições da ação, é analisado *in abstracto* a partir das alegações da parte autora, para permitir a verificação da correlação entre a pretensão formulada e a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para compelir a parte ré ao cumprimento da respectiva obrigação.

Assim, a simples alegação da parte autora, na inicial, no sentido de que as obrigações legais atribuídas à parte ré não foram efetivamente cumpridas, é suficiente para revelar o interesse de agir.

A verificação a respeito da efetiva existência de fundamento a amparar as alegações da parte autora exige incursão do mérito da lide, não podendo ser objeto de análise em sede preliminar, o que conduz à rejeição da arguição defensiva também neste aspecto.

2. MÉRITO

O autor alegou na inicial, em síntese, que:

a) instaurou Procedimento Preparatório de Inquérito Civil, com vistas a apurar a notícia de que a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em Alagoas se encontrava com suas instalações inaptas ao desenvolvimento de trabalho por parte de seus funcionários, colocando-os em situação de risco;

b) após matéria publicada no jornal *Gazeta de Alagoas*, edição de 22.5.2009, ostentando reportagem com o seguinte título: “*Risco de acidente faz antiga DRT suspender serviços*”, o autor realizou audiência em 3.8.2009 que contou com a presença do Superintendente Regional, Dr. Heth César Bismarck Ataíde Barbosa de Oliveira que efetuou, dentre outras, as seguintes alegações: “(...) *que encaminhou ofício ao Ministro do Trabalho e Emprego em 25.5.2009, solicitando recursos necessários, em caráter de emergência; que os recursos, na ordem de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), já restaram liberados, contudo, o processo de licitação se*

encontra no núcleo de assessoria jurídica da AGU; que desde 2007 vem tentando realizar as reformas necessárias ao bom funcionamento da SRTE/AL, mas encontrava óbice para realização da licitação, uma vez que o 5º e o 6º andares do prédio pertenciam ao PRODUBAN; que se encontra consolidado, há cerca de 15 (quinze) dias, o processo de permuta dos retrocitados andares, liberando para a SRTE/AL e para, consequentemente, serem reformados; que aguarda apenas um posicionamento do patrimônio da União para a transferência dos servidores para um novo imóvel enquanto durar a reforma”;

c) diante das informações prestadas pelo Superintendente, e considerando a necessidade de prazo para implementação das providências por ele relatadas, decidiu sobrestar o autos por 60 (sessenta) dias, após o que foi designada nova audiência, na qual o representante da SRTE/AL não se fez presente;

d) para verificar as providências tomadas para a melhoria do meio ambiente do trabalho no âmbito da SRTE/AL, realizou inspeção em que ficaram constatadas as más condições físicas das instalações do prédio onde funciona a sede da SRTE/AL, o que motivou a expedição de ofício ao Auditor Fiscal do Trabalho Chefe do NEGUR — Núcleo de Segurança e Saúde do Trabalhador, Dr. Elton Machado Barbosa Costa, com solicitação de relatório técnico apontando as Normas Regulamentadoras (NRs) e demais dispositivos legais desrespeitados em face das condições de trabalho na SRTE/AL, documento que foi enviado ao autor posteriormente;

e) enquanto aguardava o envio do relatório solicitado ao Auditor Fiscal do Trabalho Chefe do NEGUR — Núcleo de Segurança e Saúde do Trabalhador, o Superintendente Regional enviou ao autor cópia do Diário Oficial da União de 18.12.2009, em que se verificava o Extrato de Contrato de n.

10/2009, firmado com a empresa DE PAULA ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA., tendo como objeto a reforma do prédio sede da SRTE/AL e suas unidades descentralizadas, importando no valor total de R\$ 715.000,00 (setecentos e quinze mil reais) e com período de vigência entre 18.12.2009 e 17.6.2010, fato que levou o autor a aguardar o prazo de vigência do contrato para então verificar se as obras implementadas afastariam, definitivamente, os riscos à saúde e segurança dos trabalhadores que ali desempenham suas atividades;

f) ultrapassado o prazo de vigência do contrato de reforma, foi expedido ofício ao Superintendente solicitando informações acerca das obras realizadas, não tendo obtido resposta; foi designada uma nova audiência, e, uma vez mais, nenhum representante da SRTE/AL compareceu;

g) diante do silêncio absoluto da SRTE/AL, o autor realizou nova inspeção na sede do referido órgão público (14.1.2011), e constatou que: g.1) muito embora a reforma tenha sido feita na cobertura e em um dos pavimentos do prédio, a reforma se limitou a evitar um desabamento que, à época, parecia iminente; g.2) em relação ao pavimento reformado, nenhum trabalhador daquele órgão pode usufruir do espaço novo, haja vista a inexistência de ar-condicionado e mobiliário nesse local; g.3) remanesce o péssimo estado de diversos locais do prédio, tais como: recepção geral, setor de seguro-desemprego e de emissão de CTPS, setor médico, local ao lado do elevador no pavimento térreo e auditório; g.4) o único elevador que serve ao edifício tem estado permanentemente desativado, por motivo de defeito, dificultando e, até mesmo, impossibilitando o acesso a diversos setores do órgão; g.5) o local destinado ao Núcleo de Segurança e Saúde do Trabalhador padece de problemas sérios de estrutura, com infiltrações visíveis, falta de iluminação

adequada e ausência de aparelho de ar-condicionado, o que torna insuportável a permanência no mesmo, haja vista a incidência do sol por todo o período da tarde;

h) ficou constatado, em linhas gerais, que a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em Alagoas ostenta grande parte dos problemas contra os quais se insurge quando da fiscalização em empresas privadas, atividade esta que lhe é conferida por imperativo legal, o que é, no mínimo, um contrassenso.

Com base nessas alegações e na farta documentação acostada aos autos, postula o autor a condenação da ré no cumprimento das seguintes obrigações de fazer:

a) efetivar imediatamente a interdição do auditório da STRE/AL, comunicando a situação formalmente a todos os setores da repartição para que o equipamento não possa ser utilizado, até que se garanta uma condição segura para os usuários;

b) atestar a restauração do sistema de telhado e cobertura da SRTE/AL, bem como providenciar a recuperação da cobertura e proteção contra chuvas do auditório da sede da SRTE/AL;

c) dotar o prédio sede da SRTE/AL, bem como a Gerência Regional de Arapiraca e as diversas agências pelo interior do Estado, de extintores de incêndio adequados aos riscos e em quantidade suficiente, de acordo com a Norma Regulamentadora n. 23 do Ministério do Trabalho e Emprego, além de providenciar sistema de hidrantes com as respectivas mangueiras para combate a incêndio adequado a cada instalação, bem como a formação de brigadas de incêndio e seu respectivo treinamento;

d) realizar manutenção minuciosa no elevador da sede da SRTE/AL e, logo após, exhibir laudo técnico assinado por profissional legalmente habilitado atestando sua segurança, com ART — Anotação de Responsabilidade

Técnica — no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA). Caso não se possa garantir um mínimo de confiabilidade e continuidade no funcionamento do equipamento, providenciar a aquisição e a instalação de novo elevador em condições de atender à demanda dos servidores e do público;

e) solucionar, de imediato, o problema de ligamento/desligamento da bomba d'água no térreo do prédio sede, automatizando o processo. Enquanto tais medidas estiverem em curso, fornecer ao funcionário responsável pela operação EPI — Equipamento de Proteção Individual — consistente de luvas de material isolante com Certificado de Aprovação (CA) compatível com a tensão elétrica, tudo de acordo com a Norma Regulamentadora n. 6 do Ministério do Trabalho e Emprego, bem como revestir o piso próximo com material isolante elétrico;

f) providenciar, imediatamente, uma tampa adequada para vedar a boca de entrada na cisterna no prédio da sede, evitando-se o risco de queda do trabalhador e respeitando-se a Norma Regulamentadora n. 8 do Ministério do Trabalho e Emprego;

g) providenciar a imediata troca ou manutenção dos aparelhos de ar-condicionado em todos os locais de funcionamento do Ministério do Trabalho em Alagoas, adequando os postos de trabalho às condições mínimas de conforto exigidas pela Norma Regulamentadora n. 17 do Ministério do Trabalho e Emprego;

h) providenciar análise ergonômica dos postos de trabalho, com a propositura de soluções e implementação dessas medidas. Enquanto tal estudo estiver em andamento, promover revezamento dos servidores em cada tipo de função, respeito às pausas previstas na legislação ou recomendadas por ergonomista, além de ginástica laboral, tudo em conformidade com a Norma

Regulamentadora n. 17 do Ministério do Trabalho e Emprego;

i) proceder à reforma geral do prédio sede do Ministério do Trabalho e Emprego em Maceió e seu auditório, além das regionais localizadas nos vários municípios de Alagoas. Providenciar laudo de especialista atestando as condições de segurança dos elementos estruturais como vigas, pilares e lajes da SRTE/AL, com a respectiva emissão de ART — Anotação de Responsabilidade Técnica — no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA).

Pediu o autor, ainda, a cominação de multa para o caso de descumprimento, no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), valor reversível ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), sem prejuízo do cumprimento das obrigações de fazer.

Embora regularmente citada, a ré não compareceu à audiência a tempo de apresentar sua defesa, incorrendo assim em revelia.

Esteve presente na audiência o Sr. Wellisson Silva de Miranda, enviado como representante da SRTE, a quem foi deferida a juntada de documentos (ata de fl. 83). O agente público incumbido da defesa da ré (União Federal), representante da Advocacia da União, somente adentrou na sala de audiência após a decretação da revelia, quando já impossibilitada a apresentação da defesa.

A audiência estava designada para as 13h30 do dia 18.4.2011, iniciou efetivamente às 13h41 e o Advogado da União somente compareceu às 13h53, conforme consignado na ata de fl. 83. Ainda assim, para preservar o interesse público e em homenagem ao ânimo de defesa, foi deferido à ré requerimento para a juntada de 02 CD's com registros da reforma feita no prédio sede da SRTE/AL (fl. 84).

A esse respeito, afastamos a tese da ré, veiculada nas razões de finais, de impossibilidade de aplicação de revelia porque a ré estaria representada na audiência, no horário certo, pelo representante de SRTE.

Ora, o representante da SRTE não pode ser considerado representante a ré. Sua presença à audiência se deu espontaneamente e sem qualquer consequência processual, porque a SRTE, na qualidade de mero órgão público, não tem personalidade jurídica própria e, assim, não possui capacidade processual. A parte ré é a União Federal, de sorte que a presença de um representante da SRTE não poderia afastar os efeitos da revelia.

Mas, ainda que se considerasse viável a tese defensiva neste particular, a revelia seria inafastável, porque o representante da SRTE, embora presente à audiência, não teria apresentado defesa.

O comparecimento da parte à audiência, mas sem apresentar defesa implica em revelia, que se caracteriza, não porque a parte não compareceu à audiência, e sim pela ausência da defesa, a teor do art. 319 do CPC.

A particularidade de que no processo do trabalho a defesa é apresentada na audiência (art. 844 c/c art. 847, CLT), acaba induzindo à interpretação equivocada de que a revelia é consequência direta da ausência da parte na audiência, quando na verdade a revelia decorre da não apresentação da defesa.

De outra parte, refutamos qualquer argumento quanto à impossibilidade de aplicação de revelia ao poder público, de um modo geral. O poder público é detentor das prerrogativas processuais expressamente previstas na legislação, entre as quais não se inclui a de vedação da revelia.

Excluídas as prerrogativas legais expressas, que implicam tratamento diferenciado em relação a alguns aspectos processuais justificado pelas peculiaridades igualmente impostas por lei na sua atuação, o poder público está sujeito às demais regras processuais aplicáveis às partes, de modo geral, inclusive os efeitos da revelia quando cabíveis.

De todo modo, independentemente dos efeitos da revelia da ré, que impõem a presunção de veracidade das circunstâncias de fato

articuladas pela parte autor, todas as questões de natureza fática apontadas na inicial foram comprovadas pela documentação acostada pelo autor (fls. 20/72 e 123/145).

O relatório da inspeção realizada pelos próprios auditores do trabalho, juntado às fls. 28/50, e os relatórios das inspeções realizadas pelo MPT, acostados às fls. 25/27 e 53/72 e instruídos com diversos registros fotográficos (fls. 55/72), demonstram de forma inequívoca o péssimo estado de conservação, sob todos os aspectos que se possa imaginar, da estrutura do prédio onde funciona a SRTE/AL.

As péssimas condições estruturais da sede do referido órgão público, a propósito, ostentam, a despeito de tudo isso, a qualidade de fato público e notório aqui no Estado (art. 334, CPC), porque não é de agora que se revelam de uma precariedade inaceitável, tendo sido objeto de matérias jornalísticas amplamente divulgadas em vários veículos de comunicação, locais e de âmbito nacional (televisão, jornais e *sites*), inclusive por ocasião da propositura da presente ação.

As condições de higiene, saúde e segurança no prédio sede da SRTE/AL são as piores possíveis e revelam o **total descaso do gestor do órgão com o cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho**, apontando grave violação aos preceitos constitucionais que asseguram a todos os trabalhadores o direito a um meio ambiente do trabalho saudável, digno e equilibrado, a teor dos arts. 1º, incisos III e IV, 170, *caput* e inciso VI, 200, *caput* e inciso VIII, e 225, *caput*, § 1º e inciso VI, todos da Constituição Federal.

A conduta da ré no tocante ao estado de conservação do prédio sede da SRTE/AL demonstra também o descumprimento específico de diversas Normas Regulamentadoras da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, especialmente as NRs de números 06, 08, 17 e 23, e vão desde graves problemas estruturais (infiltrações, falta de iluminação adequada) à ausência de manutenção nos equipamentos

necessários à prestação do trabalho (aparelho de ar-condicionado, elevador e computadores), passando pela ausência de mobiliário que atenda às normas mínimas de ergonomia no trabalho.

Para o gestor da SRTE/AL, como se vê, vale o dito popular: *“Em casa de ferreiro, o espeto é de pau.”* Afinal, como bem dito pelo autor na inicial, o prédio da SRTE/AL ostenta grande parte dos problemas que o órgão tem por missão institucional combater e fiscalizar no que diz respeito à atuação das empresas privadas, o que é paradoxal.

É importante destacar, também, que as medidas implementadas pelo MPT tendentes à solução do problema tiveram início em 2009 (fl. 23), sem que de lá pra cá o responsável pela gestão do órgão público tenha adotado qualquer medida concreta suficiente para resolver definitivamente a situação ou pelo menos para apontar uma solução a curto ou médio prazo.

E a questão, a propósito, não pode ser atribuída à ausência de recursos financeiros, argumento comum e muito familiar aos administradores públicos quando a questão é o cumprimento de suas obrigações legais.

Relatório da **Controladoria Geral da União**, acostado pelo MPT às fls. 151/196, resultado de auditoria realizada na SRTE/AL no período de 1º.1.2010 a 31.12.2010, não somente confirma as péssimas condições estruturais do imóvel que abriga a sede do órgão público, apontadas detalhadamente em cada setor específico (instruído com diversos registros fotográficos), como também aponta que o órgão firmou, em 11.11.2009, contrato com a empresa DE PAULA ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA., CNPJ 05.484.528/0001-05 (Contrato n. 10/2009), cujo objeto é “Reforma prédio sede da SRTE/AL e suas agências: Arapiraca, Atalaia, Maragogi, Palmeira dos Índios, Porto Real do Colégio, São Miguel dos Campos, Santana do Ipanema e União dos Palmares” no valor de R\$ 715.000,00 (setecentos e quinze mil reais) e que apesar de o contrato ter expirado a

vigência em 17.6.2010, apenas a reforma dos pavimentos 5º, 6º e 7º do prédio da sede foi executada e sequer foi iniciada a reforma de quaisquer das agências do interior (fl. 184).

O relatório da CGU constatou, ainda, que apesar da execução de parte mínima da reforma prevista no prédio da sede e de não ter sido sequer iniciada a reforma nas agências do interior, em 16.12.2009 foi empenhado o valor de R\$ 500.544,22 (quinhentos mil, quinhentos e quarenta e quatro reais, vinte e dois centavos), dos quais já foi liberado para a empresa contratada, até 13.7.2010, o total de R\$ 446.903,02 (quatrocentos e quarenta e seis mil, novecentos e três reais, dois centavos) que corresponde a 89,3% do valor empenhado (fl. 184).

Os auditores da CGU também apontaram no relatório que “embora o contrato não tenha sido executado em sua totalidade (...) foi assinado pela representante da empresa, Sr. Kelly Cristina de Paula, e pelo fiscal da obra, Benedito José Ferreira de Paula, em 9.6.2010, o termo de entrega provisória das obras contratadas (...)” e que “o Gestor ainda não se manifestou formalmente sobre os fatos relatados nesta constatação, oportunidade que lhe será concedida quando do recebimento do Relatório Preliminar de Auditoria de Contas referente ao exercício de 2010” (fl. 185).

De ausência de recursos financeiros não se trata, como já dito e conforme ficou claro. O caso é de efetiva omissão no cumprimento das obrigações legais do órgão público, especificamente no tocante às normas de higiene, saúde e segurança do trabalho, a autorizar o acolhimento da pretensão do autor.

Registre-se que a documentação juntada por representante da SRTE/AL na audiência (fls. 85/116) e o conteúdo dos CD’s juntados pela ré também na audiência (ata de fls. 83/84), em nada alteram as constatações do juízo quanto ao estado precário das instalações da sede da SRTE/AL.

A documentação juntada pela SRTE, em verdade, apenas confirma todas as deficiências estruturais do prédio sede e as condições precárias a que são submetidos os servidores e trabalhadores terceirizados, circunstâncias relatadas a chefias de diversos setores da SRTE, enquanto que os CD's juntados pela ré demonstram parte da reforma em alguns dos pavimentos da SRTE/AL já mencionados no relatório da CGU e que não implicaram melhorias substanciais em relação a nada do que constitui o objeto da ação.

Ao final, e diante de tudo quanto exposto, acolhemos os pedidos deduzidos pelo Ministério Público do Trabalho no tocante às medidas práticas requeridas na inicial necessárias ao cumprimento das normas de higiene, saúde e segurança do trabalho, para o fim de:

a) determinar a imediata **interdição** do auditório da unidade sede da SRTE/AL, ficando proibido o acesso de todos os servidores e terceirizados até que sejam realizadas as obras necessárias à utilização do auditório com segurança; a secretaria deverá expedir mandado de diligência comunicando a interdição diretamente ao gestor da unidade sede da SRTE/AL, que deverá, **no prazo de 48 horas**, dar ciência formal da interdição a todos os setores e afixar aviso em local de livre acesso a todos os servidores e terceirizados;

b) **condenar** a ré ao cumprimento das seguintes obrigações:

b.1) atestar a restauração do sistema de telhado e cobertura da unidade sede da SRTE/AL, bem como providenciar a recuperação da cobertura e proteção contra chuvas do auditório da mesma unidade, devendo **comprovar o efetivo cumprimento da obrigação no prazo de 60 dias**;

b.2) providenciar, no prédio sede da SRTE/AL, na Gerência Regional de Arapiraca e nas agências do interior do Estado, a instalação de extintores de incêndio adequados aos riscos e em quantidade suficiente, de acordo

com a NR-23 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, devendo **comprovar o efetivo cumprimento da obrigação no prazo de 60 dias**;

b.3) providenciar sistema de hidrantes com as respectivas mangueiras para combate a incêndio adequado a cada instalação, bem como a formação de brigadas de incêndio e seu respectivo treinamento, devendo **comprovar o efetivo cumprimento da obrigação no prazo de 60 dias**;

b.4) providenciar manutenção no elevador da sede da SRTE/AL e apresentar laudo técnico assinado por profissional legalmente habilitado, com a devida emissão de ART — Anotação de Responsabilidade Técnica — no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA), atestando a possibilidade de utilização do equipamento com segurança ou a necessidade de substituição, devendo a ré **comprovar o efetivo cumprimento da obrigação no prazo de 30 dias**; no caso de ser apontado no laudo a necessidade de substituição do elevador, deverá a ré **comprovar a adoção de medidas destinadas ao atendimento da medida (substituição do elevador) no prazo de 60 dias após a conclusão do laudo**;

b.5) providenciar a instalação de processo automatizado para o ligamento/desligamento da bomba d'água no térreo do prédio sede, devendo a ré **comprovar o efetivo cumprimento desta obrigação no prazo de 90 dias**; até o cumprimento integral desta obrigação, deverá a ré fornecer ao trabalhador responsável pela operação EPI — Equipamento de Proteção Individual, especificamente luvas de material isolante com Certificado de Aprovação (CA) compatível com a tensão elétrica, tudo de acordo com a NR-06 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, bem como revestir o piso próximo com material isolante elétrico;

b.6) providenciar vedação adequada para a “boca” de entrada da cisterna do prédio da

sede, evitando-se o risco de acidentes com os trabalhadores, de conformidade com a NR-08 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, devendo a ré **comprovar o efetivo cumprimento da obrigação no prazo de 15 dias;**

b.7) providenciar a manutenção ou substituição dos aparelhos condicionadores de ar em todos os setores de funcionamento do Ministério do Trabalho em Alagoas, adequando os postos de trabalho às condições mínimas de conforto exigidas pela NR-17 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, devendo a ré **comprovar o efetivo cumprimento da obrigação no prazo de 30 dias;**

b.8) providenciar análise técnica para avaliação ergonômica dos postos de trabalho, a fim de promover sua adequação à NR-17 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego; devendo a ré **comprovar a adoção de medidas destinadas ao cumprimento da obrigação no prazo de 30 dias;** durante o período de realização dos estudos ergonômicos, deverá a ré promover revezamento dos servidores em cada tipo de função, respeitando as pausas previstas na legislação, além de promover ginástica laboral, tudo em conformidade com a NR-17 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego;

b.9) realizar a reforma geral do prédio sede da SRTE/AL e no seu auditório, além da reforma nas agências regionais localizadas nos vários municípios de Alagoas, apresentando, em seguida, laudo técnico elaborado por profissional habilitado atestando as condições de segurança dos elementos estruturais (vigas, pilares, lajes, etc.) da unidade sede da SRTE/AL, com a respectiva emissão de ART — Anotação de Responsabilidade Técnica — no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA), devendo a ré **comprovar a adoção de medidas destinadas ao cumprimento da obrigação no prazo de 60 dias.**

Para o caso de descumprimento de qualquer das obrigações determinadas nesta sentença, fixamos multa no importe de **R\$ 100.000,00 (cem mil reais)**, valor reversível ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), sem prejuízo do cumprimento das obrigações de fazer.

Esclarecemos, todavia, que em face das restrições e exigências legais impostas à atuação do Poder Público, sobretudo no tocante a obrigações legais que exigem a contratação de terceiros, não é viável a fixação de prazo preciso para o cumprimento da obrigação, como é o caso, por exemplo, da conclusão da reforma nos prédios que abrigam a sede e as demais agências da SRTE em Alagoas, bem como do estudo ergonômico dos postos de trabalho ou mesmo da eventual aquisição de novo elevador do prédio sede da SRTE/AL, medidas que dependem de procedimentos preparatórios tendentes à liberação de recursos e de contratação de serviços, sujeitos, entre outras restrições, às exigências da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93).

Assim, alguns prazos foram fixados para a comprovação do **efetivo cumprimento da obrigação** e outros para a comprovação da **adoção de medidas destinadas ao cumprimento da obrigação**, caso em que caberá ao Ministério Público do Trabalho manter a fiscalização a respeito do cumprimento dos respectivos prazos de execução das medidas, cujo descumprimento do prazo ensejará igualmente a aplicação da multa fixada.

III. CONCLUSÃO

Ante o exposto, nos autos da reclamação trabalhista ajuizada por **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO** em face de **UNIÃO FEDERAL**, DECIDO o que se segue:

1) em sede preliminar, **REJEITO AS ARGUIÇÕES DE INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, ILEGITIMIDADE DO MPT E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO MPT**, suscitadas na defesa;

2) no mérito, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** a pretensão da parte autora para os seguintes fins:

2.1) **DETERMINAR** a imediata **INTERDIÇÃO DO AUDITÓRIO DA UNIDADE SEDE DA SRTE/AL**, ficando proibido o acesso de todos os servidores e terceirizados até que sejam realizadas as obras necessárias à utilização do auditório com segurança; a secretaria do juízo deverá expedir **MANDADO DE DILIGÊNCIA**, independentemente do trânsito em julgado, comunicando a interdição diretamente ao gestor da unidade sede da SRTE/AL, que deverá, **no prazo de 48 horas**, dar ciência formal da interdição a todos os setores e afixar aviso em local de livre acesso a todos os servidores e terceirizados;

2.2) **CONDENAR** a ré ao cumprimento das seguintes obrigações:

2.2.1) atestar a restauração do sistema de telhado e cobertura da unidade sede da SRTE/AL, bem como providenciar a recuperação da cobertura e proteção contra chuvas do auditório da mesma unidade, devendo comprovar o efetivo cumprimento da obrigação **no prazo de 60 dias**;

2.2.2) providenciar, no prédio sede da SRTE/AL, na Gerência Regional de Arapiraca e nas agências do interior do Estado, a instalação de extintores de incêndio adequados aos riscos e em quantidade suficiente, de acordo com a NR-23 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, devendo **comprovar o efetivo cumprimento da obrigação no prazo de 60 dias**;

2.2.3) providenciar sistema de hidrantes com as respectivas mangueiras para combater a incêndio adequado a cada instalação, bem como a formação de brigadas de incêndio e seu respectivo treinamento, devendo **comprovar o efetivo cumprimento da obrigação no prazo de 60 dias**;

2.2.4) providenciar manutenção no elevador da sede da SRTE/AL e apresentar laudo técnico assinado por profissional legalmente habilitado, com a devida emissão de ART — Anotação de Responsabilidade Técnica — no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA), atestando a possibilidade de utilização do equipamento com segurança ou a necessidade de substituição, devendo a ré **comprovar o efetivo cumprimento da obrigação no prazo de 30 dias**; no caso de ser apontado no laudo a necessidade de substituição do elevador, deverá a ré **comprovar a adoção de medidas destinadas ao atendimento da medida** (substituição do elevador) **no prazo de 60 dias após a conclusão do laudo**;

2.2.5) providenciar a instalação de processo automatizado para o ligamento/desligamento da bomba d'água no térreo do prédio sede, devendo a ré **comprovar o efetivo cumprimento desta obrigação no prazo de 90 dias**; até o cumprimento integral desta obrigação, deverá a ré fornecer ao trabalhador responsável pela operação EPI — Equipamento de Proteção Individual, especificamente luvas de material isolante com Certificado de Aprovação (CA) compatível com a tensão elétrica, tudo de acordo com a NR-06 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, bem como revestir o piso próximo com material isolante elétrico;

2.2.6) providenciar vedação adequada para a “boca” de entrada da cisterna do prédio da sede, evitando-se o risco de acidentes com os trabalhadores, de conformidade com a NR-08 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, devendo a ré **comprovar o efetivo cumprimento da obrigação no prazo de 15 dias**;

2.2.7) providenciar a manutenção ou substituição dos aparelhos condicionadores de ar em todos os setores de funcionamento

do Ministério do Trabalho em Alagoas, adequando os postos de trabalho às condições mínimas de conforto exigidas pela NR n. 17 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, devendo a ré comprovar o efetivo cumprimento da obrigação no prazo de 30 dias;

2.2.8) providenciar análise técnica para avaliação ergonômica dos postos de trabalho, a fim de promover sua adequação à NR-17 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego; devendo a ré comprovar a adoção de medidas destinadas ao cumprimento da obrigação no prazo de 30 dias; durante o período de realização dos estudos ergonômicos, deverá a ré promover revezamento dos servidores em cada tipo de função, respeitando as pausas previstas na legislação, além de promover ginástica laboral, tudo em conformidade com a NR-17 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego;

2.2.9) realizar a reforma geral do prédio sede da SRTE/AL e no seu auditório, além da reforma nas agências regionais localizadas nos vários municípios de Alagoas, apresentando, em seguida, laudo técnico elaborado por profissional habilitado atestando as condições de segurança dos elementos estruturais (vigas, pilares, lajes, etc.) da unidade sede da SRTE/AL, com a respectiva emissão de ART — Anotação de Responsabilidade Técnica — no Conselho

Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA), devendo a ré **comprovar a adoção de medidas destinadas ao cumprimento da obrigação no prazo de 60 dias;**

2.3) FIXAR MULTA no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), valor reversível ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), para o caso de descumprimento de qualquer das obrigações determinadas nesta sentença, sem prejuízo do cumprimento das respectivas obrigações de fazer.

Tudo em fiel observância aos termos da fundamentação deste *decisum*, que passa a integrar o presente dispositivo como se nele estivesse transcrita.

Providencie a Secretaria a expedição do MANDADO DE DILIGÊNCIA de que trata o item 2.1 deste dispositivo, independentemente do trânsito em julgado.

Custas fixadas em R\$ 2.000,00, calculadas sobre o valor atribuído à causa na inicial (alçada), sendo o ente público reclamado isento do recolhimento, ante o disposto no art. 790-A da CLT.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, nos termos do art. 475 do CPC e da Súmula n. 303 do TST.

Partes cientes (Súmula n. 197, TST).

Maceió, AL, 28 de junho de 2011.

SERGIO ROBERTO DE MELLO QUEIROZ

Juiz Federal do Trabalho

Índice Geral



Doutrina

Justiça social e direito à igualdade no Estado

Democrático de Direito: a responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. 1. Introdução. 2. Direitos humanos e espaços de luta por dignidade. 3. A igualdade e o direito à diferença como base dos direitos humanos. 4. O direito à igualdade no Estado Democrático de Direito e a força normativa dos direitos sociais. 5. A solidariedade e o fortalecimento da cidadania como fatores concretos de legitimação do Estado Democrático de Direito. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas 17

O direito fundamental à proteção do emprego. 1. Introdução. 2. A proteção contra a dispensa como corolário do próprio direito do trabalho. 3. A positivação do princípio protetivo como “direito pétreo”. 4. O modelo brasileiro de proteção contra a dispensa. 5. A efetividade “fundamental” do princípio protetivo. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas..... 36

Processo eletrônico, software, norma tecnológica e o direito fundamental à transparência tecnológica. Elementos para uma teoria geral do processo eletrônico. 1. Introdução. 2. As Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (NTICs). 3. O *software* e a *softwarização* do processo. 4. Novas zonas de interesse e reflexão: efeitos da *softwarização* do processo. 5. *Software*, mecanização e automação. 6. A onipresença poderosa e avassaladora do *software*. 7. Norma tecnológica: a nova categoria da ciência processual. 8. Transparência tecnológica: indo além dos códigos-fonte. A norma tecnológica e as regras da automação consciente, da legitimação e da transparência plena. 9. Enquadrando o software: do direito fundamental processual à transparência tecnológica. 9.1. Na relação processual,

o *software* desloca (assume o lugar de) servidores e também o juiz. 9.2. A “*softwarização*” permite evoluir na virtualização e a transparência passa a ser essencial. 9.3. A insuficiência da abertura do código-fonte. 9.3.1. Aspectos do regime legal em vigor que comprometem a transparência. 9.3.2. Aspectos de um regime novo, inspirado na ideia de promoção dos direitos fundamentais processuais, com transparência tecnológica plena. 10. Considerações finais. 11. Referências bibliográficas 54

A aplicação da antecipação de tutela no processo de execução. 1. Introdução. 2. Uma visão sistemática do CPC brasileiro. 3. As tutelas de urgência. 3.1. A confusão sobre a natureza das tutelas e fungibilidade. 3.2. As tutelas de urgência satisfativas no direito brasileiro. 4. A execução provisória no sistema do CPC/1973. 4.1. A execução provisória no art. 475-O. 4.2. A antecipação de tutela como técnica aplicável ao processo de execução. 4.3. Nossa proposta de interpretação. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas 73

A sentença liquidada como instrumento de alcance do princípio constitucional da razoável duração do processo. 1. Introdução. 2. Conceitos. 2.1. O princípio constitucional da razoável duração do processo. 2.2. Definição de sentença liquidada (e não líquida). 3. O paradigma de liquidação da sentença trabalhista e suas alterações. 3.1. O sistema processual contido na CLT e a ausência de previsão de prolatação de sentenças liquidadas. 3.2. A mudança do paradigma (I): a Lei n. 9.957/2000, que alterou a CLT e criou o procedimento sumariíssimo. 3.3. A mudança de paradigma (II): a Lei n. 11.232/2005, que alterou o CPC e criou o capítulo da liquidação de sentença. 4. Alteração do modelo de liquidação de sentença trabalhista após as alterações

da CLT e do CPC. 4.1. Hipótese de bipartição do sistema de liquidação de sentença trabalhista: sentença liquidada e sentença não liquidada. 4.2. O sistema do CPC como o regime de observância procedimental da sentença liquidada e a aplicabilidade do art. 475-J, daquele diploma legal. 4.3. Análise crítica da jurisprudência restritiva à aplicabilidade do art. 475-J, do CPC. 4.4. Análise crítica do argumento operacional relativo à não efetivação das sentenças liquidadas. 5. Considerações finais. 5.1. Estatísticas comparativas quanto à duração do processo com sentença liquidada e sentença não liquidada. 5.2. Leitura das estatísticas, demonstração e comprovação do argumento. 6. Referências bibliográficas 94

A legitimidade da tomadora dos serviços para responder à execução trabalhista. 1. Introdução. 2. A responsabilidade da tomadora em relação ao contrato de trabalho. 3. Responsabilidade “subsidiária”: responsabilidade solidária com benefício de ordem. 3.1. Os contornos e limites da responsabilidade “subsidiária”. 4. A (im)possibilidade de ajuizar demanda apenas em face do empregador e redirecionar a execução contra a tomadora. 5. Algumas conclusões. 6. Referências bibliográficas 104

Considerações acerca do ato de dispensa dos empregados de sociedades de economia mista. 1. Introdução. 2. Breves considerações sobre as sociedades de economia mista e sua disciplina constitucional. 3. Da sujeição das sociedades de economia mista ao princípio da motivação dos atos administrativos. 3.1. Da sujeição das sociedades de economia mista aos princípios

do direito administrativo. 3.2. Da sujeição das sociedades de economia mista ao princípio da motivação dos atos administrativos. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas..... 119

O nexo causal entre depressão e trabalho. 1. Introdução. 2. Proteção legal à saúde do trabalhador. 3. Depressão. 4. A responsabilidade civil do empregador. 5. O nexo causal entre depressão e trabalho. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas 129

Jurisprudência

Acórdãos do Superior Tribunal do Trabalho

Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho 151
 Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho 166
 Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região 173
 Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região 179
 Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região 186
 Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região 200

Sentença

4ª Vara do Trabalho de Florianópolis – SC 211
 Vara do Trabalho de Parintins – AM..... 226
 Vara do Trabalho de São José do Rio Preto – SP 244
 1ª Vara do Trabalho de Paraupébas – PA ... 248
 9ª Vara do Trabalho de Belém – PA..... 261
 Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa – BA 269
 2ª Vara do Trabalho de Maceió – AL..... 281