

REVISTA
TRABALHISTA
Direito e Processo

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



Revista trabalhista : direito e processo. — Ano I, 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).

© 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 4967.2

Novembro, 2013

PRESIDENTE ANAMATRA

PAULO LUIZ SCHMIDT

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 – Ematra 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 da 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</i>	11
<i>Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sententas</i>	13
Doutrina	
Relativização da coisa julgada <i>Adriana Campos de Souza Freire Pimenta</i>	17
O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores <i>Candy Florência Thome</i>	29
O trabalho nas Constituições Sociais <i>Edilton Meireles</i>	55
“O Adicional de Insalubridade e a Súmula Vinculante n. 4/STF.” Interpretação e integração do ordenamento jurídico. Incompatibilidades e incoerências jurídicas. <i>Marcel Lopes Machado</i>	69
A aplicação das <i>astreintes</i> nas antecipações de tutela <i>Rubens Fernando Clamer dos Santos Junior</i>	77
Apontamentos a respeito do ato de dispensa dos empregados de sociedades de economia mista <i>José Mario Porto Neto e José Mario Porto Júnior</i>	89
Tutela coletiva específica ou resultado prático equivalente: a indenização moral coletiva revertida para a própria comunidade lesada <i>Rinaldo Guedes Rapassi</i>	100
Ação autônoma posterior destinada à responsabiização subsidiária do tomador de serviços ente público: controvérsias, questões relevantes e tutela de direitos <i>Christiana D’Arc Damasceno Oliveira</i>	107

Os princípios do Direito Processual do Trabalho e o anteprojeto laboral da 15ª Região do Trabalho <i>Guilherme Guimarães Feliciano</i>	131
---	-----

Jurisprudência

— Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

— Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	153
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região	202
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região	207
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região	215
Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região	220

Sentenças

12ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR.....	233
13ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – MG.....	240
8ª Vara do Trabalho de João Pessoa – PB.....	247
2ª Vara do Trabalho de Rio do Sul – SC.....	255
Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa – BA.....	269
Índice Geral	293

Abreviaturas e Siglas Usadas

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

Editorial

O povo brasileiro comemora, em 2013, os 25 anos de promulgação da Constituição Federal e os 70 anos de criação da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT.

A Consolidação, que representou inegável avanço dos trabalhadores na regulamentação de diversos direitos e garantias, trazendo consigo um esboço de um processo trabalhista, teve no manto da Carta Magna de 1988 a confirmação dos direitos fundamentais e a supremacia dos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

O cidadão passou a contar, com o advento desta última, de uma legislação garantista, de vanguarda, exemplo de positivação de condições de trabalho adequadas e de respeito ao trabalhador.

Paradoxalmente, assiste-se agora a uma tentativa de desmonte desse arcabouço jurídico garantidor mediante proposta de flexibilização dos direitos trabalhistas, por meio de projeto de terceirização ampla dos serviços (PL n. 4.330/04) que, acaso se aprovado, implicará na precarização desses direitos.

Por outro lado, a comunidade jurídica e o profissional do direito se debatem com os desafios de implementar uma legislação que encontra resistência nos mais diversos setores produtivos, preocupados que estão com a redução dos custos e com a ampliação da sua margem de lucros.

Essa onda não é solitária e conta com o reforço do fenômeno da crise mundial que assola mesmo as economias mais avançadas e desenvolvidas, respingando na economia nacional pela retração dos negócios multilaterais.

Eis o desafio do Juiz do Trabalho e da Justiça do Trabalho: conciliar as necessidades e demandas do mercado com a garantia de cumprimento da legislação protetiva do trabalhador.

É momento de prestigiar os instrumentos de que dispomos, trabalhando num cenário que viabilize avanços responsáveis sem qualquer prejuízo às conquistas históricas alcançadas ao longo das últimas décadas.

A compilação de artigos, sentenças e acórdãos que compõe esta edição da “Revista Trabalhista Direito e Processo” demonstra a atenção que o magistrado do Trabalho, e o operador do Direito em geral, tem dado ao assunto.

Neste momento histórico, a ANAMATRA renova o seu compromisso com a preservação desse acervo jurídico.

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 Anamtra 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

Relativização da coisa julgada

Adriana Campos de Souza Freire Pimenta^(*)

Resumo:

- ▶ O instituto da coisa julgada tem estatura constitucional e natureza jurídica de direito fundamental processual. Ele privilegia a segurança jurídica pois impede que se rediscuta a sentença que decidiu o mérito da causa e em relação à qual não sejam mais oponíveis recursos (coisa julgada material). Na Constituição Federal, coexistem princípios e institutos como coisa julgada, ideal de justiça, celeridade processual e segurança jurídica, *v. g.*, razão pela qual parte da doutrina e da jurisprudência passou a admitir que a coisa julgada pudesse ser relativizada em certas situações, a partir da ponderação dos vários princípios constitucionais. Outros, contudo, têm postura absolutamente contrária à referida relativização.

Palavras-Chave:

- ▶ Coisa julgada — Relativização — Princípios constitucionais — Ponderação.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Coisa julgada: definição e efeitos
- ▶ 3. Relativização da coisa julgada — Caracterização — Doutrina e jurisprudência contrárias.
- ▶ 4. Doutrina e jurisprudência favoráveis
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

O presente estudo decorreu da análise de um caso concreto, em que a sentença proferida na fase de conhecimento limitou a competência da Justiça do Trabalho ao período em que os autores prestaram serviços na condição de empregados, ao passo que, na fase executiva (em sede de julgamento de embargos à execução e

posterior agravo de petição), o juízo da execução entendeu pela competência da Justiça do Trabalho por todo o período laborado, inclusive aquele em que os trabalhadores prestaram serviços para um certo município sob a égide do Regime Jurídico Único⁽¹⁾, alterando, consideravelmente, o valor dos créditos trabalhistas.⁽¹⁾

(*) Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Titular da 1ª Vara do Trabalho de Divinópolis/MG; Juíza Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie/SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie/SP.

(1) A coisa julgada material (que tem por objeto o mérito da causa) não se forma, a rigor, na fase executiva do processo, pois nesta o mérito da causa já foi decidido por inteiro, ensejando a formação do título executivo judicial). Contudo, no Processo do Trabalho, as fases de liquidação e de execução propriamente dita se mesclam e se interpenetram, procedimental e temporalmente e, assim, matérias relativas à fase de liquidação da sentença

A questão somente foi discutida por ocasião da expedição do precatório, já que se tratava de ente público, cujos débitos judiciais, por determinação constitucional (art. 100 da Constituição Federal⁽²⁾), são pagos mediante expedição de precatório, como todos sabemos.

O prazo para a proposição da ação rescisória já estava superado.

Para desenvolvermos o tema, inicialmente, trataremos do instituto da coisa julgada em si e, a partir daí, das discussões doutrinárias acerca da possibilidade de sua relativização.

2. Coisa julgada — Definição e efeitos

O instituto da coisa julgada tem estatura constitucional e natureza jurídica de direito fundamental processual, previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVI⁽³⁾, bem como no Código de Processo Civil, este no art. 467⁽⁴⁾.

O instituto em questão privilegia a segurança jurídica, na medida em que impede que se rediscuta a sentença que decidiu o mérito da causa e em relação à qual não sejam mais oponíveis recursos.

A exceção seria a ação rescisória, que permite a desconstituição da decisão transitada em julgado, nas hipóteses legalmente previstas⁽⁵⁾.

condenatória genérica, proferida na fase de cognição, ainda transitam em julgado na fase de execução do processo trabalhista, como ocorreu no caso concreto mencionado.

- (2) “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”
- (3) “XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada,”...
- (4) “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”
- (5) “CAPÍTULO IV DA AÇÃO RESCISÓRIA

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

Diz-se que a coisa é soberanamente julgada quando ultrapassado, inclusive, o prazo para a proposição da ação rescisória⁽⁶⁾.

Neste sentido, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA⁽⁷⁾:

“A expressão coisa julgada deriva da expressão latina *res iudicata*, que significa bem julgado. É fenômeno típico do processo de conhecimento o resultado final do processo de conhecimento normalmente atribuir um bem jurídico a alguém. Define-se, assim, uma situação jurídica, estabelecendo-se a sua titularidade, passando esta definição, por causa da coisa julgada material, a ser imutável, razoavelmente estável ou marcadamente duradoura. Este bem jurídico é abrangido pela categoria dos direitos subjetivos.”

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁽⁸⁾ também trata do tema, ponderando que a

II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV – ofender a coisa julgada;

V – violar literal disposição de lei;

VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;”...

- (6) NERY JR., Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JR., Fredie. *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Jus Podium, 2006. p. 253-270.
- (7) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil, homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 534.
- (8) DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. Disponível em: <<http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf>> Acesso em: 29 jan. 2013.

coisa julgada não é “um efeito da sentença, mas especial qualidade que imuniza os efeitos substanciais desta a bem da estabilidade da tutela jurisdicional”. Enfatiza ele que “a coisa julgada não tem dimensões próprias, mas as dimensões que tiverem os efeitos da sentença”.

E, na mesma passagem, acrescenta:

“Sendo um elemento imunizador dos efeitos que a sentença projeta para fora do processo e sobre a vida exterior dos litigantes, sua utilidade consiste em assegurar estabilidade a esses efeitos, impedindo que voltem a ser questionados depois de definitivamente estabelecidos por sentença não mais sujeita a recurso. A garantia constitucional e a disciplina legal da coisa julgada recebem legitimidade política e social da capacidade, que têm, de conferir segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença.”

Assim, quando se defende a imutabilidade absoluta da coisa julgada, o princípio constitucional prestigiado é o da segurança jurídica, princípio que não seria absoluto para aqueles que entendem possível a sua relativização.

3. Relativização da coisa julgada — Caracterização — Doutrina e jurisprudência contrárias

Alguns doutrinadores de vanguarda manifestam-se enfaticamente contrários à referida relativização.

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART⁽⁹⁾ afirmam que:

“As teses da ‘relativização’ não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada pela coisa julgada. Admitir que o Estado-juiz errou no julgamento que se

(9) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. vol. 2. Processo de conhecimento. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 696-697.

cristalizou implica em aceitar que ele pode errar novamente, quando a ideia de ‘relativizar’ a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça. As soluções apresentadas são por demais simplistas para merecerem guarida, principalmente no atual estágio de desenvolvimento da ciência do Direito e na absoluta ausência de uma fórmula racionalmente justificável que faça prevalecer; em todos os casos, determinada teoria da justiça. Com um apelo quase sensacionalista, pretende-se fazer crer que os juristas nunca se preocuparam com a justiça das decisões jurisdicionais, ao mesmo tempo em que se procura ocultar que o problema sempre foi alvo de reflexão.
[...]

O problema da falta de justiça não aflige apenas o sistema jurídico. Outros sistemas sociais apresentam injustiças gritantes, mas é equivocado, em qualquer lugar, destruir alicerces quando não se pode propor uma base melhor ou mais sólida.”

Os autores supra rejeitam, inclusive, o argumento de que a injustiça praticada na decisão do mérito seria motivo suficiente para a relativização da coisa julgada.

Para eles, o mesmo sistema jurídico que se preocupa com a injustiça também consagra o instituto da coisa julgada e, como tal, este deve prevalecer nas situações em que o caso concreto foi examinado em definitivo pelo Poder Judiciário e não haja mais oportunidade para recursos e/ou ação rescisória.

NELSON NERY JR.⁽¹⁰⁾, após discorrer sobre a formação da coisa julgada (afirmando como elementos essenciais para sua caracterização: que o processo exista; que a sentença seja de mérito e que a sentença de mérito não mais seja impugnável por recurso ordinário ou extraordinário), também se posiciona contrariamente à sua relativização.

(10) NERY JR., Nelson, *op.cit.*, p. 256.

Afirma ele que⁽¹¹⁾:

“Tendo havido prolação de sentença de mérito da qual não caiba mais recurso, forma-se inexoravelmente a coisa julgada material (*auctoritas rei judicatae*), tornando-se imutável e indiscutível o comando emergente da parte dispositiva da sentença e repelidas todas as alegações deduzidas pelas partes e as que poderiam ter sido deduzidas, mas não o foram (CPC 474). As hipóteses de abrandamento do rigor da coisa julgada são as previstas expressa e taxativamente na lei (ação rescisória, embargos do devedor do CPC 741, revisão criminal, coisa julgada *secundum eventum litis* [ação civil pública, ação popular]). O sistema jurídico brasileiro não admite a relativização (*rectius*: descon sideração) da coisa julgada fora dos casos autorizados em *numerus clausus*, pois caso isso ocorra terá havido negação do fundamento da república do Estado Democrático de Direito (CF art. 1º, *caput*), que é formado, entre outros elementos, pela autoridade da coisa julgada.

Existindo casos específicos identificados pela doutrina, que mereçam tratamento diferenciado no que pertine à coisa julgada — por exemplo, investigação de paternidade *secundum eventum probationis* —, somente com a modificação da lei, nela incluindo a hipótese de exceção, é que poderão ser abrandados os rigores da coisa julgada. Sem expressa disposição de lei regulamentando a situação, não se poderá desconsiderar a coisa julgada.”

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA⁽¹²⁾, por sua vez, propugna que se tenha muito cuidado com a relativização da coisa julgada, embora não se mostre contrário de modo absoluto a ela:

“entendemos que as teses que propõem atualmente a relativização (ou desconsideração) da coisa julgada, muitas delas sem

(11) *Ibidem*, p. 270.

(12) ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 209.

qualquer tipo de controle legal ou principiológico, devem ser vistas com reservas. Não que a coisa julgada seja um dogma absoluto, mas porque a desconsideração (ou relativização) desenfreada da coisa julgada, como propõem alguns, coloca em risco a própria estrutura constitucional do direito processual.”

Nesse mesmo sentido restritivo, colhem-se na jurisprudência mais recente os seguintes julgados sobre a questão:

RE n. 603.188 – AgR/SP – SÃO PAULO AG. REG. no Recurso Extraordinário. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento: 26.4.2011 Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação DJe-089 – Divulg. 12.5.2011 Public. 13.5.2011 – Agte. (s): Viviane Ventura de Freitas e outro(a/s) – Adv.(a/s): Augusto Betti e outro(as) – Agdo. (a/s): Município de São Paulo – Proc.(a/s) (es): Procurador-Geral do Município de São Paulo.

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO. LEI N. 11.722/95. COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A relativização da coisa julgada é medida excepcional dependente de previsão legal, como ocorre na ação rescisória e revisão criminal, sendo vedado ao Poder Judiciário conferir aumento aos servidores públicos com fundamento no princípio da isonomia, máxime quando a majoração foi rejeitada em decisão trânsita (Súmula n. 339 do STF, *in verbis*: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”). 2. *In casu*, houve decisão em controle difuso de constitucionalidade onde esta Corte, quando do julgamento do RE n. 258.980 da Relatoria do Ministro Ilmar Galvão, reconheceu a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 7º da Lei n. 11.722/95 do Estado de São Paulo. 3. A decisão de inconstitucionalidade em controle difuso não abarca outra pretensão recursal, nas hipóteses em que há decisão de mérito com trânsito em julgado quando do reconhecimento da inconstitucionalidade. 4. Agravo regimental improvido.”

AgRg no REsp n. 1.140.765/RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0094996-4 – rel. Min. Gilson Dipp – 5ª Turma – Julgamento: DJE 22.3.2011 – Publicação: 4.4.2011.

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E EFETIVO PAGAMENTO. NÃO CABIMENTO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. DETERMINAÇÃO EXPRESSA. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. OCORRÊNCIA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

I – Descabe a aplicação de juros moratórios no lapso compreendido entre a elaboração da conta de liquidação e a data da expedição do precatório complementar, porquanto não existe mora da Fazenda Pública que justifique sua incidência.

II – Havendo determinação expressa na sentença exequenda, já transitada em julgado, de inclusão dos juros moratórios no precatório complementar até o efetivo pagamento, o afastamento de sua incidência violaria a coisa julgada, não sendo aplicável, à espécie, a relativização da coisa julgada.

III – Agravo interno desprovido.”

4. Doutrina e jurisprudência favoráveis

Contudo, exatamente em razão da coexistência constitucional de princípios como o ideal de justiça, a celeridade e a segurança jurídica e havendo no texto constitucional previsão expressa acerca da coisa julgada, a doutrina passou a ponderar referidos princípios constitucionais, além de outros, concluindo alguns que a imutabilidade da coisa julgada deve ser vista com certa parcimônia e não de maneira absoluta.

Essa valoração de princípios constitucionais é feita a partir da técnica da PONDERAÇÃO.

LUÍS ROBERTO BARROSO ensina que referida técnica socorre o aplicador do direito nos momentos em que está ele diante da difícil decisão entre dois princípios constitucionais que, aparentemente, se chocam.

Diz ele:

“enquanto as normas são aplicadas na plenitude de sua força normativa — ou, então, são violadas — os princípios são ponderados.

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular outro sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (*v. infra*) e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada”.⁽¹³⁾

Neste sentido, como precursores contemporâneos na doutrina brasileira em favor da tese da relativização, HUMBERTO THEODORO JR. e JULIANA CORDEIRO DE FARIA⁽¹⁴⁾ discorrem exatamente sobre a coexistência constitucional de diversos princípios e a impossibilidade de desprezarmos um deles e, mais ainda, de tolerarmos a sobrevivência de decisões que contrariam frontalmente a Norma

(13) BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito Processual Geral* (54), p. 68, 2001.

(14) THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização*. Disponível em: <http://ead04.virtual.pucminas.br/conteudo/CSA/s2c0007b/03_orient_conteudo_1/centro_recursos/documentos/TxtAtivForumNaoPont2.pdf> Acesso em: 29 jan. 2013.

Constitucional, mesmo que tais decisões já tenham transitado em julgado:

“Nenhum princípio no campo do direito, nem mesmo nos domínios constitucionais, pode ser visto e aplicado como absoluto. A própria segurança jurídica, ainda que mereça a qualificação de elemento natural e necessário do Estado de direito democrático, não escapa à relatividade inerente à sistemática dos princípios de direito. É que os princípios, na sua essência não traduzem preceitos, mas, sim, valores, os quais, por natureza, são elásticos, sem contornos e limites precisos, e exercem muito mais sua função no terreno da hermenêutica do que no campo das normas, estas, sim, encarregadas de traçar regras claras e precisas sobre o comportamento dos sujeitos de direito.”

“Quando sustentamos a relativização do princípio da intangibilidade na hipótese de inconstitucionalidade, não amparamos nossa tese apenas e singelamente na injustiça da sentença, mas em um vício muito mais grave, qual seja, a vulneração pela sentença de algum preceito ou mandamento constitucional. Nesta hipótese, a insustentabilidade da força da *res iudicata* não seria consequência da injustiça da sentença apenas, mas sempre e necessariamente de sua incompatibilidade com a Constituição Federal. Aí reside a injustiça, ou seja, o desrespeito ao DIREITO JUSTO como sendo aquele decorrente das normas, garantias e princípios insculpidos na Constituição Federal, considerados objetivamente.”

Regras importantes vieram a consagrar expressamente a possibilidade dessa precognizada relativização da coisa julgada, quais sejam, as alterações no art. 741 do CPC⁽¹⁵⁾,

(15) “Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

- I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia
- II – inexigibilidade do título;
- III – ilegitimidade das partes;

parágrafo único, decorrente da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, convertida na Lei n. 11.232/2005 e no § 5º do art. 884 da CLT, acrescentado pela mesma Medida Provisória n. 2.180-35/2001⁽¹⁶⁾.

As hipóteses em que referida relativização são mencionadas em doutrina, com mais frequência, dizem respeito a injustiças gritantes e inconstitucionalidades declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, justamente hipóteses em que a decisão transitada em julgado refletiria a negação do próprio Direito.

IV – cumulação indevida de execuções;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença;

VII – incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.” (grifamos)

(16) “Art. 884. Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação.

§ 1º A matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida.

§ 2º Se na defesa tiverem sido arroladas testemunhas, poderá o Juiz ou o Presidente do Tribunal, caso julgue necessários seus depoimentos, marcar audiência para a produção das provas, a qual deverá realizar-se dentro de 5 (cinco) dias.

§ 3º Somente nos embargos à penhora poderá o executado impugnar a sentença de liquidação, cabendo ao exequente igual direito e no mesmo prazo.

§ 4º Julgar-se-ão na mesma sentença os embargos e as impugnações à liquidação apresentadas pelos credores trabalhista e previdenciário.

§ 5º *Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.”* (grifamos)

Destacam que institutos como o da antecipação dos efeitos da tutela definitiva, previsto no art. 273 do CPC, já demonstram que a imutabilidade da coisa julgada não é absoluta⁽¹⁷⁾, na medida em que, em sede de cognição sumária, são analisados os pedidos e a decisão final poderá ser diversa da primeira.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁽¹⁸⁾ fala em “Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcançadora e realça, é o da *justiça das decisões*”. E, destacando que referida preocupação não é apenas dele, enfatiza que “a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que *não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas*”.

(17) “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

(18) DINAMARCO, Cândido Rangel, *op.cit.*

Exatamente com base na técnica da ponderação, os arestos que se seguem espelham decisões em que a coisa julgada foi relativizada:

AgR/PR – PARANÁ – AG. REG. NA SUSPENSÃO LIMINAR – Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente) – Julgamento: 18.12.2009 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação DJe-045 – Divulg. 11.3.2010 – Public. 12.3.2010 – Agte.(s): Espólio de Jeanne Mathilde Esquier Dalcanale – Adv.(a/s): Artur Pereira Alves Junior e Outro(a/s) – Adv.(a/s): Luiz Antonio Bettiol – Agdo.(a/s): União – Adv.(a/s): Advogado-Geral da União.

“EMENTA: Agravo Regimental em Suspensão de Liminar. Decisão agravada que constatou à época grave lesão à ordem e à economia públicas, diante da temeridade de levantamento de vultosa quantia dos cofres públicos e da plausibilidade da tese de esse valor ser indevido. Pedido de reforma e de restauração dos efeitos da decisão do TRF da 4ª região, nos autos de agravo de instrumento em ação civil pública, que permitiu o levantamento de 50% dos valores de precatórios antes suspensos, decorrentes de condenação da União ao pagamento de indenização de 200.000 pinheiros adultos. Processo principal que discute a possibilidade de relativização da coisa julgada. Surgimento de fato novo. Superveniência de sentença em ação civil pública que mantém a condenação (coisa julgada) em todos seus termos, à exceção do *quantum debeatur*. Necessidade de nova perícia. Novo contexto fático-jurídico. Constatação da potencialidade de ocorrência de dano inverso, em termos de economia pública e de segurança jurídica, caso não se pague qualquer valor devido aos agravantes. Reforma parcial da decisão agravada para estabelecer uma fórmula judicial provisória apta a proteger o Erário e a limitar o pagamento dos precatórios, em montante que assegure aos agravantes os efeitos da coisa julgada nos limites explicitados nos autos do processo originário. Autorização do levantamento parcial, via precatório, dos valores devidos aos agravantes, a título de parte incontroversa, a qual deverá ser fixada pelo juízo de primeiro grau, devendo o montante liberado (1) não

ser superior ao percentual de 50% (cinquenta por cento) do valor total do precatório antes suspenso (nos termos em que decidiu o TRF da 4ª Região) e (2) ser calculado com a inclusão dos valores já pagos. Determinação ao juízo de primeiro grau de imediata realização de perícia judicial, caso seja necessária ao cumprimento da autorização condicionada estabelecida nesta decisão. Extensão dos efeitos desta decisão às suspensões acolhidas pelo mesmo fundamento por anterior pedido de extensão. Agravo Regimental parcialmente procedente.”

AgRg na MC n. 12.581/RN – AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR 2007/0050219-3 – Relª. Minª. Nancy Andri-ghi – S2 – Segunda Seção – Data do Julgamen- to: 8.6.2011 – Data da Publicação: 15.6.2011.

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CONS- TITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENDIDA SUSPENSÃO DA EXECU- ÇÃO DE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. ADMISSIBILIDADE SOMENTE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS, DE COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDA- MENTAIS. INEXISTÊNCIA NA ESPÉCIE. CAUTELAR EXTINTA. Somente na hipó- tese de colisão entre direitos fundamentais é que se deve admitir, pelo menos em tese, a chamada “relativização da coisa julgada”, fazendo-se uma ponderação dos bens envol- vidos, com vistas a resolver o conflito e buscar a prevalência daquele direito que represente a proteção a um bem jurídico maior.

— Apenas nas situações de colisão entre di- reitos fundamentais é que é cabível suspender, via provimento cautelar, a execução da decisão rescindenda, a fim de que outro direito fun- damental em jogo, que represente a proteção a um bem jurídico maior do que aquele da segurança jurídica decorrente da coisa julgada, prevaleça.

— Agravo não provido.”

MANCUSO⁽¹⁹⁾, para quem “o fato de a coisa julgada ser fonte assecuratória de direitos

(19) MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 144.

e de situações jurídicas não basta para que se a tenha como algo intocável e irreversível, quando constatado que o processo donde se originou está inquinado de falha insanável, sob os parâmetros da isonomia, da razoabili- dade, da moralidade, da proporcionalidade”, posiciona-se de forma intermediária: “nem se ampliando desmesuradamente as hipóteses de relativização (o que acabaria por desnaturar e tornar sem sentido o instituto da coisa jul- gada), nem se sacralizando o tema, como um tabu intangível.”

Tratando das ações coletivas, buscando demonstrar como os limites da coisa julgada podem variar, afirma que no Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 103, § 3º e 104⁽²⁰⁾, já

(20) “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, cate- goria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus suces- sores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indeniza- ção por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.”

“Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litis- pendência para as ações individuais, mas os efeitos da

se encontra prevista hipótese em que a eficácia do julgado não é linear e apenas entre as partes processuais, como na doutrina processual civil clássica.

As hipóteses de cabimento dessa referida relativização são minudenciadas por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁽²¹⁾:

“I – O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade como condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material; II – a moralidade administrativa como valor constitucionalmente proclamado e cuja efetivação é óbice a essa autoridade em relação a julgados absurdamente lesivos ao Estado; III – o imperativo constitucional do justo valor das indenizações em desapropriação imobiliária, o qual tanto é transgredido quando o ente público é chamado a pagar mais, como quando ele é autorizado a pagar menos que o correto; IV – o zelo pela cidadania e direitos do homem, também residente na Constituição Federal, como impedimento à perenização de decisões inaceitáveis em detrimento dos particulares; V – a fraude e o erro grosseiro como fatores que, contaminando o resultado do processo, autorizam a revisão da coisa julgada; VII – a garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa, que repele a perenização de julgados aberrantemente discrepantes dos ditames da justiça e da equidade; VIII – o caráter excepcional da disposição a flexibilizar a autoridade da coisa julgada, sem o qual o sistema processual perderia utilidade e confiabilidade, mercê da insegurança que isso geraria.”

Um dos exemplos mais utilizados pela doutrina para justificar a propugnada relativização

coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

(21) DINAMARCO, Cândido Rangel, *op.cit.*.

da coisa julgada, em casos de direitos indisponíveis, é o da ação de investigação de paternidade, quando os meios de prova se aperfeiçoam cientificamente após a prolação da sentença, permitindo aferir-se, de forma mais precisa, a realidade fática (exame de DNA)⁽²²⁾.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA⁽²³⁾ tratam do tema, destacando a relevância atribuída à coisa julgada, “instituto capaz de transformar o preto no branco, e quadrado no redondo”.

Afirmam que hoje, com a consciência que se tem da instrumentalidade do processo, não se deseja que a realidade fática esteja distante da realidade criada pelo processo.

E, destacando a busca dos aplicadores do direito pela efetividade, mesmo que, muitas vezes, com perdas para a segurança jurídica, afirmam que são exemplos disso “o instituto da antecipação de tutela, a tutela específica e também, talvez, principalmente, a possibilidade de haver atos de alienação em execução provisória”.

Pois bem: os autores supra fornecem um argumento *a fortiori*, para evitar o que chamam de “cristalização de situações indesejáveis” ou “a subsistência, para ‘todo o sempre’, de decisões que afrontam o sistema”, qual seja, “entender que estão abrangidas pelo art. 485, V, do CPC decisões em que se tenham feito incidir princípios, que deveriam ter sido afastados, ou em que se tenham afastado princípios, que deveriam necessariamente ter sido aplicados na busca da ‘solução normativa’”⁽²⁴⁾.

Ou seja, equiparam eles a ofensa ao princípio à ofensa à lei.

Isso vai ao encontro dos julgados já citados proferidos pelo E. STF e pelo C. STJ, que prestigiam princípios constitucionais de proteção ao erário e de proteção a direitos fundamentais,

(22) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, *op. cit.*, p. 540-541.

(23) *Ibidem*, p. 535.

(24) *Ibidem*, p. 538.

respectivamente, como suficientes para relativizar a coisa julgada.

Noutra vertente, em obra específica sobre o tema⁽²⁵⁾, os mesmos doutrinadores afirmam que essa relativização da coisa julgada também se justifica em hipóteses de “sentenças proferidas em processos que se instauraram apesar da falta de possibilidade jurídica e pedido e que, assim como ocorre quando ausente uma das outras condições da ação, consiste em sentença juridicamente inexistente”.

Defendem que, nestes casos, não há coisa julgada.

E, via de consequência, quando há uma ofensa direta a uma coisa julgada que já se formou, ou seja, quando é proferida uma sentença “em havendo já coisa julgada constituída sobre o mesmo objeto, não se submete ao prazo decadencial previsto no art. 495 do CPC, para que possa ser expungida do universo jurídico”.

Bastante elucidativas as ponderações de referidos autores em situações em que já há uma decisão transitada em julgado e, em relação à mesma questão, decide novamente o Judiciário (ou, ao menos, pleiteia a Parte que sobre a mesma questão se manifeste o Judiciário), exatamente a hipótese que ocorreu, no caso concreto mencionado no início deste texto:

“aquele que pleiteia reexame de pedido já decidido pelo Judiciário, intenta a segunda ação apesar da falta de interesse de agir. Assim, é o autor carente da ação. Só que, em nosso entender; está-se, aqui, diante de um caso de inexistência jurídica e não de nulidade.

Conforme temos sustentado, não estando preenchidas as condições da ação, não pode o juiz decidir o mérito, sob pena de, fazendo-o, estar proferindo sentença juridicamente inexistente.

(25) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada — hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31 e ss.

Sendo o interesse de agir noção que repousa sobre o binômio necessidade-utilidade, em tradicional lição de José Carlos Barbosa Moreira, não há como sustentar que quem pleiteia, perante o Poder Judiciário, a apreciação de pedido já decidido, *por meio de decisão sobre a qual já pesa autoridade de coisa julgada, tenha interesse de agir*.

Assim, de fato, o manejo da ação rescisória, neste caso, apesar da letra da lei, é prescindível. Na verdade, já que se trata de sentença juridicamente inexistente, que não tem aptidão para transitar em julgado, nada há a desconstituir-se. Há, isto sim, única e exclusivamente uma situação de inexistência jurídica a declarar-se, por meio de ação que não fica sujeita a um lapso temporal predefinido para ser movida.⁽²⁶⁾ (grifamos)

Em resumo, em tais casos defendem eles sequer ser necessário o manejo da ação rescisória.

Quanto à ausência de pressupostos processuais, ponderam que⁽²⁷⁾:

“Ausente pressuposto processual de existência, inexistentes juridicamente são processo e sentença de mérito aí proferida.

O mesmo, pensamos, pode-se dizer no que diz respeito aos demais pressupostos processuais de existência jurisdição, petição inicial e citação.

[...]

São contraditórios na jurisprudência casos de sentenças de mérito, proferidas apesar da ausência de citação de litisconsorte necessário. Considera-se, acertadamente, em casos assim, não se ter triangularizado a relação jurídico-processual, não tendo a sentença aptidão para transitar em julgado, não ficando a sua impugnabilidade adstrita ao prazo do art. 495 do CPC.

Pensamos que os exemplos acima referidos encartam-se na categoria de causas extrínsecas

(26) *Ibidem*, p. 38-39.

(27) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia, *op. cit.*, p. 544.

de inexistência jurídica da sentença, *i. e.*, causas que não estão na própria sentença, mas ocorreram no processo e, por isso, o processo terá sido, por assim dizer, ‘contaminado’, do mesmo modo que a própria sentença.”

E, concluindo, a partir da diferenciação que fazem entre as sentenças nulas e as inexistentes, afirmam⁽²⁸⁾:

“Portanto, não podem as sentenças nulas (que consideramos como tais na classificação por nós proposta) ser, pura e simplesmente, declaradas como tais. Ficam ‘protegidas’ pela coisa julgada que, esta sim, precisa ser desconstituída, para que, indiretamente (= mediatemente), se atinja o vício da sentença.

Veja-se o exemplo da sentença de mérito proferida por juízo incompetente ou parcial (= impedido): majoritariamente, a doutrina brasileira considera a imparcialidade e a competência (absoluta) como pressupostos processuais positivos de validade. Ausente pressuposto processual de validade, está-se, ao que parece inafastavelmente, diante de uma situação de nulidade, fenômeno este que, no entanto, não impede a formação da coisa julgada. Neste caso, a coisa julgada é rescindível e o vício se “sana” (fica como se se tivesse “sanado”) dentro de dois anos, relativos ao prazo dentro do qual a ação rescisória deve ser proposta.

Casos há em que não se forma a coisa julgada, como sustentado acima. Para estes casos é que fica reservada a via da ação declaratória.

Esta é a principal função da diferenciação entre sentenças nulas e sentenças inexistentes. Aquelas, para serem desconstituídas, por meio de ação rescisória, ficam sujeitas ao prazo decadencial do art. 495. Estas podem ser, como inexistentes, declaradas a qualquer tempo.”

(28) *Ibidem*, p. 548.

5. Conclusão

Do que foi exposto, pensamos poder-se verificar que a presente discussão abrange uma série de conceitos e institutos e as mais variadas posições doutrinárias relacionam-se a ela.

Assim, não existe, pelo menos por ora, uma posição que se possa chamar de majoritária na doutrina ou na jurisprudência.

Isto porque, como já ponderamos, coexistem na nossa Constituição Federal vários princípios que podem, aparentemente, se chocar quando se discute a relativização da coisa julgada, como o ideal da decisão mais justa, a celeridade processual e a segurança jurídica.

Vale destacar, ainda, que a instrumentalidade do processo, entendido como um veículo para se garantir a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, tem permitido, nos últimos tempos, o desenvolvimento de institutos mais voltados para a celeridade processual, como a antecipação dos efeitos da tutela, a execução provisória satisfativa, além de outros.

Portanto, relativizar a coisa julgada pode ser possível, mas há que se ter cuidado, na medida em que estamos tratando de um dos mais emblemáticos princípios do Estado social e democrático de Direito, exatamente o da coisa julgada que deve valer para todos e dificultar juízos de exceção, absolutamente indesejados.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito Processual Geral* (54), 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Disponível em: <<http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf>> Acesso em: 29 jan. 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada — teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 2. Processo de conhecimento. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JR., Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JR., Fredie. *Relativização da coisa julgada*. São Paulo: Jus Podium, Salvador: 2006.

THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização*. Disponível em:

<http://ead04.virtual.pucminas.br/conteudo/CSA/s2c0007b/03_orient_conteudo_1/centro_recursos/documentos/TxtAtivForumNaoPont2.pdf> Acesso em: 29 jan. 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada — hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Relativização da coisa julgada. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil, homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores⁽¹⁾

Candy Florência Thome^(*)

Resumo:

- ▶ O presente trabalho tem por objetivo o estudo da importância da participação das trabalhadoras nas organizações sindicais de trabalhadores como forma de luta contra a desigualdade em razão de gênero no mercado de trabalho. Há um número expressivo de normas jurídicas aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de combate à desigualdade em razão de gênero, com um enfoque repressivo. No entanto, as consequências nefastas da divisão sexual do trabalho persistem, perpetuando os papéis estereotipados de gênero. É imprescindível, portanto, não apenas a proteção contra a discriminação negativa, mas também a garantia de acesso da mulher ao mercado de trabalho, por meio de medidas de discriminação positiva. Nesse sentido, a atuação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores é uma das principais formas de garantia desse acesso, já que possibilita o empoderamento das mulheres, proporcionando maior possibilidade, por parte dessas mulheres trabalhadoras, de exercer poder e cidadania no espaço público em que é construída a democracia, bem como uma maior legitimidade das normas jurídicas convencionais no tocante à igualdade em gênero, diante da função normativa dos sindicatos. Essa participação nas atividades sindicais, no entanto, é eivada de uma série de dificuldades e, para que elas sejam sobrepujadas, é necessário que a participação das mulheres nas organizações sindicais aumente, não apenas com uma maior presença das mulheres nessas organizações, como também, com uma maior capacidade de tomada de decisão dentro dessas organizações, mediante o aumento da participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores. Para que isso ocorra, são necessárias medidas de discriminação positiva para combater as dificuldades existentes para a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores.

Palavras-Chave:

- ▶ Organizações sindicais — Desigualdade em razão de gênero — Movimentos feministas — Discriminação.

(*) Juíza do Trabalho substituta do TRT da 15ª Região. Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela USP. Pós-doutoranda pela Rede Fundação CINDE/CLACSO.

(1) Resumo de tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da USP – FADUSP.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Direitos humanos, direitos sociais e o princípio da igualdade de gênero
- ▶ 3. A divisão sexual do trabalho e a desigualdade em razão de gênero no mercado de trabalho
- ▶ 4. O papel das organizações sindicais de trabalhadores na luta contra a desigualdade em razão de gênero
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo o estudo da importância da participação das trabalhadoras nas organizações sindicais como forma de luta contra a desigualdade em razão de gênero, mediante a análise da configuração das normas jurídicas internacionais e nacionais, com vistas à proteção do princípio da igualdade e o estudo da persistência dessas desigualdades em razão de gênero, principalmente no mercado de trabalho.

Neste trabalho, são analisados o princípio de igualdade e seus reflexos nas relações de gênero, sob o enfoque de sua inserção no âmbito dos direitos humanos e dos direitos sociais, as relações entre os direitos sociais e os direitos humanos, as características de indivisibilidade, universalidade e interdependência desses direitos, as relações entre direitos sociais e a igualdade nas relações de gênero e a consequente necessidade de especificação dos sujeitos dos direitos humanos, bem como as relações entre o Estado social, os recortes sociais e a desigualdade em razão de gênero.

Para uma melhor compreensão e localização do tema no tempo e no espaço, são estudadas as principais teorias sobre feminismo, bem como os diversos desdobramentos da divisão sexual do trabalho, tais como a diferença salarial existente, a discriminação vertical, a discriminação horizontal, os modelos de relações entre trabalho e família, a precariedade e precarização do trabalho feminino e a sexualização do desemprego, a discriminação

direta e discriminação indireta, assim como a interseccionalidade de discriminações.

Finalmente, é analisada a importância do trabalho e da luta coletiva no alcance efetivo do direito de igualdade em gênero, bem como os fundamentos que permeiam a necessidade de fomento da participação feminina nos órgãos deliberativos das entidades sindicais.

Diante da necessidade de fomento da participação das mulheres nas organizações sindicais e, principalmente, em seus órgãos deliberativos, as principais ações que os sindicatos tomam e podem tomar para o fomento da participação das mulheres nos órgãos de liderança e deliberação das organizações sindicais são analisadas de um ponto de vista de seus efeitos para o alcance da igualdade em gênero e de um ponto de vista de sua conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, no que concerne aos delineamentos da organização sindical brasileira.

2. Direitos humanos, direitos sociais e o princípio da igualdade de gênero

Os direitos humanos são direitos consagrados nos tratados internacionais considerados, em tais normas internacionais, como direitos dos quais são sujeitos todas as pessoas, pelo simples fato de sua humanidade⁽²⁾. Tais direitos são paradigmas e referenciais éticos que orientam a ordem internacional contemporânea⁽³⁾.

(2) Comparato, 2003, p. 12.

(3) Piovesan, 2007, p. 118.

Os direitos humanos decorrem do princípio básico da dignidade da pessoa, introduzido pela Declaração Universal de 1948 e, posteriormente, consolidado pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993⁽⁴⁾. São tais direitos fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na luta pela dignidade humana, compondo um construto axiológico emancipatório⁽⁵⁾, pois, como observa Comparato, a dignidade humana consiste no fato de que o ser humano é um ser considerado e tratado em si mesmo, como um fim em si mesmo e nunca como um meio para o alcance de um resultado e no fato de que, pela sua vontade racional, apenas o ser humano vive em condições de autonomia, ou seja, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita⁽⁶⁾.

Sarlet, após alertar que a definição de dignidade humana é bastante complexa, em razão de sua ambiguidade, porosidade e natureza necessariamente polissêmica, afirma que alguns contornos básicos podem ser dados, embora observando que tal conceito vive constantemente em construção e desenvolvimento⁽⁷⁾. Assim, o autor assevera que a dignidade humana é qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, um elemento que qualifica o ser humano, não podendo lhe ser retirado. Essa dignidade humana consiste no que seria violado se fossem subtraídas às pessoas os bens indispensáveis para a vida,

se infligida dor física ou psíquica, profunda e duradoura às pessoas, ou ainda, se negado ou diminuído seu *status* de sujeito de direitos⁽⁸⁾, traduzindo-se na insubmissão a condições opressivas ou humilhantes de vida, estando conectado, portanto, à satisfação das necessidades que permitem obter os objetivos próprios e participar da construção da vida social⁽⁹⁾, constituindo um elemento central nas justificações modernas dos direitos humanos⁽¹⁰⁾.

Os direitos humanos, dentro dos quais está inserido o direito à igualdade, têm como características nucleares a universalidade, indivisibilidade e interdependência, estabelecidas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, ao unir o catálogo dos direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais e culturais, conjugando o valor da liberdade com o valor da igualdade⁽¹¹⁾.

Todos os direitos humanos têm como fundamento o princípio da dignidade humana e são universais, indivisíveis e interdependentes. A satisfação de direitos sociais é indispensável para a existência de direitos civis e políticos, que requerem uma situação de superação das necessidades humanas básicas para ser exercidos plenamente. Por sua vez, os direitos civis e políticos são indispensáveis como mecanismos de controle do cumprimento das obrigações que emanam de direitos sociais. O desenvolvimento de um direito humano facilita o desenvolvimento de outros direitos e a carência de um direito também afeta os outros. Dessa forma, a violação aos direitos sociais gera uma violação reflexa aos direitos civis e políticos, na medida em que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos, ocorrendo o mesmo

(4) De acordo com Piovesan (2007, p. 137), "A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos".

(5) Piovesan, 2007, p. 110.

(6) Comparato, 2007, p. 21.

(7) Sarlet (2007, p. 40-43) afirma, ainda, que a dificuldade em conceituar a dignidade humana não deve ser empecilho nem fundamento para a sua falta de conceituação, pois "quando se cuida de aferir a existência de ofensas à dignidade, não há como prescindir (...) de uma clarificação quanto ao que se entende por dignidade da pessoa, justamente para que se possa constatar e (...) coibir eventuais violações".

(8) Schwarz, 2011, p. 31.

(9) Pisarello, 2007, p. 37-39.

(10) Pisarello, 2007, p. 39.

(11) Piovesan, 2007, p. 137-141. Conforme a autora (2007, p. 134), em sessão que criou o Conselho de Direitos Humanos, em 3 de abril de 2006, a ONU reitera o reconhecimento de que os direitos humanos são inter-relacionados e interdependentes.

com a violação dos direitos civis e políticos, que leva à vulnerabilidade dos direitos sociais.

Em síntese, para a garantia efetiva dos direitos humanos, faz-se necessário que tanto os direitos civis e políticos como os direitos sociais sejam acessíveis a todos os seres humanos, uma vez que os direitos humanos são um complexo integral, único e indivisível⁽¹²⁾, atingindo, inclusive, os grupos sociais que costumam não ter acesso a tais direitos, abrindo caminho para uma cidadania não excludente, democrática e com um projeto de transformação da sociedade⁽¹³⁾.

Os direitos sociais podem ser definidos como aqueles relacionados “à proteção dos indivíduos economicamente enfraquecidos ao ter por finalidade o equilíbrio social, o bem comum, o direito à satisfação das necessidades vitais do indivíduo como membro da coletividade ante um esforço conjunto dos institutos jurídicos para a eficácia e efetividade das normas de direito social”, prevalecendo, para o direito social, o interesse coletivo sobre o interesse privado⁽¹⁴⁾. São, em grande parte, produtos das críticas às insuficiências e distorções do modelo liberal⁽¹⁵⁾.

Conforme Pisarello, os direitos sociais são direitos que estão ligados a expectativas de satisfação das necessidades básicas das pessoas em diversos âmbitos tais como no âmbito do trabalho, da moradia, da saúde, da alimentação e da educação. O reconhecimento dessas expectativas comporta obrigações positivas e negativas tanto para os poderes públicos, como para os particulares. Na medida em que os bens protegidos pelos direitos sociais estão relacionados com a sobrevivência e com o desfrute das condições materiais que possibilitam o exercício efetivo da liberdade ou da autonomia, a reivindicação de direitos sociais interessa, potencialmente, a todas as pessoas.

(12) Piovesan, 2007, p. 142.

(13) Schwarz, 2011, p. 39.

(14) Carvalho e Costa, 2010, p. 11-13.

(15) Abramovich e Courtis, 2006, p. 12.

No entanto, interessa, de maneira especial, aos membros da sociedade que estejam em situação de vulnerabilidade, cujo acesso aos recursos para essa sobrevivência e esse desfrute costuma ser residual ou, ainda, inexistente⁽¹⁶⁾.

Apesar da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, os direitos sociais costumam ser tratados como direitos que não fazem parte dos direitos humanos ou, quando tratados como tais, são rotulados como forma específica de direitos humanos que não comporta a mesma análise, aplicação e efetividade dos demais direitos. Boa parte da doutrina costuma considerá-los como mera carta de princípios informadores ou como direitos programáticos, sem uma exigibilidade por parte de seus titulares.

A persistente vulneração dos direitos sociais está relacionada, principalmente, à desigualdade material de poder existente nas sociedades atuais, mas a percepção dos direitos sociais como direitos que não fazem parte dos direitos humanos ou que têm menor importância que os direitos civis e políticos exerce, também, um grande papel para essa vulneração⁽¹⁷⁾. Isso ocorre porque a percepção dos direitos sociais está assentada sobre uma série de teses que delineiam a percepção dos direitos sociais e acabam por debilitar sua efetiva aplicação e proteção, sendo que as principais são as teses de percepção histórica, de percepção filosófica, de percepção teórica e de percepção dogmática⁽¹⁸⁾. No entanto, esses direitos humanos

(16) Pisarello, 2007, p. 11.

(17) Segundo Pisarello (2007, p. 16), “*si en las actuales sociedades mediáticas las decisiones humanas dependen en buena medida de la percepción que se tenga de la realidad, un requisito primordial para remover los obstáculos que impiden hacer efectivos los derechos sociales consiste en contrar restar la lectura político jurídica sesgada que se hace de los mismos y en ofrecer una lectura alternativa*”.

(18) Para uma crítica aprofundada dessa cisão entre direitos sociais e direitos civis e políticos, ver Pisarello (2007). O autor (2007, p. 16) alerta, no entanto, que, ainda que essas teses pertençam a diferentes planos do discurso jurídico-político dominante, não se articulam em compartimentos estanques, tampouco de maneira totalmente diferenciada.

tiveram diversas configurações ao longo da História, se se levar em conta a sociedade em que eles surgiram e seus sujeitos, não havendo uma linearidade no surgimento dos direitos humanos. Além disso, todos os direitos humanos estão relacionados quer com o direito à liberdade, quer com o direito à igualdade e todos os direitos humanos, sem exceção, têm caráter ambivalente.

São, portanto, todos os direitos humanos direitos de configuração complexa, em parte positivos, em parte negativos, em parte custosos, em parte não custosos, em parte individuais, em parte coletivos, em parte universais, em parte específicos⁽¹⁹⁾.

Os direitos humanos e, mais especificamente, os direitos sociais, nas últimas três décadas, passaram a ser permeáveis a um novo tipo de reivindicações, não apenas vinculadas ao acesso de distribuição de renda, mas vinculadas, principalmente, às demandas de reconhecimento. São reivindicações coletivas em que setores, em geral, discriminados, reclamam a remoção de barreiras legais, econômicas e sociais que os impeçam ou limitem sua participação ou acesso a esferas sociais tais como representação política, educação ou emprego. Tais “demandas de reconhecimento” têm, dentre seus principais objetivos, a visibilidade desse determinado grupo social, com o reconhecimento de suas diferenças específicas e a remoção daquelas pautas supostamente neutras que, em verdade, acabam por representar a visão dos grupos dominantes e dificultam o acesso dos grupos discriminados a essas pautas. Essas demandas têm surgido, precipuamente, por parte dos movimentos de mulheres, negros, povos indígenas, homossexuais e minorias étnicas e ou religiosas⁽²⁰⁾.

No tocante às diferenças entre as demandas de redistribuição, demandas essas clássicas do direito social, e as demandas de reconhecimento,

Fraser alerta que toda demanda de redistribuição pressupõe uma concepção implícita de reconhecimento e que muitas demandas de reconhecimento pressupõem uma concepção implícita de redistribuição e que, em verdade, toda luta contra injustiça, quando propriamente compreendida, implica demandas tanto por redistribuição como por reconhecimento, afirmando, por fim, que os grupos formados por coletividades de sexo e de raça são exemplos paradigmáticos de grupos que tendem a exigir ambos os tipos de demandas⁽²¹⁾.

Para o alcance do princípio da igualdade de gênero, são necessárias tanto demandas de reconhecimento como de redistribuição⁽²²⁾. Com as demandas de reconhecimento e o processo de especificação dos sujeitos dos direitos humanos, as organizações internacionais e suas normas passaram a se ocupar dos problemas da discriminação em razão de gênero, consagrando o princípio da igualdade de gênero em vários tratados e convenções internacionais.

No âmbito específico de gênero, o Estado Social está intrinsecamente ligado com as questões de divisão sexual do trabalho e com o combate à discriminação da mulher no trabalho, uma vez que a existência desse Estado facilita a implementação da igualdade de gênero.

Diante disso, a forma como cada Estado trata a questão do cuidado (*care*)⁽²³⁾ tem consequências diretas na igualdade de gênero. Bjornsdottir analisa a crescente tendência, em

(19) Pisarello, 2007, p. 75.

(20) Abramovich e Courtis, 2006, p. 18.

(21) Fraser, 1997, p. 12-19.

(22) Fraser, 1997, p. 18. Em obra posterior, Fraser (2010) adiciona uma terceira dimensão da justiça que é a dimensão política, havendo, portanto, no tocante às demandas por justiça, demandas de redistribuição, de reconhecimento e de representação, configurando uma concepção tridimensional de justiça, ou seja, de dimensão econômica, cultural e política.

(23) Os estudos de case, na literatura brasileira, conforme Hirata (2010, p. 44-47), ainda são pequenos, havendo mais estudos por parte das áreas de conhecimento da enfermagem e da gerontologia. Neste trabalho, *care* é utilizado como o trabalho, profissional ou não, remunerado ou não, de cuidado com crianças, com idosos e com pessoas que necessitem de ajuda para a manutenção de suas atividades básicas.

vários países, da transformação do *care* em um problema de responsabilidade familiar, diminuindo seu enfoque como política pública e como essa mudança para uma posição conservadora afeta a igualdade de gênero, já que, quando o Estado passa a responsabilizar a família pelo cuidado com as crianças e com as pessoas em situação de dependência, essa responsabilização é voltada para as mulheres, diante do preconceito existente de uma vocação da mulher para o cuidado com o outro⁽²⁴⁾.

As desigualdades mundiais aumentaram pela limitação do acesso gratuito aos serviços públicos, sendo as mulheres as que mais sofrem as consequências da retração dos serviços cobertos pelo Estado, já que, quando o Estado corta recursos relativos aos cuidados com os jovens, doentes e idosos, quem vai arcar com esses cuidados, na maior parte das vezes, são as mulheres, a quem tradicionalmente são atribuídas essas responsabilidades, gerando problemas reflexos de desigualdades, uma vez que as mulheres que têm condições financeiras, pagarão outras para realizar tais serviços⁽²⁵⁾, mantendo suas carreiras e oportunidades de trabalho, ao passo que aquelas que não têm, exercerão uma dupla jornada excessivamente onerosa para sua saúde e oportunidades de trabalho⁽²⁶⁾. Bertolin e Carvalho observam, ainda, que, quando há imposição de cortes de gastos públicos em áreas como educação e saúde, as mulheres sofrem duplamente os efeitos dessa precarização, não apenas como usuárias de tais serviços, mas também como profissionais, já que o coletivo de mulheres que trabalha nos setores de educação e saúde é muito grande⁽²⁷⁾.

As políticas públicas que têm por objetivos ou resultados recortes nos direitos sociais colocam as mulheres como eixo oculto de equilíbrio ou compensação social, já que a diminuição do gasto público e a redução dos

programas sociais e a privatização dos serviços intensificaram o trabalho doméstico das mulheres. Ao não levar em conta o trabalho reprodutivo, as políticas públicas fazem com que as mulheres aumentem sua carga de trabalho na sociedade para compensar essa diminuição de prestação de serviços públicos⁽²⁸⁾.

Isso se dá pelo fato de que uma boa parte dos serviços prestados pelo Estado, em um Estado Social, é a assistência, que, no Brasil, faz parte do sistema de seguridade social previsto no art. 196 da Constituição Federal, juntamente com a Saúde e a Previdência Social. Essa assistência, quando não é fornecida pelo Estado, costuma ser atribuída às mulheres, diante da divisão sexual do trabalho existente em nossa sociedade, que, sob a forma de dominação, atribui às mulheres o cuidado com a família, crianças e dependentes, com o argumento de que elas teriam uma “vocação nata” para tais serviços. Assim, quando o Estado fornece assistência e saúde aos cidadãos, de forma gratuita e efetiva, a possibilidade de as mulheres participarem da vida pública aumenta. A diminuição de tais serviços acaba, portanto, aumentando as desigualdades em razão de gênero, uma vez que dificulta o acesso das mulheres ao trabalho e à vida pública.

Ainda que a presença de direitos sociais seja necessária para o alcance da igualdade de gênero, sua mera presença não é suficiente, em virtude, dentre outras razões, do fato de as principais teorias do Estado Social não terem levado em conta a posição desigual entre o homem e a mulher e suas consequências nas prestações sociais e, se, de uma forma, esse Estado melhorou as condições socioeconômicas das mulheres, de outra forma, acabou por ajudar a perpetuar uma série de preconceitos em razão de gênero. As mulheres são as mais atingidas com cortes sociais, também em um Estado Social, diante da dualização desse sistema, com um sistema de seguridade social, que atinge mais os homens, e um sistema de assistência social, que

(24) Bjornsdottir, 2009, p. 735.

(25) Crenshaw, 2002.

(26) Nesse sentido, ver, também, Heinen, 2000, p. 150.

(27) Bertolin e Carvalho, 2010, p. 192.

(28) Celiberti e Mesa, 2010, p. 16.

têm como destinatários um número maior de mulheres, diante do paradigma do homem provedor existente no capitalismo.

A maioria dos sistemas de seguridade social⁽²⁹⁾ foi, originalmente, concebida com base no modelo masculino de provedor. Esse modelo fundamenta-se na percepção do homem como chefe da família e provedor dessa e na percepção da mulher como a principal responsável pelo trabalho não pago de *care*. Nesses sistemas, as mulheres tinham garantida uma forma de proteção derivada da proteção que seu marido tivesse. Seus ganhos oriundos de atividades profissionais eram considerados suplementares aos ganhos de seu marido. Tal postura começou a mudar apenas nos anos oitenta, com a influência do Estado Social dos países escandinavos⁽³⁰⁾. As legislações atuais ainda tendem a refletir esse modelo, mesmo que haja muitas melhoras na atualidade.

O princípio da igualdade, que tem fundamento na dignidade da pessoa humana, é sustentáculo fundamental do Estado democrático e princípio crucial da estruturação de um sistema político e jurídico, sendo um de seus desdobramentos o princípio da igualdade de gênero⁽³¹⁾.

A ONU produziu diversas normas sobre o direito à igualdade de gênero, podendo ser citadas as seguintes: a Convenção para a supressão do tráfico de pessoas e a exploração da prostituição de outros, de 1949, a Convenção dos direitos políticos das mulheres, que obriga os Estados-membros a permitir que as mulheres votem e possam ser votadas e ocupar cargos

públicos nos mesmos termos que os homens, de 1952, a Convenção sobre a nacionalidade das mulheres casadas, que tem como objetivo a proteção dos direitos da mulher casada a manter sua nacionalidade, de 1957, a Convenção da UNESCO contra a discriminação na educação, que consagra a igualdade na oportunidade de educação para homens e mulheres, incluídas as meninas, a Convenção da ONU sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (CEDAW), de 1979 e a Declaração da ONU, de 1993, para a eliminação da violência contra as mulheres, que considera que a violência contra as mulheres é um dos mecanismos cruciais pelos quais as mulheres são forçadas em posições subordinadas se comparadas aos homens.

Os tratados da ONU sobre a igualdade de gênero consagram, de forma geral, esse princípio, bem como a necessidade de que as mulheres façam parte de todos os processos de tomadas de decisões e, conseqüentemente, a necessidade de adoção de medidas positivas no tocante à participação das mulheres em todas as instâncias de poder e em todos os espaços públicos, inclusive no mercado de trabalho.

A OIT também tem uma série de normas específicas para o trabalho das mulheres. As primeiras convenções da OIT sobre proteção da maternidade e sobre trabalho noturno tinham por objetivo proteger a mulher da exploração no local de trabalho e proteger sua saúde, principalmente no que concerne ao seu papel reprodutivo. Esses parâmetros tinham por objetivo a proteção das mulheres trabalhadoras, tidas como indivíduos mais fracos e mais vulneráveis, que necessitavam atenção e consideração especial. Atualmente, as normas da OIT têm duas preocupações básicas: a igualdade de oportunidades, com o intuito de garantir igualdade de oportunidades e acesso a treinamento, promoção do emprego, organização e tomadas de decisão, assim como assegurar iguais condições de remuneração e benefícios de seguridade social, fornecidos em

(29) A seguridade social tem vários sentidos, mas, de uma maneira geral, pode ser definida como a proteção que a sociedade proporciona a seus membros contra os revezes econômicos e sociais que, de outra forma, causaria a diminuição ou mesmo a extinção das formas de rendas, tais como doenças, maternidade, acidentes de trabalho, desemprego, idade, morte, etc., assim como proteção para cuidados médicos e subsídios para família com crianças.

(30) Heinen, 2000, p. 148-149.

(31) Lima, 2011, p. 45; 49.

decorrência do emprego e a proteção das trabalhadoras, principalmente no que concerne às condições de trabalho que podem gerar riscos para sua saúde reprodutiva.

As normas principais da OIT sobre igualdade de gênero são: a Convenção n. 100, sobre igualdade de remuneração, a Convenção n. 111, sobre a discriminação no emprego e ocupação, a Convenção n. 156, sobre os trabalhadores com responsabilidades familiares e a Convenção n.183, sobre a proteção da maternidade. Outras convenções, ainda que não se dirijam, especificamente, às mulheres, são importantes para a igualdade de gênero, tais como a Convenção n. 175, sobre trabalho a tempo parcial, a Convenção n. 177, sobre trabalho a domicílio, e a Convenção n. 189, sobre trabalho doméstico, uma vez que a maioria das pessoas que trabalham nessas condições são mulheres.

As convenções internacionais da OIT são instrumentos muito importantes na luta contra a desigualdade em razão de gênero. No entanto, ainda que haja uma profusão de normas da OIT sobre tal matéria ou relacionadas com a problemática de gênero, demonstrando uma preocupação dessa organização internacional com a temática, há uma dificuldade de implantação dessas normas nos países por falta de conhecimento dessas normas e por resistência a elas.

No tocante ao MERCOSUL, não há muitas normas que estabeleçam a igualdade de gênero, apenas algumas resoluções que apontam para a necessidade de melhores estudos e análises acerca da problemática. Assim, a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL prevê, no capítulo dos Direitos Individuais, art. 3º, a igualdade de trato e oportunidades entre mulheres e homens e o compromisso de garantir tal igualdade de trato por meio de normas e práticas laborais, sendo que algumas resoluções dispõem, também, sobre a igualdade de gênero, tais como a Resolução n. 84, de 7 de dezembro de 2000, que afirma que a incorporação da perspectiva de gênero implica estabelecer um marco claro

e eficaz de supervisão, acompanhamento e avaliação dos mesmos para alcançar o objetivo da igualdade de oportunidades, considerando que iniciativas nesse sentido são elementos essenciais para eliminar as disparidades e a discriminação contra a mulher na região (art. 1º) e a Resolução n. 20 do Grupo Mercado Comum (GMC) que criou a Reunião Especializada da Mulher do MERCOSUL (REM), em 1998, com o objetivo de “estabelecer um âmbito de análise da situação da mulher com relação à legislação vigente nos Estados-parte do MERCOSUL, no que se refere ao conceito de igualdade de oportunidades”.

Apesar da existência de normas que reconhecem a importância da transversalidade de gênero na elaboração, aplicação e avaliação das políticas públicas dos países integrantes do MERCOSUL e que determinam estudos transversais de gênero com dados desagregados por sexo no tocante ao mercado de trabalho, não há outras medidas que protejam ou fomentem o mercado de trabalho da mulher.

Quanto ao ordenamento jurídico nacional brasileiro, as normas sobre o trabalho da mulher começaram a surgir, de forma mais expressiva, com a Constituição Federal de 1934, marco da internalização dos preceitos sociais internacionais, início do constitucionalismo social no Brasil e constituição a partir da qual a competência para legislar sobre direito do trabalho passou a ser da União.

O princípio da igualdade está previsto, na Constituição Federal brasileira de 1988, de uma maneira ampla, no preâmbulo e no art. 3º (incisos I, III e IV). Seu art. 5º afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, afirmando que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (inciso I), que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades

fundamentais (inciso XLI) e que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (inciso XLII).

No âmbito específico da igualdade de gênero e no âmbito do direito do trabalho, a Constituição brasileira, em seu art. 7º, consagra para as trabalhadoras: o direito à proteção do mercado de trabalho da mulher (inciso XX), por meio de incentivos específicos, conforme a lei e o direito à proibição de qualquer discriminação quanto ao salário, exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX).

A Consolidação das Leis do Trabalho contém um capítulo específico para a proteção do trabalho das mulheres, mas é uma norma consolidada na década de 40, impregnada de características heterotutelares e, por isso, deve ser analisada em conjunto com os preceitos de igualdade de gênero consagrados na Constituição Federal de 1988 e com algumas normas posteriores à Constituição relacionadas ao tema.

3. A divisão sexual do trabalho e a desigualdade em razão de gênero no mercado de trabalho

O número de normas que preveem a igualdade em gênero aplicáveis no Brasil é expressivo, mas tal igualdade ainda está longe de ser alcançada. Não obstante a existência de inúmeras normas, internacionais, comunitárias e nacionais, proibindo, expressamente, a discriminação negativa, as desigualdades ainda permanecem.

Conforme o Relatório das Nações Unidas dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio de 2005, o acesso das mulheres ao emprego é mais baixo que o dos homens na maioria dos países em desenvolvimento: as mulheres têm menos chances de conseguir um emprego remunerado e estável e trabalham, mais frequentemente, na economia informal. Essas

desvantagens causam um impacto negativo no processo de desenvolvimento e na possibilidade de equalizar as desigualdades em razão de gênero em todo setor da vida.

O trabalho é alocado de forma diferente entre as ocupações em todas as sociedades. Assim como em outras áreas, o mercado de trabalho tem uma segregação de gênero muito forte, mesmo levando em conta as diferenças entre as regiões e culturas.

As desigualdades entre homens e mulheres são fundamentadas, basicamente, na divisão sexual do trabalho, entre trabalho produtivo e trabalho reprodutivo. Essa forma da divisão sexual tem dois princípios organizadores: o princípio da separação e o princípio hierárquico. O princípio da separação diz respeito à existência de trabalhos considerados femininos, na esfera reprodutiva, e trabalhos considerados masculinos, na esfera produtiva. O princípio hierárquico define o trabalho considerado tipicamente masculino como de maior valor que o trabalho considerado tipicamente feminino⁽³²⁾. Não há uma escolha livre de papéis, sendo que a determinação das funções de cada gênero é efetuada antagonicamente, por meio da dominação dos homens sobre as mulheres.

A divisão sexual do trabalho estrutura as relações de gênero na sociedade e estabelece uma divisão naturalizada das áreas reprodutivas atribuídas às mulheres e das áreas produtivas atribuídas aos homens. Dessa forma, além de atribuir às mulheres a responsabilidade sobre a reprodução, estabelecendo sua inclusão na produção apenas secundariamente, a divisão sexual do trabalho rotula o trabalho reprodutivo como um não trabalho, não lhe atribuindo valor e o marginalizando como objeto de estudo da economia.

(32) Kergoat, 2000, p. 35-36. Entende-se por trabalho reprodutivo todas as atividades necessárias para a manutenção e sobrevivência humana, tais como cuidado e educação de crianças, preparação de comida, limpeza de roupas, etc.

O problema da conciliação entre a vida familiar e a vida profissional sempre foi determinante no estabelecimento da igualdade efetiva entre homens e mulheres, uma vez que as diferenças de gênero são o reflexo da diferenciação dos papéis no seio da família. Segundo os dados da Fundação Perseu Abramo/SESC de 2010, do total de mulheres entrevistadas, 69% declararam ser a responsável pelos trabalhos domésticos, ao passo que, do total de homens entrevistados, somente 3% dos homens responderam que eram os responsáveis por tais trabalhos⁽³³⁾. Quanto ao tempo médio semanal dedicado aos afazeres domésticos, em 2009, segundo os dados do IBGE/PNAD, as mulheres economicamente ativas gastavam, em média, 22,4 horas semanais nos afazeres domésticos, ao passo que os homens gastavam apenas 9,8 horas. Não apenas no tocante ao número de horas, mas no tipo de trabalho efetuado na casa encontram-se diferenças entre homens e mulheres, uma vez que os homens, quando realizam tais afazeres, o efetuam com tarefas bem específicas, tais como manutenção e conserto de eletrodomésticos, cuidar dos filhos, fazer compras, levar os filhos ao médico ou cozinhar um prato mais sofisticado, que são tarefas que se situam exatamente na zona fronteira entre o espaço público e o privado⁽³⁴⁾.

A desigualdade salarial é uma das mais persistentes formas de discriminação de gênero no mercado de trabalho. De acordo com Santos, as mulheres são, sistematicamente, vítimas de discriminação salarial, sendo-lhes, na prática, negada a fruição do princípio do salário igual para trabalho igual previsto nos ordenamentos jurídicos da maioria dos países⁽³⁵⁾.

As mulheres têm a maior porcentagem de pessoas que têm mais de doze anos de estudos, no que concerne à população total, com uma média total de 6,3% de mulheres e 5,9% dos homens, em 2009, como no tocante à população ocupada, com um total de 8,7% de mulheres e

7,7% de homens⁽³⁶⁾. As mulheres, também, são a maioria das pessoas que têm ensino superior completo, sendo 10,9% de mulheres para 10% de homens na região metropolitana, 6,8% de mulheres para 5,1% de homens na região não metropolitana, 9,2% de mulheres para 7,8% de homens na zona urbana e 1,8% de mulheres para 1,1% de homens na zona rural⁽³⁷⁾.

Apesar da maior quantidade de estudos, as diferenças salariais entre homens e mulheres continuam grandes no Brasil. Conforme dados do DIEESE/Seade, MTE/FAT e PED de 2010, em Belo Horizonte, os assalariados negros ganhavam, em média, R\$ 1.243,00, os assalariados não negros R\$ 1.812,00, as assalariadas negras R\$ 966,00 e as assalariadas não negras R\$ 1.428,00; no Distrito Federal, os assalariados negros ganhavam, em média, R\$ 1.961,00, os assalariados não negros R\$ 3.151,00, as assalariadas negras R\$ 1.731,00 e as assalariadas não negras R\$ 2.626,00; em Porto Alegre, os assalariados negros ganhavam, em média, R\$ 847,00, os assalariados não negros R\$ 1.218,00, as assalariadas negras R\$ 847,00 e as assalariadas não negras R\$ 1.218,00; em Fortaleza, os assalariados negros ganhavam, em média, R\$ 899,00, os assalariados não negros R\$ 1.209,00, as assalariadas negras R\$ 794,00 e as assalariadas não negras R\$ 1.041,00; em Recife, os assalariados negros ganhavam, em média, R\$ 908,00, os assalariados não negros R\$ 1.269,00, as assalariadas negras R\$ 818,00 e as assalariadas não negras R\$ 1.088,00; em Salvador, os assalariados negros ganhavam, em média, R\$ 1.129,00, os assalariados não negros R\$ 1.980,00, as assalariadas negras R\$ 994,00 e as assalariadas não negras R\$ 1.417,00; e, em São Paulo, os assalariados negros ganhavam, em média, R\$ 1.164,00, os assalariados não negros R\$ 1.824,00, as assalariadas negras R\$ 942,00 e as assalariadas não negras R\$ 1.417,00⁽³⁸⁾.

(33) Dados da Fundação Perseu Abramo/SESC, 2010.

(34) Bruschini e Lombardi, 2007, p. 52.

(35) Santos, 2005, p. 304.

(36) Brasil, 2010. Dados do IBGE/PNAD.

(37) Brasil, 2010. Dados do IBGE/PNAD.

(38) Brasil, 2010. Dados do DIEESE/Seade, MTE/FAT e PED.

Esses dados demonstram a persistência da desigualdade salarial entre homens e mulheres, independentemente da quantidade de anos de estudo da mulher, ressaltando o valor diferenciado que é dado ao trabalho dos homens e ao trabalho das mulheres.

Outro dos efeitos perniciosos da divisão sexual do trabalho mais conhecidos é a discriminação vertical, também chamada de “teto de cristal” ou *glassceiling*. Trata-se da existência de uma quantidade menor de mulheres em cargo de maior remuneração e tomada de decisões, quando comparada ao número de homens ocupantes de tais cargos.

Ainda que, no Brasil, as mulheres tenham uma quantidade de anos de estudos maior que a dos homens, essa maior escolaridade não se traduziu em uma maior capacidade de conseguir um emprego remunerado, não sendo suficiente para romper com a dificuldade de acesso aos empregos e promoções para as mulheres. Ao contrário, o que se observa é que a desigualdade salarial entre homens e mulheres aumenta conforme aumenta o número de estudos⁽³⁹⁾.

Outro efeito nefasto da divisão sexual do trabalho é a distribuição, de forma desigual, entre homens e mulheres nos diferentes ramos da atividade econômica, gerando a concentração de determinado sexo em determinado ramo. Essa forma de distribuição é, em verdade, uma consequência da ideia do “instinto maternal”, estabelecendo a definição de tarefas ditas femininas, sob a falsa naturalização de tarefas que exigem “dedos finos”, agilidade, concentração e disciplina. Com esses guetos ocupacionais, também as diferenças na ascensão de carreira são explicadas mediante argumentos biologizados ou com argumentos de que as mulheres se relacionam com o trabalho de forma diferente e são menos competitivas.

No Brasil, os guetos ocupacionais não são contestados e não há mecanismos para incentivar que as mulheres façam cursos

técnicos, gerando um subaproveitamento da escolarização feminina⁽⁴⁰⁾. Dessa forma, segundo dados do IBGE de 2009, as mulheres ocupadas estão mais concentradas nos serviços domésticos (17%), nas atividades de comércio e reparação (16,8%) e nas atividades de educação, saúde e serviços sociais (16,7%). Nesses setores, as taxas de ocupação masculina são de 0,9% nos serviços domésticos, 18,5% nas atividades de comércio e reparação e 3,9% nas atividades de educação, saúde e serviços sociais. Os setores de atividade econômica em que menos se concentram as mulheres ocupadas são a construção (0,5%), setores de transporte, armazenagem e comunicação (1,5%) e alojamento e alimentação (4,8%)⁽⁴¹⁾.

A inserção das mulheres no mercado de trabalho sempre foi marcada por uma forte característica de precariedade, mas a feminização do desemprego e a precarização das relações de trabalho das mulheres vêm aumentando ao longo dos anos, com menor regulamentação de suas garantias de condições de trabalho, menores salários e com um aumento das formas de trabalho a domicílio, mesmo elas tendo um nível de escolaridade mais alto que o dos homens em geral. Esse crescimento da participação das mulheres no mercado de trabalho, formal e informal, ocorre, majoritariamente, em funções instáveis, desvalorizadas socialmente, com possibilidade quase nula de promoção e de carreira e com direitos sociais limitados ou inexistentes, tanto na Ásia, como na Europa e na América Latina⁽⁴²⁾.

Essa flexibilidade perpetua a divisão sexual do trabalho, na medida em que, na maior parte das vezes, o trabalho estável e com vínculo empregatício (trabalho formal) é reservado aos homens, com cargos de chefia, ao passo que às mulheres são atribuídos os trabalhos flexíveis (precários), muitas vezes sem vínculo empregatício (informais), sem atribuição de chefia.

(40) Souza-Lobo, 2011, p. 282-283.

(41) Excetuaram-se os setores de “outras atividades industriais” (0,3%) e “atividades mal definidas” (0,0%).

(42) Hirata, 2009, p. 88-89.

(39) Brasil, 2010. Dados do DIEESE/Seade, MTE/FAT e PED.

Um dos pontos semelhantes e muito problemáticos das duas formas de precarização do trabalho da mulher, seja a contratação a tempo parcial, típica dos países do Norte, seja a informalidade do trabalho, típica dos países do Sul é a dificuldade que as mulheres que exercem tais atividades têm, por causa do seu isolamento ou das condições de flexibilidade do tempo de trabalho impostas pelas empresas, em se associar, em formar grupos e em se sindicalizar.

As mulheres são maioria, também, em um dos empregos mais precarizados que existem: o emprego doméstico. Em 2009, 17% das mulheres ocupadas estavam no setor de serviços domésticos e 0,9% dos homens ocupados estavam no setor de serviços domésticos⁽⁴³⁾. Em números absolutos, dos 7.223.000 empregados domésticos no Brasil, em 2009, 6.719.000 eram mulheres e apenas 504.000 eram homens. Além disso, desses homens, praticamente metade tinha a carteira de trabalho assinada (226.000), ao passo que, no caso das mulheres, apenas 1.769.000 tinham a carteira de trabalho assinada, ou seja, além de já serem maioria em um trabalho precarizado como o trabalho doméstico, a maior parte das empregadas domésticas não tem sequer a carteira de trabalho assinada⁽⁴⁴⁾. Como o trabalho doméstico é identificado e naturalizado como papel feminino e não como trabalho, o emprego doméstico é considerado uma forma particular de emprego em que as relações não são regulamentadas da mesma forma que nas outras relações de emprego, negando o próprio ordenamento jurídico brasileiro, vários direitos às empregadas domésticas.

A mulher sofre uma série de discriminações já no momento da procura de um emprego. As políticas de recrutamento, muitas vezes, exigem requisitos que não são imprescindíveis para o trabalho em determinado emprego e

alguns atos ou algumas exigências em seleções para vagas de trabalho acabam por prejudicar muito mais as mulheres que os homens, gerando uma sorte de discriminação chamada discriminação indireta.

A discriminação direta sói ocorrer em razão de questões legais ou normas religiosas que proíbem as mulheres de participar nas atividades laborais da mesma maneira com que participam os homens, com leis que proíbam ou restrinjam a participação das mulheres em contratos de trabalho ou que determinem que a mulher deva receber menos que os homens.

A discriminação indireta por razão de gênero, por sua vez, é a situação em que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra põe as pessoas de um sexo em desvantagem particular com respeito a pessoas do outro, salvo que dita disposição, critério ou prática possam se justificar objetivamente em atenção a uma finalidade legítima e que os meios para alcançar dita finalidade sejam necessários e adequados. Essa discriminação pode não ser nítida, em uma primeira análise, mas ser percebida apenas depois de se analisar os efeitos concretos de tais situações⁽⁴⁵⁾.

Quando se analisa a problemática de gênero nas relações de trabalho, deve-se levar em conta que certos grupos de mulheres são mais atingidos pelas discriminações que outros. Isso ocorre, normalmente, com grupos em situação de vulnerabilidade social, tais como grupos de mulheres que trabalham no âmbito rural, de mulheres negras, de mulheres migrantes, de meninas, de idosas ou com alguma deficiência. Nesses casos, as discriminações são potencializadas pela presença de outros tipos de discriminação. Esse fenômeno é chamado, dentre outras denominações, de discriminação múltipla ou de interseccionalidade de discriminações⁽⁴⁶⁾. No Brasil, os casos de interseccionalidade de discriminações mais comuns são de gênero e raça.

(43) Brasil, 2010. Dados do IBGE/PNAD.

(44) Brasil, 2010. Dados do IBGE/PNAD.

(45) OIT, 2007, p. 50.

(46) Crenshaw, 2002, p. 171.

Embora haja muitas normas jurídicas que têm por objetivo o combate à desigualdade em razão de gênero, com um enfoque repressivo, as consequências nefastas da divisão sexual do trabalho persistem, perpetuando os papéis estereotipados de gênero. A precariedade e a precarização do trabalho da mulher acabam por reforçar o atributo da naturalidade aplicado às características exigidas à força de trabalho feminina, por isso mesmo não consideradas como qualificação profissional.

Diante da persistência das desigualdades em razão de gênero no Brasil, faz-se necessária a atuação de todos os atores sociais, inclusive o Estado e as organizações sindicais, para a luta contra a desigualdade, por meio de outros instrumentos além dos mecanismos tradicionais de sanção negativa à discriminação. É imprescindível, portanto, não apenas a garantia de salários e condições iguais de trabalho e a proteção contra uma discriminação negativa, mas também a garantia de acesso da mulher ao mercado de trabalho, por meio de medidas de discriminação positiva.

A discriminação positiva é prevista no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Constituição Federal de 1988 enumera, como princípio fundamental, entre os objetivos do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, mediante a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação (art. 3º, incisos I, III e IV). A norma fundamental consagra, também, o direito à proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, inciso XX), por meio de incentivos específicos conforme a lei e a determinação, mediante lei que definirá os critérios de sua admissão, de reserva percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, inciso VIII).

O princípio de igualdade é um princípio complexo, que comporta uma dupla vertente, ou seja, a vertente positiva e a vertente negativa. Assim, há que se estabelecer uma diferença entre a discriminação negativa, que está proibida nas

normas internacionais e nacionais na maioria dos países, e a discriminação positiva. Esta última está relacionada com um tratamento preferencial dos grupos pouco representados, para que o princípio de igualdade seja alcançado. Piovesan considera que, se a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação negativa implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade, não resultando a proibição da exclusão, automaticamente, em inclusão, sendo necessário, portanto, uma vertente promocional da igualdade para que se garanta a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação⁽⁴⁷⁾.

Embora sejam, mais comumente, preconizadas e implantadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, configurando-se como políticas públicas, nesses casos, as medidas de discriminação positiva podem, também, ser implementadas por outros atores sociais, tais como sindicatos, associações e empresas, como já ocorre, por exemplo, com as centrais sindicais, uma vez que várias delas estipularam cotas em suas diretorias.

As medidas de discriminação positiva vão muito além da determinação de políticas públicas que garantam o ingresso da mulher no mercado de trabalho, dizendo respeito, também, ao acesso à formação profissional e aos cargos de responsabilidade e qualificação mais apurada, mas, para isso, faz-se necessária a participação de todos os atores sociais envolvidos, de maneira empenhada e compromissada, já que a efetividade de uma norma, mormente a norma promocional, depende da maturação de uma sensibilidade cultural e da capacidade dos sindicatos de assumir, de forma efetiva, a problemática do trabalho da mulher como um problema deles.

4. O papel das organizações sindicais de trabalhadores na luta contra a desigualdade em razão de gênero

(47) Piovesan, 2007, p. 189-191.

O estudo e valorização de uma cidadania democrática que reconheça uma diversidade e pluralidade da cidadania das mulheres é importante, uma vez que só é possível a concretização dos direitos sociais por meio da consolidação da democracia, sendo que essa democracia, por sua vez, não prescinde da cidadania, já que as instituições jurídicas podem acabar se tornando instrumentos de opressão social quando não há democracia participativa e fortalecimento da cidadania⁽⁴⁸⁾. Dessa forma, faz-se necessária não apenas a construção dos direitos sociais, mas também de instrumentos de tutela da cidadania em um contexto inclusivo e em construção permanente.

Quanto à definição do conteúdo das normas sobre igualdade de gênero, Habermas afirma que o movimento feminista, ao ter experimentado as limitações específicas de ambos os paradigmas anteriores, estaria agora em condições de negar a cegueira em relação às desigualdades factuais do modelo paternalista social⁽⁴⁹⁾.

Habermas prossegue afirmando que:

“nenhuma regulamentação, por mais sensível que seja ao contexto, poderá concretizar adequadamente o direito igual a uma configuração autônoma da vida privada, se ela não fortalecer, ao mesmo tempo, a posição das mulheres na esfera pública política, promovendo a sua participação em comunicações políticas, nas quais é possível esclarecer os aspectos relevantes para uma posição de igualdade. Por ter tomado consciência desse nexos entre a autonomia privada e a pública, o feminismo hodierno mantém reservas contra o modelo de uma política orientada para sucessos instrumentais, de curto prazo; isso explica o peso que o feminismo atribui à *identity politics*, ou seja, aos efeitos formadores da consciência, derivados do próprio processo político.”⁽⁵⁰⁾

(48) Schwarz, 2011, p. 8-9.

(49) Habermas, 1997, p. 159-160.

(50) Habermas, 1997, p. 169.

Para o filósofo alemão, tal paradigma jurídico não se coaduna, porém, com os projetos de uma ‘identidade dos sexos numa sociedade justa’ obrigatória para todos. O fato de a regulamentação jurídica acerca da mulher ser concebida de modo andrógino ou dentro de um dualismo essencialista dos sexos, sob o signo da feminilidade ou da maternidade, não muda as coisas. Por outro lado, a compreensão procedimentalista do direito abre uma perspectiva para a negação determinada da injustiça identificável aqui e agora:

“mesmo que não possamos saber *a priori* como será a sociedade boa, nós sabemos mais do que o suficiente sobre o que ela não será, para estabelecer um programa de ação. Não será uma sociedade com grandes disparidades entre os sexos quanto ao *status*, poder e segurança econômica. Nem uma sociedade que limita a liberdade de escolha das mulheres em relação à reprodução, que tolera a pobreza, a violência, a injustiça racial, ou que estrutura os empregos sem levar em conta as necessidades da família. Finalmente, e isso é fundamental, não será uma sociedade que recusa a muitos de seus membros o poder substancial de definir sua existência cotidiana. Para abranger todo o seu potencial, o feminismo tem que sustentar uma visão que não se preocupa apenas com as relações entre homens e mulheres, mas também com as relações entre os homens e entre as mulheres. O engajamento a favor da igualdade entre os sexos, que fez nascer o movimento das mulheres, é necessário, porém não suficiente para exprimir os valores básicos deste movimento.”⁽⁵¹⁾

O autor chega à conclusão de que, para ser solucionada a tensão entre igualdade e diferença nas relações de gênero, faz-se necessário que todos os sujeitos envolvidos sejam ouvidos para não se correr o risco de tutelar ou prejudicar

(51) Habermas, 1997, p. 168-169.

ninguém⁽⁵²⁾. Assim, a forma como a identidade dos sexos e suas relações será interpretada dependerá de discussões públicas constantes, no qual as próprias concernidas podem reformular o tema ou assunto em questão a ser reconhecido, e elas mesmas decidirem quais as necessidades que precisam ser corrigidas por meio do direito. Em sua obra *A inclusão do outro*, o autor reitera as linhas gerais de seu pensamento no tocante aos movimentos feministas e aos direitos das mulheres⁽⁵³⁾.

Partilha-se da ideia de Habermas de que os próprios sujeitos envolvidos devem organizar a proteção de seus direitos, enfatizando-se, inclusive, a importância da atuação das mulheres nas organizações sindicais para a legitimação dos direitos de igualdade de gênero. Sua análise, contudo, não é suficiente para dar conta de toda a questão transversal de gênero e da dominação perpetuada que perpassa os vários campos. O autor tampouco reflete sobre a divisão sexual do trabalho e a carga muito maior da mulher com o trabalho reprodutivo, restringindo suas possibilidades de participar das decisões políticas e acarretando uma maior necessidade, por parte das mulheres, das prestações sociais fornecidas pelo Estado como licenças-maternidades, creches, auxílios e asilos para idosos, etc., já que seu universalismo é definido pela identificação de experiências de um grupo específico de pessoas como argumento paradigmático do humano em geral (pessoas brancas, adultas, masculinas, ocidentais, proprietários ou profissionais liberais).

(52) Habermas, 1997, p. 178-169. No mesmo sentido, ver Pisarello, 2007, p. 52: *"la única manera de alejar el fantasma de la arbitrariedad consiste en acudir al recurso de la intersubjetividad y de la deliberación democrática. Así, la garantía inclusiva y plural, tanto de las necesidades básicas como de las instrumentales, tanto de las que aseguran la homogeneidad social como de las que facilitan la diversidad cultural, se presenta indisociable de una concepción ambiciosa de la democracia, preocupada por hacer audible, en todo momento, la voz de los involucrados en su construcción, comenzando por aquellos que, por cualquier razón, se encuentran en una posición de específica vulnerabilidad"*.

(53) Habermas, 2004, p. 303-306.

Duas estudiosas dos movimentos feministas que analisam a teoria do discurso habermasiana, apontando problemas de androcentrismo e etnocentrismo, partindo de um modelo neutrouniversal especificamente masculino são Fraser e Benhabib⁽⁵⁴⁾. Afirma-se, em conformidade com a opinião de Fraser e de Benhabib, que a teoria habermasiana é um ponto de partida necessário, uma vez que a racionalidade comunicativa, apesar de seus exigentes requisitos, fala a linguagem da inclusão, mas a ela falta o reconhecimento dos públicos alternativos, bem como o reconhecimento da existência de várias esferas públicas, ou seja, do reconhecimento de um pluralismo não apenas social como também jurídico⁽⁵⁵⁾.

Habermas constrói sua teoria com base na existência de uma esfera pública e uma esfera privada que, juntas, constituem o que o autor chama de as duas ordens institucionais do mundo da vida moderna, com base na divisão, por parte das sociedades modernas, entre sistema e mundo da vida, colocando, de um lado, a economia oficial capitalista e o Estado administrativo moderno e, de outro lado, o núcleo familiar e a esfera pública. O mundo da vida fica, portanto, separado em duas esferas que, por sua vez, proporcionam ambientes complementares apropriados para os dois sistemas: a esfera privada, o núcleo familiar, que está ligada ao sistema econômico oficial, e a esfera pública, ou seja, o espaço de participação política, debate e opinião, que está ligado ao sistema de Estado-administrativo. Fraser considera que não pode haver definição *a priori* desse conceito, devendo ser colocada em debate, inclusive, a determinação do que é e do que não é público, uma vez que determinar, de antemão, o núcleo familiar como algo privado perpetua a dominação masculina, devendo ser

(54) Fraser, 1985; 1995; 1997; Benhabib, 1992; 2007.

(55) Fraser, 1985; 1995; 1997; Benhabib, 1992; 2007.

considerado como um problema de interesse comum exatamente o que for deliberado⁽⁵⁶⁾.

Fraser pondera, também, que a caracterização da família como um domínio da reprodução simbólica, socialmente integrada e do lugar de trabalho remunerado como um domínio da reprodução material, sistemicamente integrado, tende a exagerar as diferenças e ofuscar as similaridades entre eles, ofuscando, por exemplo, o fato de que tanto no âmbito familiar quanto no âmbito do trabalho remunerado existe labor e o fato de que tanto no âmbito familiar quanto no âmbito do trabalho remunerado, as mulheres costumam ser direcionadas para ocupações sexualizadas, guetizadas e voltadas para o setor de serviços⁽⁵⁷⁾.

Habermas não considera, tampouco, a subordinação das mulheres aos homens tanto no âmbito familiar quanto no âmbito do trabalho remunerado e não leva em conta os papéis sexuais na sociedade quando critica o Estado Social, não observando o fato de que são as mulheres as mais atingidas com cortes sociais e com a diminuição dos direitos sociais no modelo liberal, tampouco percebendo a dualização do Estado Social, com um sistema de seguridade social, que atinge mais os homens, e um sistema de assistência social que tem como destinatários um número maior de mulheres, diante do paradigma do homem provedor existente no capitalismo⁽⁵⁸⁾.

Fraser aponta, ainda, outra questão em que Habermas não percebe a problemática do gênero em sua teoria: para o estudioso alemão, o exercício da cidadania encontra-se, basicamente, na participação política de debates e formação de opinião pública. Dessa forma, a cidadania depende, crucialmente, da capacidade de discursar, da habilidade de participar, em pé de igualdade com outros, nos diálogos

e discussões. Essas capacidades, porém, estão conectadas, no capitalismo clássico, com a masculinidade. São capacidades negadas, de diversas formas, às mulheres⁽⁵⁹⁾, havendo, dessa maneira, uma clara dissonância entre a feminidade e as capacidades dialógicas que são centrais para a concepção de cidadania de Habermas, tornando o papel de cidadão um papel precipuamente masculino⁽⁶⁰⁾.

Além disso, Fraser considera que a teoria habermasiana exclui as mulheres porque as redes de cafés, cassinos e clubes de discussão que atuaram como autopistas de comunicação e de racionalidade dialógica, que deram lugar à aparição do conceito de opinião pública e institucionalizando a esfera pública como *res publica*, tinham uma práxis e *ethos* próprias de uma elite masculina⁽⁶¹⁾.

A autora considera que a reconstrução da questão de gênero, com uma transformação emancipatória das sociedades capitalistas com dominação masculina, requer uma transformação dos papéis de gênero e das instituições que o medeiam. Na medida em que o papel de trabalhador(a) e de cuidador(a) são tão fundamentalmente incompatíveis um com o outro, não é possível a universalização de um ou outro para a inclusão de ambos os gêneros⁽⁶²⁾.

Benhabib, por sua vez, reconhece que há um direito moral fundamental que é o “direito a ter direitos” de cada ser humano, no sentido de todo ser humano ter o direito de ser reconhecido e ser protegido como uma pessoa legal pela comunidade mundial, entendendo como direitos humanos os princípios morais articulados de forma a proteger a liberdade comunicativa dos indivíduos, sendo esses princípios morais distintos da especificação legal de direitos, embora haja uma conectividade necessária entre os direitos humanos como princípios morais e

(56) Fraser, 1997, p. 85-89.

(57) Fraser, 1985, p. 107.

(58) Fraser, 1985, p. 107 e 122.

(59) Capacidades essas que são muito importantes para a atuação sindical.

(60) Fraser, 1985, p. 115-116.

(61) Fraser, 1997, p. 83.

(62) Fraser, 1985, p. 119.

suas formas legais⁽⁶³⁾. O “direito a ter direitos” envolve o reconhecimento de sua identidade tanto com um “outro generalizado” como com um “outro concreto”. O ponto de vista do “outro generalizado” requer que cada um seja titular dos mesmos direitos e obrigações, já o ponto de vista do “outro concreto” requer que cada um seja visto como um indivíduo com uma constituição afetivo-emocional, tanto em sua identidade individual como em sua identidade coletiva.

Benhabib, no entanto, critica a posição de Habermas de que essas normas possam ser articuladas de forma adequada em termos de um diálogo entre os “outros generalizáveis”⁽⁶⁴⁾ e proclama a necessidade de um universalismo que seja interativo, não legislativo, consciente das diferenças de gênero e não *genderblind*, contextualmente sensitivo e não indiferente à situação. Assim, o “outro generalizado” é associado a uma ética de justiça e uma categoria moral de direitos. O “outro concreto”, em contrapartida, é um indivíduo único com história e necessidades particulares⁽⁶⁵⁾. Dessa forma, não se deve ceder à tensão entre universalismo e especificidades, escolhendo um e negando o outro, mas sim negociar sua interdependência recolocando o universal em contextos concretos.

Tanto Fraser quanto Benhabib consideram que os limites rígidos estabelecidos por Habermas entre esfera pública e esfera privada perpetuam os papéis estereotipados de gênero e a dominação masculina, considerando que a esfera pública deve abarcar, também, as questões de bem-estar, assim como levar em conta as necessidades particulares dos “outros concretos”. Propugnam, também, por um

(63) Benhabib, 2007, p. 9-11. A autora reconhece que tomou a expressão “direito a ter direitos” cunhada, primeiramente, por Hannah Arendt, mas com sentido diverso do usado, inicialmente, no direito político, identificado como direito a ser membro de uma comunidade política.

(64) Canaday, 2003, p. 52.

(65) Canaday, 2003, p. 58-59.

modelo em que o poder discursivo na esfera pública não seja centralizado, mas alocado em múltiplos lugares.

Se, em um primeiro momento, a teoria do discurso de Habermas não analisa, especificamente, o problema de gênero no direito, em sua obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, o autor trata, de modo específico, da questão de gênero e dos movimentos feministas. Sua análise, contudo, não é suficiente para dar conta de toda a questão transversal de gênero e da dominação perpetuada que perpassa os vários campos. O autor tampouco reflete sobre a divisão sexual do trabalho e a carga muito maior da mulher com o trabalho reprodutivo, dificultando sua emancipação para participar das decisões políticas e acarretando uma maior necessidade, por parte das mulheres, das prestações sociais fornecidas pelo Estado como licenças-maternidades, creches, auxílios e asilos para idosos, etc., já que seu universalismo é definido pela identificação de experiências de um grupo específico de pessoas como argumento paradigmático do humano em geral (pessoas brancas, adultas, masculinas, ocidentais, proprietários ou profissionais liberais)⁽⁶⁶⁾.

Habermas considera, no tocante à reprodução, que essa é uma responsabilidade apenas da mãe e que, por isso, eventual proteção social geraria uma discriminação reflexa, embora deixe claro que considera que essa responsabilidade foi atribuída mediante uma interpretação pragmático-contextual e não por

(66) Hita, 1998, p. 117. Bittar (2011, p. 669) alerta que “a gramática moral dos conflitos sociais somente pode ser compreendida a partir do momento em que se percebe que a luta social é também, e, em grande parte, uma luta por reconhecimento (*Annerkennung*)”. Ainda, segundo Bittar (2011, p. 671): “considerando-se que um dos grandes desafios da política democrática contemporânea é a questão da inclusão social, este se torna um ponto de extrema importância para pensar a vida democrática, o direito e a justiça na sociedade contemporânea, inclusive para que se possa articular com clareza a correlação entre estas três ideias, com vistas à reforma das instituições democráticas existentes na realidade brasileira.”

uma questão natural ou biológica. O autor não leva em conta que o Estado possa ser o responsável também pelas crianças, e, mais ainda, não leva em conta que tal proteção deve ser vista não só sob um enfoque da maternidade como também da paternidade, gerando deveres e direitos aos pais. Enquanto o trabalho produtivo, assalariado, integra o sistema, o trabalho reprodutivo, doméstico e de *care*, realizado no âmbito da vida privada, integra o conceito de mundo da vida, legitimando a divisão sexual do trabalho⁽⁶⁷⁾.

Não se está, aqui, defendendo, o estabelecimento de direitos e políticas de forma unilateral. Ratifica-se a opinião de Fraser e de Benhabib de que a teoria habermasiana é um ponto de partida necessário, uma vez que a racionalidade comunicativa, apesar de seus exigentes requisitos, fala a linguagem da inclusão⁽⁶⁸⁾. Falta à teoria do discurso habermasiana, no entanto, o reconhecimento dos públicos alternativos e a existência de várias esferas públicas, ou seja, do reconhecimento de um pluralismo não apenas social como também jurídico. Além disso, uma transformação emancipatória das sociedades capitalistas de dominação masculina necessita uma transformação dos papéis e das instituições que a medeiam. Enquanto os papéis de “trabalhador” e de “cuidadora” continuarem a ser, fundamentalmente incompatíveis, não será possível universalizar nem um nem outro papel para ambos os gêneros, sendo necessária alguma forma de aproximação entre os dois papéis⁽⁶⁹⁾. Assim, nas palavras de Santos, “a politização do espaço doméstico — e, portanto, o movimento

feminista — é um componente fundamental da nova teoria da democracia”⁽⁷⁰⁾.

A sociedade como um todo e as mulheres em especial devem participar do processo de elaboração das normas e políticas de uma forma democrática, atuando como um sujeito coletivo, mas não se pode permitir que, por causa de desequilíbrios de poder, tal participação seja meramente formal, sem levar em conta as reais necessidades e a efetivação do princípio da igualdade.

Nesse sentido, Habermas não soluciona a questão de, havendo tal desigualdade fática, fato reconhecido pelo autor, como fazer com que os sujeitos atingidos, nesse caso, as mulheres, possam, também, participar do processo político de delineamento de tais direitos. Em outras palavras, como tais mulheres farão parte da determinação do direito e participarão do processo de tomada de decisões, estando essas, de antemão, excluídas do processo político de uma forma geral.

Não há, na teoria habermasiana, tampouco, definição de quem e como será efetuado o empoderamento das mulheres, uma vez que a esfera pública habermasiana é excludente na prática, dificultando o acesso para determinados grupos de raça, classe e gênero. Na medida em que tais mulheres devem fazer parte do delineamento de tais direitos, essas devem ter capacidade (formação), independência e força nas chamadas tomadas de decisões. Ora, o próprio autor ressalta a alarmante feminização da pobreza e o fato de que tal problema gera um círculo vicioso na tomada de decisões, uma vez que quanto maior a pobreza feminina, menos as mulheres têm condições de se manifestar sobre seus próprios direitos e, quanto menos têm chance de delinear suas necessidades e direitos, mais pobres serão.

O Brasil ocupa, atualmente, a 80ª posição no índice de desigualdade em razão de gênero (GII), do PNUD, sendo a primeira posição da

(67) Fraser, 1985, p. 102 e 115.

(68) Quanto a esse ponto, ver Bittar (2011, p. 672-673): “a organização dos traços de demandas reprimidas e comungadas por um conjunto de atores sociais permitem que certas questões apareçam e se tornem visíveis na esfera política, tendendo a apontar para uma eferescência crescente de reclamos por justiça, que incluem a necessidade de intensificação da comunicação, do partilhamento e da universalização da inclusão.”

(69) Fraser, 1985, p. 118.

(70) Santos, 2005, p. 272.

Suécia, como país com menor desigualdade de gênero⁽⁷¹⁾ e a última posição (146^a) do Yemen⁽⁷²⁾.

O problema da igualdade de gênero encontra-se, hoje, na distribuição de poder expressada tanto no acesso a recursos materiais e à vida econômica, como a questões culturais e, também, a instâncias de decisão e liderança na sociedade, ou seja, diz respeito tanto às questões de justiça econômica, como cultural, como política, sendo necessária, portanto, uma concepção tridimensional da justiça, segundo a qual as demandas de distribuição correspondem à dimensão econômica da justiça, as demandas de reconhecimento correspondem à dimensão cultural da justiça e as demandas de representação correspondem à dimensão política da justiça.

No tocante à participação política das mulheres, tanto na política estatal como em outras arenas do espaço público, como as organizações sindicais, as questões de eleição e suas regras insensíveis ao gênero, em conjunto com a má distribuição e o falso reconhecimento baseados no gênero, funcionam de modo a negar paridade de participação política às mulheres, pertencendo tais problemas à esfera das demandas de representação e de problemas de injustiça de representação errônea política-comum⁽⁷³⁾. Dessa forma, as reivindicações por

cotas de gênero e outras formas de discriminação positiva de fomento à participação das mulheres nos espaços públicos e nos processos de tomadas de decisão procuram remover os obstáculos políticos à participação paritária daqueles que, em princípio, ou, ao menos, formalmente, já estão incluídos na comunidade política⁽⁷⁴⁾.

Uma das maneiras de empoderar as mulheres e possibilitar sua participação nos processos de tomadas de decisões e no controle de suas próprias vidas pode ocorrer com a participação dos grupos sociais. A atuação das mulheres nos sindicatos e em seus cargos de direção é uma das formas de possibilitar o empoderamento das mulheres, assim como de proporcionar uma maior legitimidade das normas jurídicas no tocante à igualdade de gênero, por meio de um processo de amálgama entre as organizações sindicais, como esfera privada e movimento não estatal e as instâncias de tomada de decisões.

A participação sindical das trabalhadoras proporciona uma maior possibilidade, por parte das mulheres, de exercer poder e cidadania no espaço público em que é construída a democracia, possibilitando que as mulheres participem mais dos processos de decisão, ao mesmo tempo em que aumentam seu capital político, uma vez que a participação das mulheres em tal sorte de movimento social, além de funcionar como espaço de reagrupamento, também tem função de base e treinamento dessas mulheres para a participação em espaços públicos mais amplos.

As organizações sindicais de trabalhadores podem atuar em esferas deliberativas de várias formas: além de sua atuação específica como forma de pressão contra os empregadores por melhores condições de trabalho e por meio de estabelecimento de normas coletivas, elas participam, na sociedade, também no estabelecimento de várias políticas públicas. Nesse

(71) A primeira posição no ranqueamento mundial não garante igualdade absoluta de gênero, alertando a UNDP (2012) que, embora alguns países tenham conseguido diminuir muito as desigualdades entre homens e mulheres, elas ainda persistem em todos os países.

(72) UNDP (2012). Esse índice leva em conta dados como taxas de mortalidade materna, taxas de fertilidade, assentos no parlamento nacional, número da população com pelo menos ensino secundário desagregado por sexo, taxa de participação na força de trabalho desagregada por sexo, taxa de prevalência de contraceptivos e assistência pré-natal. Observe-se que a posição do Brasil caiu da 70^a posição para a 80^a de 2008 para 2011, embora os valores absolutos desse índice tenham melhorado no tocante ao Brasil.

(73) Ao menos, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, essas questões são questões de injustiça de *ordinary-political mis representation*, já que as mulheres não

estão excluídas, *a priori*, dos processos de tomadas de decisões de tais organizações.

(74) Fraser, 2010, p. 20-22.

diapação, as organizações sindicais têm assento e voz, como, no processo de estabelecimento de políticas públicas para as mulheres, em âmbito nacional. Como exemplo de participação nas políticas sobre gênero, pode-se citar as seguintes organizações de trabalhadores, que tiveram representantes quando da elaboração do II Plano Nacional de Política para as mulheres, como representantes de entidades da sociedade civil: a Articulação Nacional de Mulheres Trabalhadoras Rurais — ANMTR, a Central Única dos Trabalhadores — CUT, a Confederação Geral dos Trabalhadores — CGT, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação — CNTE, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura — CONTAG, a Federação Nacional das Trabalhadoras Domésticas — FENATRAD e a Força Sindical.

A liberdade sindical é um direito que está ligado à construção da cidadania dos trabalhadores, bem como à construção e manutenção de democracia e surge como premissa básica para a organização das entidades sindicais, no Estado Democrático de Direito, devendo o direito à liberdade sindical ser concebido como um direito humano fundamental, uma vez que possibilita o equilíbrio de forças necessário para a garantia das condições de trabalho e para a construção de um sistema produtivo eficiente⁽⁷⁵⁾. Dessa maneira, a liberdade sindical, o direito à informação e o direito a ser escutado pelos poderes públicos faz com os titulares desses direitos possam se fazer visíveis e audíveis no próprio processo de construção de direitos e constituem-se como garantias sociais dos direitos⁽⁷⁶⁾.

Um dos desdobramentos da liberdade sindical é a garantia, aos sindicatos, da sua função de negociação, consagrada na Convenção n. 98 da OIT, que ressalta a necessidade da adoção de medidas adequadas para estimular trabalhadores

e empregadores ao desenvolvimento dos procedimentos de negociação⁽⁷⁷⁾.

Embora não haja convenção expressa nesse sentido, a OIT tem diversos documentos que declaram a importância do aumento da participação feminina nos órgãos de deliberação das organizações sindicais. Dentre tais documentos, destaca-se a Resolução sobre igualdade de gênero no centro do trabalho decente, de 2009, fruto da 98ª Conferência Internacional do Trabalho que trata, especificamente, da centralidade da igualdade de gênero na busca pelo trabalho decente e aponta a necessidade de medidas que fomentem o número de mulheres no diálogo social, nas organizações sindicais, nas negociações coletivas e em todos os processos de tomadas de decisão.

Apesar da reconhecida importância de participação das mulheres nas atividades das organizações sindicais e em seus órgãos de deliberação e de tomadas de decisões, essa participação sempre foi pequena.

A discussão sobre a questão de gênero entre o operariado, no Brasil, surgiu a partir da década de setenta, precipuamente, dentro de alguns sindicatos do Estado de São Paulo. Nesse período, o número de grevistas mulheres era significativo e, em certas fábricas, em que a porcentagem de mulheres era alta, o movimento grevista, em verdade, foi desencadeado por elas. Apesar da expressiva participação das mulheres nas greves eclodidas no período, sua participação nas assembleias e reuniões do sindicato era insignificante⁽⁷⁸⁾.

Nos anos oitenta, as organizações sindicais passaram a se preocupar mais com a questão do operariado feminino e a participação das mulheres nas estruturas sindicais, surgindo, assim, as primeiras comissões ou secretarias de mulheres das centrais sindicais com o intuito tanto de debater a discriminação no mercado de trabalho dentro do movimento sindical, quanto de ampliar a atuação das mulheres

(75) Silva, 2008, p. 66-67.

(76) Schwarz, 2011, p. 162.

(77) Silva, 2008, p. 70.

(78) Souza-Lobo, 2011.

nas organizações sindicais. Apesar disso, a quantidade de mulheres nas direções sindicais continuava pequena e as condições de sua participação eram desvantajosas em relação aos homens⁽⁷⁹⁾.

Na década de noventa, as questões de gênero continuaram a ser discutidas no espaço sindical, embora em um período não muito propício para as demandas sindicais em geral. Algumas questões foram incorporadas nas políticas sindicais, mas várias outras encontraram dificuldades para sua implementação⁽⁸⁰⁾.

Apesar dos avanços incontestáveis na participação feminina nos sindicatos, de uma forma geral, a participação das trabalhadoras nos órgãos de deliberação continua baixa. Em 1992, o percentual de sindicatos presididos por mulheres, no Brasil inteiro, era de 6%. Em 2001, esse número tinha aumentado apenas para 10%⁽⁸¹⁾. Quanto à participação das mulheres nas diretorias dos sindicatos, em 2001, de um total de 15.961 sindicatos, 5.667 não tinham nenhuma mulher em suas diretorias, 5.579 tinham até 25% de mulheres em suas diretorias, 3.280 tinham de 26% a 50% de mulheres em suas diretorias, 912 tinham de 51 a 75% de mulheres em suas diretorias, 499 tinham de 76 a 100% de mulheres em suas diretorias e 24 sindicatos não declararam⁽⁸²⁾. Desses 15.961 sindicatos, em 2001, apenas 1.618 tinham mulheres em algum cargo de presidência, 3.907 tinham mulheres em algum cargo de 1ª secretária e 2.558 tinham mulheres em algum cargo de 1ª tesoureira⁽⁸³⁾.

A diferença entre os sexos não é apenas no que concerne ao número de cargos de chefia nos sindicatos, mas também quanto ao tipo

de cargos que homens e mulheres ocupam nos órgãos sindicais, com cargos relacionados ao cuidado (*care*), que é trabalho considerado tipicamente feminino, ficando para os homens os cargos com atribuições mais valorizadas, que requerem e geram maior nível de capital político.

Quanto às centrais sindicais, algumas dessas organizações estipularam medidas de discriminação positiva para combater a ausência das mulheres em seus órgãos de deliberação na década de noventa: CUT, CTB, UGT e Força Sindical. Embora haja previsão de cotas mínimas na maioria das centrais sindicais, atualmente, apenas uma das centrais sindicais têm o percentual mínimo de 30% de mulheres em cargos de diretoria. Ademais, em nenhuma das centrais sindicais analisadas *supra*, as mulheres ocupam cargos de presidência, tesouraria ou secretaria-geral, ocupando, comumente, cargos de secretaria da mulher, relações de trabalho, comunicação, racial e meio ambiente, cidadania e direitos humanos e emprego e qualificação profissional, formação e cultura, igualdade racial, meio ambiente, previdência e aposentadoria e serviços públicos⁽⁸⁴⁾.

A atuação em prol da igualdade de gênero, dentro das organizações sindicais, historicamente, tem sido dificultada por várias barreiras. Algumas dessas barreiras ocorrem por questões de preconceitos de gênero fora dos sindicatos, que repercutem nas atuações sindicais, como a concentração das mulheres em funções de baixa qualificação e alta rotatividade, a inserção das mulheres no mercado de trabalho, majoritariamente, nas unidades de produção unipessoais, entre aqueles que trabalham por conta própria e no emprego doméstico, além de outras formas precarizadas. Essa precariedade das relações de trabalho das mulheres influencia no movimento sindical e contribui para a escassez de novas formas e estratégias para atrair trabalhadoras afiliadas e fomentar a participação feminina na vida sindical.

(79) Souza-Lobo, 2011.

(80) Leone e Teixeira, 2010.

(81) Brasil, 2010. Dados do IBGE. Últimos dados disponíveis, observando-se que tais dados são de 2001, havendo, portanto, uma grande defasagem de estudos estatísticos quanto ao tema da presença das mulheres nos órgãos de deliberação das organizações sindicais.

(82) Brasil, 2010. Dados do IBGE. Últimos dados disponíveis.

(83) Brasil, 2010. Dados do IBGE. Últimos dados disponíveis.

(84) Nesse sentido, ver Thome, 2012.

Outras dificuldades, no entanto, nascem dentro dos próprios sindicatos, diante da divisão sexual do trabalho da sociedade, que define os papéis dos homens e das mulheres de forma estereotipada. O movimento sindical, de maneira geral, continua a sustentar uma concepção que identifica os trabalhadores como um conjunto homogêneo, com interesses e reivindicações idênticas, com a alegação de que a questão de gênero atomiza a luta de classes.

Além disso, a própria organização do sindicato, baseada no cotidiano masculino, exclui as mulheres, pois não leva em conta a sobrecarga com as tarefas domésticas e as condições desfavoráveis à maior parte das trabalhadoras para a participação da vida sindical, como ausência de creches em eventos sindicais e horários de atividades sindicais incompatíveis com a dupla jornada exercida pela mulher.

Finalmente, o espaço sindical é essencialmente masculino, também, em termos de dinâmicas de participação, discurso, linguagem e interesses, já que têm estilos de liderança, dinâmicas de participação, discursos, linguagens e usos do tempo que se contrapõem aos comportamentos a que as mulheres foram ensinadas e habituadas, exigindo delas, portanto, uma adaptação a esses esquemas.

A participação das mulheres nas negociações das organizações sindicais e em suas diretorias é importante não apenas no tocante aos resultados diretos de sua participação nas normas celebradas pelos sindicatos, mas também tem reflexos no acúmulo do capital político das mulheres, uma vez que a arena sindical tem um importante papel na formação das personalidades que ocupam os espaços políticos de tomadas de decisão.

É necessário, portanto, o aumento da participação das mulheres nas estruturas de diálogos existentes que ainda são dominadas pelos homens, tais como sindicatos e outras organizações de trabalhadores, com vistas a alcançar uma igualdade econômica, cultural e política. Assim, para que as trabalhadoras possam,

efetivamente, exercer cargos de tomadas de decisão nas organizações sindicais, devem ser adotadas medidas de discriminação positiva para combater as dificuldades existentes para a posse e exercício desses cargos tanto dentro das organizações sindicais como fora dessas.

A OIT preconiza a necessidade da participação efetiva de todos os grupos da sociedade nas decisões que afetam seu futuro para que se possa atingir um desenvolvimento autêntico e duradouro, baseado na justiça social⁽⁸⁵⁾. Já em 1998, essa organização apontava como medidas que as organizações sindicais deveriam tomar para o encorajamento das mulheres nas atividades sindicais as seguintes: adoção de políticas que busquem melhorar a situação das mulheres trabalhadoras e incentivar as mulheres a buscar postos de direção nos sindicatos, autoanálise feita pela organização sindical para identificação de fatores que afetam a participação das mulheres nas atividades sindicais em todos os níveis, estabelecimento de unidades de mulheres e comitês de igualdade de gênero, reserva de postos para as mulheres no corpo executivo e inclusão das mulheres nas listas de candidatos para as eleições sindicais, reserva de postos para as mulheres nos congressos sindicais, programas de educação que visem a proporcionar às mulheres o desenvolvimento de suas habilidades de liderança e campanhas de informação para sensibilizar todos os trabalhadores no tocante às questões de gênero⁽⁸⁶⁾.

Diante da necessidade de fomento da participação das mulheres nas organizações sindicais e, principalmente, em seus órgãos deliberativos, as principais ações que essas organizações tomam e podem tomar para fomentar a participação das mulheres nos órgãos de liderança e deliberação são: ações para o aumento do número de sindicalizadas em setores informais, fomento de sindicalização de trabalhadores(as) sem vínculo empregatício,

(85) OIT, 2005, p. 45.

(86) OIT, 1998, p. 5-6.

maior abertura por parte dos sindicatos para a criação de mecanismos voltados à ampliação da associação sindical das mulheres, mediante a organização de estrutura adequada para que as militantes sindicais possam participar das atividades das organizações sindicais, criação de alianças estratégicas com outros tipos de associações, formação de comissões, comitês ou secretarias femininas, principalmente nas federações, confederações e centrais sindicais, desenvolvimento de iniciativas organizacionais originais ou autônomas, elaboração de mapas das questões de gênero, estabelecimento de cláusulas sobre situações particulares da força de trabalho feminina nas convenções e ou acordos coletivos, instituição de política de cotas para a integração das mulheres às organizações sindicais, formação de instâncias institucionais vinculadas ao mundo laboral, de integração bipartida ou tripartida, direito de voz e expressão nas assembleias sindicais e nas negociações coletivas, oferecimento de treinamento para as dirigentes sindicais, etc. Dentre tais medidas, algumas são mais utilizadas pelas organizações sindicais brasileiras, tais como a instituição de cotas para as mulheres nas eleições de tais organizações, a organização das trabalhadoras da economia informal, mediante a criação de alianças estratégicas com outros tipos de associações, a criação de instâncias específicas de questão de gênero dentro das organizações sindicais, de instâncias de integração bipartida ou tripartida e o direito de voz e expressão nas assembleias sindicais e nas negociações coletivas às trabalhadoras.

A medida de estabelecimento de cotas ou *goals* adotadas pela maior parte das centrais sindicais, no Brasil, juntamente com o aumento das mulheres no mercado de trabalho, vem possibilitando um acréscimo de mulheres nas diretorias sindicais, aumentando o número de dirigentes mulheres nas organizações sindicais.

A instituição de cotas sinaliza o reconhecimento da existência do gênero como um princípio político, mas não é suficiente para

acabar com as desigualdades, uma vez que “esta simples introdução pode comprometer o esvaziamento do conteúdo cultural se não chega a produzir, numa organização composta de homens e mulheres, múltiplas renovações políticas”, devendo as organizações sindicais, além da inserção das cotas, efetuar a inovação das modalidades das relações de gênero no interior de sua própria organização⁽⁸⁷⁾.

Embora as cotas tenham sua eficácia e importância, outros instrumentos deverão ser implementados para a participação das mulheres nas organizações sindicais, tais como a realização de cursos de capacitação das mulheres para a atuação nos cargos de dirigente sindical a fim de se propiciar conhecimento e treinamento acerca da matéria sindical, do discurso linguístico padrão e das demais tecnologias de poder necessárias para a realização a contento das atividades nos cargos de direção, a fim de se evitar ou diminuir o risco de as dirigentes sindicais não atuarem de forma efetiva. Ademais, para efetivos resultados, as cotas estabelecidas devem ser cumpridas por essas organizações, o que não costuma acontecer, por exemplo, com todas as centrais sindicais brasileiras que estipularam cotas.

Outra forma de fomento da participação das mulheres na vida sindical e nos órgãos de deliberação das organizações sindicais que vem sendo implementada é a organização das trabalhadoras da economia informal, mediante a criação de alianças estratégicas com outros tipos de associações, como cooperativas e organizações não governamentais, bem como a utilização da estrutura sindical não apenas pelos integrantes da categoria.

A partir da escassa participação das mulheres nas atividades sindicais, várias organizações criaram instâncias específicas para potencializar sua presença e propor políticas para enfrentar os problemas laborais derivados da questão de gênero. Ainda que exista controvérsia acerca

(87) Cappellin, 1994, p. 287.

do potencial de tais instâncias para promover e inserir os temas de gênero nas organizações sindicais, em geral, essas organizações acabam sendo espaços necessários para o desenvolvimento da reflexão e de propostas acerca das demandas das trabalhadoras. Criam, no entanto, o risco de isolamento e ou segregação das demandas femininas na estrutura sindical, não transcendendo e não incidindo no conjunto de trabalhadores e na cultura sindical.

Forma diversa de fomento da participação das trabalhadoras muito útil é o desenvolvimento de iniciativas organizacionais originais ou autônomas de trabalhadoras, paralelas às organizações sindicais, havendo a possibilidade de benefício mútuo dessas organizações femininas paralelas e das organizações sindicais tradicionais, mediante uma coalizão dessas.

As instâncias de integração bipartida ou tripartida são um espaço para que as trabalhadoras dirigentes sindicais insiram e ativem os temas das trabalhadoras no marco de uma política de igualdade de oportunidade, em diálogo com o poder estatal, tendo sido criada, no Brasil, uma comissão tripartite sobre gênero e raça.

As organizações sindicais podem e devem garantir direito de voz e expressão nas assembleias sindicais e nas negociações coletivas para que o coletivo de mulheres dentro daquela categoria possa se manifestar quanto a seus interesses. Para isso, deve ser garantido, também, o direito à informação que as organizações sindicais tenham sobre as relações de trabalho daquela categoria a esse coletivo de mulheres.

Cumpra observar que o rol de medidas apresentado neste trabalho é meramente exemplificativo, uma vez que as medidas de discriminação positiva podem apresentar diversas formas, desde as mais tradicionais, com mecanismos mais rígidos, com estabelecimento de cotas até as de enfoque mais amplo e promocional, como oferecimento de cursos de capacitação das mulheres para a liderança sindical. Há, portanto, diversas medidas que podem ser implementadas pelas organizações

sindicais para o fomento da participação das mulheres em seus órgãos de deliberação, sendo que várias dessas medidas já vêm sendo implementadas por algumas organizações sindicais internacionais, estrangeiras e ou brasileiras.

5. Conclusão

Diante desse estudo, conclui-se que, embora haja uma quantidade expressiva de normas jurídicas prevendo o direito de igualdade de gênero aplicáveis no Brasil, essas desigualdades continuam a persistir, mormente no mercado de trabalho. Para que haja a eficácia das normas jurídicas sobre os direitos humanos das mulheres, faz-se necessário, portanto, que medidas de discriminação positiva sejam tomadas de modo a possibilitar que as trabalhadoras participem, efetivamente, da vida política e dos processos de deliberação e de tomada de decisões.

Uma maneira de fomentar essa participação na vida política é a participação das trabalhadoras nas organizações sindicais e em seus órgãos deliberativos, já que essas organizações sindicais são organizações coletivas que podem aumentar o capital político dessas mulheres e melhorar suas condições de trabalho, por meio da participação efetiva das mulheres na elaboração das convenções e acordos coletivos, que são normas jurídicas aplicáveis a essas trabalhadoras efetuadas pelos sindicatos, configurando, por sua vez, instâncias deliberativas em sistemas de pluralismo jurídico.

Essa participação feminina, no entanto, é ainda escassa e eivada de diversas dificuldades para sua implementação. Desse modo, as várias medidas de discriminação positiva como formas de fomento à participação das mulheres na vida sindical e em seus órgãos deliberativos devem ser levadas em conta para o aumento dessa participação.

6. Referências bibliográficas

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales en el debate democrático*. Madrid: Bomarzo, 2006.

BENHABIB, Seyla. Another universalism: on the unity and diversity of human rights. *Proceedings and addresses of the American Philosophical Association*, Newark, American Philosophical Association, v. 81, n. 2, p. 7-32, nov. 2007.

———. *Situating the self: gender, community and postmodernism in contemporary ethics*. New York: Routledge, 1992.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; CARVALHO, Suzete. A segregação ocupacional da mulher: será a igualdade jurídica suficiente para superá-la? In: ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. Homenagem à Professora Doutora Esther de Figueiredo Ferraz. São Paulo: Rideel, 2010. p. 179-210.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Justiça e emancipação: reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Tese apresentada ao concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

BJORNSDOTTIR, Kristin. The ethics and politics of home care. *International Journal of Nursing, Studies*, n. 46, p. 732-739, 2009.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. *Relatório anual do observatório Brasil da igualdade de gênero 2009/2010*. Brasília: Secretaria Especial de Política para as Mulheres, 2010.

———. IBGE — INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios*. Disponível em: <www.ibge.gov.br> Acesso em: 15 ago. 2008.

BRUSCHINI, Cristina; LOMBARDI, Maria Rosa. Trabalho, educação e rendimentos das mulheres no Brasil em anos recentes. In: HIRATA, Helena, SEGNINI, Liliana (Orgs.). *Organização, trabalho e gênero*. São Paulo: SENAC, 2007. p. 43-88.

CANADAY, Margot. Promising alliances: the critical feminist theory of Nancy Fraser and Seyla Benhabib. *Feminist Review*, Palgrave Macmillan Journals, n. 64. Fiction and Theory: crossing boundaries, 2003, p. 50-69.

CAPPELLIN, Paola. Viver o sindicalismo no feminino. *Revista Estudos Feministas*. Número especial. Rio de Janeiro, CIEC/UFRJ, p. 271-290, out. 1994.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Direito público*, São Paulo: IDP- IOB, ano 7, n. 34, p. 7-40, jul./ago. 2010.

CELIBERTI, Lilian; MESA, Serrana. *La equidad de género en los países del MERCOSUR*. Montevideo: CEFIR — Centro de Formación para la Integración Regional, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista estudos feministas*, Florianópolis, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, ano 10, n.1, p. 171-188, 2002.

FRASER, Nancy. *Scales of justice: reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University, 2010.

———. *Justice interruptus: critical reflections on the 'Postsocialist' condition*. New York: Routledge, 1997.

———. Pragmatism, feminism, and the linguistic turn. In: BENHABIB, Seyla; BUTLER, Judith; CORNELL, Drucilla; FRASER, Nancy (Orgs.). *Feminist contentions*. New York: Routledge, 1995. p. 157-172.

———. What's Critical about Critical Theory? The Case of Habermas and Gender. *New German Critique*, n. 35, Special Issue on Jürgen Habermas, p. 97-131, 1985.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO/SESC. *Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado*. 2010. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra.pdf>> Acesso em: 11 dez. 2011.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

———. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEINEN, Jacqueline. Politiques sociales et familiares. In: HIRATA, Helena et al. (Coord.). *Dictionnaire critique du féminisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2000. p. 147-151.

HIRATA, Helena. Teorias e práticas do *care*: estado sucinto da arte, dados de pesquisa e pontos em debate.

In: FARIA, Nalu; MORENO, Renata (Orgs.). *Cuidado, trabalho e autonomia das mulheres*. São Paulo, SOF, p. 42-56, 2010.

_____. Mundialização, divisão sexual do trabalho e movimentos feministas transnacionais. *Cadernos de crítica feminista*. SOS CORPO — Instituto feminista para a democracia, Recife, ano III, n. 2, p. 80-107, dez. 2009.

HITA, Maria Gabriela. Gênero, ação e sistema: a reinvenção dos sujeitos. Lua nova. *Revista de cultura e política*, São Paulo, CEDEC, n. 43, p. 109-130, 1998.

KERGOAT, Danielle. Division sexuelle du travail et rapports sociaux de sexe. In: HIRATA, Helena *et al.* (Coord.). *Dictionnaire critique du féminisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2000. p. 35-44.

LEONE, Eugenia Troncoso; TEIXEIRA, Marilane Oliveira. *As mulheres no mercado de trabalho e na organização sindical*. Trabalho apresentado no XVII Encontro Nacional de Estudos Populacionais, realizado em Caxambu – MG – Brasil, de 20 a 24 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2010/docs_pdf/tema_8/abep2010_2200.pdf> Acesso em: 24 dez. 2010.

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

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Equality at work : tackling the challenges*. Global report under the follow-up to the ILO Declaration on fundamental principles and rights at work. Report of the Director-General. Genebra: OIT, 2007. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_publ_9221128717_en.pdf> Acesso em: 12 jul. 2011.

_____. *Manual de capacitação e informação sobre gênero, raça, pobreza e emprego: capacidade de organização e negociação: poder para realizar mudanças*. Brasília: OIT, 2005.

_____. *Giving women a choice*. Gender equality: a guide to collective bargaining. Genebra: ILO, 1998. Disponível em: <<http://actrav.itcilo.org/english/library/socdiag/v07601.htm>> Acesso em: 18 nov. 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. O social e o político na pós-modernidade. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Su imprescindibilidad y sus garantías*. Cidade do México: Miguel Angel Porrúa, 2011.

SILVA, Otavio Pinto e. A questão da liberdade sindical. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (Orgs.). *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. III, p. 66-85.

SOUZA-LOBO, Elisabeth. *A classe operária tem dois sexos*. Trabalho, dominação e resistência. 2. ed. São Paulo: Brasiliense/Secretaria Municipal de Cultura, 2011.

THOME, Candy Florencio. *O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2012.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *World Development Report 2012: Gender Equality and Development*. Disponível em: <<http://www.generoracaetnia.org.br/publicacoes/Banco%20Mundial%2057627.pdf>> Acesso em: 5 out. 2011.

O trabalho nas Constituições Sociais

Edilton Meireles^(*)

Resumo:

- ▶ No presente trabalho, se busca discutir a constitucionalização do direito do trabalho como elemento configurador do Estado Social, tendo como ponto de partida o texto da Constituição brasileira de 1988, comparando-a com as Constituições de natureza social surgidas depois da Segunda Guerra Mundial. Procura-se revelar, por outro lado, que a constitucionalização do trabalho (valorização do valor social do trabalho) se insere nas Constituições Modernas como instrumento de implantação do Estado Social.

Palavras-Chave:

- ▶ Trabalho — Constituição Social — Valor social do trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Evolução da proteção ao trabalho
- ▶ 3. O trabalho como instrumento de implantação do Estado Social
- ▶ 4. Conclusões
- ▶ 5. Referências bibliográficas

Abstract:

- ▶ *Work in Social Constitutions* — In the present paper discusses the constitutionalisation of labor law as part of the State Social configurator, taking as its starting point the text of the Constitution brasilian of 1988, comparing it to the Constitutions of Social nature arising after the Second World War. It seeks to reveal, moreover, that the constitutionalisation of labor (appreciation of the value of labor) is introduced in Modern Constitutions as an instrument of implementation of the Welfare State.

Keywords:

- ▶ *Work — Social Constitution — Social value of work.*

(*) Desembargador do Trabalho no TRT da 5ª Região (BA). Prof. Adjunto da UFBA e da UCSal. Pós-doutor/Universidade de Lisboa. Doutor em Direito (PUC/SP). Membro do IBDP. Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior.

1. Introdução

A partir de uma simples leitura das constituições surgidas após o fim da Segunda Guerra Mundial, a exemplo das Cartas Magnas da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal, verificamos que é de suma importância para o desenvolvimento do direito constitucional a identificação do valor trabalho no contexto da lei fundamental (constitucional).

Assim, procurando contribuir para o estudo deste relevante “problema constitucional”, lançamos algumas ideias conclusivas que revelam a importância do direito do trabalho na construção do Estado Social a partir da relevância que lhe é dada pelas modernas Constituições.

2. Evolução da proteção ao trabalho

Tomando como exemplo o texto constitucional brasileiro, pode-se extrair a conclusão de que o constituinte erigiu o trabalho (a valorização social do trabalho), o emprego, os direitos dos trabalhadores, a participação dos trabalhadores na gestão da empresa, etc., como elementos constitutivos “*da própria ordem constitucional global e em instrumentos privilegiados de realização do princípio da democracia econômica e social*”⁽¹⁾.

Tal realidade também é compartilhada com ênfase pelas Constituições italiana, alemã, espanhola e portuguesa surgidas no pós-Segunda Guerra Mundial, as quais o Brasil tomou como modelo. E tal ocorre haja vista que, “para além de o trabalho, enquanto actividade em si mesma portadora de valores, se encontrar, no pensamento ocidental, no centro dos conceitos fundamentais de pessoa e de comunidade, a própria tradição constitucional se forja, também, na ideia de que a dignidade do indivíduo assenta ao mesmo tempo no seu trabalho e no seu exercício da cidadania”⁽²⁾.

Daí por que “não espanta que a generalidade das Constituições — em especial, as mais

recentes — contenham, com maior ou menor desenvolvimento, normas acerca do trabalho e, muito em particular, da forma paradigmática de actividade produtiva nas sociedades modernas: o trabalho subordinado”⁽³⁾.

Em suma, a “fome de constitucionalismo que envolveu estes processos constitucionais determinou, [...], a colocação do trabalho e do trabalhador no centro da nova ordem constitucional a que se pretendia dar forma”⁽⁴⁾.

E mais, em face da constitucionalização do direito laboral, a Constituição acaba por gerar, num processo de retroalimentação, um reencontro do direito do trabalho “com as suas origens, enquanto ramo do Direito em que o ‘social’ se impõe como limite do econômico e em que o lugar central é o da pessoa humana, em todas as suas facetas, como indivíduo, cidadão e trabalhador”⁽⁵⁾.

Contudo, devemos advertir que “se o fenómeno de constitucionalização do Direito do Trabalho representa, em larga medida, o reconhecimento da centralidade das questões levantadas pelo trabalho subordinado nas sociedades modernas, quer do ponto de vista do trabalhador/pessoa que trabalha, quer do ponto de vista global da comunidade dos cidadãos, este movimento de constitucionalização não pode ser tomado como um momento de chegada – ou como uma espécie de ‘fim da história’. Deve, antes, ser encarado como um fenómeno que propicia o surgimento de novos problemas e que, por isso mesmo, exige o esforço de reflexão dos juristas”⁽⁶⁾. Daí por que a necessidade de se analisar, em cuidado e relevo, a denominada “Constituição Laboral”.

O trabalho é visto como “instrumento de dignificação social e de realização pessoal”, pois visto como “meio de subsistência” (pagamento de vantagens salariais) e como “modo de

(3) *Ibidem*, p. 36.

(4) *Idem*.

(5) ABRANTES, José João. *Autonomia da vontade e direito do trabalho...*, p. 49.

(6) CARVALHO, António Nunes de, ob. cit., p. 38.

(1) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5 ed. p. 345.

(2) CARVALHO, António Nunes de. *Reflexões sobre a Constituição e o Direito do Trabalho*, p. 36.

afirmação social e de realização individual”⁽⁷⁾ (princípio da valorização social).

A organização do trabalho, de forma a “facultar a realização pessoal, deve ser considerado uma das ‘manifestações salientes da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, atendendo à inserção do prestador de trabalho’ numa comunidade determinada, fora da qual, como diz o art. 29, n. 1 da Declaração Universal (dos Direitos do Homem), não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”⁽⁸⁾.

O direito do trabalho, pois, acaba por colocar à prova a própria concepção do Estado⁽⁹⁾.

Podemos, assim, afirmar que a constituição do trabalho compreende as regras e princípios laborais, que encontram abrigo na Constituição, assim como exprime “as regras relativas às fontes juslaborais e ao seu modo de concatenação; opera, nessa medida, como fonte indireta do tecido laboral, tornando-se, em qualquer caso, imprescindível para o seu entendimento”⁽¹⁰⁾.

A constituição laboral, assim, desempenha uma função reinterpretativa e integradora da legislação infraconstitucional do trabalho. Esta última, pois, passa a ser interpretada conforme a Constituição, não se podendo, por óbvio, querer fazer prevalecer a interpretação que se tinha do direito do trabalho antes do surgimento do texto Constitucional, nem muito menos interpretar a Constituição conforme a lei ordinária.

É preciso dizer ainda que a “constituição laboral”, enquanto fruto de uma decisão política, é, antes de tudo, um projeto, cuja função ou objetivo é modificar e alterar, de forma perene, o *status quo* existente, seja por sua implantação imediata, seja mediante sua natural

progressividade (no sentido de ampliação dos direitos dos trabalhadores, ainda que seja por meio da legislação infraconstitucional). Pode-se, inclusive, afirmar que, no decorrer da história, ocorreu a constitucionalização do trabalho em sentido objetivo (o trabalho em sua dimensão abstrata) e, junto ou logo depois, até porque inseparável do ser humano, a constitucionalização em seu sentido subjetivo (proteção dos que vivem do trabalho; os trabalhadores)⁽¹¹⁾.

Ela é fruto de um compromisso constitucional, isto é, de um ‘acordo’ entre as partes constituintes no sentido de privilegiar, valorizar o trabalho, enquanto elemento essencial à realização da dignidade humana. Daí por que, o respeito e a proteção dos trabalhadores “não pode deixar de prevalecer sobre outros bens, como a rentabilidade da empresa, a racionalidade econômica etc.”⁽¹²⁾. O econômico não pode suplementar o social, até porque o estatuto de proteção dos trabalhadores é parte integrante da moderna democracia social.

Não pode haver produção “sem promoção do mundo do trabalho, sem reconhecimento das suas aspirações e dos seus direitos. Porque não há liberdade de empresa sem a liberdade na empresa”⁽¹³⁾.

Pode-se afirmar, inclusive, que o direito do trabalho é “uma das obras mais importantes do moderno Estado de direito social”⁽¹⁴⁾. E ele não se esgota no contrato de trabalho⁽¹⁵⁾, como se possa pensar. Daí por que, como ensina Peter Häberle, “uma teoria constitucional cientificamente provada e politicamente crível não é possível hoje em dia sem a apontada integração

(7) *Ibidem*, p. 48.

(8) *Ibidem*, p. 49.

(9) PROSPERETTI, Ubaldo. *Il diritto e lo sciopero*. Note su un vecchio problema: l’assicurazione contro gli scioperi, p. 82.

(10) CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de direito do trabalho*, p. 141.

(11) CANTARO, Antonio. *La costituzionalizzazione del lavoro*, p. 52.

(12) ABRANTES, José João. O direito do trabalho e a Constituição. In: *Direito do trabalho*, Ensaios, p. 54.

(13) Primeiro-Ministro francês Michel Rocard, *Le Monde*, 12 de outubro de 1988.

(14) HORN, Hans-Rudolf. *El constitucionalismo alemán en las postrimerías del Siglo XX*, p. 220.

(15) SINZHEIMER, Hugo. *El perfeccionamiento del derecho del trabajo*, p. 49.

do trabalho. Não existe já nenhum conceito de dignidade humana, nem teorias de direitos fundamentais, concebidos em conjunto, assim como, tampouco, nenhuma doutrina de democracia, dos fins estatais e do bem comum, inclusa nenhuma teoria da propriedade, sem o ‘trabalho como problema constitucional’. Tomar a sério, na teoria constitucional, o trabalhador como cidadão e como coproprietário será tanto mais possível na medida em que o direito do trabalho (sobre tudo graças à jurisprudência e à doutrina laboral), apesar da pouca aparência, mas já no fundo, tem elaborado o tema do trabalho como ‘direito constitucional por vir’, em forma adequada a um Estado social e cultural de direito. Deste modo, as Constituições do Estado constitucional asseguram um pedaço de seu próprio futuro, o que ocorrerá também em razão de uma aliança entre a ciência laboralista e a ciência constitucionalista. E somente deste modo pode ser e continuar sendo a Constituição do pluralismo uma medida do ser humano: do ser humano como cidadão e trabalhador”⁽¹⁶⁾.

A constitucionalização do direito do trabalho corresponde, justamente, a uma das primeiras manifestações da intervenção constitucional no âmbito das relações privadas, passando a ser um “problema constitucional”⁽¹⁷⁾. Até porque, o direito do trabalho regula os “fundamentos existenciais para a grande maioria dos que trabalham”⁽¹⁸⁾ e de um extenso campo da atividade humana⁽¹⁹⁾.

(16) HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, p. 258.

(17) Häberle, Peter. *Arbeit als Verfassungsproblem*, p. 345. Como é sabido, a primeira Constituição a se referir ao direito do trabalho foi a Mexicana de 1917, que, em seu art. 123, estabeleceu um sistema de defesa dos direitos dos trabalhadores. Tal dispositivo alcançou tanta importância e sucesso que, ao que se sabia, é o único artigo de lei que se tornou nome de rua (Calle 123) na cidade do México. Sobre a história do seu surgimento, cf. BUEN. Néstor de. *La Constitución y la nueva cuestión social*, p. 15-30.

(18) HUECK, Alfred; NIPPERDEY, Hans Carl. *Compendio de derecho del trabajo*, p. 23.

(19) BOLDT, Gerhard. *Le fonti del diritto del lavoro en*

Num primeiro momento da constitucionalização do direito do trabalho, assistiu-se à consagração dos direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, especialmente aqueles vinculados às liberdades públicas e ao direito coletivo (liberdade sindical, liberdade de profissão, direito de greve, etc.). Ernst-Wolfgang Böckenförde, porém, lembra que o primeiro direito trabalhista reivindicado pelo movimento socialista foi o direito social à tutela, considerado em si como verdadeiro direito humano⁽²⁰⁾. E, de fato, pode-se dizer que o primeiro e principal direito do trabalho é o da tutela estatal, ou seja, o da existência de um corpo de normas especiais que garantam a dignidade da pessoa do trabalhador pelo acesso a bens vitais.

Esse direito fundamental, por sua vez, extrai-se, por exemplo, de qualquer regra constitucional que defina a competência para legislar sobre direito do trabalho. Se a Constituição faz a distinção entre direito do trabalho e direito civil é porque quis que fossem estabelecidas regras distintas. E disciplinar o direito do trabalho é estabelecer regras de tutela do trabalhador, pois se for para não proteger não é preciso fazer essa diferenciação.

No evoluir, no entanto, as Constituições passaram a inserir em seus textos direitos especificamente trabalhistas, de ordem pessoal e de participação política⁽²¹⁾. E já nesta segunda fase, incluem-se no corpo constitucional tanto liberdades, direito de participação, como direitos a prestações do Estado e mesmo por parte diretamente dos particulares e, ainda, direitos emergentes diretamente da relação de empresa, como direitos de natureza coletiva.

Observa-se, ainda, que esses direitos assumem verdadeira natureza instrumental em relação “à ideia de uma plenitude de direitos

Germania, p. 38.

(20) BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *I diritti social fondamentali nella struttura della Costituzione*, p. 189-190.

(21) ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, p. 50-51.

da pessoa humana, em todas as suas facetas, designadamente dentro e fora da empresa”⁽²²⁾, especialmente em relação ao conjunto de direitos coletivos. Isso porque, ao certo, a liberdade sindical, a negociação coletiva e o direito de greve constituem, na realidade, o conjunto de direitos necessários para implantação das outras liberdades dos trabalhadores: “só esses direitos coletivos podem compensar a fraqueza relativa dos trabalhadores relativamente à empresa, bem como apenas a combinação entre autonomia coletiva e intervenção legislativa é capaz de impor travões a eventuais abusos dos poderes patronais”⁽²³⁾.

A feição protecionista, por sua vez, se justifica em face da situação de inferioridade substancial dos trabalhadores, que os coloca em condições deficientes em relação “à plena expansão da personalidade humana e à participação social”⁽²⁴⁾.

Não se pode perder de vista que a relação de emprego é e sempre foi uma relação de poder-sujeição, na qual a liberdade de um fica sujeita ao maior poder econômico e social do outro⁽²⁵⁾.

No entanto, se antes não havia preocupação com os direitos da personalidade na relação de emprego, evoluiu-se para se inserir a cidadania na empresa. A personalidade do trabalhador, em verdade, foi durante muito tempo “um tema inexistente para a Ciência do Direito”⁽²⁶⁾.

E um dos grandes objetivos do Estado Social é, justamente, o da “integração do mundo do trabalho e das suas organizações representativas na cidadania e no ‘sistema’, de modo a que a intervenção política a esse título afaste da desconfiança e do temor conspirativo com

que outrora o Estado liberal encarou esse mesmo mundo”⁽²⁷⁾. Tudo isso com o objetivo de “transformar a sociedade, reduzindo progressivamente a desigualdade econômico-social entre os seus membros”⁽²⁸⁾.

3. O trabalho como instrumento de implantação do Estado Social

Sabe-se que cabe às Constituições o papel político de definir as básicas e as maiores opções de cada Estado.

Exemplificando, mais uma vez, com a realidade brasileira, a Constituição de 1988 se apresentou como produto das forças políticas que a formularam, sendo ela portadora de um projeto que consagrou a ruptura com ordem anterior. Neste caminho, a Constituição de 1988, como instrumento transformador, buscou romper com o nosso passado autoritário e com a ordem econômica liberal. E essa ruptura fica bem clara nos arts. 1º e 3º da CF.

Essa mesma ruptura com o passado autoritário, aliás, constata-se nos precedentes das Constituições italiana, alemã, espanhola e portuguesa. Todas elas têm em comum essa “fonte material”.

No Brasil, a ruptura com o passado autoritário se concretizou com a fundação do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), fundado na cidadania e no pluralismo político (incisos II e V do art. 1º), tendo como um dos objetivos fundamentais a criação de uma sociedade livre e promotora do bem de todos sem qualquer distinção (incisos I e IV do art. 3º da CF).

Para concretizar o projeto de Estado Democrático de Direito, o constituinte, então, destacou os seus valores fundamentais: a liberdade e a igualdade, elevando-os ao grau mais alto de proteção, como instrumentos de concretização da democracia representativa.

(22) *Ibidem*, p. 53.

(23) *Idem*.

(24) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Il lavoro nella Costituzione italiana*, p. 61.

(25) ABRANTES, José João. *Autonomia da vontade e direito do trabalho...*, p. 63.

(26) DÄUBLER, Wolfgang, *apud* ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, p. 61, nota de rodapé 89.

(27) XAVIER, Bernardo. *A Constituição Portuguesa como fonte do direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores*, p. 190.

(28) COSTA, Pietro. *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, p. 32.

Porém, ao lado do Estado Democrático de Direito, o constituinte, rompendo com nosso passado mais liberal do que social, adotou, sem margem de dúvida, o Estado Social. Daí por que a República brasileira estar fundada na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (incisos II e IV do art. 1º). E por conta da criação desse Estado Social é que a nossa República tem como objetivos fundamentais à construção de uma sociedade, além de livre, justa e solidária, que busca o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem discriminação (incisos I a IV do art. 3º da CF).

Não sem razão, conforme preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, foi dito que esta era fruto da vontade dos “representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Contudo, no campo social, para superação do *status quo* anterior e concretização do verdadeiro Estado Social, em sua fórmula substancial, o constituinte escolheu o trabalho como instrumento de transformação, elevando-o a valor relevante na nova ordem social. Isso porque, para se alcançar uma nova homogeneidade social, o trabalho é o instrumento de mobilidade social, pois por meio dele se promove uma maior e equitativa distribuição dos bens e rendas entre as diversas classes⁽²⁹⁾. E é a força laboral do indivíduo, enquanto um dos seus bens mais preciosos, mas também de toda a sociedade, que depende do

(29) BUELGA, Gonzalo Maestro. *La constitución del trabajo en el Estado Social*, p. 53.

esforço de cada um para o desenvolvimento de todos, que se faz óbvia a conexão entre Estado constitucional e social⁽³⁰⁾.

Partiu, pois, o constituinte do pressuposto de que a nossa sociedade está dividida em classes e que, apesar de impossível de serem unificadas numa sociedade capitalista, cabe ao direito, numa democracia assente no pluralismo político, atuar para tornar menor a disparidade econômico-social entre os seus membros. Daí por que, no Brasil, ao lado de impor à satisfação da função social à propriedade e à liberdade econômica (valor social da livre-iniciativa, inciso IV do art. 1º da Constituição), o constituinte, avançando, destacou, em vários dispositivos da Constituição brasileira, o trabalho como instrumento de homogeneidade social, inclusive assegurando, em contraponto ao poder empresarial, o direito de greve e da negociação coletiva. Tudo isso para, observada a tensão dialética e por meio de regras democráticas, alcançar a democracia econômica e social⁽³¹⁾.

Tal premissa, aliás, está no seio da própria criação do Estado Social. Realmente, não se pode perder de vista que “o Direito do Trabalho foi parte fundamental na definição desta tarefa e também na motivação daquela transformação do Estado Liberal para o Estado Social”⁽³²⁾. “A constitucionalização do direito do trabalho foi, precisamente, uma das primeiras manifestações da intervenção constitucional no âmbito privado”⁽³³⁾, até porque o trabalho é “uma categoria fundamental da prática existencial do homem socializado”⁽³⁴⁾. E o direito do trabalho se desenvolve, justamente,

(30) BOLDT, Gerhard, ob. cit., p. 41.

(31) MOURA, José Barros. *A Constituição portuguesa e os trabalhadores – da revolução à integração na CEE*, p. 814.

(32) GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Código do Trabalho e a Constituição Portuguesa*, p. 22.

(33) ABRANTES, José João. *Autonomia da vontade e direito do trabalho...*, p. 48, nota de rodapé 14.

(34) BADURA, Peter. *Grundfreiheiten der arbeit*. Zur Frage einer Kodifikation sozialer Grundrechte, p. 12.

como “direito social antagonista em contraposição ao ordenamento existente da propriedade, ou, mais precisamente, em contraposição à direção do trabalho por parte do proprietário privado e em contraposição à autonomia negocial privada”⁽³⁵⁾.

Como lembrado por Antonio Baldassarre, “não é casual, portanto, que este direito é reconhecido universalmente como o ‘centro e arquétipo’ dos direitos sociais ou como ‘princípio diretivo do Estado Social’, mais, ao mesmo tempo, se considere também como o mais controvertido e ruidoso dos direitos sociais”⁽³⁶⁾, ainda que não tenha sido o único que inspirou a nova ordem constitucional-social⁽³⁷⁾. Contudo, o direito do trabalho constitui o eixo central no qual se articulou todo projeto de criação do Estado Social, constituindo-se em seu verdadeiro “coração”⁽³⁸⁾, até porque ele “só não tem por objeto facilitar meios de vida da pessoa, senão que se dirige a tutelar a exigência da liberdade e dignidade humana”⁽³⁹⁾.

Pode-se afirmar que é no trabalho que a sociedade encontra seu fundamento social. É o valor basilar da vida coletiva. E afirmar que a sociedade está fundada no trabalho (tal como ressaltado na Constituição italiana de 1947) significa que cabe ao Estado perseguir uma política de defesa social e de eliminar a desigualdade e os privilégios econômicos pela promoção e pela tutela da atividade laboral. Isso sem olvidar que o trabalho se revela também como instrumento de afirmação individual e do livre desenvolvimento da personalidade do homem, assim como de meio para se alcançar o progresso material e social.

Neste mesmo sentido, leciona Celso Albuquerque de Melo que “para a maioria da humanidade o direito social fundamental é o

direito ao trabalho, vez que é através dele que se vai obter a seguridade social e, com isto, quase sempre, o direito à saúde. É através da ação, isto é, do trabalho que o ser humano se realiza. É o que lhe garante uma remuneração justa. Considero o direito ao trabalho o mais importante, ou o direito básico dos direitos sociais”⁽⁴⁰⁾.

Não se pode perder de vista, ainda, que muitos outros fatores que influenciam no nível social de vida da pessoa (educação, lazer, saúde, moradia etc.) dependem essencialmente do trabalho⁽⁴¹⁾.

Aliás, pode-se afirmar que a luta pelos direitos trabalhistas sempre tem estado à frente para o reconhecimento do Estado Social, desde o movimento obreiro surgido na Revolução de 1848 na Alemanha⁽⁴²⁾. O certo, pois, é que o direito do trabalho foi parte fundamental nesta tarefa “e também na motivação daquela transição do Estado Liberal para o Estado Social”⁽⁴³⁾. Em suma, “o direito do trabalho é o primeiro direito que se rebela contra o livre jogo das relações de poder e seu azaroso resultado”⁽⁴⁴⁾, rechaçando a livre ação individual com a intenção de submetê-la a uma “razoável ordem social”⁽⁴⁵⁾.

Não é à toa a que se chega a defender que as duas grandes guerras mundiais foram, na

(35) RAMM, Thilo. *Problemi della costituzione del lavoro*, p. 173.

(36) *Los derechos sociales*, p. 98.

(37) PÉREZ, José Luis Monero. *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, p. 193.

(38) BUELGA, Gonzalo Maestro, ob. cit., p. 10.

(39) *Ibidem*, p. 54.

(40) MELO, Celso Albuquerque. A proteção dos direitos humanos nas Nações Unidas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 228 (p. 215-232).

(41) CARDONA, José María Nin de. *Sobre los derechos humanos* (El derecho al trabajo y su problemática), p. 139.

(42) LANDWERLIN, Gerardo Meil. *El Estado Social de Derecho: Firsthoff y Abendroth*, dos interpretaciones teoricas para dos posiciones políticas, p. 219. No mesmo sentido, cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 54-55.

(43) GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Código do Trabalho e a Constituição Portuguesa*, p. 22.

(44) SINZHEIMER, Hugo. *La crisis del derecho del trabajo*, p. 96.

(45) *Ibidem*, p. 96.

realidade, apenas uma guerra civil europeia disputada entre os Estados fascistas (autoritários), fundados na supremacia do capital, e os Estados sociais. “Uma guerra em torno da ordem social e em suas relações com a ordem política.”⁽⁴⁶⁾

Para tanto, porém, foi necessário elevar as instituições e os direitos dos trabalhadores à categoria de direitos fundamentais de modo a “lograr o equilíbrio das partes opostas”⁽⁴⁷⁾.

Contudo, o Estado Social, ao mesmo tempo em que foi influenciado pelo direito do trabalho, que o qualifica e lhe fortalece⁽⁴⁸⁾, passa a cumprir a função de inserir os trabalhadores no quadro político-institucional do novo sistema constitucional estabelecido⁽⁴⁹⁾. Entretanto, o faz, não só como quem quer proteger os trabalhadores enquanto tais, mas, também, em benefício dos trabalhadores enquanto cidadãos que são indivíduos portadores de direitos fundamentais. Todavia, não só o homem em sua essência enquanto ser igual a outro, todos dotados dos mesmos direitos, mas, sim, o homem em sua realidade; não apenas em sua dignidade abstrata, mas em sua “existência real concreta”⁽⁵⁰⁾, a exigir a intervenção estatal para realização efetiva da personalidade do trabalhador.

Há, pois, uma “conexão ideológica entre o conceito de Estado de Direito democrático e social com as demandas próprias do movimento obreiro”⁽⁵¹⁾. O trabalho, desse modo, sem dúvida, exerce papel destacado na formação e implantação do Estado Social. É uma “peça

chave do sistema político do Estado social”⁽⁵²⁾, até porque o direito do trabalho é direito social, por excelência⁽⁵³⁾.

Assim, os direitos dos trabalhadores, “mais do que representarem a tutela de um estatuto, ... são concebidos como instrumentos ao serviço da luta por uma nova sociedade, onde plenamente se realizem os direitos do homem, no quadro de uma democracia econômica, social e cultural”⁽⁵⁴⁾.

Essa assertiva, por sua vez, é facilmente comprovada à luz da Constituição brasileira quando se constata que a sua República também tem fundamento no valor social do trabalho (inciso IV do art. 1º da CF) e assegura o direito social ao trabalho (art. 6º).

É certo, porém, que a conclusão acima poderia ser desmentida com a lembrança, por exemplo, que o valor social da livre-iniciativa também fundamenta a República brasileira (inciso IV do art. 1º da CF). Nossa assertiva se reforça, no entanto, quando verificamos que a sua Ordem Econômica está fundada na valorização do trabalho humano (art. 170 da CF) — como também na livre-iniciativa, é bem verdade —, e que a Ordem Social “tem como base o primado do trabalho” (art. 193 da CF).

Tais dispositivos consagram, sem dúvida, o trabalho como o instrumento transformador do Estado Liberal para o Social, pois, ela não só atua como um dos fundamentos da República brasileira, como condiciona a sua Ordem Econômica (que também se pauta na valorização do trabalho humano) e constitui a base da Ordem Social.

Aqui, ainda, cabe lembrar que, historicamente, na primeira fase do constitucionalismo

(46) BIN, Roberto. *Lavoro e Costituzione: la radici comuni di una crisi*, p. 280.

(47) SINZHEIMER, Hugo. *La crisis del derecho del trabajo*, p. 96.

(48) APOSTOLI, Adriana. *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, p. 59.

(49) PÉREZ, José Luis Monereo. *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, p. 144.

(50) SINZHEIMER, Hugo. *El problema del hombre en el derecho*, p. 112.

(51) MORENO, Beatriz González. *El Estado Social. Natureza jurídica y estructura de los derechos sociales*, p. 39.

(52) PÉREZ, José Luis Monereo. *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, p. 1.117.

(53) SINZHEIMER, Hugo. *La crisis del derecho del trabajo*, p. 95.

(54) ABRANTES, José João. *Do direito civil ao direito do trabalho...*, p. 36. Cf., ainda, SINZHEIMER, Hugo. *La crisis del derecho del trabajo*, p. 96-97, quanto ao alcance da democracia econômica.

social, na busca pela atuação dos direitos fundamentais no âmbito trabalhista, apenas se tinha preocupação, de um modo geral, com os direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, especialmente seus direitos coletivos (liberdade sindical, negociação coletiva, direito de greve, etc). Com o passar do tempo, no entanto, verificou-se a necessidade de se consagrar e, dar maior atenção “à chamada cidadania na empresa, isto é, ao valor que a condição do trabalhador traz à estrutura clássica do contrato de trabalho, com reconhecimento da relevância dos direitos fundamentais não especificamente laborais, isto é, dos direitos do cidadão, que os exercita, enquanto trabalhador, na empresa”⁽⁵⁵⁾.

Observa-se, ainda, nesse projeto de criação do Estado Democrático e Social de Direito, que a Constituição brasileira procurou dar destaque aos seus valores básicos logo no seu Título II. Assim é que, para implantação do Estado Democrático, dispôs sobre suas garantias nos arts. 5º e 12 a 17. Já para a implantação do Estado Social, regulou as garantias do trabalho, preponderantemente, nos arts 7º a 11.

E mais, é preciso lembrar que, ao mencionar expressamente os direitos dos trabalhadores, em capítulo próprio, a Constituição brasileira, assim como seu modelo português, rejeitou “inequivocamente a concepção tradicional dos direitos fundamentais como direitos do homem e dos cidadãos genéricos e abstratos, antes erigindo os direitos dos trabalhadores a direitos como o mesmo título e a mesma dignidade”⁽⁵⁶⁾.

Neste aspecto, não se pode olvidar que, para o trabalhador do século XIX e da primeira metade do século XX, esse problema não fazia qualquer sentido, já que estava mais preocupado em combater as longas jornadas de trabalho, as precárias condições de vida e de

trabalho, do que em fazer valer sua cidadania no âmbito da empresa. Pode-se, inclusive, afirmar que os direitos fundamentais da cidadania no âmbito da empresa constituem numa “segunda geração” dos direitos fundamentais *específicos* dos trabalhadores⁽⁵⁷⁾. Isso porque ocorre a “deslocação do respectivo centro de gravidade da pessoa do trabalhador e do espaço circunscrito da empresa para as questões da cidadania, e colocada esta ao nível do conjunto da sociedade”⁽⁵⁸⁾.

Chegou-se à conclusão, após a primeira etapa de afirmação do direito dos trabalhadores, de que o trabalho não pode se “separar da personalidade do trabalhador”⁽⁵⁹⁾, pois o que o empregado coloca à disposição da empresa não é algo separado de seu corpo, mas é seu próprio corpo.

Diga-se, porém, que “não se trata agora, sequer, do problema da garantia da cidadania na empresa, mas antes, sobretudo e acima de tudo, ‘é a cidadania *tout court*, isto é a própria possibilidade do exercício dos direitos e liberdades que são apanágio constitucional do cidadão, que se oferece aí como objecto central de tutela’, na feliz expressão de Monteiro Fernandes, que sintetiza esta ideia fundamental afirmando ainda que ‘a efectiva protecção da dignidade e da liberdade pessoal [...]’ tem a prioridade sobre os projectos de reestruturação das relações de trabalho baseados na participação, na coordenação e no diálogo social interno, que se tornaram conhecidos sob o lema ‘cidadania na empresa’⁽⁶⁰⁾.

“É que a concepção do trabalhador como um cidadão de pleno direito, integrado numa sociedade democrática que tem como

(55) ABRANTES, José João. *O Código do Trabalho e a Constituição, Questões Laborais*, p. 135.

(56) ABRANTES, José João. *O direito do trabalho e a Constituição*. In: *Direito do trabalho, Ensaios*, p. 42.

(57) Sobre esse deslocamento do foco de atenção do direito do trabalho, cf. PEREIRA, António Garcia. *A grande e urgente tarefa da dogmática juslaboral: a constitucionalização das relações laborais*, p. 275-293.

(58) PEREIRA, António Garcia, ob. cit., p. 277.

(59) SINZHEIMER, Hugo. *El hombre en el derecho del trabajo*, p. 81.

(60) PEREIRA, António Garcia, ob. cit., p. 277.

princípio estruturante fundamental o respeito pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos dos cidadãos, haverá em nosso entender de forçosamente conduzir à consideração da completa e imediata inadmissibilidade de práticas e até de normas de fontes inferiores (como por exemplo regulamentos internos das empresas) que atentem contra essa plena cidadania do trabalhador.”⁽⁶¹⁾

Não se perca de vista, ainda, que o contrato de trabalho é, como nenhum outro no arcabouço jurídico constitucional, condicionado “por valores assentes na ideia de dignidade humana”⁽⁶²⁾. E o “trabalhador, num Estado de direito democrático, é uma pessoa humana e um cidadão como qualquer outro membro da sociedade e não perde qualquer dessas condições por franquear a porta da empresa”⁽⁶³⁾.

As modernas constituições, pois, estabelecem “uma ordem de valores, que tem o seu cerne nessa dignidade da pessoa humana, garantida pelos direitos fundamentais, e que, como tal, tem de valer como estatuição fundamental para todos os ramos de direito, designadamente para o Direito do Trabalho”⁽⁶⁴⁾. E tal ocorre por ser da essência do contrato de trabalho, por ser este radicalmente diferente dos demais, haja vista que nele o contratante não entrega um objeto patrimonial, mas a si mesmo. A prestação “trabalho” é o homem em si mesmo, em seu corpo e espírito⁽⁶⁵⁾.

Em suma, como ensina Peter Häberle, “não existe nenhum conceito de dignidade humana, nem teorias dos direitos humanos fundamentais, conjuntamente considerados, tal como não existe nenhuma doutrina da democracia, dos fins do Estado e do bem comum, incluindo

as teorias da propriedade, sem considerar o trabalho como um problema constitucional”⁽⁶⁶⁾.

Da mesma forma, lembra J. J. Gomes Canotilho, que “as Constituições do Estado Constitucional assegurariam um pedaço do seu próprio futuro considerando o trabalho como elemento de suporte e promovendo uma aliança entre a ciência laborista e a ciência constitucionalista. Só desta forma a Constituição poderá ser e continuar a ser a constituição do pluralismo e uma medida do ser humano: do ser humano como cidadão e trabalhador”⁽⁶⁷⁾.

A laborização dos direitos fundamentais, pois, contribui para a mudança do modelo de Estado⁽⁶⁸⁾. Isso porque o trabalho constitui um pilar básico e configurador de todo ordenamento jurídico constitucional nos Estados Sociais, de modo a inspirar toda nossa organização jurídica e política, obrigando o Poder Público a garantir sua proteção e aplicação de suas regras protetivas em todos os âmbitos, em especial nas relações de trabalho, sem prejuízo de sua eficácia — enquanto princípio ordenador — nas demais espécies de relações, obrigações e prestações (ex.: educação para a formação profissional)⁽⁶⁹⁾.

Todavia, neste jogo de valores, há uma retroalimentação. Isso porque não só a Constituição se alimenta do valor do trabalho, como a partir da Constituição o direito do trabalho incorpora em seu conteúdo outros valores, princípios e direitos constitucionais, alguns de caráter fundamental, que ordenam suas instituições, organizando e reorganizando-o

(61) *Ibidem*, p. 278.

(62) ABRANTES, José João. *O Código do Trabalho e a Constituição, Questões Laborais*, p. 136.

(63) PEREIRA, António Garcia, ob. cit., p. 283.

(64) ABRANTES, José João. *O Código do Trabalho e a Constituição, Questões Laborais*, p. 136.

(65) BENGOCHEA, Juan Antonio Sagardoy y. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, p. 26.

(66) In: *Arbeit als Verfassungsproblem*, p. 345.

(67) Apud MATOS, Antonio. *Constituição e direitos sociais. Situação em Portugal e na Europa*, p. 15.

(68) BENGOCHEA, Juan Antonio Sagardoy y, ob. cit., p. 22.

(69) Entendendo que no Estado pós-moderno o trabalho não é mais reconhecido como elemento fundante da sociedade, pois a produção normativa estaria “a um nível de total abstração” dos valores que condicionam a ordem social capitalista, cf. NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *O trabalho de Dionísio*. Para a crítica ao Estado pós-moderno, p. 59-60.

como sistema jurídico, dando-lhe coerência e unidade sistemática, além de criar uma base sólida à sua função tutelar do trabalhador. E, por isso mesmo, impõe uma nova leitura sobre os direitos trabalhistas previamente agasalhados pela legislação, de modo a guardar pertinência com os valores e preceitos da nova ordem constitucional⁽⁷⁰⁾.

E não é só. A partir do fenômeno da laborização constitucional, podemos, inclusive, concluir que o “direito do trabalho não é tanto ou não é somente uma disciplina que reserva para si uma zona determinada do ordenamento jurídico; é, ademais, uma forma de contemplar o ordenamento todo, em toda sua complexidade e em todas suas vertentes, desde o trabalho humano como observatório privilegiado”⁽⁷¹⁾. Isso porque o trabalho está no cerne da dignidade humana.

Ora, é sabido que todos trabalham (temos direito ao trabalho e, em certa medida, temos o dever de trabalhar em prol da sociedade em que vivemos, cumprindo nossa função social). E é certo que o “trabalho é uma energia essencial. Quem presta trabalho não dá nenhum objeto patrimonial, mas se dá a si mesmo. O trabalho é o homem mesmo em situação de atuar. O trabalho é fonte de patrimônio, mas não gasto patrimonial”⁽⁷²⁾. E, como o homem tem dignidade, “lograr tal dignidade é uma missão especial do direito do trabalho. Sua função consiste em evitar que o homem seja tratado igual que as coisas”. Pelo direito do trabalho se “quer assegurar a capacidade de existência, ainda que não se possua nenhuma propriedade”⁽⁷³⁾.

(70) Sobre a desconstitucionalização do direito do trabalho, seja mediante flexibilização ou outros instrumentos, cf. PROSPERO, Michele. *Il costituzionalismo e il lavoro*, p. 146-156.

(71) OLEA, Manuel Alonso. *Las fuentes del derecho en especial del derecho del trabajo según la Constitución*, p. 29.

(72) SINZHEIMER, Hugo. *La esencia del derecho del trabajo*, p. 73.

(73) SINZHEIMER, Hugo. *Der Wandel im Weltbild des Juristen*, p. 43.

Tudo isso porque o direito do trabalho se relaciona com a coletividade. E como o direito do trabalho regula a força laboral do povo, essa questão não interessa, tão somente, os empresários e os próprios trabalhadores. “A força laboral da grande massa do povo é força popular. O que ocorre a tal força é algo que deve preocupar o todo o povo e ao Estado, que não é outra coisa que a organização do povo.”⁽⁷⁴⁾

Dessa forma, em última instância, o direito do trabalho assume a função de assegurar o respeito à dignidade do trabalhador, pois sem isso não se pode falar em verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito, ou seja, sem a consagração do princípio *pro dignitate laboratoris*⁽⁷⁵⁾.

4. Conclusões

A partir das premissas acima, em apertada síntese podemos concluir:

a) as modernas Constituições dos Estados Democráticos, especialmente naquelas surgidas após a Segunda Guerra Mundial, erigiram o trabalho (a valorização social do trabalho) como elemento constitutivo “da própria ordem constitucional global e em instrumentos privilegiado de realização do princípio da democracia econômica e social”⁽⁷⁶⁾.

b) o direito do trabalho, ao se inserir nos textos constitucionais, qualificou os Estados modernos como Estados Sociais;

c) a proteção jurídica do trabalho, tal como incluído nas modernas Constituições, revela-se como verdadeiro instrumento de transformação do Estado Liberal em Estado Social;

(74) INZHEIMER, Hugo. *La esencia del derecho del trabajo*, p. 70.

(75) BENGOCHEA, Juan Antonio Sagardoy y, ob. cit., p. 26.

(76) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5. ed., p. 345.

d) a proteção dada aos trabalhadores, tanto no plano individual como coletivo, atua como arma para eficácia das normas constitucionais promotoras da implantação do Estado Social;

e) ao lado dos direitos especificamente trabalhistas, eventualmente consagrados nas Constituições Modernas, o legislador e os intérpretes constitucionais passaram a se preocupar com a inserção da cidadania no âmbito da empresa;

f) não se pode falar em verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito sem a consagração do princípio *pro dignitate laboratoris*.

5. Referências bibliográficas

ABRANTES, José João. O direito do trabalho e a Constituição. In: *Direito do trabalho*. Ensaios. Lisboa: Cosmos, 1995. p. 39-68.

_____. Do direito civil ao direito do trabalho. Do liberalismo aos nossos dias. In: *Direito do trabalho*. Ensaios. Lisboa: Cosmos, 1995. p. 17-38.

_____. O Código do Trabalho e a Constituição. In: *Questões Laborais*. Coimbra: Coimbra Editora, ano X, n. 22, p. 123-154, 2003.

_____. Autonomia da vontade e direito do trabalho (breves considerações em relação com as novas regras sobre mobilidade dos trabalhadores introduzidas pelo Código do Trabalho). In: *Boletim da Associação Sindical dos Juizes Portugueses – IV série*, n. 3, p. 43-62, abr. 2004 e *Estudos sobre Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 119-143.

_____. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALONSO OLEA, Manuel. *Las fuentes del derecho en especial del derecho del trabajo según la Constitución*. 2 ed. Madrid: Civitas, 1990.

APOSTOLI, Adriana. *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*. Milão: Giuffrè, 2005.

BADURA, Peter. Grundfreiheiten der arbeit. Zur Frage einer Kodifikation "sozialer Grundrechte". In: BLUMENWITZ, Dieter; RANDELZHOFFER, Albrecht. *Festschrift für Friedrich Berber zum 75 Geburtstag*. Munique: C. H. Beck, 1973. p. 11-45.

BALDASSARRE, Antonio. *Los derechos sociales*. Trad. Santiago Perea Latorre. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

BIN, Roberto. Lavoro e Costituzione: la radici comuni di una crisi. In: BALANDI, Gian Guido. CAZZETTA, Giovanni. *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*. Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ott. 2008. Milão: Giuffrè, 2009. p. 279-291.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. I diritti social fondamentali nella struttura della costituzione. In: *Stato, costituzione, democrazia*. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale. Milão: Giuffrè, 2006.

BOLDT, Gerhard. Le fonti del diritto del lavoro in Germania. In: BOLDT, G. et al. (Coords.). *Le fonti del diritto del lavoro*. Milão: Giuffrè, 1962. p. 33-67.

BUEN, Néstor de. La Constitución y la nueva cuestión social. In: *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, Universidad Autónoma de Mexico, n. 1, p. 15-30, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANTARO, Antonio. La costituzionalizzazione del lavoro. Il secolo lungo. In: CASADIO, Giuseppe (Org.). *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana*. Roma: Hiedese, 2006. p. 49-80.

CARVALHO, António Nunes de. Reflexões sobre a Constituição e o Direito do Trabalho. In: *Prontuário de Direito do Trabalho*. Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, n. 57, p. 35-64, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1991.

COSTA, Pietro. Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. In: BALANDI, Gian Guido; CAZZETTA, Giovanni. *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*. Materiali dall'incontro di studio Ferrara, Milão, Giuffrè, p. 21-83, 24 out. 2008.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. *El Estado Social*. Naturaza jurídica y estructura de los derechos sociales. Madrid: Civitas, 2002.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Código do Trabalho e a Constituição portuguesa*. Lisboa: O Espírito das Leis, 2003.

- HÄBERLE, Peter. Arbeit als Verfassungsproblem. In: *JZ (JuristenZeitung)*, 39 (1984), H. 8, p. 345-355.
- _____. *El estado constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Autónoma de México, 2001, reimpressão 2003.
- HORN, Hans-Rudolf. El constitucionalismo alemán en las postrimerías del Siglo XX. In: *AAVV. El constitucionalismo alemán en las postrimerías del Siglo XX*. t. III. Constitucionalismo. Colaboraciones extranjeras. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988. p. 215-264.
- HUECK, Alfred; NIPPERDEY, Hans Carl. *Compendio de derecho del trabajo*. Trad. Miguel Rodríguez Piñeiro e Luis Enrique de la Villa. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- LANDWERLIN, Gerardo Meil. El Estado Social de derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas. In: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n. 42, p. 211-225, 1984.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo. *La constitución del trabajo en el Estado Social*. Granada: Comares, 2002.
- MATOS, Antonio. Constituição e direitos sociais. Situação em Portugal e na Europa. In: MADEIRA, Auta et al. (Coords.). *Temas laborais Luso-brasileiros*. São Paulo: LTr, 2006. p. 15-31.
- MELO, Celso Albuquerque. A proteção dos direitos humanos nas Nações Unidas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 215-232.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*. Madrid: Trotta, 1999.
- _____. *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Madrid: CES, 1996.
- MOURA, José Barros. A Constituição portuguesa e os trabalhadores — da revolução à integração na CEE. In: COELHO, Mário Baptista (Coord.). *Portugal. O sistema político e constitucional 1974-1987*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais/Universidade de Lisboa, 1989. p. 813-860.
- NEGRI, Antonio; HARTD, Michael. *O trabalho de Dionísio*. Para a crítica ao Estado pós-moderno. Juiz de Fora: UFJF/Pazulin, 2004.
- NIN DE CARDONA, José María. Sobre los derechos humanos (El derecho al trabajo y su problemática). In: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, CES, n. 176, p. 139-145, mar./jun. 1971.
- PEREIRA, António Garcia. A grande e urgente tarefa da dogmática juslaboral: a constitucionalização das relações laborais. In: MOREIRA, António (Coord.). *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 275-293.
- PROSPERETTI, Ubaldo. Il diritto e lo sciopero. Note su un vecchio problema: l'assicurazione contro gli scioperi. In: *Problemi di diritto del lavoro*. vol. II. Milão: Giuffrè, 1970. p. 79-114.
- PROSPERO, Michele. Il costituzionalismo e il lavoro. In: *Democrazia e diritto*, n. 2, Milão, FrancoAngeli, p. 134-174, 2008.
- RAMM, Thilo. Problemi della costituzione del lavoro. In: RAMM, Thilo. *Per una storia della costituzione del lavoro tedesca*. Trad. G. Antonio Capobianco, Lorenzo Gaeta, Roberto Romei e Gaetano Vardaro. Milão: Giuffrè, 1989. p. 151-183.
- SAGARDOY Y BENGOCHEA, Juan Antonio. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Cizur Menor (Navarra): Thomson/Civitas, 2005.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. Il lavoro nella Costituzione italiana. In: SCOGNAMIGLIO, Renato (Coord.). *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*. Milão: Franco Angeli, 1978. p. 13-155.
- SINZHEIMER, Hugo. *Crisis económica y derecho del trabajo*. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo. Trad. Felipe Vasquez Mateo. Madrid: MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1984.
- _____. La esencia del derecho del trabajo. In: *Crisis económica y derecho del trabajo*. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo. Trad. Felipe Vasquez Mateo. Madrid: MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1984. p. 67-77.
- _____. El perfeccionamiento del derecho del trabajo. In: *Crisis económica y derecho del trabajo*. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo. Trad. Felipe Vasquez Mateo. Madrid: MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1984. p. 45-66.
- _____. El hombre en el derecho del trabajo. In: *Crisis económica y derecho del trabajo*. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual

del derecho del trabajo. Trad. Felipe Vasquez Mateo. Madrid: MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1984. p. 79-85.

_____. La crisis del derecho del trabajo. In: *Crisis económica y derecho del trabajo*. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo. Trad. Felipe Vasquez Mateo. Madrid: MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1984. p. 87-99.

_____. El problema del hombre en el derecho. In: *Crisis económica y derecho del trabajo*. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo. Trad. Felipe Vasquez Mateo.

Madrid: MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1984. p. 101-127.

_____. KAHN-FREUND Otto; RAMM Thilo (Orgs.). *Hugo Sinzheimer*. Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden. vol. 1, Frankfurt/Colônia: Verlagsanstalt Europäische, 1976. p. 42-49.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. A Constituição Portuguesa como fonte do direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores. In: FERNANDES, António Monteiro (Coord.). *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 163-203.

“O Adicional de Insalubridade e a Súmula Vinculante n. 4/STF.” Interpretação e integração do ordenamento jurídico. Incompatibilidades e incoerências jurídicas.

Marcel Lopes Machado^(*)

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Completude do ordenamento jurídico e o direito judiciário
- ▶ 3. O adicional de insalubridade. Direito do Trabalho. Direito judiciário
- ▶ 4. Contradição da Súmula Vinculante n. 4 e da Decisão do MI n. 708-DF/STF. Analogia
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 4, publicada no DJE em 9.5.2008, relativa à fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade, e, sobretudo, sobre a *vedação* de substituição do critério base por *decisão judicial*, tanto aos servidores públicos, quanto aos empregados celetistas.

Súmula Vinculante 4. Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público

ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Houve, pelo Supremo Tribunal Federal, a declaração de inconstitucionalidade de vinculação do adicional ao salário mínimo, sem, todavia, se pronunciar a nulidade da norma infraconstitucional (*UNVEREINBARKEITSERKLÄRUNG*), no caso do Direito do Trabalho, o art. 192/CLT.

Pretende-se, por este estudo, uma análise e reflexão das premissas da Súmula com as demais normas, métodos de interpretação e integração do ordenamento jurídico, notadamente, para o Direito do Trabalho, como ciência das relações jurídicas privadas, e sua distinção e *equilíbrio* com as relações jurídicas de direito público que se subsumem os servidores públicos.

(*) Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região. Auxiliar da 1ª Vara do Trabalho de Uberlândia – MG. Pós-Graduado em Direito Material e Processual do Trabalho/UFU. Pós-Graduado em Filosofia do Direito e Direito Público pela Faculdade Católica de Uberlândia-Dominis. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Material e Processual do Trabalho/UFU.

Ora, se a função do direito é o *equilíbrio*, a razão de ser do direito também é o *equilíbrio*, porque é isso que o direito melhor sabe proporcionar. Por conseguinte, a figura do juiz se agiganta, como a de quem devolve a *serenidade* e a *proporção* perdida das prestações obrigacionais, atividade fundamental à essência do exercício de qualquer direito. (...).

O injusto não é de ser atingido pela interpretação jurídica. A hermenêutica do direito *não pode* conduzir à injustiça, não pode ser causa de desorientação, de perda de valores fundamentais para a sobrevivência do homem, da perda do estado de igualdade. Não há método jurídico que se preze, que possa conduzir o intérprete à injustiça. E para que se não corra este risco, é necessário obrigar o intérprete a enfrentar o contexto, conhecer o pretexto e dizer o texto, antes de tudo, jungido ao *compromisso* de não fugir do roteiro *ético* que o valor científico de pensar o direito lhe impõe. E esse trabalho é muito mais difícil do que identificar o sentido da norma, porque, na verdade, ele é *o de busca* de solução *ética* e não se contenta com o simples dizer o direito, mas consiste em *expurgar o que é injusto* da solução dada. (...).

O problema é que a realidade demonstra que nem sempre nas relações privadas há igualdade entre os sujeitos e que, quando ela falta, os critérios de justiça hão de ser outros: *ou justiça distributiva, ou justiça social*; mas não comutativa. Todavia os técnicos de direito privado insistem em invocar a igualdade das partes, o princípio do *pacta sunt servanda*, para exigir a necessária fidelidade ao vínculo criado pelos sujeitos, quando é tão evidente a incorrência de hipótese verdadeira de *vinculação livre e igualitária* de vontades. E é essa lealdade intelectual que falta aos cientistas do direito, muitas vezes, quando se permitem olvidar da natureza verdadeira do vínculo jurídico e reconhecem a consequência

jurídica dele, desprezando a *desproporcionalidade* de prestações, que torna, sem qualquer dúvida, impossível a realização do meio-termo, do *justo*⁽¹⁾.

2. Completude do ordenamento jurídico e o direito judiciário

Na sociedade capitalista pós-moderna, os valores do *neoliberalismo* e da *globalização* com suas práticas de *terceirização* colocam as liberdades funcionais do mercado acima das políticas públicas de igualdade social, econômica e cultural e, consideram os direitos humanos como “*custos sociais*” das empresas, que vão suprimindo-os em nome da competitividade global e que tanto influencia o *desmantelamento* do *welfare state*.

Há necessidade do Direito e da Justiça do Trabalho promoverem o *controle civilizatório* de um *patamar mínimo de proteção* dos trabalhadores e da própria essência da legislação de proteção no Estado do Bem-Estar Social, arts. 1º, IV, 7º, 170 e 193/CR diante das mutações dos sistemas produtivos⁽²⁾, porquanto a *tutela jurídica diferenciada* para compensar a desigualdade social foi sempre na história a *finalidade* do Direito do Trabalho.

Acredita-se, que a Súmula Vinculante n. 4/STF, da forma como escrita e redigida, poderá impor uma *subversão* da ideia de sistema e completude do ordenamento jurídico, *vulneração* das interpretações lógica, sistemática e

(1) ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Responsabilidade da Doutrina e o Fenômeno da Criação do Direito pelos Juizes. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao prof. José Carlos Barbosa Moreira*. RT: 2006. p. 423 e 428.

(2) “As principais funções do Direito do Trabalho, afirmadas na experiência capitalista dos países desenvolvidos, consistem, em síntese, na *melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na vida econômico-social, no caráter modernizante e progressista, do ponto de vista econômico e social*, deste ramo jurídico, ao lado de seu papel civilizatório e democrático no contexto do capitalismo (...).” In: DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. LTR: 2005. p. 121.

teleológica, *ao vedar* a apreciação jurisdicional da base de cálculo do adicional sobre outras possíveis e variáveis hipóteses.

Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na *interpretação judiciária* do direito legislativo está ínsito certo grau de *criatividade*. O ponto, de resto, tornou-se explícito pelo próprio Barwick quando escreve que ainda “a melhor arte de redação das leis”, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, *lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz* e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.⁽³⁾

A vedação de substituição da base de cálculo do adicional para os servidores públicos, submetidos ao regime jurídico estatutário-administrativo, e, portanto, de relação jurídica de direito público, encontra razão e fundamento na própria ordem constitucional, eis que sua *remuneração*, dentre as quais se insere o adicional de insalubridade, é *fixada exclusivamente* por Lei, art. 39, § 1º/CR, aplicando-lhes, portanto, o princípio da estrita legalidade administrativa, art. 37/CR.

Inclusive, justamente em razão do princípio da estrita legalidade que rege a administração pública, arts. 37 e 39, § 1º/CR, é que existe a *expressa vedação* constitucional ao Poder Judiciário de conceder reajustes/equiparações salariais aos servidores públicos com fundamento no princípio da isonomia, art. 37, XIII/CR, Súmula n. 339/STF e OJ n. 297 da SBDI-1/TST e, ainda, a *vedação* de lhes conceder reajustes salariais e remuneratórios por meio de negociações coletivas sindicais, Súmula n. 679/STF.

Todavia, o mesmo não ocorre com os empregados celetistas, submetidos à natureza jurídica *contratual* de seu vínculo, e, portanto, regidos pelas relações privadas do direito do

trabalho, cujo ajuste remuneratório se faz tanto pela liberdade de mercado e individual das partes, art. 444/CLT, quanto pelo princípio da isonomia e equiparação, art. 7º, XXX/CR e art. 461/CLT, como pela possibilidade de fixação por normas coletivas (art. 7º, IV, V, VI e XXVI/CR).

Portanto, a Súmula Vinculante n. 04/STF tratou indistintamente, ou melhor, isonomicamente, os servidores públicos e os empregados privados, cuja situação jurídica é *distinta e dual*, o que, por conseqüência, gerou uma *antinomia*⁽⁴⁾ jurídica entre categorias de trabalhadores “*lato sensu*” que não possuem *isonomia* entre si.

Para que o ordenamento jurídico atinja a finalidade para qual existe e se transforme num *todo estruturado*, que dê resposta a este objetivo, é necessário que seja um sistema. Para isto, suas normas devem dispor-se de forma que entre elas se estabeleçam relações *coerentes* e constantes.

Para se obter esta situação, as normas, que são as partes do sistema, *não podem*

(4) Tudo andaria muito bem, se o legislador não fosse um ser humano e tivesse a capacidade de prever rigorosamente tudo quanto na vida comum pode acontecer. Mas, *como a vida é muito mais rica* do que a imaginação do legislador, na experiência comum, surgem situações que, contrariando as expectativas, *não comportam as soluções* postas nos textos do direito positivo. Às vezes, porque não foram previstas, não se acham incluídas nas *fattispecies* legais e para elas nada está disposto; temos aí as lacunas da lei, para as quais a teoria jurídica oferece soluções aceitáveis. Outras vezes, o caso concreto apresenta conotações específicas tão discrepantes dos *standards* presentes na mente do legislador, que, não obstante um juízo puramente dedutivo pudesse conduzir a reputá-lo disciplinado segundo certos cânones, uma *avaliação acurada* desaconselha que isso seja feito. Daí a *imperfeição de toda a ordem jurídico-positiva*, a ser superada pela *atuação inteligente e ativa do juiz* empenhado em fazer com que *prevaleçam os verdadeiros princípios* da ordem jurídica sobre o que *aparentemente* poderia resultar dos textos. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 30.

(3) CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. p. 20-21.

contradizer-se. Ou seja, entre elas não pode haver antinomias.

A coerência das normas entre si formam por sua vez um sistema no todo. E, se *há antinomias*, cumpre à *Ciência do Direito* removê-las, para que o sistema adquira sua *plenitude* de regrad, sem contradição, a conduta humana.⁽⁵⁾

3. O adicional de insalubridade. Direito do Trabalho. Direito judiciário

No Direito do Trabalho, ramo da ciência jurídica das *relações privadas*, a base de cálculo do adicional de insalubridade está prevista no art. 192/CLT, que fixou o salário mínimo, vinculação jurídica esta vedada pelo art. 7º, IV/CR e pela Súmula Vinculante n. 4/STF.

Inúmeros são os precedentes do STF quanto à impossibilidade desta vinculação⁽⁶⁾.

Todavia, neste ramo privado da ciência jurídica, a vedação imposta pela Súmula de substituição judicial de sua base de cálculo gera uma antinomia jurídica e incompatibilidade com a interpretação e os métodos de integração do ordenamento jurídico.

Isto porque, criada a *lacuna normativa*, em razão da impossibilidade, art. 7º, IV/CR e Súmula Vinculante n. 4/STF, de vinculação da base de cálculo do adicional de insalubridade no salário mínimo, art. 192/CLT, o sistema jurídico *prevê e impõe* a responsabilidade legal de julgamento do Poder Judiciário mediante outros métodos, dentre os quais, a fixação por *analogia*, art. 8º/CLT, art. 4º/LICC e art. 126/CPC.

(5) SILVA, Antônio Álvares da. *Súmulas de efeito vinculante e completude do ordenamento jurídico*. São Paulo: LTR: 2004. p. 44.

(6) 2ª T. – AgRg RE 271.752-SP – Rel. Min. Nelson Jobim – DJU 20.10.2000, p. 125; 1ª T. – AgRg RE 435.011-RS – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 28.6.2005; 1ª T. – RE 236.396-MG – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 20.11.1998, p. 24; 1ª T. – RE 284.627-SP – Rel.ª Min.ª Ellen Gracie – DJU 24.5.2002, p. 67; 1ª T. – AI AgRg 233.271-MG – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 29.10.1999, p. 05; 1ª T. – EDV. RE 208.684-SP – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 2.9.2007, p. 102.

E, a Súmula Vinculante n. 04/STF, da forma como redigida e imposta, veda a possibilidade de apreciação jurisdicional da matéria para julgar, por exemplo, pelo critério objetivo da *analogia legis*, e se adotar a base de cálculo fixada para o adicional da periculosidade no art. 193/CLT, qual seja, o salário-base do trabalhador celetista, o que, data máxima vênua, não detém coerência jurídica da unidade do ordenamento, dada a similitude e semelhança das situações dos adicionais.

Ainda, veda o método da interpretação lógica e gramatical da norma constitucional pela fixação da base de cálculo pela própria remuneração, art. 7º, XXIII/CR e art. 457/CLT, bem como veda a possibilidade de apreciação jurisdicional para se julgar, por exemplo, com base em previsão de normas coletivas legitimamente negociadas pelas entidades sindicais, arts. 7º, XXVI e 8º, III e VI/CR.

E, data máxima vênua à vinculação imposta pela Súmula 04/STF, de se afastar a possibilidade jurisdicional da fixação de outra base de cálculo do adicional de insalubridade, deve-se avaliar que a *negociação coletiva sindical*, constitucional e legalmente prevista como forma autônoma de solução e mediação dos conflitos trabalhistas, arts. 7º, XXVI e 8º, III e VI/CR, arts. 611 e 613, IV/CLT, fundada na *autonomia privada coletiva*⁽⁷⁾, mediante *prévia aprovação*

(7) “A autonomia privada coletiva não se confunde com a negociação coletiva de trabalho. Esta é efeito decorrencial daquela e sua manifestação concreta. A autonomia privada coletiva é o poder social dos grupos representados autorregularem seus interesses gerais e abstratos, reconhecendo o Estado a eficácia plena dessa avença em relação a cada integrante dessa coletividade, *a par* ou *apesar* do regramento estatal — desde que não afronte norma típica de *ordem pública* ou, como bem diz *Gian Carlo Perone*, é o “poder de negociar a regulamentação desses interesses (coletivos), ficando todavia, entendido que se está diante de uma manifestação de autonomia privada, isto é, de capacidade de estabelecer livremente a posição dos próprios interesses considerada objetivamente mais conveniente, independentemente da necessidade de alcançar finalidades indicadas por sujeitos estranhos ou mesmo pelo Estado.” (*A Ação Sindical*

dos trabalhadores em *assembleia específica*, art. 612/CLT, no exercício de sua *liberdade e autonomia na organização e deliberações sindicais*, art. 8º, I/CR, pode e deve fixar a base de cálculo do adicional de insalubridade das categorias profissionais.

Mais do que isto, a negociação coletiva sindical do *critério pecuniário* da base de cálculo do adicional de insalubridade *não viola* regras de higiene, medicina e segurança no trabalho, a proteção jurídica à integridade física e saúde do trabalhador, arts. 7º, XXII e 200, VIII/CR, *notadamente*, porque há *autorização constitucional* para negociação/flexibilização do *salarial* dos trabalhadores, art. 7º, VI e XXVI/CR e art. 613, IV/CLT, e, portanto, também da *base de cálculo de salário condição*.

Por estas razões, o Poder Judiciário do Trabalho possui a legitimidade jurisdicional para reconhecer a validade e eficácia de suas disposições, art. 7º, XXVI/CR e art. 613, IV/CLT, em razão da *ordem pública e coletiva* no Direito do Trabalho, arts. 8º, 444 e 619/CLT, e dos *princípios* do Direito Coletivo do Trabalho e sua negociação coletiva (*transparência, lealdade e equivalência dos contratantes*).

nos Estados Membros da União Europeia. São Paulo: LTr, 1999. p. 22.) (...)

"A Constituição Federal de 1988 é expressa a arrolar, entre os direitos sociais que assegura, o "reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho" (art. 7º, inciso XXVI), aí conferindo não apenas validade aos instrumentos negociais nominados — visão apequenada desse direito social. A elocução constitucional transcende, em muito, à forma de exteriorização do pactuado. Contém, na verdade, o *reconhecimento estatal do poder inerente às pessoas* e, pois, aos grupos por ela organizados de autoconduzirem-se, de coducidirem sobre o ordenamento de condições de trabalho, de protagonizarem a autocomposição de seus interesses coletivos, solverem suas desinteligências fora do Estado, pela via do entendimento direto, valendo, o que restar pactuado, como lei entre as partes e cada um dos membros representados, se inexistir malferimento a norma de ordem pública estatal." (TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr: 2005. vol. II. p. 1.189-1.191.)

4. Contradição da Súmula Vinculante n. 4 e da Decisão do MI n. 708-DF/STF. Analogia

Não obstante a argumentação da *distinção e dualidade* dos regimes jurídicos público e privado entre os servidores e empregados celetistas, bem como a expressa previsão legal de obrigatoriedade de julgamento do Poder Judiciário pelos métodos de interpretação e integração do ordenamento jurídico nas hipóteses de lacunas/vazios normativos, há outra questão a ser observada.

Como já ressaltado, a redação final da Súmula Vinculante, data máxima vênica, compromete a função institucional do Direito Judiciário, e as próprias disposições legais do art. 8º/CLT, art. 4º/LICC e art. 126/CPC, ao impossibilitar a supressão da eventual lacuna.

Ainda, entra em contradição com decisões do próprio Supremo Tribunal Federal, que, diante de *omissões* legislativas do Congresso Nacional, decidiu a jurisdição constitucional pela aplicação analógica de normas distintas.

Por exemplo, até os dias atuais, o Congresso Nacional não editou a Lei Específica prevista no art. 37, VII/CR (Lei Complementar antes da alteração dada pela EC n. 19/98), qual seja, a legislação própria, específica e adequada para tratar do *direito de greve do funcionalismo público*, o que caracteriza não só a mora legislativa, mas, também, a lacuna/vazio normativo.

Todavia, a partir de uma *evolução* de sua própria jurisprudência constitucional, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção n. 708-0-DF, não só proclamou a mora legislativa, como fixou, *por analogia legis*, art. 4º/LICC e art. 126/CPC, a aplicação das Leis ns. 7.701/88 e 7.783/89, que regem o direito de greve nas relações privadas de trabalho, para regulamentar provisoriamente o exercício de greve pelos servidores públicos, ou seja, concedeu-se interpretação e integração da lacuna normativa (*tese concretista*), a fim de se permitir a fruição de direito

e liberdade constitucionais pendentes de regulamentação normativa.

O Supremo Tribunal Federal exerceu suas atribuições constitucionais, art. 5º, XXXV e LXXI, sem importar em violação e usurpação ao princípio da separação dos poderes, art. 2º/CR, eis que, enquanto existentes lacuna e mora legislativa, o Poder Judiciário, em seu exercício jurisdicional, tem o dever, quando provocado, de evitar ameaça e/ou lesão a direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Este dever de provimento jurisdicional não importa em “*regulamentação abstrata e ‘erga omnes’*” da Constituição (esta, sim, função soberana do Poder Legislativo), mas, sim, o resguardo, em concreto, não só da fruição dos direitos e garantias fundamentais, como, principalmente, da adoção de uma interpretação jurisdicional que lhe dê a máxima efetividade e concretude, art. 5º, §1º/CR, em razão da aplicação do *princípio da efetividade*⁽⁸⁾ das normas constitucionais.

Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, *os juízes*, pois representam a voz final da autoridade.

(8) A ideia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. Ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional. Os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso. In: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. Saraiva. p. 246.

Esse princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (*Thoma*), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (em caso de dúvidas, deve se preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). In: GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Idem*.

Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as *garantias* do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de *filosofia social*. As decisões dos Tribunais sobre questões *econômicas e sociais* dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual *o progresso pacífico* do nosso povo, no curso do século XX, dependerá, em larga medida de que os *juízes* saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas. [Da mensagem enviada pelo Presidente THEODORE ROOSEVELT ao Congresso Americano em 08 de dezembro de 1908 (43 Cong. Rec., Part I, p. 21)]⁽⁹⁾

Portanto, *mutatis mutandis*, idêntico raciocínio se aplica à redação final da Súmula Vinculante n. 4/STF, eis que a atual vedação ao Poder Judiciário lhe retira sua função precípua da análise, *em concreto*, de um direito subjetivo e constitucional do trabalho, art. 7º, XXIII/CR, que, inclusive, se insere no âmbito de normatividade dos direitos fundamentais, art. 5º, § 2º/CR⁽¹⁰⁾.

Defender o direito a todo custo não é necessariamente defender a norma a todo custo. É defender o *homem* a todo custo, *valor supremo* da razão de ser do direito. Por isso se diz que o *direito se acha na luta* (Ihering), e essa ideia, expressa na obra de *Kampf um's*

(9) CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

(10) O Min. do STF Sepúlveda Pertence, em seu voto proferido na ADI n. 1.675-1, publicada no DJU em 24.9.97, mencionou que os *direitos sociais do trabalho* encontram-se inseridos no *rol dos direitos constitucionais fundamentais*, em interpretação sistemática extraída do art. 5º, § 2º, da CR/88. (“... os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no art. 7º da Constituição se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídas no âmbito normativo do art. 5º, § 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil”).

Recht do célere autor, firmava o conceito de *sentimento do direito* (*Rechtsgefühl*).

Lutar pelo direito é “lutar pela conservação moral da pessoa”.

Por isso dizemos que “é um aspecto essencial da *conditio humana* que nós procuremos a justiça, que não a encontremos no mundo e nem ao menos possuamos estereótipos fixos de Justiça: Justiça é uma tarefa, tanto como um problema eterno da definição do que é Justiça, quanto como uma tentativa de agir de maneira justa e de criar um mundo (relativamente) justo.

É por isso que devemos compreender o direito como a esperança dos homens, que renasce, segundo Horácio, todos os dias, *aliusque et idem*.”⁽¹¹⁾

5. Conclusão

Ante ao que foi exposto, conclui-se que a atual redação da Súmula Vinculante n. 4/STF encontra seu fundamento e razão de aplicabilidade constitucional quanto aos servidores públicos, subsumidos ao regime de direito público, eis que, sua *remuneração*, dentre as quais se insere o adicional de insalubridade, é *fixada exclusivamente* por Lei, art. 39, § 1º/CR, o que não ocorre com os empregados celetistas, submetidos à relação jurídica de direito privado, e, portanto, se encontram em situação jurídica distinta e dual.

Ainda, retirou a possibilidade do Poder Judiciário do Trabalho de exercer sua função institucional, art. 5º, XXXV/CR, e decidir em concreto quanto às variáveis possibilidades de fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade, seja por aplicação analógica, art. 8º/CLT, art. 4º/LICC e art. 126/CPC, com

a base de cálculo do adicional de periculosidade, art. 193/CLT, seja por aplicação de base de cálculo fixada por negociação coletiva sindical legítima, arts. 7º, XXVI e 8º, III e VI/CR, art. 611 e 613, IV/CLT, seja, ainda, por exemplo, pelo método da interpretação lógica e gramatical da norma constitucional pela fixação da base de cálculo pela própria remuneração, art. 7º, XXIII/CR e art. 457/CLT.

6. Referências Bibliográficas:

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (Coords.). *O Novo Código Civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2005.

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, Antônio Álvares da. *Súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. vol. II. São Paulo: LTr, 2005.

(11) ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Op. cit.*, p. 429

A aplicação das *astreintes* nas antecipações de tutela

Rubens Fernando Clamer dos Santos Junior^(*)

Palavras-Chave:

▶ *Astreintes* — Multa — Execução — Antecipação de tutela.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A multa coercitiva do art. 461, § 4º, do CPC, e sua aplicação na hipótese de antecipação de tutela
- ▶ 3. Conclusão
- ▶ 4. Referências bibliográficas

1. Introdução

Neste breve ensaio, será proposto o estudo de alternativas legais para se buscar maior efetividade na prestação jurisdicional, com intuito de serem concretizados os dois pilares constitucionais acerca do direito processual, que são, respectivamente, os direitos fundamentais à prestação jurisdicional efetiva e à razoável duração do processo.

A alternativa proposta será a utilização das *astreintes*, largamente utilizada em outros sistemas processuais, notadamente no sistema francês, no que tange ao cumprimento das obrigações de pagar quantia.

Resta, então, discutirmos se outras técnicas poderão ser utilizadas, sobretudo em razão de o Estado Constitucional vigente consagrar,

como direito fundamental do cidadão, uma tutela jurisdicional justa, adequada, efetiva e tempestiva.

2. A multa coercitiva do art. 461, § 4º, do CPC, e sua aplicação na hipótese de antecipação de tutela

As formas tradicionais de execução por quantia certa, previstas tanto no Código de Processo Civil, como também na Consolidação das Leis do Trabalho, basicamente pela expropriação de bens do devedor, vêm sistematicamente colidindo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e com o direito fundamental da prestação jurisdicional em um prazo razoável, por diversas razões. Principalmente por não disporem de mecanismos eficazes de coerção, estimulando

(*) Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região. Titular da 4ª Vara de Novo Hamburgo. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Mestre em Direito pela PUC-RS; Professor do curso de preparação à Magistratura do Trabalho da Fundação da Magistratura do Trabalho do RS – FEMARGS e também dos cursos de Pós-Graduação em nível de

especialização da PUC-RS, UNISINOS, Faculdade RITTER DOS REIS, Universidade FEEVALE, Faculdade IMED-CETRA e IDC. Autor dos livros *A Eficácia dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores* e *Processo do Trabalho: uma interpretação constitucional contemporânea a partir da teoria dos direitos fundamentais*.

o prolongamento demasiado e completamente desnecessário do processo, atendendo com isso ao interesse exclusivo do devedor e frustrando a expectativa do credor.

Do mesmo modo, a técnica processual adotada para o cumprimento das decisões que concedem antecipação de tutela, com vistas ao pagamento de parcelas salariais, também se mostra insatisfatória, inadequada e extremamente morosa. Justamente nestas circunstâncias é que o Estado deveria dar uma resposta ainda mais rápida e eficaz, pois presentes os requisitos exigidos na lei para a antecipação da tutela, sendo apropriada a referência de Teori Zavascki:

A execução imediata das providências antecipatórias, mediante ordens ou mandados a serem cumpridos na própria ação de conhecimento, é a que melhor se adapta às hipóteses de que trata o inciso I, do art. 273 do Código de Processo Civil, nas quais a urgência tem especial realce em face de ser iminente a ocorrência de dano irreparável ao direito. Não teria sentido algum deferir antecipação da tutela para evitar dano iminente e, ao mesmo tempo, submeter o cumprimento da medida a outra ação autônoma, com novos prazos, sujeita a embargos suspensivos. Isso seria incompatível com a própria razão de ser da antecipação.⁽¹⁾

Então, a partir do reconhecimento de grande parte da doutrina de que é dever do Estado prestar jurisdição de maneira efetiva e tempestiva, em cumprimento ao mandamento constitucional que consagra esses direitos fundamentais, cujos direitos gozam inclusive da presunção de imediata aplicabilidade, esta mesma doutrina debate em quais hipóteses o juiz poderá se valer da multa coercitiva como instrumento para concretização das obrigações de pagar. Questiona-se se a multa sempre poderá ser manejada, como regra geral, ou apenas em situações extraordinárias. Aliás, a bem da verdade, o debate não se restringe às duas

situações aventadas acima, mas também se há possibilidade legal para utilização da multa processual nas obrigações de pagar.

Os defensores da primeira corrente entendem que a multa pode ser aplicada para se buscar a efetividade da decisão em um prazo razoável. Segundo esta corrente, os arts. 461, 461-A, ambos do CPC, e 84 do Código de Defesa do Consumidor já admitem a utilização da multa para se buscar o cumprimento da obrigação imposta. A lei dos juizados especiais civis — Lei n. 9.099/95, art. 52, inciso V, há muito tempo já autoriza a cominação de multa para entrega de coisa⁽²⁾. Segundo Marinoni, “se a multa já vem sendo utilizada, com enorme sucesso, para dar efetividade diante das obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, não há qualquer razão para a sua não utilização em caso de soma em dinheiro”⁽³⁾. Conclui que:

O que se pretende com a multa, em resumo, é evitar que o sistema processual continue a ser utilizado para alimentar a injustiça. Ora, um sistema processual que estimula o inadimplemento do infrator em prejuízo do lesado viola os direitos fundamentais, aqui especificamente o direito de proteção de todo cidadão, e, assim, é flagrantemente inconstitucional. Não ver isso é continuar estimulando os infratores — e assim os danos —, os quais certamente prosseguirão entendendo que não é conveniente observar os direitos, pois é muito melhor ser executado.⁽⁴⁾

Marcelo Lima Guerra também defende a aplicação da multa com vistas ao cumprimento das obrigações de pagar quantia, com base na teoria dos direitos fundamentais, fundado ainda em uma interpretação conforme a Constituição. Sustenta que o “direito fundamental à tutela executiva confere ao juiz o poder-dever de adotar os meios executivos mais adequados

(1) ZAVASCKI, 2005, p. 96.

(2) MITIDIERO, 2007, p. 95-97.

(3) MARINONI, 2004, p. 625.

(4) *Ibidem*, p. 628.

à pronta e integral proteção do credor, ainda que não previstos expressamente em norma legal⁽⁵⁾.

Para os defensores deste pensamento, o direito ao uso da multa visa concretizar um direito fundamental, que é o da efetividade da prestação jurisdicional em um prazo razoável⁽⁶⁾. Trata-se de um mecanismo de coerção importante para se buscar a concretização da tutela concedida, não tendo como objetivo conferir direito de crédito ou indenização, mas apenas assegurar a efetividade do processo, para a realização do direito, haja vista que esse direito fundamental não pode ser negado⁽⁷⁾.

Em contrapartida, vários são os doutrinadores que entendem ser inviável o uso da multa nas obrigações de pagar em razão da falta de autorização legal, sustentando que a multa somente estaria autorizada para se buscar o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 461 do CPC). Dentre os argumentos utilizados, está o receio na ampliação dos poderes do juiz, bem como uma possível ilegalidade da medida em razão do legislador não ter feito a escolha da multa como técnica coercitiva para o cumprimento das obrigações de pagar⁽⁸⁾. Os adeptos desta posição doutrinária defendem um sistema típico de formas processuais, cujo pensamento é alvo da crítica de Mitidiero:

[...] o problema da execução forçada dos créditos seria um problema que tem de ser resolvido em abstrato tão somente pelo legislador infraconstitucional. Depende de

lei, em suma. Ocorre que o Estado Constitucional repugna esse tipo de abordagem do tema.

[...]

Haja vista que o Estado tem um verdadeiro dever geral de proteção dos direitos fundamentais, é vedada a insuficiência de proteção desses direitos, sendo natural que se possibilite ao órgão jurisdicional o controle da adequação da proteção outorgada pelo legislador infraconstitucional a essa ou àquela situação material.⁽⁹⁾

Taruffo, abordando o sistema francês, também enfatiza que as *astreintes* não podem mais ser compreendidas exclusivamente como remédio executivo indireto típico de obrigações de fazer, estando este instituto definitivamente consolidado, sendo aplicável a todas as obrigações, inclusive às hipóteses de *condenação ao pagamento de uma soma em dinheiro*⁽¹⁰⁾. Conclui Taruffo acerca das *astreintes* que:

É, hoje, isto sim, um instituto geral, aplicável a todos os casos e também concorrentemente a outras formas de execução e de preferência com relação a outros instrumentos de atuação dos pronunciamentos do Juiz.⁽¹¹⁾

Compartilhamos da crítica exarada por Mitidiero, porquanto o dever de efetivar os direitos fundamentais e de concretizar a decisão judicial não é exclusiva do legislador, sendo esta posição não apenas um mero discurso romântico, mas uma conclusão exarada do próprio texto constitucional, notadamente do art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, combinado com o § 1º do mesmo dispositivo. Enfatiza Marcelo Lima Guerra que o “reconhecimento do direito à tutela executiva significa que as opções do legislador não podem ser mais consideradas absolutas, nem para autorizar nem para vedar o uso de meios executivos”⁽¹²⁾.

(5) GUERRA, 2003. p. 151.

(6) Lembra Bedaque que há técnicas previstas pelo legislador que não funcionam (BEDAQUE, 2009, p. 49).

(7) Conforme lembra João Calvão da Silva, o instituto do *contempt of Court*, por exemplo, procura assegurar respeito pela autoridade, *tão peculiar à sociedade inglesa, salvaguardando o poder judicial contra a resistência ou mal querer do obrigado* (SILVA, 1997, p. 384).

(8) Eduardo Talamini e Guilherme Rizzo Amaral estão dentre aqueles que não admitem o uso das *astreintes* nas obrigações de pagar sem previsão específica em lei para tanto (AMARAL. In: OLIVEIRA, 2006, p. 121-124), (TALAMINI, 2001, p. 469).

(9) MITIDIERO, 2007, p. 99.

(10) TARUFFO, 1990, p. 85.

(11) TARUFFO, *loc. cit.*

(12) GUERRA, 2003, p. 151.

Todavia, não estamos dentre aqueles que defendem a aplicação geral e irrestrita da multa nas execuções para entrega de quantia certa, tendo em vista que o sistema vigente estabelece uma regra geral para concretização dessas obrigações, que vem a ser a expropriação de bens, consoante já restou exposto. Essa opção feita pelo legislador deve ser respeitada, não significando dizer que em casos especiais o juiz não possa se valer de outra técnica processual, como a multa processual. Ademais, é importante a lembrança de Marinoni, de que não há previsão legal específica para a execução de tutela antecipatória de soma em dinheiro, o que não deve nos remeter, simplesmente e unicamente, à expropriação de bens:

O fato de não existir previsão específica para a execução de tutela antecipatória de soma em dinheiro não pode significar que o legislador processual está dizendo aos operadores do direito que a sua execução deve se submeter à via expropriatória, própria à sentença condenatória. Essa interpretação retiraria qualquer utilidade à tutela antecipatória e constituiria grave afronta à ideia de que as normas processuais devem ser interpretadas à luz do direito material e dos direitos fundamentais, especialmente importando, no caso, o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.⁽¹³⁾

Sustenta Marcelo Lima Guerra:

Não resta dúvida de que, na análise do uso de medidas coercitivas na tutela das obrigações de pagar quantia, a multa diária merece ser tratada em primeiro lugar. Isso porque se trata de medida coercitiva difundida, com as devidas peculiaridades, nos principais ordenamentos jurídicos contemporâneos.⁽¹⁴⁾

Os princípios da legalidade e da separação de poderes devem ser observados, muito embora devam ser compreendidos sob um prisma constitucional⁽¹⁵⁾. Não deverão implicar num

engessamento no exame do caso em concreto, quando poderá ser utilizada a multa processual nas situações em que restar verificada a insuficiência do binômio condenação-execução forçada, o que deverá ser feito mediante um juízo de razoabilidade e de proporcionalidade.

Isto é, se a técnica expropriatória não é satisfatória a ponto de ser eficiente para tutela da *res in iudicium deducta*, conforme enfatiza Mitidiero, é porque a previsão legal é inadequada para proteção daquele caso específico, devendo ser desconsiderada⁽¹⁶⁾.

Trazendo como exemplos o direito a alimentos e o direito ao salário, sustenta Bedaque que:

nesses casos os processos condenatórios e executivo, ou mesmo o denominado processo sincrético (fases condenatória e executiva), cuja tutela é eminentemente sancionatória, não conferem aos respectivos titulares a tutela adequada, pois o que eles necessitam é de uma tutela urgente, que tenha o condão de prevenir ou de impedir a continuidade da violação.⁽¹⁷⁾

Evidentemente que o afastamento inicial da técnica executiva expropriatória, mediante a utilização da multa coercitiva, deve ser amplamente motivado, sobretudo com base no postulado da proporcionalidade, a fim de que esta atitude não se reverta de traços arbitrários.

Inicialmente, é necessário deixar claro que entre a técnica processual aplicável a um caso específico e a tutela jurisdicional pretendida existe uma nítida relação de meio e fim⁽¹⁸⁾. Esta premissa é indispensável, pois o postulado da proporcionalidade pressupõe uma relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Em síntese, o meio empregado deve levar ao fim⁽¹⁹⁾.

Reconhecida esta relação de causalidade, entre a técnica processual a ser empregada

(16) MITIDIERO, 2007, p. 103.

(17) BEDAQUE, 2009, p. 50.

(18) MITIDIERO, 2007, p. 104.

(19) ÁVILA, 2009, p. 160.

(13) MARINONI, 2004, p. 629-630.

(14) GUERRA, 2003, p. 153.

(15) ÁVILA, 2009, p. 171.

(meio) e a concretização da decisão judicial (fim) devem ser procedidos os três exames fundamentais do postulado da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na análise da adequação, busca-se examinar se o meio oferecido pelo legislador, no caso a expropriação de bens, promoverá o fim — a efetividade, com o cumprimento da obrigação de pagar⁽²⁰⁾. Se a medida utilizada não realizar a finalidade, esta medida se mostrará inadequada, porquanto somente poderá ser considerada adequada se o fim for efetivamente realizado no caso concreto⁽²¹⁾. Esta exigência é consequência do princípio constitucional da prestação jurisdicional efetiva, pois um meio jamais poderá ser considerado adequado quando não vier a promover minimamente o fim a ser almejado⁽²²⁾.

Segundo Taruffo:

Muito comumente a conexão entre situações substanciais carentes de tutela e técnicas de atuação executiva se colocam essencialmente na base do princípio da adequação, segundo o qual cada direito deve atuar através de um trâmite executivo mais idôneo e eficaz em função das específicas necessidades do caso concreto.⁽²³⁾

Assim, se a expropriação promove o fim em um prazo razoável não cabe ao juiz utilizar outra técnica processual, em respeito à vontade objetiva do legislador, que em abstrato trouxe a solução para os casos concretos. Todavia, se a

conclusão é diversa, tem o juiz a possibilidade de utilizar a multa como técnica capaz de realizar o fim pretendido, a partir da demonstração que o meio legal proporcionado pelo legislador não é adequado para promoção do fim. Na hipótese de antecipação de tutela, o fim pretendido deve ser alcançado com urgência, isto é, de forma imediata, não havendo, nem mesmo, oportunidade e cabimento para se aguardar por um lapso razoável de tempo⁽²⁴⁾. Lembre-se da lição básica do postulado da proporcionalidade, sintetizada por Humberto Ávila:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim.⁽²⁵⁾

Relativamente à antecipação de tutela, sustenta Mallet:

Adotará o juízo as medidas mais adequadas para, com a brevidade possível e observadas as circunstâncias do caso concreto, efetivar o pagamento da quantia antecipadamente deferida, até porque, do contrário, as inevitáveis delongas do processo de execução tirariam toda eficácia da decisão prolatada em caráter de urgência. Poderá, em consequência, servir-se de quaisquer dos expedientes mencionados no item anterior, inclusive fixando multa diária em caso de não pagamento da quantia arbitrada, ou mesmo determinar a apreensão de valores encontrados em poder do demandado, repassando-os de imediato ao credor.⁽²⁶⁾

Na verificação do requisito da necessidade, cuida-se em saber se dentre os meios disponíveis para promoção do fim não há outro meio menos restritivo dos direitos fundamentais afetados⁽²⁷⁾. Deve ser analisado precipuamente

(20) Segundo Gamonal, a adequação significa que o legislador ao estabelecer uma medida determinada deve considerar que seja idônea, no sentido de que deve ser apta para o fim perseguido.

(21) Enfatiza Ávila que os princípios justamente estabelecem o dever de promover fins (ÁVILA, 2009, p. 163).

(22) Ávila ressalta que o exame da adequação redundará na declaração de invalidez da medida adotada pelo Poder Público nos casos em que a incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta. Isto é, deve ser afastado o meio escolhido pela autoridade se ele for manifestamente menos adequado que outro (*Ibidem*, p. 170-171).

(23) TARUFFO, 1990, p. 78.

(24) MARINONI, 2004, p. 633.

(25) ÁVILA, 2009, p. 159.

(26) MALLEY, 1999, p. 127.

(27) ÁVILA, *op. cit.*, p. 161.

se a multa mostra-se necessária para implementação do fim, que no caso em discussão vem a ser a entrega de quantia certa, sendo que no cumprimento de uma antecipação de tutela busca-se a entrega dessa quantia certa em caráter de urgência, de forma imediata. Se a efetivação da decisão judicial pode ser alcançada sem o uso da multa, esta técnica não se mostra adequada e necessária, tendo em vista a realização do fim por outro meio (no caso, a expropriação de bens). No entanto, se o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva estiver em risco com os meios legais oferecidos pelo legislador, será necessária a utilização de outra técnica para que este direito fundamental do cidadão seja concretizado.

Por fim, resta investigar se as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio, ao se verificar a proporcionalidade em sentido estrito. Um meio é proporcional em sentido estrito se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca⁽²⁸⁾. Com isso, em suma, busca-se identificar se o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição aos direitos fundamentais afetados. Somente será desproporcional a medida se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais. Nesse sentido, é interessante a lição do professor da Universidade de Munique, Heinrich Scholler:

No caso de um conflito entre objetivos constitucionais, há que proceder, no que diz com a relação entre meios e fins, a uma cuidadosa ponderação dos bens em pauta, devendo ser priorizada, na avaliação da medida restritiva, a posição jurídico-constitucional mais importante.⁽²⁹⁾

Desse modo, muito embora se reconheça que se trata de um exame complexo, revestido de uma avaliação fortemente subjetiva⁽³⁰⁾, a

(28) ÁVILA, 2009, p. 173.

(29) SCHOLLER, 1999, p. 106.

(30) Como enfatiza Ávila (*op. cit.*, p. 173).

busca da entrega de quantia certa para concretização da prestação jurisdicional efetiva justifica a adoção deste meio, que apenas se mostrará desproporcional quando o mesmo fim possa ser alcançado mediante o uso da expropriação⁽³¹⁾.

Incide na hipótese justamente o postulado da proporcionalidade, na sua dimensão processual, com intuito de tutelar o direito fundamental à prestação jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. A propósito assevera Guerra Filho:

Assim sendo, o princípio da proporcionalidade se consubstanciaria em uma garantia fundamental, ou seja, direito fundamental com uma dimensão processual, de tutela de outros direitos — e garantias — fundamentais, passível de se derivar da ‘cláusula do devido processo’.⁽³²⁾

Assim, mediante a utilização do postulado da proporcionalidade, é possível a utilização de técnica processual diversa daquela escolhida pelo legislador, quando esta for insuficiente, isto é, inadequada para promover o fim. Na lição de Mitidiero:

Tem de demonstrar, na motivação da decisão, as razões pelas quais naquela circunstância em específico (a) mostra-se adequado ordenar sob pena de multa coercitiva (deve justificar por que esse meio leva à realização do fim, (b) oferece-se necessário ordenar sob pena de multa coercitiva (tem de justificar por que esse meio é imprescindível para a ótima realização do fim) e (c) releva-se proporcional ordenar sob pena de multa coercitiva (precisa apontar a razão pela qual o alcance do fim fundamenta uma maior restrição à defesa daquele que deve cumprir a ordem). Uma vez realizada essa

(31) Segundo Ávila, o exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. No exame da proporcionalidade em sentido estrito, sustenta que devem ser analisadas as possibilidades de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (*Ibidem*, p. 162-163).

(32) GUERRA FILHO, 2005, p. 267.

valoração, e devidamente motivada, legitima-se o emprego da multa coercitiva para tutela das obrigações de pagar quantia.⁽³³⁾

Com o intuito de se buscar a justiça no caso em concreto, o postulado da razoabilidade também se mostra um importante mecanismo para a concretização da decisão judicial mediante o uso da multa coercitiva⁽³⁴⁾. Ressalta Humberto Ávila que:

Mesmo nos atos gerais pode-se, em casos excepcionais e com base no postulado da razoabilidade, anular a regra geral por atentar ao dever de considerar minimamente as condições pessoais daqueles atingidos. Na hipótese de atos individuais, em que devam ser consideradas as particularidades pessoais e as circunstâncias do caso concreto, o meio necessário será aquele no caso concreto.⁽³⁵⁾

Lembra Bedaque que “muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo”.⁽³⁶⁾ O postulado da razoabilidade impõe que sejam sopesadas as singularidades para a aplicação ou não da norma geral, na medida em que opera justamente na interpretação das regras gerais com o escopo de buscar a justiça no caso em concreto. Segundo Ávila, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de caso anormal⁽³⁷⁾. Se a regra que institui a técnica da expropriação não irá promover o fim pretendido, muito embora possa incidir no caso em exame, deve ser afastada em razão das especificidades da situação analisada⁽³⁸⁾.

(33) MITIDIERO, 2007, p. 104-105.

(34) Conforme Calvão da Silva, esta sanção pecuniária tem como objetivo constranger e determinar que o devedor cumpra a sua obrigação (SILVA, 1997, p. 355).

(35) ÁVILA, 2009, p. 171-172.

(36) BEDAQUE, 2009, p. 69.

(37) ÁVILA, *op. cit.*, p. 154.

(38) ÁVILA, 2009, p. 152-154.

E o fim pretendido, quando da concessão de uma antecipação de tutela, deve ser atendido com urgência, consoante se depreende da lição de Zavascki:

Sendo assim, é direito de quem litiga em juízo obter do Estado a entrega da tutela em tempo e em condições adequadas a preservar, de modo efetivo, o bem da vida que lhe for devido, ou, se for o caso, obter dele medida de garantia de que tal tutela será efetivamente prestada no futuro. Sem essa qualificação, a da efetividade, a tutela jurisdicional estará comprometida e poderá ser inteiramente inútil. Em situações de risco, de perigo de dano, de comprometimento da efetividade da função jurisdicional, será indispensável, por isso, alguma espécie de providência imediata, tomada antes do esgotamento das vias ordinárias. Daí a razão pela qual se pode afirmar que a tutela destinada a prestar tais providências é tutela de urgência.⁽³⁹⁾

No Processo do Trabalho, quando reiteradamente a antecipação de tutela para pagamento de quantia certa se refere ao adimplemento de parcelas salariais, de natureza alimentar, inadimplidas pelo empregador ou por um terceiro responsável solidariamente ou subsidiariamente, uma resposta imediata se impõe por parte do Estado, a fim de satisfazer esse direito, indispensável para a sobrevivência e manutenção das condições mínimas de dignidade do trabalhador e de sua família. Nessas circunstâncias, além do dever de efetividade por parte do Estado, está também em risco a própria dignidade⁽⁴⁰⁾ do ser humano trabalhador e de seus familiares; razão pela qual, impõe-se uma resposta imediata e eficiente pelo Judiciário, com vistas ao cumprimento da antecipação de tutela, cujo cumprimento urgente muitas vezes não é alcançado pela via expropriatória, tornando-se imperioso o uso da

(39) ZAVASCKI, 2005, p. 27-28.

(40) Princípio Fundamental do Estado Brasileiro, expresso no art. 1º, inciso III, da CF.

multa coercitiva, a fim de que seja alcançado o fim pretendido.

Afinal, se a tutela jurisdicional efetiva em um prazo razoável não será alcançada com a técnica processual da expropriação, a regra que prevê esta técnica deve ser afastada no caso em exame, em virtude das suas particularidades, por não vir a atingir o fim específico, devendo o juiz se valer da multa coercitiva para concretização desse direito fundamental. Enfatiza Bedaque que “a partir do momento em que se aceita a natureza instrumental do direito processual, torna-se imprescindível rever seus institutos fundamentais, a fim de adequá-los a essa nova visão”⁽⁴¹⁾. Com base no postulado da razoabilidade, afasta-se a regra que prescreve a expropriação, por ser geral e não específica, bem como por se mostrar inadequada ao caso concreto, e utiliza-se a técnica da multa coercitiva, prevista no art. 461, §§ 4º e 5º do CPC, seguindo-se, mais uma vez, a lapidar lição de Humberto Ávila:

Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim não é aplicada.⁽⁴²⁾

Portanto, na lição de Mitidiero, “o direito fundamental à tutela jurisdicional implica o reconhecimento da existência de um direito à proteção jurisdicional adequada e tempestiva, “explicitando do seguinte modo:

Adequada, no sentido de que esteja atenta às necessidades do direito material posto em

causa e à maneira como esse se apresenta em juízo (em suma, ao caso concreto levado ao processo); efetiva, no sentido de que consiga realizá-la específica e concretamente em tempo hábil. A adequação da tutela jurisdicional revela a necessidade da análise do caso concreto posto em causa para, a partir daí, estruturar-se um provimento adequado à situação levada a juízo. É lição antiga, ainda hoje repetida, que a igualdade material entre as pessoas, no processo civil, só pode ser alcançada na medida em que se possibilite uma tutela jurisdicional diferenciada aos litigantes, levando em conta justamente a natureza da controvérsia levada a juízo e suas contingências.⁽⁴³⁾

Destarte, assim como é vedado o uso de razões exclusivamente arbitrárias, em respeito aos princípios constitucionais do Estado de Direito e do devido processo legal, consagrados na Constituição Federal, nos arts. 1º e 5º, inciso LIV, respectivamente, é dever do Estado, no caso do Judiciário, afastar a regra geral no caso específico quando esta norma não se mostrar adequada, por não ser suficientemente apta a atingir o fim pretendido.

Sendo dever de todos os Poderes da República, especialmente do Poder Judiciário, dar efetividade às normas constitucionais, sobretudo no sentido de prestar a tutela jurisdicional efetiva, não pode o juiz se omitir de utilizar a técnica processual adequada e necessária para concretizar a tutela concedida (inclusive a tutela antecipada — de urgência⁽⁴⁴⁾), podendo e devendo utilizar-se então da multa como instrumento necessário para a efetivação do direito⁽⁴⁵⁾. A multa somente continuará não

(43) MITIDIERO, 2007, p. 92.

(44) Assevera Zavascki que o conceito de urgência, que enseja a tutela provisória, deve ser entendido em sentido amplo, mais amplo que o sentido pelo qual é geralmente adotado. A urgência, no sentido que aqui se utiliza, está presente em qualquer situação fática de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição (ZAVASCKI, 2005, p. 28).

(45) O processualista moderno está comprometido com resultados. Não mais se aceita a indiferença e a

(41) BEDAQUE, 2009, p. 15.

(42) ÁVILA, 2009, p. 154-155.

sendo utilizada para compelir ao cumprimento das obrigações de dar se continuarmos interpretando as normas processuais apenas sob o prisma das regras processuais existentes no sistema infraconstitucional, especialmente aquelas contidas no Código de Processo Civil, tendo em vista não haver regra processual específica a respeito no que tange a essa espécie de obrigação.

Todavia, se o sistema processual for interpretado a partir do modelo constitucional vigente, como entendemos mais apropriado, não há razão para não ser aplicada a multa nas chamadas obrigações de pagar quando incidentes as hipóteses dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. Conforme ensina Marinoni:

O juiz não pode se esquivar do seu dever de determinar o meio executivo adequado, cruzando os braços diante de omissão legislativa ou de falta de clareza da lei, como se o dever de prestar a tutela jurisdicional não fosse seu, mas estivesse na exclusiva dependência do legislador.⁽⁴⁶⁾

Aliás, a legislação processual trabalhista, muito antes da edição da Constituição Federal de 1988, já traz expressamente no art. 765 da CLT o poder-dever dos juízos e Tribunais velarem pelo andamento rápido das causas, tendo ampla liberdade na direção do processo e podendo determinar quaisquer diligências necessárias ao seu esclarecimento. No século passado, ao comentar o referido dispositivo, Russomano já sustentava, a despeito de frisar que o juiz não pode decidir *extra petita* ou *ultra petita*, que:

O juiz do século XX não pode continuar sendo julgado inerte e impotente, que só atua, dentro da ação, quando provocado pela parte; que silencia quando há silêncio e que só fala para ordenar o rito da demanda;

neutralidade quanto aos objetivos (BEDAQUE, 2009, p. 25).

(46) MARINONI, 2004, p. 235.

que reflete as imagens, como os espelhos, mas que não as cria, nem as renova.⁽⁴⁷⁾

O processo está vivendo mais uma das suas crises, talvez a mais séria de todas elas, porque precisa dar uma resposta eficiente com a prestação jurisdicional buscada pelo cidadão. Nesse sentido, certo está que as técnicas executivas colocadas à disposição pelo legislador infraconstitucional mostram-se, muitas vezes, insuficientes (isto é, inadequadas) para o fim pretendido, que é a efetividade em um prazo razoável. Conclui Bedaque que:

A partir do momento em que tivermos normas processuais adequadas à realidade substancial e interpretadas em consonância com sua natureza instrumental, certamente estaremos muito perto do objetivo tão almejado pela ciência processual: efetividade da tutela jurisdicional.⁽⁴⁸⁾

Assim, é dever do juiz, valendo-se da Constituição, e não apenas da legislação infraconstitucional, buscar uma técnica mais efetiva para o caso concreto, mediante a adoção de critérios objetivos, para se evitar o arbítrio, cujos critérios estão amplamente consagrados e determinados pelos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. Nesse contexto, a multa coercitiva vem a ser instrumento para a realização dos dois basilares direitos fundamentais do Estado Constitucional brasileiro, expressos atualmente nos incisos XXXV e LXXVIII, do art. 5º da Constituição, consistentes na prestação jurisdicional efetiva e na duração razoável do processo⁽⁴⁹⁾.

3. Conclusão

A discussão estabelecida gira em torno da capacidade dos instrumentos jurisdicionais, para assegurar uma tutela eficaz dos direitos, não limitada, evidentemente, à sua mera afirmação por parte do Juiz.

(47) RUSSOMANO, 1963, p. 1310.

(48) BEDAQUE, 2009, p. 83.

(49) SILVA, 1997, p. 355

Respondendo a essa indagação, entendemos que o sistema jurídico permite e exige a utilização de outras técnicas para que sejam cumpridas as decisões que impõem o cumprimento da obrigação de pagar quantia, sempre que a sistemática específica oferecida pelo legislador não se mostrar como a mais adequada para a efetivação da decisão judicial, pois, conforme já visto, cabe ao juiz aplicar a técnica processual adequada para efetivar a tutela concedida.

A primeira, e mais importante das premissas, é perceber que o Estado tem o dever de prestar tutela jurisdicional justa, adequada, efetiva e tempestiva, cujo direito é sabidamente reconhecido como um direito fundamental, sob o ponto de vista formal e material, em nosso sistema jurídico constitucional (art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da CF).

Assim, quando a execução por expropriação de bens não se mostrar adequada, por não vir a atingir o fim pretendido em um prazo razoável, poderá o juiz se valer da multa coercitiva como instrumento hábil e capaz de satisfazer o crédito reconhecido, muito embora se reconheça que a utilização dessa técnica processual exija uma argumentação jurídica consistente, amparada essencialmente nos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAMONAL, Sergio C. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. Tradução de Jorge Alberto Araújo. São Paulo: LTr, 2011.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In:

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MALLET, Estêvão. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

_____. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *A tutela inibitória*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 183, p.165-194, maio 2010.

MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *A nova execução de títulos extrajudiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006

RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. In: TESHEINER, José; PORTO, Sérgio Gilberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coords.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 125-149.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. *A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet. *Revista Interesse Público*, São Paulo, n. 2, p. 93-107, 1999.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARUFFO, Michele. *A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 59, p. 72-97, 1990.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Apontamentos a respeito do ato de dispensa dos empregados de sociedades de economia mista

José Mario Porto Neto^(*) e José Mario Porto Júnior^(**)

Resumo:

- ▶ O artigo visa a instigar uma nova perspectiva à discussão 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.

Abstract:

- ▶ *The article intends to instigate a new perspective to the debate involving the company of mixed economy employee's dismiss since they are submitted to the juridical system of private companies regardless of being part of the Public Administration and as result need to respect the Constitutional commandments e principals and the administrative discipline under a new prospect which seek to add new elements to the intense discussion doutrinary and jurisprudential.*

Keywords:

- ▶ *Company of mixed economy — Employee's dismiss.*

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Breve contextualização sobre a sociedade de economia mista e sua disciplina constitucional
- ▶ 3. Da sujeição das sociedades de economia mista ao princípio da motivação dos atos administrativos

(*) Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Pós-Graduado e Especialista em Direito Material do Trabalho pela ESMAT 13. Advogado.

(**) Advogado. Conselheiro Federal da OAB. Vice-Presidente da Comissão Nacional de Direito da Tecnologia da Informação do CFOAB. Ex-Presidente da OAB/PB. Professor Universitário do UNIPE/PB.

- ▶ 3.1. Da submissão das sociedades de economia mista ao princípio da motivação dos atos
- ▶ 3.2. Da submissão das sociedades de economia mista ao princípio da motivação dos atos
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

Atualmente, transcorridos mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, a dispensa dos servidores públicos, em sua acepção genérica, ainda permanece no rol das matérias tormentosas. Em meio a evidentes avanços e retrocessos, a doutrina, a jurisprudência, o constituinte derivado e o próprio legislador não conseguem uniformizar a linha de raciocínio, 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 escorreita 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, pela OJ n. 247 da SBDI-1, as quais resultam em uma conclusão, *data maxima venia*, superficial e não condizente com o espírito constitucional vigente, tanto é assim que o próprio Supremo Tribunal Federal já pacificou seu posicionamento em sentido, absolutamente, divergente e contrário à Corte Máxima Trabalhista.

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⁽¹⁾, “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”.

2. Breve contextualização sobre as sociedades de economia mista e sua disciplina constitucional

As sociedades de economia mista podem ser caracterizadas como uma espécie jurídica

(1) BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 220.

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.

Nessa quadra, 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 propósito, é extremamente oportuno trazer a lição de Hely Lopes Meirelles⁽²⁾, que sintetiza, com primor, a função das empresas estatais no ordenamento pátrio:

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

(2) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 364.

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⁽³⁾, 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.”

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”⁽⁴⁾.

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.

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

(4) GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 176.

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 de Celso Antônio Bandeira de Mello⁽⁵⁾ 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.”

3. Da sujeição das sociedades de economia mista ao princípio da motivação dos atos administrativos

3.1. Da submissão das sociedades de economia mista ao princípio da motivação dos atos

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

(5) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 195.

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⁽⁶⁾:

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⁽⁷⁾ 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 já fosse suficiente, deve obrigatoriamente respeitar suas finalidades e seus objetivos, devendo, inclusive, manter-se em conveniência ao interesse coletivo que a fez

(6) FREITAS, Ney José de. *Dispensa de Empregado Público & o Princípio da Motivação*. 1. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2009.

(7) MUKAI, TOSHIO. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 225.

surgir, consoante adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁽⁸⁾.

Ademais, acrescenta-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⁽⁹⁾.

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 é 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

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

(9) SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 710.

de economia mista estão sujeitas à 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 expresso 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. 680.939, 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 4.5.04.

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 incontroversos.

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, IV, 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 n. 279.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 356209 AgR/GO, rel^a. Min^a. Ellen Gracie, j. 1^o.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 Públicos, 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⁽¹⁰⁾, a premente necessidade de procedimento licitatório para contratação de obras, serviços, alienações, exatamente *ipsis litteris* às entidades públicas em sentido estrito.

3.2. Da submissão das sociedades de economia mista ao princípio da motivação dos atos

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.

(10) BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.263.

A bem da verdade, é oportuno o desfecho dado por Carlos Ari Sunfeld⁽¹¹⁾, 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.

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⁽¹²⁾, 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.

Observe-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

(11) SUNDFELD, Carlos Ari. Não é livre a demissão sem justa causa do servidor celetista. In: *BDA — Boletim de Direito Administrativo*, 07/95, 1995. p. 395.

(12) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 82.

assegurado o princípio da autotutela⁽¹³⁾, assim como por eventual averiguação jurisdicional.

Nesse diapasão, é relevante lapidar a preleção de Lúcia Valle Figueiredo⁽¹⁴⁾, acerca do tema:

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.

(13) Cf. DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. In: *RTDP*, São Paulo, Malheiros, v. 24, p. 69, 1999.

(14) FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 51-52.

Com efeito, motivar o ato é próprio da opção pelo Estado Democrático de Direito⁽¹⁵⁾, 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 sê-lo, 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⁽¹⁶⁾, 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".

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 quórum 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.

(15) Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 162.

(16) FERRO, Marlúcia Lopes. *Sociedade de Economia Mista & Despedida Imotivada*. São Paulo: LTR, 2007. p. 37.

Inclusive, a bem da verdade, essa discussão não deveria sequer comportar maiores divergências, uma vez que a Excelsa Corte Constitucional, intérprete máxima do ordenamento, quando do julgamento do RE n. 589.998/PI, já assentou peremptoriamente que o ato de demissão de empregados de empresas públicas deve, obrigatoriamente, ser motivado. Nessa perspectiva, consignou o julgado:

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS — ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC n. 19/1998. Precedentes.

II – Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa.

III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir.

IV – Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho. (RE n. 589.998/PI, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.3.2013. Publ. DJe-179, 12.9.2013.)

Essa conclusão, aliás, deveria ser imediatamente encampada por todas as demais instâncias trabalhistas, especialmente o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho que, no entanto, ainda tem relutado em realinhar sua jurisprudência em conformidade às deliberações do Supremo Tribunal.

Veja-se, a esse aspecto, que ainda ecoam vozes em sentido contrário, senão vejamos:

TST-1076458) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA — CBTU — REINTEGRAÇÃO — SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — DEMISSÃO — MOTIVAÇÃO — DESNECESSÁRIA. Tratando-se a reclamada (CBTU) de sociedade de economia mista, a decisão regional no qual se registrou que não há necessidade de motivação para a dispensa do empregado está de acordo com a Súmula n. 390 e com a Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1, ambas do TST. Agravo de instrumento não provido. (AIRR n. 80000-38.2011.5.13.0026, 2ª Turma do TST, rel^a. Maria das Graças Silvany, unânime, DEJT 25.3.2013.)

Essa conclusão, aliás, deveria ser imediatamente encampada por todas as demais instâncias trabalhistas, especialmente o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho que, no entanto, ainda tem relutado em realinhar sua jurisprudência em conformidade às deliberações do Supremo Tribunal.

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⁽¹⁷⁾ 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

(17) Cf. CASSAR, Vólia Bomfim. *Empregado público, servidor público, EC n. 19/98 e o julgamento da ADI n. 2.135/00*. 21 out. 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 20 nov. 2008.

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⁽¹⁸⁾ assim prevê no art. 13.

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⁽¹⁹⁾, 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”.

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.

(18) Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>> Acesso em: 5 out. 2012.

(19) TEIXEIRA, Sergio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 115.

4. Considerações finais

Pelo exposto, a intenção é a de retomar, 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. Inclusive, essa retomada de posições caminha na trilha direcionada ao próprio cancelamento da OJ n. 247 da SBDI-1 eis que à luz do novel posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a Corte Superior Trabalhista se isola no “solitarismo” da posição retrógrada.

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 Luís Roberto Barroso⁽²⁰⁾, ao assentar “a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção dos seus institutos sob uma ótica constitucional”.

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 n.*

2.135/00. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 20 nov. 2008.

DALLARI, Adilson 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 Emprego 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: Editora Fórum, 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. In: *BDA — Boletim de Direito Administrativo*, 07/95, 1995.

TEIXEIRA, Sergio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998.

(20) BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 174.

Tutela coletiva específica ou resultado prático equivalente: a indenização moral coletiva revertida para a própria comunidade lesada

Rinaldo Guedes Rapassi^(*)

Resumo:

- Ao conhecer e julgar pedido de dano moral coletivo, é viável ao Juiz do Trabalho conceder a tutela coletiva específica ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação descumprida. Dessa forma, presta atendimento direto aos lesados na região local do dano, seja por meio de obras (aplicação do art. 2º da Res. n. 154/2012-CNJ, inclusive no processo do trabalho), seja indiretamente, na forma de indenização, por meio de aporte financeiro preferencialmente a fundos municipais (como o FIA — Fundo da Infância e Adolescência). Trata-se de trabalho multi-institucional, em cooperação com outros poderes da República e ramos do Ministério Público, que maximiza o atendimento à finalidade do Estado brasileiro. É um desdobramento da dimensão política do Poder Judiciário na construção de uma sociedade mais justa, desenvolvida e igualitária.

No vasto território brasileiro, constata-se grande dificuldade de acesso à saúde de qualidade, à educação profícua e à segurança eficiente.

Por que isso acontece?

Há quem dê justificativa histórica para nossos problemas, é verdade⁽¹⁾.

Contudo, JOSUÉ DE CASTRO define com propriedade que:

“o subdesenvolvimento é o produto da má utilização dos recursos naturais e humanos realizada de forma a não conduzir à expansão econômica e a impedir as mudanças sociais indispensáveis ao processo da integração dos grupos humanos subdesenvolvidos dentro de um sistema econômico integrado.” (sem destaque no original)⁽²⁾

Certamente, há espaço para que o Estado brasileiro seja mais eficiente em promover o desenvolvimento.

(*) Juiz do Trabalho Substituto junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Especializado em Direito Material e Processual do Trabalho e habilitado em Didática do Ensino Superior pela Universidade Presbiteriana Mackenzie – Brasília. Especializado em Direito do Consumidor, Processos Coletivos e Direito Ambiental pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Secção São Paulo. Bacharel em Direito, com habilitação na área de Direito do Trabalho e da Segurança Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

(1) Para ALFRED MARSHALL, no capítulo *Cidadania e Classe Social* do livro de T. H. MARSHALL, a própria condição de colônia em si já representou uma diferença gritante no desenvolvimento da cidadania no Brasil

(MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967).

(2) CASTRO, Josué de. A explosão demográfica e a fome no mundo. In: *Fome, um tema proibido*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

No que aqui nos interessa, o Estado não deve se limitar à punição dos infratores sem tentar adotar estratégias de prevenção e de orientação ou assegurar a preservação das vítimas. Como diagnosticou recentemente o sociólogo RENATO SÉRGIO DE LIMA, o Estado deve ter instituições fortes, que respeitem os direitos humanos e trabalhem de forma articulada. Mas “o modelo é esquizofrênico. Muitas vezes as polícias, o Ministério Público e o Judiciário trabalham em oposição uns aos outros”⁽³⁾.

A responsabilidade não é só do Poder Executivo, ou do Legislativo. É do Estado como um todo e, pois, também do Poder Judiciário, além de parcela que cabe à própria sociedade (e das empresas nela inseridas).

Atentemos que o Juiz é um agente político. E o Juiz do Trabalho, um agente político que tem especial conhecimento dos problemas sociais brasileiros. Por isso, pode e deve fazer uso de seu poder constitucional, da forma mais ampla que estiver ao seu alcance, a fim de fomentar o desenvolvimento e de forma a suprir algumas carências sociais importantes.

Em outras palavras, é dever primeiro do magistrado procurar atender às metas institucionais tradicionais. Mas, além disso, não há de descurar-se da qualidade do seu trabalho, traduzida na responsabilidade social de suas decisões, de modo a zelar sempre pela boa imagem da magistratura. Isso inclui manter a consciência de que pode utilizar-se das faculdades processuais para a realização do bem-estar social. Postergar a reparação do dano coletivo pelo envio de recursos financeiros ao FAT é delegar a solução efetiva ao Poder Executivo para um futuro incerto e sem os mesmos controles a que se submete a decisão judicial.

Segundo jurista português BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “*nós, integrantes do sistema de Justiça, não podemos resolver toda*

(3) Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1185985-criticas-a-gestao-da-seguranca-marcam-debate-sobre-violencia.shtml>> Acesso em: 17 nov. 2012.

a injustiça, mas, se não fizermos a nossa cota-parte na redução da injustiça, de duas, uma: ou seremos ostracizados pela população ou então nos tornaremos uma instituição irrelevante”⁽⁴⁾.

E, ainda, vale lembrar a ideia de *juiz-Hércules*, uma metáfora utilizada por RONALD DWORKIN em suas obras sobre filosofia do direito para demonstrar as qualidades excepcionais, quase divinas, do juiz que toma a melhor decisão em cada caso⁽⁵⁾. O jusfilósofo descreve o juiz ideal como aquele dotado de sabedoria e paciência sobre-humanas — capaz de desenvolver uma teoria política completa ao se deparar com um caso difícil, pois sua decisão não deve limitar-se a estar de acordo com o Direito, mas ser simultaneamente justificável do ponto de vista da moralidade política.

Em suma, como o Poder Judiciário pode entregar plenamente a tutela específica ou equivalente, buscada no processo, e, ao mesmo tempo, aumentar o apoio ao desenvolvimento, inclusive no interior dos estados?

Como firme resposta a essa questão, em 23 de novembro de 2012, a Plenária da 1ª Semana Institucional do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região aprovou⁽⁶⁾ tese deste autor, resumida na seguinte ementa:

“DANO MORAL COLETIVO. INDENIZAÇÃO. REVERSÃO PREFERENCIAL PARA O LOCAL DO DANO. APLICAÇÃO DO ART. 2º DA RES. N. 154/2012-CNJ”⁽⁷⁾ NO

(4) Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21924%3Aasociologo-defende-responsabilidade-dos-tribunais-sobre-a-democracia&catid=223%3Acnj&Itemid=583> Acesso em: 17 nov. 2012.

(5) DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 164-203.

(6) Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=noticiaSelecionada&id_noticia=25209> Acesso em: 30 nov. 2012.

(7) Até o momento da redação deste artigo, não existia nenhum ato normativo do CSJT a orientar os juizes trabalhistas a respeito da matéria. Assim, propus ao Conselho Superior que cogitasse da edição de ato normativo, em processo que recebeu o número CSJT-AN-2242-53.2013.5.90.0000 (Rel. Cons. Aloysio Corrêa da Veiga).

PROCESSO DO TRABALHO. OFÍCIOS AO MPT E AO MP-BA.”

A propositura do tema foi resultado de curiosa sequência de fatos, que resumo a seguir.

Em dezembro de 2011, o *I Congresso de Segurança Interinstitucional do Oeste da Bahia*⁽⁸⁾, de cuja organização participei, culminou com a aprovação de 12 metas para a região, entre as quais a 9ª, que, em síntese, apontava para a urgência de construção ou de reparação de cadeias, casas de custódias junto a delegacias da Polícia Civil. A corroborar a urgência dessa meta regional, recorde-se que o Brasil está sendo processado na Organização dos Estados Americanos por ter cadeias em péssimas condições de vida⁽⁹⁾ e o próprio Ministro da Justiça afirmou publicamente que preferiria morrer, a ser preso por longo período nas cadeias comuns do nosso País⁽¹⁰⁾.

Em março de 2012, homologuei acordo no curso de uma ação civil pública (ACP n. 0000410-02.2011.5.05.0651), inicialmente fixando compensação em pecúnia por dano moral coletivo, no montante de R\$ 205.000,00, a ser revertida em prol daquela mesma meta: a construção ou a reforma de cadeias públicas, conforme o caso, em quatro municípios da região (Bom Jesus da Lapa, Sítio do Mato, Santa Maria da Vitória e Correntina).

Algum tempo depois e diante da dificuldade do estado em realizar as obras na celeridade e eficiência pretendidas, foi obtido um novo acordo, em que a empresa, mesmo já tendo quitado sua obrigação de pagar fixada originalmente, aceitou submeter-se a novo e difícil encargo: realizar todas as quatro obras com seus próprios recursos e seguindo projetos

e cronograma preparados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia.

Não houve a restituição, inicialmente, do dinheiro que a empresa já depositara à disposição do Juízo. Apenas no final da tarefa e após todas as fiscalizações, os valores originais poderão ser ressarcidos.

Por isso, com a aceitação em fazer o segundo acordo, infere-se que a empresa buscou demonstrar coerência com suas alegações de responsabilidade social para comunidades na região e em outros locais, espelhada na construção de escolas rurais que já havia entregue a algumas prefeituras.

A obra está em execução e já apresenta excelentes resultados. O cronograma aponta a conclusão para o primeiro semestre de 2013. Há constante fiscalização da Justiça criminal, do MP/BA, do MPT e das empresas que figuraram como parte na ação civil pública.

A proposição desse segundo pacto fundou-se na inabalável crença do Juízo de que as empresas e os indivíduos que compõem a sociedade têm significativo interesse no desenvolvimento socioeconômico de sua região, além, é claro, do próprio Estado (Ministério Público, Justiça do Trabalho, governo do estado, governos municipais) e das instituições sociais que acompanharam presencialmente as audiências (conselhos municipais de segurança, OAB etc.).

No caso específico, a crença foi confirmada no momento da anuência da empresa acionada em suportar novas e difíceis obrigações, dificilmente aceitáveis para um olhar mais apressado.

O raciocínio contrário também é verdadeiro: saber da destinação de indenizações em pecúnia para fundos federais, a recheiar cofres públicos distantes do local originário da lesão, é a causa da repulsa que muitos sentem ao se deparar com ações civis públicas. Além, é claro, da ainda inadequada sistemática estatística, que não valorizar o trabalho em processos coletivos, mas o iguala a uma simples causa individual que tramite sob o rito sumariíssimo.

(8) Disponível em: <<http://www.amatra5.org.br/noticias.asp?ID=205>> Acesso em: 17 nov. 2012.

(9) Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Port/22.11port.htm> e <http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%204%20.htm>> Acesso em: 30 nov. 2012.

(10) Disponível em: <<http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/100187069/ministros-do-stf-criticam-sistema-prisional-brasileiro>> Acesso em: 30 nov. 2012.

Do ponto de vista processual, convém atentar que o Estado liberal do final do século XIX aplicava de forma neutra e indiferente as regras, por força da exacerbada importância que então se dava aos princípios da igualdade formal e da mais ampla liberdade individual. A legislação clássica objetivava precipuamente as tutelas meramente declaratórias e as ressarcitórias.

Já o direito processual contemporâneo permite ao magistrado a aplicação da modalidade processual mais adequada ao caso, respeitado o livre convencimento motivado.

Com efeito, os direitos fundamentais previstos na Constituição podem ser efetivados por meio do processo, se o jurisdicionado demandar em juízo. Por isso, cabe ao legislador criar normas processuais adequadas à satisfação desses direitos materiais. Contudo, é humanamente impossível prever todas as situações fáticas na lei, razão pela qual os códigos, não raramente, ou são omissos ou contêm as chamadas “cláusulas gerais”, que são fórmulas mais genéricas a permitir ao intérprete (e, sobretudo, ao agente político) a adequação ao caso concreto.

Cabe, pois, ao juiz extrair a máxima efetividade das técnicas processuais, podendo, para tanto, lançar mão da tutela específica (*ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação descumprida*), ou a inibitória, para somente após, optar por uma compensação pecuniária. É mais consentâneo ao preceito constitucional beneficiar sempre a região originária do dano coletivo, só deixando para última hipótese a destinação de recursos a algum fundo estadual ou, mais remotamente, federal.

Em outras palavras, visando ao máximo de efetividade, o juiz pode valorizar a tutela específica em prol do local do dano e evitar a destinação de recursos a fundos federais, como FAT⁽¹¹⁾, para que, com sua decisão, não termine

(11) Ressalvo, porém, minha respeitosa opinião de que a prática de fortalecer o FAT foi efetivamente útil em

por, incongruente, haurir ainda mais a economia de um local recém-empobrecido pela ocorrência do dano coletivo⁽¹²⁾.

Destaco tratar-se de atividade típica jurisdicional, porque desdobramento da tarefa processual de decidir qual a tutela específica objeto da condenação, ou onde aplicar o valor da indenização determinada na sentença. Por isso, a destinação de recursos à própria região lesada é tão relevante.

Nesse passo, destaco o auspicioso advento, em julho de 2012, da Resolução n. 154 do CNJ. Entendo-a plenamente aplicável, por analogia, ao processo do trabalho.

É possível, pois, fomentar projetos multi-institucionais⁽¹³⁾, em parceria do Judiciário

um período que o fundo federal ainda era frágil, para que se estabilizasse. Entretanto, hoje tem fonte própria e suficiente de recursos. Note-se, por exemplo, que o patrimônio financeiro do FAT terminou 2011 em R\$185,4 bilhões e não há atualmente como o Codefat utilizar todo esse valor, por falta de projetos. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/2686822/uso-do-fat-para-qualificacao-caiu-46-no-ano-passado>> Acesso em: 17 nov. 2012.

(12) Em 4.7.2012 e nesse sentido, o Excelentíssimo Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, concedeu medida liminar em ação cautelar em recurso de revista nos processos ns. TST-Caulnom-6981-06.2012.5.00.0000 e TST-Caulnom-7001-94.2012.5.00.0000, porquanto, entre outros fundamentos, “como reconheceu, em princípio, a própria Juíza presidente da execução, não se afigura útil a exigência do depósito do expressivo valor da indenização dos danos morais coletivos. Por primeiro, porque retiraria do fluxo de caixa dos executados montante superior a um bilhão de reais. (...) E, finalmente, porque a retenção do referido valor não beneficiará a tutela das vítimas das doenças decorrentes da contaminação ambiental. Importante frisar que, nos termos da decisão exequenda, o valor reverter-se-á ao Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT, o que esvazia, por completo, a utilidade da abertura do procedimento de apreensão patrimonial”. Ressalto os ingentes e verdadeiramente hercúleos esforços da Excelentíssima Juíza do Trabalho Maria Inês Targa nas inúmeras e constantes tentativas de conciliação, inclusive visando à reversão da quantia em prol da comunidade de onde originou o dano.

(13) A ideia inspira-se na filosofia que embasa o programa TJC — Trabalho, Justiça e Cidadania, ao congregar diversas instituições da sociedade para alcançar um bem comum, com apoio da população e maior segurança

com outros órgãos do Estado (inclusive outros ramos da própria Justiça, CNJ etc.), visando, por exemplo, à inclusão de jovens no mercado de trabalho e ao tratamento de dependentes de drogas, o que poderá refletir na melhoria da segurança institucional da Justiça (seus usuários, servidores e juízes).

Tudo deve ser feito da forma mais científica e transparente possível, já que as decisões judiciais estão sob constante crivo do respectivo Tribunal, da Corregedoria Regional, da Corregedoria-Geral, do STF, do TST/STJ/STM, do CNJ, do CSJT, da imprensa, da OAB, do MPT, do MP Estadual, das partes e até mesmo dos próprios colegas. Além disso, o magistrado deve agir, sempre que possível, junto com outros agentes políticos e representantes de instituições democráticas da sociedade, para aumentar as garantias de lisura e de efetividade.

Alternativamente, é viável a destinação de recursos depositados à disposição do Juízo em decorrência de indenização moral coletiva ao *FIA — Fundo da Infância e Adolescência*⁽¹⁴⁾,

dos usuários, servidores e membros da magistratura. Outro bom exemplo de sinergia dos órgãos do Estado vem da cidade do Rio de Janeiro, que sofria há muito tempo com a insegurança pública. Somente quando se intensificaram, simultaneamente, esforços dos diversos ramos dos Poderes municipais, do Estado-membro e da União, inclusive do Poder Judiciário e diversas instituições civis e militares, obteve-se sucesso na pacificação e desenvolvimento socioeconômico de comunidades carentes como a Rocinha. E, mesmo após o primeiro período, mais crítico, iniciativas conjuntas permitiram o fornecimento e a continuidade de outros serviços públicos, não só aqueles ligados à segurança.

(14) MODELO DE DESPACHO:

“1. Vistos etc.

2. DETERMINO, com fulcro nos arts. 227 da CRFB, 88, IV, do ECA, e 2º da Res. 154/CNJ, este por analogia, que o montante depositado à disposição do Juízo (fls. x) seja dividido em três em partes iguais e CADA UMA DELAS SEJA DEPOSITADA em favor dos respectivos FIA – Fundo para a Infância e Adolescência dos municípios de __, __ e __.

3. OFICIE-SE aos respectivos CMDCA – Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, a fim de que INFORMEM, EM 10 DIAS, o número da conta do FIA que deverá receber o depósito e para que PRESTEM CONTAS da utilização do recurso.

porque se trata de um fundo municipal previsto no ECA, art. 88, IV, e administrado pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente. Onde não ainda tiver sido criado, a simples determinação de depósito é um ótimo impulso para que passe a existir e vir a melhorar a educação, a saúde e a segurança de crianças e adolescentes nas cidades e, por consequência, de suas famílias.

Nesse particular, registro que o Ministério Público estadual tem ajuizado ação civil pública para, se necessário, criar o FIA em cada um dos municípios beneficiados pela decisão oficial. Por isso, convém enviar cópia da decisão ao MP do respectivo estado. Isso significa também mais um ganho institucional: trabalhar em excelente parceria com o Ministério Público, seja para viabilizar a aplicação de recursos, seja para contar com sua fiscalização.

Há também os fundos estaduais. Nesse aspecto, reformulo pensamento anterior, em razão de uma indesejável centralização (e, note-se, delegada ao Poder Executivo), com possível aplicação em atividade distante do local do dano. Penso que os fundos estaduais não têm o mesmo mérito de um fundo municipal, bem mais próximo ao local da lesão, passível, inclusive, de uma fiscalização mais direta e efetiva por parte dos interessados. De toda forma, vale ressaltar que, para fomentar diretamente projetos laborais no âmbito de um estado-membro, foi criado o *Fundo estadual baiano de Promoção do Trabalho Decente — Funtrad* (Lei estadual n. 12.356/11), que visa à captação, repasse e aplicação dos recursos para custear as políticas públicas destinadas a gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento, além de combater os trabalhos infantil e escravo.

Pode-se compensar pecuniariamente, ainda, diretamente, entidades cadastradas juntos ao

4. COMUNIQUE-SE o Ministério Público estadual junto a cada um dos municípios beneficiados, com cópia deste despacho (ao qual confiro FORÇA DE OFÍCIO), para que FISCALIZE como entender de direito. Registre por parte deste Juízo as homenagens de estilo.

5. INTIME-SE PESSOALMENTE o Ministério Público do Trabalho, autorizada a ciência desde logo pelo modo mais célere (fac-símile e telefone, certificando-se).”

MP, ao MPT e aos órgãos estaduais, como a CEAPA — *Central de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas* (<<http://www.seap.ba.gov.br/index.php/ceapa>>), consideradas oficialmente habilitadas para receberem doações advindas de processos judiciais.

Com isso, é viável enviar recursos para instituições que cuidam de deficientes, menores, drogados⁽¹⁵⁾ ou idosos, por exemplo. Há também hospitais públicos que se pode apoiar (com a doação direta de aparelhos como tomógrafos, ou para diálise, sobretudo em municípios distantes dos centros de tratamento).

Além disso, sabemos que o papel das universidades e institutos científico-tecnológicos públicos vai além de fornecer mão de obra qualificada para o mercado de trabalho. As possibilidades de interação entre universidades e empresas se expandem na medida em que a Justiça eventualmente decida apoiar a geração de conhecimento, para que essas instituições e o país não se distanciem das tecnologias de ponta disponíveis nos países mais desenvolvidos, e em alguns casos, possa estar à frente na produção dessas tecnologias. Pode-se, por exemplo, consultar formalmente a Secretaria de Inovação do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, para indicação da instituição a receber a doação.

Essa mudança de rumos nas decisões judiciais é ainda mais urgente e oportuna quando se considera que, na seara trabalhista, há significativa tendência de aumento no número das ações civis públicas, cujo rol de legitimados é cada vez mais amplo⁽¹⁶⁾, graças à acertada nova redação dada pelo TST à sua OJ SBDI-2 n. 130, que reza:

“130. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI N. 7.347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA

(15) Veja: <<http://www.onu.org.br/programa-da-onu-seguranca-com-cidadania-apoia-oficina-contradrogas-para-jovens-na-bahia>>, acerca de ação multi-institucional do Programa Conjunto da ONU Segurança com Cidadania, em Lauro de Freitas, BA.

(16) Arts. 8º, III/CRFB, 513, “a”/CLT, 91/CDC, 5º, V, “a” e “b”, e 21/LACP; 129/CRFB e 83, III/LC-75/93; cancelamento da SÚM-310/TST.

DO CONSUMIDOR, ART. 93 (*redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.9.2012*) – Res. n. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012.

I – A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela extensão do dano.

II – Em caso de dano de abrangência regional, que atinja cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma Vara do Trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos.

III – Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a Ação Civil Pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho.

IV – Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída.”

Paralelamente, convém também destacar outra prática que tem se mostrado positiva. Ao se homologar um acordo em que uma ou várias entidades sejam beneficiadas com a destinação de recursos financeiros, pode-se impor às beneficiadas a simples assunção de um compromisso formal e expreso, antes do repasse de valores, que adotará práticas contra a corrupção. Trata-se de mais um óbice a eventuais desvios, ainda que de cunho ético, mas que tem sido bem recomendado por organismos internacionais e já adotado, no Brasil, por entidades respeitadas, como o Instituto Ayrton Senna.

É muito bom ouvir de pessoas insuspeitas da comunidade um agradecimento à Justiça, principalmente por uma ação da qual tenham participado como profissionais. O reconhecimento espontâneo, verdadeiro, é parte importante da realização profissional de todo ser humano.

Imaginemos, pois, que os magistrados, advogados, promotores, procuradores, com a inestimável ajuda dos servidores e o interesse das partes, podem contribuir localmente para que suas regiões se tornem mais prósperas e pujantes. E, mais que isso, que se intensifiquem as ações entre as instituições republicanas e, dessas, com as organizações da sociedade e os cidadãos, a fim de se atingir maior e significativo desenvolvimento socioeconômico.

Ação autônoma posterior destinada à responsabilização subsidiária do tomador de serviços ente público: controvérsias, questões relevantes e tutela de direitos

Christiana D’Arc Damasceno Oliveira^(*)

Resumo:

Examina-se, neste breve estudo, os meandros e debates que envolvem a ação autônoma posterior direcionada ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços integrante da Administração Pública Direta e Indireta, nas hipóteses em que, pelas mais variadas circunstâncias, não figurou tal ente na ação trabalhista originária movida pelo trabalhador apenas em face de sua ex-empregadora (empresa intermediadora de mão de obra). O tema, dotado de interesse prático e relevância científica, acarreta amplos reflexos no plano concreto da vida das pessoas, sendo cada vez mais usual nas lides trabalhistas. Embora ainda não contemplada a temática pela atenção detida da doutrina, tem-se caracterizado, por outro lado, no âmbito da jurisprudência atualmente prevalecente, pela negativa da possibilidade de ajuizamento de ação autônoma para responsabilização do ente público em casos tais. Neste artigo, tangencia-se os argumentos principais em que se respalda referido entendimento jurisprudencial. Em continuação, são enfocados fundantes aspectos do tema sob diferenciados prismas processual, constitucional e trabalhista, propondo-se deslinde concretista hábil a amainar o descumprimento de direitos fundamentais nas relações de trabalho, com direta implicação nos meios para fortalecimento da dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave:

► Responsabilidade subsidiária — Ente público — Ação autônoma.

(*) Juíza do Trabalho, 14ª Região (AC e RO). Ex-Auditora Fiscal do Trabalho. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC/MG. Especialista em Direito Processual pela PUC/MG. *Master* em Teoria Crítica dos Direitos Humanos, pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha (Espanha). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, Seção brasileira da *Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*. Membro do Instituto de Pesquisas

e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA). Integrante do Grupo de Pesquisa sobre Justiça e Direitos Eletrônicos (GEDEL). Diretora da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 14ª Região (ESMATRA 14). É autora da obra *(O) Direito do Trabalho Contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho*, publicada pela LTR Editora, 2010.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em matéria de terceirização trabalhista, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta: critérios para incidência, posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho
- ▶ 3. Ação autônoma posterior destinada à responsabilização subsidiária do tomador de serviços ente público
 - ▶ 3.1. Argumentos contrários: jurisprudência prevalecte e controvérsias
 - ▶ 3.1.1. Coisa julgada
 - ▶ 3.1.2. Litisconsórcio necessário passivo
 - ▶ 3.1.3. Interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido
 - ▶ 3.1.4. Ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa
- ▶ 4. Análise da matéria sob outra ótica: viés concretista e aspecto pedagógico
- ▶ 5. Efetividade processual e tutela de direitos
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

Em contexto de práticas deletérias de contratação cada vez mais disseminadas, que sobretudo se irradiam no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, não raro se aponta o fenômeno da terceirização como quadrante irreversível.

Referido tema é multifacetado e comporta a análise de aspectos jurídicos, sociológicos e econômicos, que ultrapassam os propósitos deste artigo, embora já se tenha tido a oportunidade de abordar a matéria com mais vagar em outra seara⁽¹⁾.

Neste breve estudo, e à vista dos importantes reflexos que a temática tem acarretado em crescente na jurisprudência e no plano concreto da vida das pessoas, será analisada a possibilidade de o trabalhador pleitear em juízo, em ação trabalhista autônoma posterior

dirigida unicamente contra o tomador de serviços integrante da Administração Pública Direta e Indireta, a respectiva responsabilidade subsidiária por obrigações advindas do descumprimento de direitos fundamentais nas relações de trabalho, já vindicados em ação originária apenas contra a empresa prestadora.

Em casos tais, tendo o trabalhador, a princípio, proposto demanda somente contra sua ex-empregadora, percebe ele — após — que a medida não foi bastante para conferir lastro à concreção, no campo fático, de seus direitos assegurados em sentença transitada em julgado, seja diante da comum situação de a empresa restar em local incerto e não sabido, seja à falta de localização de patrimônio do empreendimento ou de seus sócios.

Na hipótese, de modo usual, a “opção” pelo ajuizamento da ação primitiva exclusivamente contra a empresa prestadora (aqui denominada n. 1), sem a inclusão no polo passivo à época também do integrante da Administração Pública Direta e Indireta, deriva do receio do

(1) OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno. *(O) direito do trabalho contemporâneo*: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p. 27-42 e 169-170.

obreiro em ser discriminado por ocasião de futuras colocações junto ao mesmo ente público, ou ainda da circunstância de já ter tal trabalhador (e reclamante) sido admitido (“aproveitado”) pela empresa prestadora n. 2 – a qual veio a substituir ou mesmo suceder a anterior prestadora de serviços perante o sinalado tomador de serviços.

Vê-se o obreiro, assim, envolvido em um dilema: de um lado, cauteloso quanto à eventual retaliação — expressa ou indireta — por parte do tomador de serviços; de outro, premido pelo desrespeito por parte de sua ex-empregadora (empresa prestadora n. 1) no que atine a direitos basilares de natureza alimentar. Alfim, decide não incluir o tomador de serviços no polo passivo da ação originária.

Tempos depois, impelido por circunstâncias diversas, esse mesmo obreiro ajuíza ação autônoma apenas em face do ente público, objetivando sua responsabilização subsidiária pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela prestadora e que já tinham sido objeto da primeira ação, com sentença condenatória transitada em julgado, deparando-se comumente com óbices de natureza processual, panorama que deságua na situação objeto deste artigo.

No que diz respeito à matéria, em reiterados julgados recentes, o Tribunal Superior do Trabalho tem se posicionado no sentido de não ser possível o ajuizamento de ação autônoma posterior para responsabilização subsidiária do tomador de serviços integrante da Administração Pública.

No tocante, aduz-se que, por não ter efetivado o autor a inclusão do ente público no polo passivo da ação originária movida contra a empresa prestadora, afluiria a necessidade de extinção da ação autônoma posterior sem resolução do mérito, seja ante a coisa julgada material, seja à vista da não observância de litisconsórcio necessário passivo, seja diante da ausência de interesse processual ou de impossibilidade jurídica do pedido, seja diante do vilipêndio aos princípios do devido processo

legal, do contraditório e da ampla defesa em prol do tomador de serviços.

Na esfera doutrinária, o panorama ainda não apresenta análise detalhada.

Logo, equivalendo as lides que aludem à terceirização à expressiva parcela dos milhares de feitos submetidos anualmente à apreciação da Justiça do Trabalho — máxime envolvendo entes públicos como tomadores de serviço —, tem-se que, a par da importância teórica, o tema relativo à possibilidade ou não de ajuizamento de ação autônoma em face do tomador de serviços integrante da Administração Pública Direta e Indireta, no sentido de debater sua responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de direitos fundamentais trabalhistas reconhecidos em ação originária movida unicamente contra a empresa prestadora, apresenta importantes contornos de natureza prática e social.

O prisma de análise a ser adotado pelos atuantes na esfera jurídica, no particular, será determinante para o direcionamento dos feitos: quanto ao advogado, já ao explicar ao potencial cliente os riscos e possibilidades de êxito da demanda; no que se refere ao procurador do trabalho, ao instruir procedimentos administrativos e optar pelo instrumento processual coletivo apto a sanear pendências em hipóteses tais; em se tratando do magistrado trabalhista, inclusive ao decidir o norte a ser conferido às respectivas instruções, acaso entenda que se trata de hipótese de extinção do feito sem resolução do mérito, além de decidir o lastro jurídico para suas sentenças; etc.

Como já dito, o enfoque central deste texto, longe de analisar os cenários tanto subjacente como propulsor do instituto da terceirização, será voltado para o trato jurisprudencial conferido à possibilidade ou não de ajuizamento de ação autônoma em face do tomador de serviços ente público, pleiteando sua responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de direitos fundamentais trabalhistas reconhecidos em face da empresa prestadora, no âmbito de primeira ação movida apenas contra esta.

Serão salientados elementos processuais e constitucionais afetos à matéria, tendo em conta as significativas repercussões envolvidas de cunho teórico, prático e social.

Por fim, e à luz dos desafios e possibilidades que se antepõem ao exegeta em tempos de mudança ou adaptação, será aferido o papel da hermenêutica concretizadora dos direitos fundamentais e seu liame com o tema ora abordado.

2. Responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em matéria de terceirização trabalhista, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta: critérios para incidência, posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho

A terceirização consiste em fenômeno que, em linhas gerais, pode ser focado sob duas classificações: *interna* (quando empregados de uma empresa, mantendo formalmente o vínculo de emprego com esta, desenvolvem suas atividades integrados a outra tomadora de serviços, em regra, inclusive no espaço físico da própria tomadora, a qual mantém a dinâmica produtiva de suas próprias atividades ou bens por meio de empregados terceirizados — é a denominada *terceirização de serviços*), e *externa* (quando a empresa tomadora se desvencilha não só da contratação formal de empregados para o desenvolvimento de suas atividades, como também “exporta/descentraliza” parte ou praticamente toda a dinâmica produtiva para outra empresa “parceira”, a qual assume a produção das atividades ou bens em seu próprio espaço, com seu maquinário e com seus próprios empregados ou prestadores de serviço, sendo, ao final, os produtos repassados já prontos para a empresa tomadora, aí denominada *terceirização de atividades*).

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula n. 331, entende ser admissível a terceirização interna (de serviços) nas atividades de vigilância, limpeza e conservação, além de

serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador (portanto, não vinculados à atividade-fim), desde que não exista pessoalidade ou subordinação direta. Se o tomador de serviços pertencer à iniciativa privada, sua responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas será automática, desde que observados os requisitos acima indicados.

Por outro lado, acaso se trate o tomador de serviços de ente integrante da Administração Pública Direta e Indireta, hipótese a que se vincula o cerne deste artigo, além dos requisitos já reportados, haverá aspectos adicionais exigíveis para a configuração da responsabilidade subsidiária.

Diante do claro posicionamento do Supremo Tribunal Federal no âmbito do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16/DF, em que se reconheceu a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, com a redação atribuída pelo art. 4º da Lei n. 9.032/1995 (STF – Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 24.11.2010, DJ de 9.9.2011), findou por ser atribuída nova redação à Súmula n. 331 do TST a partir de maio/2011 (foram introduzidos os incisos V e VI, e modificado o teor do inciso IV).

Desde então, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços apenas incidirá se, de forma cumulada aos requisitos acima identificados (terceirização admissível apenas em atividades de vigilância, limpeza e conservação, além de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que não exista pessoalidade ou subordinação direta), ainda ficar demonstrada no caso concreto a conduta culposa do tomador de serviços no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, sobretudo quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora (culpa *in vigilando*).

Portanto, diferentemente do que se sucede no âmbito da iniciativa privada, a responsabilidade

subsidiária dos entes públicos não decorrerá de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada⁽²⁾.

Por oportuno, cabe salientar que será do tomador de serviços ente público o ônus probatório de demonstrar sua diligência na fiscalização do contrato firmado entre ele e a empresa interposta acerca da observância de deveres legais e contratuais da prestadora perante seus empregados, empreendendo verificação prévia e periódica da idoneidade e suficiência econômica da empresa, conforme lhe impõem inclusive os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78, da Lei n. 8.666/93 (e na esfera da Administração Pública federal, a Instrução Normativa n. 2/2008 do Ministério

(2) Súmula n. 331 do TST. **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. n. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011**

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.1983) 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.”

do Planejamento, Orçamento e Gestão, MPOG, alterada pela Instrução Normativa n. 03/2009), sob pena de responsabilização subsidiária por sua omissão, a teor dos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil, c/c o art. 8º da CLT.

Raciocínio diverso equivaleria à imputação ao trabalhador do ônus de prova de fato negativo, o que seria incompatível com o ordenamento jurídico por infringir os arts. 818 da CLT e 333, inciso II, do CPC, além de vulnerar o princípio da aptidão para a produção da prova.

3. Ação autônoma posterior destinada à responsabilização subsidiária do tomador de serviços ente público

São usuais na esfera laboral ações em que o trabalhador, sob a assertiva de terem sido aviltados direitos afetos ao pacto de emprego, ajuíza ação em que, de pronto, inclui no polo passivo tanto sua ex-empregadora (empresa interposta) como o tomador de serviços (comumente, ente público), postulando que seja averiguada a pertinência dos pedidos, com condenação dos destinatários da atividade laborativa à quitação das verbas correspondentes, observados os limites e as naturezas das respectivas responsabilidades.

De modo paralelo, contudo, tem-se identificado com incidência progressiva a existência de casos concretos em que, por distintas circunstâncias, tendo o trabalhador ajuizado ação originária apenas contra a empresa prestadora, na qual obteve sentença condenatória transitada em julgado, propõe ação autônoma posterior unicamente em desfavor do tomador de serviços ente público, requerendo a responsabilização subsidiária deste quanto às verbas deferidas na primeira ação.

Consistirá no âmbito deste tópico o exame do tratamento que vem sendo conferido, na seara jurisprudencial, à segunda hipótese acima indicada.

3.1. Argumentos contrários: jurisprudência prevalecente e controvérsias

Mais recentemente, sobretudo no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, tem emergido

posicionamento de tendência no sentido da impossibilidade de propositura de ação autônoma posterior para responsabilização subsidiária do tomador de serviços integrante da Administração Pública, quando o trabalhador ajuizou a ação originária exclusivamente contra a empresa prestadora, nela obtendo sentença condenatória transitada em julgado.

Nesse aspecto, os seguintes julgados:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO AUTÔNOMA APENAS CONTRA O TOMADOR DE SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA DEFINITIVA PROLATADA EM AÇÃO EM QUE FIGUROU COMO PARTE SOMENTE O PRESTADOR DE SERVIÇOS. (...) 2 – AÇÃO AUTÔNOMA VISANDO RECONHECIMENTO DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APENAS CONTRA A EMPRESA PRESTADORA. Aplicação do entendimento atual desta SBDI-1 firmado no sentido da impossibilidade de ajuizamento de ação autônoma contra o tomador de serviços, na qual se pretende responsabilizá-lo subsidiariamente pelos débitos trabalhistas reconhecidos em ação anterior transitada em julgado proposta apenas em face da empresa prestadora. Precedente. Ressalva de entendimento da relatora. Recurso de embargos conhecido e provido.” (TST – SBDI-1, E-RR – 24800-78.2006.5.09.0011, rel.^a Min.^a Delaíde Miranda Arantes. J. em: 17.5.2012. DEJT: 25.5.2012.)

“RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. RECLAMAÇÃO AUTÔNOMA APENAS CONTRA O TOMADOR DE SERVIÇOS. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO NA RECLAMAÇÃO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. Ao extinguir o processo sem resolução do mérito, o Tribunal Regional deslindou a controvérsia em plena sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que, *uma vez transitada em julgado decisão proferida em reclamação anteriormente proposta apenas*

quanto à empresa prestadora dos serviços, atenta contra o direito à ampla defesa e ao contraditório do tomador dos serviços, bem como contra a coisa julgada, o ajuizamento de reclamação autônoma com o fim de obter a condenação subsidiária, razão pela qual a pretensão recursal do reclamante encontra óbice na Súmula n. 333 do TST e no art. 896, § 4º, da CLT. Recurso de revista de que não se conhece.” (TST – 1ª Turma, RR – 7000-37.2006.5.09.00110, rel. Min. Walmir Oliveira da Costa. J. em 29.2.2012. DEJT: 2.3.2012.) (grifou-se)

“RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TOMADORA DE SERVIÇOS EM RELAÇÃO ÀS VERBAS DEFERIDAS EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA ANTERIOR. AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA PRÓPRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 331, IV, DO TST. O item IV da Súmula/TST n. 331, em sua parte final, traz ressalva expressa de que a tomadora de serviços somente poderá ser responsabilizada subsidiariamente se houver — participado da relação processual —, *donde se extrai a necessidade de sua citação como litisconsorte na reclamação trabalhista principal, em que se buscou a responsabilização da prestadora de serviços, sendo inadmissível sua condenação mediante processo autônomo posterior, já que neste momento a discussão se resumiria a questões jurídicas, retirando da parte o direito à ampla defesa e ao contraditório em relação aos aspectos fáticos que levaram ao reconhecimento do débito em relação às verbas trabalhistas deferidas na primeira reclamação.* Recurso de revista não conhecido.” (TST – 2ª Turma, RR – 726100-68.2005.5.09.0011, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, J. em 22.6.2011, DEJT: 1º.7.2011.) (grifou-se)

“EMBARGOS SUJEITOS À SISTEMÁTICA DA LEI N. 11.496/2007. CARÊNCIA DE AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AUTÔNOMA AJUIZADA EM DESFAVOR DO TOMADOR DOS SERVIÇOS TERCEIRIZADOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE DECISÃO TRANSITADA EM

JULGADO EM QUE FIGUROU NO POLO PASSIVO DA AÇÃO APENAS A EMPRESA PRESTADORA DOS SERVIÇOS. *Há carência do direito de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, quando o empregado ajuíza reclamação trabalhista autônoma em desfavor do tomador dos serviços terceirizados, pleiteando sua responsabilização subsidiária quanto à satisfação dos direitos trabalhistas reconhecidos em ação anterior, já cobertos pelo manto da coisa julgada material, em que figurou no polo passivo apenas a empresa prestadora dos serviços, real empregadora.* A responsabilização do tomador dos serviços está condicionada à sua integração no polo passivo da reclamação trabalhista cujo título executivo judicial venha a assegurar ao obreiro a percepção de direitos trabalhistas não satisfeitos a tempo e modo pela empresa prestadora dos serviços, real empregadora. Seria impróprio reabrir a discussão em torno dos direitos trabalhistas pleiteados na primeira reclamação trabalhista, a fim de possibilitar, nesta segunda ação, que a empresa tomadora exercesse o direito constitucional a ampla defesa e contraditório, demonstrando o cumprimento das obrigações trabalhistas devidas pela real empregadora, pois, como se disse, tal controvérsia já fora dirimida pelo título executivo judicial transitado em julgado. A credibilidade da Justiça e dos provimentos jurisdicionais dela emanados não convive com decisões contraditórias a respeito da mesma relação jurídica, o que seria natural caso fosse admitida a pretensão em análise e possibilitado o ajuizamento de ação autônoma em desfavor do tomador dos serviços tratando da mesma matéria objeto de título executivo judicial devidamente aperfeiçoado. Embargos conhecidos e desprovidos.” (TST – E-RR-23100-67.2006.5.09.0011, rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 13.11.09.) (grifou-se)

“RECURSO DE REVISTA — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA — LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO SIMPLES — REVELIA — EFEITOS — (...) 2. O litisconsórcio formado a partir da reclamação ajuizada em face do empregador principal e do tomador de serviço em relação ao qual se pretende a responsabilidade subsidiária é do

tipo necessário, pois a condenação do tomador é o exemplo de relação jurídica em que há responsabilidade sem obrigação, porque esta (obrigação) quem tem é o empregador principal. Assim não é possível imaginar a possibilidade de ajuizamento de duas ações independentes de modo a classificar o presente litisconsórcio como facultativo. Só é possível uma única ação contra o obrigado principal e contra aquele que se quer declarar corresponsável pela obrigação principal, mas não coobrigado onde haverá o litisconsórcio passivo. E se só é possível uma única ação em face de duas reclamadas conquanto não se pode desconsiderar seja tipicamente um litisconsórcio necessário também não se trata de litisconsórcio facultativo visto que havendo interesse na condenação subsidiária haverá a necessidade do litisconsórcio. Trata-se, portanto, de um litisconsórcio necessário impróprio, fundamento pelo qual também resta inafastável a incidência do art. 320, inc. I do CPC. 3. Recurso de Revista conhecido e provido.” (TST – 5ª Turma – RR 493420 – rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 8.8.2003.) (grifou-se)

A análise da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que tem sido fixada acerca do tema, nos dias atuais, destarte, revela quatro argumentos principais em sentido negativo à possibilidade de ajuizamento da ação autônoma ora enfocada:

1. existência de coisa julgada;
2. litisconsórcio necessário passivo;
3. ausência de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido;
4. ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Apesar de haver julgados anteriores emanados do próprio TST, em que era admitida a propositura de ação autônoma posterior postulando a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços ente público, os sucessivos julgados atuais de lavra do Tribunal Superior do Trabalho acerca da questão denotam que propende a se solidificar a jurisprudência de

modo contrário à medida, o que tem ocasionado, em cadência, extinção sem resolução do mérito das lides.

Nos tópicos seguintes, ao passo em que serão apresentados elementos para reflexão, analisar-se-á os principais argumentos em sentido contrário à viabilidade de ajuizamento de ação autônoma posterior pelo trabalhador apenas contra o tomador de serviços ente público, para fins de responsabilização subsidiária deste quanto a verbas reconhecidas em sentença condenatória transitada em julgado em ação primitiva movida apenas em face da empresa prestadora.

3.1.1. Coisa julgada

O instituto da coisa julgada goza de fundamento constitucional (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal), e consiste na qualidade que torna imutável e indiscutível a sentença de mérito transitada em julgado⁽³⁾.

No campo do processo de caráter individual, pressupõe a coisa julgada a tríplice identidade acerca dos elementos constitutivos da ação (partes, causa de pedir e pedido) entre uma demanda em curso e ação outra anterior em

que já houve sentença transitada em julgado, na forma dos arts. 267, V, e 301, § 3º, parte final, do CPC.

Em consequência, para configuração da coisa julgada, é necessário que na demanda posterior se repitam as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido, da ação primitiva que já foi decidida por sentença da qual não caiba recurso.

Destina-se a coisa julgada ao resguardo da segurança jurídica, evitando-se decisões conflitantes. Caracteriza-se como um dos pressupostos processuais de validade objetivos extrínsecos negativos — assim entendidos aqueles que não podem estar presentes a fim de se permitir que o processo seja válido, *e. g.*, perempção e litispendência —.

A coisa julgada acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito, circunstância passível de reconhecimento até mesmo de ofício pelo magistrado (art. 301, § 4º, do CPC). Por tratar-se de pressuposto processual (ao lado das hipóteses elencadas no art. 267, incisos IV, V e VII, do CPC), e conforme a doutrina especializada, deve sua incidência ser examinada no feito antes da análise das condições da ação (art. 267, inciso VI, CPC), assim também do mérito da causa (art. 269, incisos I a IV, do CPC).

Especificamente quanto à ação autônoma movida pelo trabalhador apenas contra o tomador de serviços ente público, objetivando o reconhecimento da responsabilidade subsidiária deste em relação a obrigações pecuniárias ou conversíveis em pecúnia objeto de sentença condenatória proferida na ação primitiva ajuizada somente contra a empresa prestadora, evidencia-se a não caracterização da referida tríplice identidade acerca dos elementos constitutivos das ações.

De efeito, inexistente identidade entre as partes das duas demandas: na ação originária, figuraram nos polos ativo e passivo da ação, respectivamente, trabalhador/reclamante e empresa prestadora/reclamada; já na ação autônoma

(3) Sobre a matéria, bem explicitam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

“A eficácia da sentença não se confunde com a sua autoridade. A eficácia da sentença é a sua aptidão para produção de efeitos. A autoridade da sentença é a sua imutabilidade e indiscutibilidade — é a coisa julgada. A coisa julgada não é uma eficácia da sentença, mas simplesmente uma qualidade que se agrega ao efeito declaratório da sentença de mérito transitada em julgado. É a indiscutibilidade que se agrega àquilo que ficou decidido no dispositivo da sentença de mérito de que não caiba mais recurso (...) Embora seja corrente a alusão na doutrina à coisa julgada material e à coisa julgada formal, inclusive com apoio no direito positivo (art. 467, CPC), rigorosamente só pode ser denominada de coisa julgada a qualidade que torna imutável e indiscutível a sentença de mérito transitada em julgado. A coisa julgada dita formal, na realidade, não passa de uma preclusão temporal, não constitui outra coisa senão a última preclusão temporal do processo — daí porque, por vezes, denominada de preclusão máxima.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 446.)

posterior, diferentemente, constam como partes trabalhador/reclamante e tomador de serviços ente público/reclamado.

Além disso, há dissonâncias quanto à causa de pedir e ao pedido nas hipóteses.

Embora ambas as ações tenham em conta o inadimplemento de obrigações laborais em detrimento do trabalhador (causa de pedir remota), vale notar que, na ação autônoma posterior, a causa de pedir próxima atrela-se à sentença condenatória existente contra a empresa prestadora, sendo que o pedido se vincula ao aspecto de verificação e pretendido reconhecimento da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços ente público, com necessidade de análise de sua conduta de fiscalização ou não do contrato de prestação de serviços firmado entre ele e a empresa interposta (ex-empregadora do trabalhador), na esteira do entendimento explicitado pelo STF na ADC n. 16/DF, a que se ajustou a nova redação da Súmula n. 331 do TST.

Não bastasse, perceba-se que, por não ter o tomador de serviços ente público sido parte na primeira ação, não se estendem a ele os limites subjetivos da coisa julgada da ação originária, porquanto “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (...)” (art. 472 do CPC).

Poderá o tomador de serviços, assim, observados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, voltar-se contra a causa de pedir e o pedido da ação autônoma posterior que lhe é movida, sendo que, na hipótese de sua condenação, estariam atendidas as garantias processuais em sua integralidade.

Ademais, embora não se possa infringir ao ente público, sem ter participado da primeira relação processual, a automática extensão dos efeitos subjetivos da coisa julgada edificada na ação originária, é certo que não há determinação legal no sentido de que a participação do tomador de serviços na relação jurídica deverá ocorrer no mesmo processo em que figurou a

empresa interposta (tampouco contemplaram essa exigência os incisos IV e V da Súmula n. 331 do TST).

O que se deve ter em mente é a necessidade de prestígio aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, como requisito indispensável para que o tomador de serviços seja responsabilizado subsidiariamente por obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora, aspecto plenamente atendido no bojo de ação autônoma posterior proposta apenas contra o ente público, em cujo âmbito será produzida coisa julgada própria, com limites subjetivos aptos a afetá-lo.

No tocante, já se posicionou o TST preteritamente:

“RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PROCESSO AUTÔNOMO CONTRA O TOMADOR DOS SERVIÇOS. VIABILIDADE. A lei e a Súmula 331/TST não exigem que figurem no polo passivo tomador e fornecedor dos serviços em um mesmo processo ou em um mesmo título executivo. A redação do item IV do verbete prevê apenas que, em prestígio ao devido processo legal, sejam observadas as regras processuais relativas à extensão subjetiva da coisa julgada, de modo a privilegiar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Recurso de revista conhecido e provido”. (TST – 3ª Turma – RR – 24800-78.2006.5.09.0011 – rel^a. Min^a. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa – J. em 24.9.2008 – DEJT de 21.11.2008.)

“RECURSO DE REVISTA — COISA JULGADA — CARÊNCIA DE AÇÃO — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA — TOMADORA DO SERVIÇO — A coisa julgada é figura processual que tem por escopo evitar a insegurança jurídica decorrente da coexistência de dois comandos judiciais formalmente contraditórios. Na hipótese vertente, o Autor, por ocasião da Reclamação Trabalhista anteriormente ajuizada, deduziu pedido de verbas devidas pela empregadora. Não pleiteou, naquela oportunidade, a responsabilização subsidiária da segunda Reclamada (Banco do Brasil S.A.), pedido

deduzido apenas na presente ação. Não há, portanto, óbice a que o Autor, por meio da presente Reclamação Trabalhista, pretenda a responsabilização subsidiária da tomadora. Recurso de Revista conhecido e provido.” (TST – 3ª Turma – RR 1426100-90.2006.5.09.0011 – rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – J. em 22.10.2008 – DEJT de 21.11.2008.)

Outrossim, não decorre da natureza da relação jurídica entre a empresa interposta e o tomador de serviços a imprescindibilidade de que figurem ambos os destinatários da atividade laborativa do obreiro, de modo incindível, no polo passivo da ação.

Também não há previsão legal fixando exigência de litisconsórcio necessário passivo na citada hipótese.

Tampouco proíbe o ordenamento jurídico que o trabalhador, tendo ajuizado ação originária apenas contra sua ex-empregadora, acione autonomamente o tomador de serviços ente público, em fase posterior, vindicando a responsabilidade subsidiária deste, pois que não advirão daí decisões contraditórias.

Aliás, rememore-se que se a relação jurídica entre a empresa prestadora e o tomador de serviços ente público poderia acarretar, no máximo, no âmbito da ação originária, a formação de litisconsórcio facultativo; é factível, portanto, o entendimento voltado à interpretação teleológica do art. 48 do CPC, c/c o art. 769 da CLT, a fim de permitir ao tomador de serviços que, em sede de ação autônoma posterior contra ele proposta, apresente as “defesas que tiver contra todos os pedidos formulados, ainda que julgados procedentes naquela outra ação” e exija “a realização, quanto aos mesmos, da correspondente instrução processual, em nada lhe afetando aquela porventura ocorrida no feito anterior”⁽⁴⁾.

(4) Trecho de ressalva de entendimento do Ministro do TST José Roberto Pimenta, ao examinar, no âmbito da SBDI-1, o RR-535700-97.2005.5.09.0011 (2ª Turma, DEJT 4.2.2011).

CPC, Art. 48. Salvo disposição em contrário, os litiscon-

Em termos práticos, poderá o tomador de serviços, em seara defensiva e no curso da instrução da ação autônoma posterior, insurgir-se não apenas quanto à efetiva ocorrência de sua responsabilidade subsidiária, mas também no que toca ao alcance de tal responsabilidade, municinando-se mesmo de eventuais documentos e elementos outros que obteve no exercício da fiscalização do contrato firmado com a prestadora.

Assim, no âmbito da ação autônoma posterior em que figura unicamente o ente público como reclamado — em que se pretende sua responsabilidade subsidiária pelas obrigações pecuniárias ou conversíveis em pecúnia objeto de sentença condenatória proferida na ação primitiva —, poderá o tomador de serviços demonstrar, por exemplo, que existiu o pagamento de 13º salário de determinado ano ao trabalhador, embora não tenha a empresa prestadora provado a circunstância na primeira ação — seja por ter sido revel, seja por negligência probante —.

A comprovação pelo tomador de serviços de ocorrência do mencionado pagamento ao trabalhador não implicará ofensa à coisa julgada existente na ação originária, muito menos em duas coisas julgadas conflitantes.

É que, por restringir-se a responsabilização subsidiária do ente público ao pedido em si da demanda autônoma posterior, a demonstração de que quitada verba apenas reduzirá o alcance de tal responsabilidade, permanecendo hígido o pedido de responsabilidade subsidiária acerca do restante da lide, ao tempo em que se frisa que não fazem coisa julgada “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”, tampouco “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença” (art. 469, incisos I e II, do CPC).

sortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.

Já quanto à ação originária, por sua vez, persistirão indenidos os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada já edificada naquele âmbito, tendo em conta as partes entre as quais a lide se estabeleceu e o provimento jurisdicional dado (trabalhador e empresa prestadora) — arts. 468 e 472 do CPC —, salvo ajuizamento de ação rescisória quanto à matéria indicada, cuja condenação na primeira demanda pode ter decorrido de erro de fato (art. 485, IX, e §§ 1º e 2º, do CPC).

Relembre-se, enfim, que não será automática a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços integrante da Administração Direta e Indireta, devendo aquela ser reconhecida apenas após a análise das circunstâncias envolvidas do caso concreto, sobretudo a conduta do ente público, facultada a possibilidade de produção de todos os meios de prova na ação autônoma posterior, com assecuramento dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Por consectário, não se mostra apropriada a extinção sem resolução do mérito de ação autônoma posterior direcionada unicamente contra o tomador de serviços, sob o fundamento de coisa julgada em relação à ação originária movida pelo trabalhador apenas contra a empresa prestadora, por não configurados os respectivos requisitos na hipótese.

3.1.2. Litisconsórcio necessário passivo

Conforme se extrai do art. 46 do Código de Processo Civil, caracteriza-se o litisconsórcio quando, no mesmo processo, figuram duas ou mais pessoas em conjunto, ativa ou passivamente, ou ainda em ambos os polos da demanda.

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA aponta que o litisconsórcio pode ser classificado à luz dos seguintes aspectos: quanto à posição (ativo, passivo e misto); quanto ao poder aglutinador das razões que conduzem à sua formação (necessário e facultativo); quanto ao regime de tratamento dos litisconsortes (unitário e simples/comum); e quanto ao momento de

sua formação (inicial/originário e ulterior/superveniente)⁽⁵⁾.

Por deter correlação com o objeto deste tópico, insta aduzir que o litisconsórcio necessário configura-se como aquele de formação obrigatória e essencial para que o processo progrida até o provimento final de mérito.

Ocorre o litisconsórcio necessário nas hipóteses em que há determinação expressa da lei (e. g., ação de usucapião, art. 942 do CPC), ou em que exista incindibilidade da relação jurídica afirmada em juízo (a exemplo de uma ação de anulação de casamento proposta pelo Ministério Público, em que ambos os cônjuges deverão necessariamente constar no polo passivo da demanda), “*caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo*” (art. 47 do CPC).

Importante identificar que, a despeito de a leitura mais açodada da parte inicial do *caput* do art. 47 do CPC apontar que o litisconsórcio necessário ocorreria apenas quando “*o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes*” — dando a entender que todo litisconsórcio necessário seria unitário (com decisão igual para todos) —, há, por outro lado, hipóteses de litisconsórcio necessário simples, em que essa circunstância não se verifica (trata-se daquele com formação obrigatória decorrente de previsão legal ou da natureza incindível da relação jurídica, mas que pode acarretar decisão não uniforme para as partes litisconsortes). O litisconsórcio necessário, portanto, pode ser tanto unitário como simples.

Nas hipóteses de litisconsórcio necessário (seja unitário seja simples), a ausência de um dos litisconsortes necessários deverá ser imediatamente suprida, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito⁽⁶⁾, sendo

(5) CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 165.

(6) Explica ALEXANDRE FREITAS CÂMARA que a ausência de um dos litisconsortes no processo acarreta a falta de legitimidade dos que estiverem presentes: “Há

que a sentença proferida na falta de um dos litisconsortes necessários não tem eficácia (para alguns doutrinadores, validade), sendo o vício passível de ser arguido em qualquer tempo e grau de jurisdição, e ainda no âmbito de ação rescisória (art. 485, inciso V, do CPC) e de ação de *querela nullitatis*.

Nesse aspecto, estabelece o parágrafo único do art. 47 do CPC, no que atine ao litisconsórcio necessário passivo, que “o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo”.

Por pertinência temática, transcreve-se os ensinamentos de LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO:

“O litisconsórcio necessário pode advir de expressa disposição de lei ou da natureza incidível da relação jurídica de direito material afirmada em juízo (a relação tem de ser una e incidível: a existência de um feixe de relações jurídicas, ainda que entrelaçadas, não dá lugar à formação de litisconsórcio necessário unitário). No primeiro, o litisconsórcio será necessário simples (o órgão jurisdicional pode decidir de maneira não uniforme para as partes consorciadas); no segundo, necessário unitário (há dever de o juiz outorgar tutela jurisdicional de maneira uniforme para todos os litisconsortes). O art. 47, CPC, insinua que todo litisconsórcio necessário é unitário, porque afirma que “há litisconsórcio necessário, quando (...) o

litisconsórcio necessário quando a presença de todos os litisconsortes é essencial para que o processo se desenvolva em direção ao provimento final de mérito. Nesta hipótese, pois, impõe-se a presença de todos os litisconsortes, e a ausência de algum deles implica ausência de legitimidade dos que estiverem presentes, devendo o feito ser extinto sem resolução de mérito. Em outros termos, nos casos de litisconsórcio necessário a parte só terá legitimidade para a causa se for plúrima, ou seja, se todos os litisconsortes estiverem presentes no processo.” (CÂMARA, Alexandre Freitas, *op. cit.*, p. 165-166.)

juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme”, mas há aí evidente impropriedade: o litisconsórcio necessário pode ser simples ou unitário. Pense-se na ação popular, em que há litisconsórcio passivo necessário simples (art. 6º, Lei n. 4.717, de 1965...) A obrigatoriedade da formação de litisconsórcio diz respeito à legitimação para agir em juízo, dependendo da citação de todos os consortes para a causa e a eficácia da sentença. Estando ausente litisconsorte necessário ativo, tem o juiz de determinar a sua citação de ofício (intervenção *iussu iudicis*); *ausente litisconsorte necessário passivo, tem de determinar ao demandante que promova a citação dos litisconsortes faltantes no processo, sob pena de extinção do processo (art. 47, parágrafo único, CPC). Sentença prolatada na ausência de um litisconsorte necessário é inutiliter datur (data inutilmente, STJ, 1ª Turma, Resp n. 753.340/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. em 8.5.2007, DJ 11.6.2007, p. 269), sendo de todo inválida (STJ, 5ª Turma, REsp n. 793.920/GO, rel. Min. Armando Esteves Lima, j. em 16.5.2006, DJ 19.6.2006, p. 198). O vício da decisão pode ser levantado em qualquer tempo e grau de jurisdição, não lhe apanhando a preclusão (STJ, 1ª Turma, REsp n. 480.712/RJ, rel. Min. Teori Zavascki, rel. para acórdão Min. Luiz Fux, j. em 12.5.2005, DJ 20.6.2005, p. 207), podendo ainda ser alegado em ação rescisória (art. 485, inciso V, CPC) e em ação de querela nullitatis insanabilis (STF, Pleno, RE 97.589/SC, rel. Min. Moreira Alves, j. em 17.11.1982, DJ 3.6.1983, p. 7.883).” (grifou-se)⁽⁷⁾*

Na situação objeto deste artigo, de modo específico, tem-se que a natureza da relação jurídica entre a empresa interposta e o tomador

(7) MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 132-133.

de serviços não acarreta que, necessariamente, figurem ambos no polo passivo da ação, de modo incindível, já que, embora apresentem um plexo de relações jurídicas que interagem, seu vínculo não é uno e incindível.

Igualmente, não há determinação legal para que a participação do tomador de serviços ocorra, de modo concomitante, no mesmo processo em que figurou a empresa interposta (tampouco contemplaram essa exigência os incisos IV e V da Súmula n. 331 do TST, via que, de todo modo, não seria adequada para suprir a exigência expressa do art. 47 do CPC).

Portanto, de litisconsórcio necessário passivo não se trata, seja examinando-se a ação originária, seja enfocando-se a segunda ação.

É que, se para fins de extinção sem resolução do mérito da ação autônoma posterior movida pelo trabalhador exclusivamente contra o ente público, objetivando a responsabilidade subsidiária deste, fosse adotado o raciocínio de que o tomador de serviços deveria ter constado, na qualidade de litisconsorte necessário passivo, no polo passivo da ação primitiva movida apenas contra a empresa interposta, seria imperativo reconhecer que, na realidade, a sentença proferida na ação originária é ineficaz (ou, para alguns doutrinadores, inválida).

Explica-se: estaria configurada a inobservância na primeira ação da norma expressa contida no art. 47, parágrafo único, do CPC, que determina que, em se tratando de litisconsortes necessários passivos, todos deverão integrar a ação, sob pena de imperativa declaração da extinção do processo.

Daí por que, paradoxalmente ao argumento de que o tomador de serviços ente público não poderia ser responsabilizado subsidiariamente na ação autônoma posterior, em virtude da necessidade de extinção deste segundo feito sem julgamento do mérito, a sentença proferida na primeira ação é que não poderia ser aproveitada, facultando-se ao trabalhador a possibilidade de ajuizar nova demanda, inclusive fazendo constar no polo passivo a empresa interposta e o tomador de serviços.

No que atine à ação originária, a bem da verdade, seria facultativo o litisconsórcio passivo apto à formação entre a empresa prestadora e o tomador de serviços (art. 46 do CPC), e não necessário, sendo as pretensões passíveis de serem deduzidas em ações diversas em face de cada qual. É dizer: a pretensão de responsabilidade subsidiária do ente público, formulada em demanda autônoma posterior, não é impedida ou afastada pela ausência de pleito em tal sentido na ação primitiva apenas contra a empresa prestadora.

São centrais os apontamentos de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA acerca do litisconsórcio facultativo:

“A outra espécie de litisconsórcio quanto ao poder aglutinador das razões que provocam o fenômeno é o *litisconsórcio facultativo*. *Este pode ser definido como o litisconsórcio que se forma em razão da vontade de quem propõe a ação. Nesse caso não se impõe a formação do litisconsórcio, mas tão somente se permite que o mesmo exista.* Assim sendo, nos casos em que pode haver litisconsórcio facultativo, a ação poderá ser proposta por vários demandantes, ou em face de diversos réus. *Verifica-se, assim, que no litisconsórcio facultativo há o exercício de diversos poderes de ação, que poderiam ter sido exercitados isoladamente, cada qual levando a um provimento de mérito independente.* Ao contrário do que ocorre nesta espécie, no litisconsórcio necessário há apenas um poder de ação sendo exercido, uma vez que ali a demanda só poderia ser oferecida se todos os litisconsortes estivessem presentes. *Em outros termos, nos casos de litisconsórcio facultativo seria possível que, em vez de se ter um processo único com pluralidade de sujeitos em um dos lados (ou em ambos) da relação processual, se tivesse uma série de processos autônomos,*

cada qual com apenas um demandante e um demandado.”⁽⁸⁾ (grifou-se)

Igualmente, não subsiste a assertiva de que o litisconsórcio necessário passivo seria aplicável à ação autônoma posterior movida apenas contra o ente público, pretendendo-se incluir a empresa prestadora no polo passivo da segunda ação, sob pena de extinção do segundo feito sem resolução do mérito.

É que, quanto à ação autônoma posterior, não há relação jurídica incidível entre os destinatários da atividade laborativa do trabalhador, tampouco existe exigência legal para que figurem ambos como litisconsortes necessários.

Não bastasse, o âmago da pretensão na ação autônoma posterior concerne apenas à responsabilização subsidiária do tomador de serviços ente público, não estando aí configuradas, quaisquer das hipóteses de litisconsórcio facultativo com a empresa interposta, ao que se acresce que, quanto à causa de pedir remota da segunda lide (inadimplemento de obrigações laborais em detrimento do trabalhador), já haveria coisa julgada quanto à empresa interposta.

3.1.3. Interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido

Merece ainda reflexão a assertiva jurisprudencial de que inexistente interesse processual ao trabalhador no que toca ao acionamento de ação autônoma em face do tomador de serviços ente público, para fins de responsabilidade subsidiária deste quanto às obrigações reconhecidas em sentença transitada em julgado em demanda movida originariamente apenas contra a empresa prestadora.

É que, no que toca àquele que não tomou parte na primeira demanda (tomador de serviços), não é extensível automaticamente a condenação infligida na ação originária à empresa prestadora reclamada.

Dá por que, acaso almeje o trabalhador a responsabilidade subsidiária do ente público, deverá

o obreiro mover contra aquela ação própria, em que seja permitido o exercício do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e na qual a eventual pretensão resistida do tomador de serviços seja apreciada. Há, pois, interesse processual sob o aspecto necessidade.

Em acréscimo, note-se que a ação trabalhista consiste em meio adequado para veiculação da pretensão autônoma de responsabilização subsidiária do tomador de serviços, por não existir no ordenamento jurídico pátrio formato processual expresso de outra natureza para referida finalidade (a exemplo do que ocorre em outros casos com a ação de consignação em pagamento, ação de prestação de contas, etc.). Logo, igualmente atendido o interesse processual sob o aspecto adequação.

Por fim, por não existir proibição no ordenamento jurídico de que o trabalhador, tendo ajuizado ação originária apenas contra sua ex-empregadora, acione autonomamente o tomador de serviços ente público, em fase posterior, vindicando a responsabilidade subsidiária deste, igualmente descabe falar em impossibilidade jurídica do pedido.

3.1.4. Ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa

Assaz frequente na jurisprudência o entendimento de que — mesmo que superados os aspectos de coisa julgada, litisconsórcio necessário passivo, ausência de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido —, ainda assim deve ser extinta sem resolução do mérito a ação autônoma posterior ajuizada pelo trabalhador apenas contra o tomador de serviços, para fins de reconhecimento de responsabilidade subsidiária, à vista da apontada violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa em relação ao ente público, a quem não teria sido dado participar da ação trabalhista originária movida somente contra a ex-empregadora do autor.

Argui-se, nesse ponto: 1. que apenas a empresa prestadora deteria os elementos hábeis a elucidar

(8) CÂMARA, Alexandre Freitas, *op. cit.*, p. 170.

os fatos e relação de emprego apontados pelo reclamante, arsenal de que não disporia o tomador de serviços; 2. que o ente público, ausente da lide originária, findaria prejudicado por não ter usufruído da oportunidade de apresentar defesa na primeira ação quanto às parcelas consideradas separadamente, com restrição de seu direito de defesa na ação autônoma posterior a apenas tornar controvertida a responsabilidade subsidiária; e 3. que a imputação de responsabilidade subsidiária somente poderia ser realizada no mesmo processo em que foram reconhecidas as obrigações pecuniárias ou conversíveis em pecúnia em face da empresa prestadora, conforme interpretação extraída da Súmula n. 331, inciso IV, do TST.

No que tange ao primeiro argumento, cabe ponderar que não é a circunstância de ser movida ação autônoma posterior exclusivamente contra o ente público, para fins de responsabilidade subsidiária, que interfere nos documentos e elementos que deveriam ter sido apresentados pela devedora principal para esclarecimento dos fatos e da relação de emprego indicados pelo trabalhador.

Se a empresa prestadora, quando da ação originária, fez-se presente em audiência, apresentou sua versão defensiva, bem como documentos e provas orais, estes já foram considerados pelo juízo na sentença condenatória ali proferida.

Se, por outro lado, estava a ex-empregadora em local incerto e não sabido por ocasião da ação originária, tendo sido revel, sua participação naqueles autos foi regularmente facultada, sendo que a alegada ausência ao ente público de acesso a elementos oriundos da empresa, ocorreria seja no âmbito da primeira ação movida apenas contra a devedora principal, seja em eventual ação proposta pelo trabalhador em que tivesse optado por incluir tanto a ex-empregadora como o ente público como litisconsortes passivos.

No que atine ao segundo argumento, não se consolida o eventual prejuízo à formulação

de defesa do tomador de serviços no bojo da ação autônoma posterior, quanto a cada uma das parcelas deferidas na ação originária.

É que na ação autônoma dirigida somente contra o ente público, com cognição ampla, será a ele viável rechaçar, primeiramente, a responsabilidade subsidiária que em seu desfavor se postula: quer demonstrando ao tomador de serviços a inexistência de qualquer relação sua com a empresa interposta; quer demonstrando que o trabalhador não se ativou em obra ou serviço em favor do ente público; quer comprovando o ente público que foi diligente na fiscalização do contrato firmado entre ele e a empresa interposta acerca da observância dos deveres legais e contratuais da prestadora perante seus empregados, empreendendo verificação prévia e periódica da idoneidade e suficiência econômica da empresa.

Por outra via, também poderá demonstrar o tomador de serviços que a responsabilidade subsidiária não alcança parcelas vindicadas, separadamente consideradas, em compasso com os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal).

Veja-se que a razão de figurar o tomador de serviços ente público no polo passivo da ação (seja como litisconsorte em dada lide, seja em ação autônoma posterior), dá-se exatamente para aferir a viabilidade de sua responsabilização subsidiária por verbas inadimplidas, acaso tenha incorrido em culpa *in vigilando*.

Nas hipóteses em que o trabalhador ajuíza ação autônoma posterior para persecução de responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, não objeto de primeira ação proposta apenas contra a ex-empregadora, e por ser a matéria debatida apenas no âmbito da segunda ação, mais se reforça que ofensa não há aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no particular.

O simples aspecto de o tomador de serviços não ter sido incluído no polo passivo da ação originária, na qual poderia ter sido constituído

litisconsórcio passivo facultativo, não extirpa do ente público sua condição de potencial responsável subsidiário.

Acresça-se a isso que poderá o tomador de serviços, em seara defensiva e no curso da instrução da ação autônoma posterior, insurgir-se não apenas quanto à efetiva ocorrência de sua responsabilidade subsidiária, mas também no que toca ao alcance de tal responsabilidade, municiando-se mesmo de eventuais documentos e elementos outros que obteve no exercício da fiscalização do contrato firmado com a prestadora.

Logo, no âmbito da ação autônoma posterior em que figura unicamente o ente público como reclamado — em que se postula sua responsabilidade subsidiária pelas obrigações pecuniárias ou conversíveis em pecúnia objeto de sentença condenatória proferida na ação primitiva —, poderá o tomador de serviços demonstrar, por exemplo, que existiu o pagamento de 13º salário de determinado ano ao trabalhador, embora não tenha a empresa prestadora provado a circunstância na primeira ação — seja por ter sido revel, seja por negligência probante —.

A comprovação pelo tomador de serviços de ocorrência do mencionado pagamento ao trabalhador não implicará ofensa à coisa julgada existente na ação originária, muito menos em duas coisas julgadas conflitantes.

É que, por restringir-se a responsabilização subsidiária do ente público ao pedido em si da demanda autônoma posterior, a demonstração de que quitada verba apenas reduzirá o alcance de tal responsabilidade, permanecendo hígido o pedido de responsabilidade subsidiária acerca do restante da lide, ao tempo em que se frisa que não fazem coisa julgada “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”, tampouco “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença” (art. 469, incisos I e II, do CPC).

Já quanto à ação originária, por sua vez, persistirão indenidos os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada já edificada naquele âmbito, tendo em conta as partes entre as quais a lide se estabeleceu e o provimento jurisdicional dado (trabalhador e empresa prestadora) — arts. 468 e 472 do CPC —, salvo ajuizamento de ação rescisória quanto à matéria indicada, cuja condenação na primeira demanda pode ter decorrido de erro de fato (art. 485, IX, e §§ 1º e 2º, do CPC).

Quanto ao terceiro argumento jurisprudencial para extinção do feito sem julgamento do mérito, com fundamento na suposta violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não há previsão normativa de que a participação do tomador de serviços deverá ocorrer, de modo concomitante, no *mesmo* processo em que figurou a empresa interposta (tampouco contemplaram essa exigência os incisos IV e V da Súmula n. 331 do TST, os quais apenas preveem regras para direcionamento ao tomador de serviços de efeitos subjetivos de dada coisa julgada).

A par dos elementos já expendidos, insta destacar que, no mais das vezes, mesmo no âmbito de ações trabalhistas em que constaram como litisconsortes facultativos passivos a empresa prestadora e o tomador de serviços, o que se observa é que a defesa do ente público se cinge ao esforço de demonstrar a ausência de sua responsabilidade subsidiária (dizendo não haver culpa *in vigilando* — comumente sem apresentação de elementos de prova em tal sentido, seja quanto à fiscalização efetiva do contrato firmado com a prestadora, seja quanto ao pagamento das verbas vindicadas pelo trabalhador —, bem assim à exposição do repetido argumento de ausência de pacto de emprego direto entre o trabalhador e o ente público (almejando demonstrar a inexistência de simulacro para vulnerar a regra constitucional do concurso público)).

A propósito, manifestou-se anteriormente o Tribunal Superior do Trabalho:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. NOVA AÇÃO TRABALHISTA. Debate que envolve a possibilidade de a reclamante, diante de título executivo oponível contra a empresa prestadora de serviços, real empregadora, acionar a tomadora dos serviços pretendendo sua responsabilidade subsidiária em ação autônoma. Agravo de instrumento provido para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA. CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. NOVA AÇÃO TRABALHISTA.

Não há vedação a que a reclamante, de posse do título executivo oponível contra a empresa prestadora, real empregadora, acione a tomadora, pretendendo sua responsabilidade subsidiária em ação autônoma. O fato de não ter participado da ação primitiva, demandada contra a prestadora de serviços, não retira do Banco do Brasil a condição de responsável subsidiário. Esse entendimento não afronta os princípios do devido processo legal e do contraditório, traduzidos na ciência bilateral dos atos e termos do processo, tampouco da ampla defesa, consubstanciada na liberdade assegurada aos litigantes de alegar fatos e propor provas, em defesa de seus interesses. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST – 6ª Turma, AIRR-51648/2002-900-09-00.9 – rel. Min. Horácio Senna Pires – J. em 10.12.2008 – DEJT 27.2.2009.)

Como se infere, na ação autônoma posterior movida somente contra o ente público, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços não incide, de forma automática, quanto às obrigações reconhecidas na sentença condenatória transitada em julgado em demanda originária movida apenas contra a empresa prestadora.

São resguardados na segunda demanda os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, podendo ser reconhecida até mesmo a improcedência

do pedido após a observância dos elementos misteres, o que não se compraz, contudo, com a anteposição, de plano, da impossibilidade de manuseio da via processual da ação autônoma pelo trabalhador.

4. Análise da matéria sob outra ótica: viés concretista e aspecto pedagógico

Ficou evidenciada neste estudo a existência de prisma interpretativo que tem prevalecido no âmbito jurisprudencial, em sentido contrário à possibilidade de ajuizamento de ação autônoma posterior pelo obreiro apenas contra o tomador de serviços ente público, para fins de reconhecimento de responsabilidade subsidiária deste pelas obrigações trabalhistas resultantes de sentença condenatória transitada em julgado em ação originária formulada apenas contra a empresa prestadora.

O posicionamento jurisprudencial analisado tem se repetido com relativa frequência, avultando a necessidade de análise da questão em linhas distintas.

No decorrer dos tempos, câmbios paradigmáticos no mundo do trabalho têm provocado reflexos diretos no trato jurídico conferido às relações entre trabalhadores e destinatários dos serviços, existindo, de outro giro, retroalimentação nas ingerências provocadas pela norma no cotidiano laboral.

O arcabouço do Direito do Trabalho clássico, gerado pelas circunstâncias predominantes nos séculos XVIII e XIX, estava ligado a modelo econômico e político específico (taylorista-fordista), que detinha como base sistema de produção cujos contornos são diferentes dos elementos vigentes nos dias de hoje.

Aquele era um panorama caracterizado por trabalhadores semiqualeificados e em massa, contratos duráveis, produção verticalizada e munida de contornos mais homogêneos, organização monopolística da indústria, incentivo estatal para a ampliação de direitos — a fim de fomentar o consumo —, além de sindicatos

fortes — dada a maior proximidade e sentimento de solidariedade entre os trabalhadores em virtude das condições específicas em que a labuta era prestada.

Na contemporaneidade, referido paradigma está em crise, haja vista que se passa pelo declínio e precarização dos contratos de emprego, excesso de oferta de mão de obra, concorrência acirrada oriunda da globalização e da revolução tecnológica, pulverização de atividade empresarial em atividades setoriais — com enxugamento do espaço das fábricas e empresas, em nítida horizontalização —, terceirização e precarização crescentes, técnicas de gestão que conduzem à flutuação dos trabalhadores (cada vez mais heterogêneos e menos concentrados em um mesmo local), além de arrefecimento da rede de proteção jurídica estatal. O perfil mudou.

No Brasil, é fator agravante a ausência de implementação de garantia de emprego contra a dispensa arbitrária, seja diante da falta de regulamentação do art. 7º, inciso I, da CF, seja diante da denúncia pelo País da Convenção n. 158 da OIT, que restringe as dispensas arbitrárias no âmbito privado⁽⁹⁾.

No panorama pós-moderno, diante de suas especificidades, tem ainda sido reduzido o índice de sindicalização em dimensões expressivas, motivo pelo qual os sindicatos perdem sua força, já que não têm acompanhado a horizontalização da empresa e a descentralização

produtiva, afluindo a diminuição na classe trabalhadora do sentido de pertencimento de classe.

Como se sabe, o Direito caracteriza-se como seara condicionante e condicionada pela realidade da vida, recebendo os influxos das alterações efervescentes no âmbito da sociedade. As normas jurídicas não apresentam, portanto, caráter paralelo e autossuficiente.

Quanto à terceirização no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, a par da necessidade de incrementos legislativos, é possível defender desde logo a otimização da proteção do empregado contratado por empresas prestadoras, com desempenho de atividades em prol de entes públicos, mediante critério analítico diferenciado na jurisprudência e doutrina, o que se liga sobretudo à interpretação em termos diversos de institutos importantes como a ação autônoma posterior destinada à responsabilização subsidiária do tomador de serviços, a refletir no direcionamento que tem sido destinado às correlatas ações.

O objeto dos contratos entre empresas interpostas e entes públicos consiste, habitualmente, na edificação de obras ou na prestação de serviços mediante a utilização de mão de obra subordinada.

De modo geral, fica patenteado que, apesar de ciente dos reiterados relatos pelos trabalhadores de descumprimento pela empresa interposta de obrigações basilares do pacto, ainda assim permanece o tomador de serviços levando a cabo sucessivos aditivos contratuais com a prestadora, sem a adoção de providências corretivas tempestivas.

Disso decorre que o tomador de serviços ente público, como maior beneficiário da força de trabalho despendida pelo trabalhador para a prestadora, não pode se excluir da responsabilidade pelo pagamento dos haveres trabalhistas imputados à instituição interposta, quando evidenciada sua negligência quanto ao dever de fiscalização que lhe incumbia.

(9) A Convenção n. 158 da OIT vigorou, no Brasil, entre abril de 1996 e novembro de 1997, sendo denunciada pelo País por meio do Decreto n. 2.100, de 20.12.1996. Permanece no aguardo da manifestação do Supremo Tribunal Federal, a ADIn n. 1.625-3/DF, ajuizada em 17.6.1997 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), arguindo a inconstitucionalidade do ato de denúncia, já que não precedido de autorização do Congresso Nacional. Recentemente, em 11.2.2008, a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional Mensagem solicitando a incontinente ratificação das Convenções ns. 151 (que trata da negociação coletiva no serviço público, ratificada em 15.06.2010) e 158 da OIT (que restringe as dispensas arbitrárias no âmbito privado).

A corrente atual majoritária da doutrina e da jurisprudência concebe que a responsabilidade do tomador de serviços pelos débitos trabalhistas da prestadora não deflui da condição de empregador, mas da teoria do risco e da culpa aquiliana (art. 186 do CC), aliadas ao princípio da tutela do hipossuficiente.

A responsabilização em contextos terceirizantes envolvendo a Administração Pública Direta e Indireta restou pacificada no âmbito da Súmula n. 331 do TST, em seus incisos IV a VI, o que foi reafirmado na recente redação conferida a tal verbete no mês de maio de 2011, abordando alguns instrumentos de controle civilizatório do processo de terceirização.

Não raro, todavia, no curso das lides, verifica-se por parte do ente público a não observância dos cuidados necessários e tempestivos quanto aos deveres de acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos firmados com a empresa prestadora, no que tange à constância e à regularidade do cumprimento por ela das obrigações trabalhistas afetas aos empregados, a caracterizar culpa *in vigilando* do tomador de serviços.

Com frequência, resulta clarificado que a falta de pagamentos de verbas alimentares aos trabalhadores, por parte da prestadora de serviços, está umbilicalmente atrelada à falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Embora deva o jurista estar atento no sentido de evitar que logrem êxito artifícios em que, de modo proposital, decide o reclamante ajuizar a ação originária apenas contra sua ex-empregadora, já cômico da provável obtenção com maior facilidade de condenação diante da revelia da empresa prestadora (por estar o empreendimento, no mais das vezes, em local incerto e não sabido), tendo ainda a intenção de ilidir os sucessivos recursos no bojo daquela ação por parte do ente público, a par de pretender deduzir em nova ação automática responsabilidade subsidiária; é certo que esta não é a regra nas lides laborais.

O que se percebe, no mais das vezes, conforme denotam as regras da experiência comum e a observação do que ordinariamente acontece (interpretação teleológica do art. 335 do CPC), é que, tendo o trabalhador proposto demanda primitiva somente contra sua ex-empregadora, percebe ele — após — que a medida não foi bastante para conferir lastro à concreção, no campo fático, de seus direitos assegurados em sentença ou acordo, seja diante da comum situação de a empresa restar em local incerto e não sabido, seja à falta de localização de patrimônio do empreendimento ou de seus sócios.

Na hipótese, comumente, a “opção” pelo ajuizamento da ação primitiva tão só em face da empresa prestadora (aqui denominada n. 1), sem a inclusão no polo passivo à época também do integrante da Administração Pública Direta e Indireta, deriva do receio do obreiro em ser discriminado por ocasião de futuras colocações junto ao mesmo ente público, ou ainda da circunstância de já ter tal trabalhador (e reclamante) sido admitido (“aproveitado”) pela empresa prestadora n. 2 — a qual veio a substituir ou mesmo suceder a anterior prestadora de serviços perante o sinalado tomador de serviços.

Vê-se o obreiro, assim, envolvido em um dilema: de um lado, cauteloso quanto à eventual retaliação — expressa ou indireta — por parte do tomador de serviços; de outro, premido pelo desrespeito por parte de sua ex-empregadora (empresa prestadora n. 1) no que atine a direitos basilares de natureza alimentar. No fim, decide não incluir o tomador de serviços no polo passivo da ação originária.

Tempos depois, impelido por circunstâncias diversas, esse mesmo obreiro ajuíza ação autônoma apenas em face do ente público, objetivando sua responsabilização subsidiária pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela prestadora e que já tinham sido objeto da primeira ação, com sentença condenatória transitada em julgado, deparando-se comumente

com óbices de natureza processual, panorama que deságua na situação objeto deste artigo.

Importa atentar que o trabalhador, polo nitidamente hipossuficiente nas relações de trabalho, não pode restar ao abandono na hipótese de eventual ausência de quitação das verbas que lhe eram devidas pela empresa interposta na ação originária, ao passo que o tomador de serviços ente público — beneficiário direto da atividade laborativa do obreiro —, acaso tenha incorrido em culpa *in vigilando* no caso concreto, continua a enriquecer-se indevidamente em virtude de óbice de natureza processual à ação autônoma posterior destinada à sua responsabilização subsidiária.

Mais do que o atendimento ao efeito de pacificação social e aos escopos instrumental e ético do processo — que é instrumento e que deve servir à concretização do direito material e dos direitos fundamentais, sobretudo nas relações de trabalho —, aspecto a que se alia o direito à tutela jurisdicional efetiva, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da CF, surge a imprescindibilidade da observância do aspecto pedagógico no sentido de, prevenindo violações futuras, demonstrar ao ente público e respectivos administradores que as condutas (comissivas ou omissivas) lesivas a outrem acarretam repercussão jurídica e sanções.

Caso contrário, e embora não se trate do intuito, pode o trato processual da matéria repassar às empresas prestadoras e aos tomadores de serviços entes públicos a mensagem de que é produtora descumprir a legislação.

De todo modo, visando afastar pagamento equivocado ao trabalhador, em duplicidade, de obrigações pecuniárias ou conversíveis em pecúnia nos âmbitos tanto da ação primitiva como da ação autônoma posterior, necessário o controle no sistema de acompanhamento processual da unidade judiciária e nos feitos envolvidos, à vista do nome da parte reclamante, com a necessária cautela por parte do Juízo antes da liberação de valores, ou mesmo ainda à época da expedição de mandado de

citação ou de precatório/RPV, com as certificações misteres acerca de eventuais quitações em ambos os processos.

Não bastasse, convém destacar que ao tomador de serviços ente público, por meio de ação regressiva direcionada contra a empresa interposta, é viável postular o ressarcimento do montante que houver quitado em prol do obreiro em virtude da não observância pela prestadora de suas obrigações trabalhistas basilares de natureza alimentar, resguardando-se, nesse caso, tanto a pessoa humana do trabalhador como a moralidade administrativa que deve nortear os atos da Administração Pública.

Tendo em conta viés concretista, aliado ao exame dos aspectos processuais e constitucionais que norteiam o tema, imprescindível, pois, a solidificação da jurisprudência no sentido de conferir lastro à ação autônoma posterior movida contra o tomador de serviços ente público, objetivando sua responsabilização subsidiária por obrigações pecuniárias ou conversíveis em pecúnia reconhecidas em sentença transitada em julgado proferida em ação primitiva movida apenas contra a empresa prestadora.

Nesse sentido, e observando-se em favor do tomador de serviços os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa na referida seara, será possível propiciar ao trabalhador lesado — e muitas vezes já aviltado em sua dignidade por circunstâncias inúmeras atribuíveis às condutas da empresa prestadora e do ente público —, via processual adicional para que tenha reconhecida em seu favor a responsabilização subsidiária do tomador de serviços, garantindo-se o efetivo recebimento das obrigações pecuniárias ou conversíveis em pecúnia a que faz jus, com arrimo nos arts. 186 e 927, *caput*, do CC, *c/c* o art. 8º da CLT, e nos princípios da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF) e da boa-fé.

5. Efetividade processual e tutela de direitos

Na análise da Constituição da República e da legislação ordinária, no que atine a normas

de natureza material ou processual, incide, nos dias de hoje e com acentuado vigor, hermenêutica concretizadora dos direitos fundamentais.

No particular, importantes os vetores da unidade da Constituição⁽¹⁰⁾, da concordância prática⁽¹¹⁾ e da força normativa da Constituição⁽¹²⁾, formulados por *Konrad Hesse*, a serem manuseados para compreensão constitucional, sem desconsiderar o papel destacado quanto à questão da máxima da proporcionalidade (em suas três parciais, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)⁽¹³⁾.

(10) Conforme Rodrigo Meyer Bornholdt, “ao princípio da unidade da Constituição repugna a ideia de que quaisquer de seus dispositivos possa ser tomado como letra morta. Não há uma hierarquia na Constituição: tanto seus princípios como suas regras situam-se num mesmo patamar hierárquico, desfrutando de igual eficácia”. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 177.

(11) Quanto ao vetor da concordância prática, Rodrigo Meyer Bornholdt pontua, que, “por sua vez, tendo em vista a inexistência de hierarquia, o princípio da concordância prática busca encontrar uma solução compromissória entre dispositivos constitucionais que, em face de uma concreta situação, encontram-se contrapostos. (...) A distinção, feita por Ulli Ruhl, entre esse princípio e o da proporcionalidade é bastante plausível. Enquanto a concordância prática, considerada estritamente, servirá para otimização em abstrato dos direitos (ou dos bens jurídicos em jogo), permitindo sua inserção no caso concreto, o princípio da proporcionalidade representará a efetiva ponderação no caso concreto, com as necessárias compressões de direitos”. *Ibidem*, p. 178-179.

(12) Consoante Flávia Moreira Guimarães Pessoa, o princípio da Força Normativa da Constituição “pugna que se dê preferência à solução dos problemas jurídico-constitucionais que conduzam à máxima efetividade da norma constitucional. De acordo com o princípio da máxima efetividade, o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da constituição de forma que, entre interpretações possíveis, deverá preferir aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando-se ao máximo soluções que se ‘refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador’ (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 364)”. PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A globalização e concretização dos direitos trabalhistas fundamentais. In: *Revista Jurídica da AMATRA da 17ª Região*, Vitória, v. 5, n. 9, p. 21, 2008.

(13) Quanto à propriedade do uso da expressão “máxima”, em lugar de “princípio”, explica Gabriela Neves Delgado

No que se refere à hermenêutica concretizadora dos direitos fundamentais, *Flávia Piovesan* aponta a necessidade também de manuseio das interpretações teleológica (no sentido de maximizar, e não reduzir os direitos humanos); efetiva (no sentido da efetividade ótima dos direitos); dinâmica e evolutiva (voltada para vivificar o instrumento e não fossilizá-lo); bem como para a máxima da proporcionalidade em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Consoante já tivemos a oportunidade de sustentar em outro campo, a seara dos direitos fundamentais no trabalho é solidificada no denominado bloco de constitucionalidade, do qual fazem parte:

a) direitos fundamentais constantes no próprio corpo da Constituição (sejam eles trabalhistas específicos ou trabalhistas não específicos), constantes no catálogo – Título II da CF;

b) direitos fundamentais constantes no próprio corpo da Constituição (sejam eles trabalhistas específicos ou trabalhistas não específicos), embora dispersos pelo texto da norma constitucional, portanto, fora do catálogo (e. g., arts. 200, inciso VIII, e 225, *caput*, da CF);

c) direitos fundamentais plasmados em convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil nos termos do procedimento mais rigoroso descrito no art. 5º, § 3º, da CF (aprovados por 3/5 dos votos dos respectivos membros,

que aquela corresponde, de modo preciso, à identificação das características da proporcionalidade, já que princípio é algo passível de sofrer ponderação, o que não acarretará, em qualquer hipótese, a perda de sua validade. Complementando-se tal assertiva, é possível afirmar que a máxima, por outro lado, incide ou não incide. De efeito, quando se trata de proporcionalidade, esta aplica-se à hipótese ou não, motivo pelo qual o resultado obtido será resultado de uma análise pautada pelos critérios correspondentes. Não há meia proporcionalidade. DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 66-67.

em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional), portanto, equivalentes às emendas constitucionais;

d) direitos materialmente fundamentais, situados em tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil por meio de procedimento menos rigoroso que aquele estabelecido no art. 5º, § 3º, da CF, ou seja, somente com base nos arts. 49, inciso I, e 84, inciso VIII, da CF, com *status* de norma constitucional, que advém de seu conteúdo, importância e correlação com a dignidade da pessoa humana, dada a cláusula de abertura constante no art. 5º, § 2º, da CF; e

e) direitos materialmente fundamentais, situados no plano infraconstitucional, que têm referida qualidade em virtude de seu conteúdo, importância e correlação com a dignidade da pessoa humana, com base na cláusula de abertura constante no art. 5º, § 2º, da CF (arts. 9º e 468 da CLT)⁽¹⁴⁾.

Veja-se que a tais direitos, dotados de fundamentalidade, é destinado o tratamento previsto no art. 5º, § 1º, da CF, que reza que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, do que ressaí a respectiva imperatividade.

Nesse aspecto, dada a existência de direitos fundamentais que, apesar de tal regra, resultam por ter sua eficácia limitada, destacada a importância da jurisdição constitucional, seja no controle difuso, seja no controle concentrado.

A interpretação conferida no sentido da maximização da efetividade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho — aí incluídos os casos concretos que envolvem terceirização —, no entanto, pode restar inócua a depender da exegese processual dos instrumentos que permitem, na esfera judicial, a veiculação de tais direitos.

(14) OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno, *op. cit.*, p. 354.

Para tanto, indispensável a postura concretizadora dos direitos fundamentais e dos instrumentos processuais que lhes dão viabilidade em âmbito judicial, seja em sede de controle concentrado (STF) seja em seara de controle difuso (qualquer juiz ou Tribunal), inclusive a fim de que não exsurjam aqueles últimos como caminho para a frustração dos direitos fundamentais, conferindo-se sempre azo à hermenêutica que preserve a dignidade do trabalhador e as normas a ele correlatas, a fim de permitir sua inclusão social pelo trabalho.

6. Conclusão

Objetivando fortalecer a cidadania e a tutela dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, alia-se hermenêutica constitucional concretizadora que assegure igualmente instrumentos processuais compatíveis com o intrigante e intrincado panorama das relações de labor no Brasil, sobretudo em se tratando de terceirização trabalhista que tenha em conta entes da Administração Pública Direta e Indireta.

Nesse sentido, exsurge a possibilidade de ajuizamento pelo trabalhador de ação autônoma posterior apenas contra o tomador de serviços ente público, para fins de responsabilização subsidiária deste quanto a obrigações pecuniárias ou conversíveis em pecúnia objeto de sentença transitada em julgado proferida em ação primitiva proposta apenas em face da empresa prestadora.

À recente jurisprudência que tem prevalecido em sentido contrário acerca de variados aspectos da matéria, sempre culminando na extinção da ação autônoma sem resolução de mérito (coisa julgada, litisconsórcio passivo necessário, ausência de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido, além de ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa), consoante referido brevemente neste estudo, antepõe-se a possibilidade de releitura da ótica

interpretativa afeta a relevantes institutos dos Direitos Processual e Constitucional.

Tendo em conta viés concretista, aliado ao exame dos aspectos detidamente abordados no artigo, tem-se por imprescindível a solidificação da jurisprudência no sentido de conferir lastro à ação autônoma posterior movida pelo obreiro contra o tomador de serviços ente público, postulando sua responsabilização subsidiária na hipótese enfocada.

Desse modo, observando-se em favor do tomador de serviços os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa na referida seara, em cognição ampla, será possível propiciar ao trabalhador lesado — e muitas vezes já aviltado em sua dignidade por circunstâncias inúmeras atribuíveis às condutas da empresa prestadora e do ente público —, via processual adicional para que tenha reconhecida a responsabilização subsidiária do beneficiário direto de seu labor, garantindo-se o efetivo recebimento das obrigações pecuniárias ou conversíveis em pecúnia a que faz jus o obreiro, com arrimo nos arts. 186 e 927, *caput*, do CC, *c/c* o art. 8º da CLT, e nos princípios da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF) e da boa-fé.

Outrossim, mais do que o atendimento ao efeito de pacificação social e aos escopos instrumental e ético do processo — que é instrumento e que deve servir à concretização do direito material e dos direitos fundamentais, sobretudo nas relações de trabalho —, aspecto a que se alia o direito à tutela jurisdicional efetiva, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da CF, surge a imprescindibilidade da observância do aspecto pedagógico no sentido de, prevenindo violações futuras, demonstrar ao ente público e respectivos administradores que as condutas (comissivas ou omissivas) lesivas a outrem acarretam repercussão jurídica e sanções.

Caso contrário, e embora não se trate do intuito, pode o trato processual da matéria repassar às empresas prestadoras e aos tomadores de serviços entes públicos a mensagem de que é produtor de descumprir a legislação.

Visando afastar pagamento equivocado ao trabalhador, em duplicidade, de obrigações pecuniárias ou conversíveis em pecúnia nos âmbitos tanto da ação primitiva como da ação autônoma posterior, necessário o controle no sistema de acompanhamento processual da unidade judiciária e nos feitos envolvidos, à vista do nome da parte reclamante, com a necessária cautela por parte do Juízo antes da liberação de valores, ou mesmo ainda à época da expedição de mandado de citação ou de precatório/RPV, com as certificações misteres acerca de eventuais quitações em ambos os processos.

Não bastasse, convém destacar que ao tomador de serviços ente público, por meio de ação regressiva direcionada contra a empresa interposta, é viável postular o ressarcimento do montante que houver quitado em prol do obreiro em virtude da não observância pela prestadora de suas obrigações trabalhistas basilares de natureza alimentar, resguardando-se, nesse caso, tanto a pessoa humana do trabalhador como a moralidade administrativa que deve nortear os atos da Administração Pública.

A responsabilidade conferida à Justiça do Trabalho, nesse contexto, revela-se como oportunidade considerável para aperfeiçoamento dos contornos da temática no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, será atribuída não apenas maior efetividade aos direitos fundamentais nas relações de trabalho, como se viabilizará espaço para o exercício da democracia e diálogo social, caracteres indissociáveis para a existência de um ordenamento fundado em relações de trabalho decentes.

7. Referências bibliográficas

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Título do original: *Die normative Kraft der Verfassung*.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *A globalização e concretização dos direitos trabalhistas fundamentais*.

In: *Revista Jurídica da AMATRA da 17ª Região*, Vitória, v. 5, n. 9, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, a. I, v. I, n. 1, Salvador, abr. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2008.

Os princípios do Direito Processual do Trabalho e o anteprojeto laboral da 15ª Região do Trabalho

Guilherme Guimarães Feliciano^(*)

Resumo:

- ▶ Os textos legais que regulam o processo laboral brasileiro pertencem ao século passado, cronológica e ideologicamente. Nada obstante, incorporam como poucos os fundamentos da oralidade chiovendiana, acenando para o futuro de um processo efetivo e desburocratizado. A proposta de reforma do processo do trabalho elaborada para o TRT da 15ª Região aprofunda essa convergência, buscando uma plena ancoragem constitucional, à mercê da Constituição Federal de 1988.

Abstract:

- ▶ *Legal acts about Brazilian labor process belong to the last century, chronologically and ideologically. Nonetheless, these acts include the fundamentals of Chiovenda's orality, waving to the future of an labor process effective and reducing bureaucracy. The reform of the labor process developed for the Labour Court of the 15th Region reinforces this convergence, seeking a full constitutional anchoring by the Federal Constitution of 1988.*

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Da omissão à literalidade
- ▶ 3. Os princípios fundamentais do processo laboral
- ▶ 4. Os princípios inerentes à atividade processual concreta. Os princípios inerentes à audiência trabalhista. Os “princípios especiais”
- ▶ 5. Conclusões

(*) Livre-Docente e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz titular da 10ª 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.

1. Introdução

Em meados de 2007, o saudoso juiz Luiz Carlos de Araújo, então Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, anunciou a intenção de constituir, sob os auspícios daquela Presidência, uma comissão de magistrados da 15ª Região com o mister de debater, construir e finalmente propor um *anteprojeto de código de processo do trabalho* para o Brasil, paralelamente à *reforma do Direito do Trabalho* (material) que a Ordem dos Advogados do Brasil (seção São Paulo) tencionava propor à sociedade civil, a partir de sua “Comissão de Estudos sobre Reforma Trabalhista e Sindical”, sob a competente batuta do Professor Amauri Mascaro Nascimento.

Para compor a referida comissão (que não chegou a ser nomeada por ato administrativo formal), foram inicialmente designados, sob a presidência do primeiro, os juízes Gerson Lacerda Pistori, Guilherme Guimarães Feliciano e Jorge Luiz Souto Maior. Ulteriormente, por decisão dos membros originais, foram integrados à comissão, para a revisão do anteprojeto, os juízes Manoel Carlos Toledo Filho e Ricardo Régis Laraia. E, após uma série de reuniões preliminares, puseram-se a redigir.

No curso dos trabalhos, o foco inicial foi alterado, mercê dos caminhos que a própria comissão da OAB-SP vinha trilhando, para já não mais formatar um anteprojeto de código processual do trabalho (como à comissão parecia mais adequado), e sim um *anteprojeto de reforma* dos capítulos “processuais” da Consolidação das Leis do Trabalho. Com isso, a comissão de juízes da 15ª Região viu-se poupada do trabalho de redesenhar a estrutura legislativa do processo laboral. Por outro lado, o novo foco e a premência do tempo levou a comissão a propor, no texto da Consolidação das Leis do Trabalho, alterações diversas e acréscimos tendentes a solver os grandes “gargalos” do processo laboral (atualização,

integração, procedimentos ordinários, tutelas de urgência e inibitórias, execução, recursos), sem interferir com aspectos menos relevantes ou inadiáveis, como os relacionados à organização judiciária, aos serviços e às instituições auxiliares (e.g., as secretarias e as procuradorias da Justiça do Trabalho, respectivamente) e aos procedimentos especiais de jurisdição trabalhista (como as ações possessórias, as ações rescisórias, as consignatórias e os procedimentos de jurisdição voluntária trabalhista); ou, ainda, aqueles aspectos sob direta ancoragem constitucional, como a questão da competência material da Justiça do Trabalho (art. 114 da CRFB). Embora fosse propósito original lidar também com tais aspectos, a administração do tempo e das prioridades terminou relegando-as a uma incômoda resignação.

Enfim, após dezoito meses de estudos e compilações, veio a lume o *anteprojeto de reforma do processo do trabalho da 15ª Região*, publicado há alguns anos em obra monográfica denominada “*Fênix: Por um novo processo do trabalho*” (Ed. LTr). Dentre as suas maiores virtudes, a principal talvez residisse no escopo de *positivar princípios* que hoje são apenas intuídos, por dedução, a partir das regras que compõem o vergastado processo do trabalho brasileiro, de base eminentemente celetária.

O presente estudo debruça-se sobre aqueles princípios processuais — que, independentemente dos destinos incertos reservados àquele anteprojeto, parece-nos ainda hoje *imanescentes* à ordem jurídico-processual brasileira.

2. Da omissão à literalidade

Conquanto de suma importância para a operação e a compreensão mesma do Direito contemporâneo, os **princípios** — entendidos como “*enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas*”⁽¹⁾

(1) Definição de MIGUEL REALE para os *princípios gerais de Direito* (*Lições Preliminares de Direito*, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.304) — que serve, todavia, para

—foram historicamente negligenciados por uma produção legiferante de viés formal-positivista, típica do chamado “direito moderno”. Quando acaso enunciados, tendiam a não ser identificados como linhas-mestras ou pressupostos nomológicos do (sub)sistema legislativo, restando-lhes a enunciação indiscriminada ao lado de normas-regras (por vezes desprovidas de qualquer conteúdo axiológico). Veja-se, e. g., os arts. 1º a 12 do Código Penal, alternando princípios e regras; o art. 460, *caput*, do CPC (princípio da correlação entre a demanda e a sentença), em meio a uma sequência de regras com elevado grau de concretude; o art. 9º do Código Tributário (princípios enunciados como “disposições gerais”, seguidos por uma série de “disposições especiais” que não passam de normas-regras); e assim sucessivamente.

Apenas mais recentemente, na chamada “era dos estatutos”⁽²⁾ (ou da “descodificação”),

a definição dos princípios jurídicos em geral (mesmo os *específicos*, desde que se limite a acepção de “ordenamento jurídico” à respectiva zona de influência). O conceito alcança, como se vê, quase todo o conteúdo axiológico peculiar que CANOTILHO (*Direito Constitucional*, 5. ed. Coimbra: Almedina. p.1.145-1.146) atribui aos *princípios*, extremando-os das *regras*: (a) quanto ao *grau de abstracção* (os princípios são normas com elevado grau de abstracção, enquanto as regras possuem maior concretude como comandos de condutas); (b) quanto ao *grau de determinabilidade* (os princípios são vagos e indeterminados, carecendo geralmente de mediações concretizadoras — do legislador, do administrador ou do juiz —, enquanto as regras admitem aplicação direta); (c) quanto ao *carácter de fundamentalidade no sistema das fontes* (os princípios são normas de natureza estruturante, em posição hierárquica usualmente superior, à diferença das regras, normalmente subalternas); (d) quanto à *proximidade com a ideia de direito* (os princípios são “*standards*” juridicamente vinculantes que radicam diretamente nas próprias exigências ético-sociais de “justiça”, enquanto as regras podem ter conteúdo meramente funcional; e (e) quanto à *natureza normogénica* (os princípios são fundamento e gênese de regras, isto é, “são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas”). Doravante, utilizaremos sempre a dicotomia norma-princípio vs. norma-regra, o que deve remeter o leitor aos presentes conteúdos.

(2) Cfr., por todos, TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 8.

os princípios passaram a ser sistematizados no direito positivo, ora com precisão, ora ainda com atecnia. No Brasil, essa tendência manifestou-se sobretudo em searas de direito material, com a novel preocupação de introduzir ou organizar o conjunto de normas-regras a partir de um catálogo de “direitos básicos” ou “direitos fundamentais” da pessoa (normas que geralmente têm caráter de *princípios*⁽³⁾). Nesse sentido, confirmam-se o Título I (“Das Disposições Preliminares”), em especial os arts. 4º a 6º, e o Título II (“Dos Direitos Fundamentais”) da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); ou, ainda, o Capítulo III (“Dos Direitos Básicos do Consumidor”) do Título I da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Da mesma forma, no direito comparado, merece menção o Código do Trabalho português que, em sua atual versão (Lei n. 7/2009), reservou o Título I (fontes e aplicação do direito) e em especial a Subseção II do Título II (“Direitos de personalidade”) para explorar os princípios fundamentais da matéria e a partir deles enunciar comandos concretos (normas-regras). Cite-se, ademais, o *Estatuto de los trabajadores* espanhol (Ley n. 8/1980), que na *sección 2ª* do *capítulo primero* de seu

(3) ALEXY atribuiu às normas de direitos fundamentais o chamado *Doppelcharakter*, reconhecendo-lhes uma natureza combinada de norma-princípio e de norma-regra (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p.122-125). Assim, as normas de direitos fundamentais também são, à maneira dos demais princípios jurídicos, *mandatos de otimização*. Na jurisprudência, essa natureza principiológica das normas de direitos fundamentais — logo, objetiva, transindividual e irradiante — foi primeiramente reconhecida na esfera do Direito do Trabalho alemão, por HANS CARL NIPPERDEY, presidente do Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*), em julgamento no ano de 1954, no qual reconhecia que os direitos fundamentais são princípios ordenadores da vida social, com relevância direta nas relações interprivadas. Nesse sentido, cf., por todos, UBILLOS, Juan María Bilbao, “¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos privados?” In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 309-310.

título primero cuida, em termos muito gerais, dos “*derechos y deberes laborales básicos*” dos empregados (direito ao trabalho e à liberdade de profissão, liberdade sindical, negociação coletiva, direito de reunião e de greve, não discriminação, dever de cooperação e boa-fé — que a doutrina tradicional identificava como “princípio do rendimento”⁽⁴⁾ —, dever de diligência, etc.).

Creemos, porém, que a melhor técnica para a enunciação legislativa de princípios é aquela que os extrema, na medida do possível, das regras que dele advêm. Sistematizando-os dessa maneira, e conferindo *explícita positividade* aos princípios (enunciados como tais, em elenco próprio), dá-se ao intérprete um horizonte hermenêutico mais seguro, conferindo plenitude à função interpretativa dos princípios. Bom exemplo dessa técnica está no PL n. 2.057/91, da Câmara dos Deputados, que pretende criar o “estatuto das sociedades indígenas” e inicia suas disposições com o Título I, “Dos Princípios e Definições”⁽⁵⁾ (Capítulo I do Título I, arts. 1º a 7º).

Essa não é, porém, uma realidade para a legislação trabalhista (material e processual). Uma e outra — ambas concentradas na Consolidação das Leis do Trabalho, do longínquo ano de 1943 — seguiram o padrão legislativo do “direito moderno”, alternando indiscriminadamente normas-princípios, normas-regras e normas explicativas (e. g., arts. 2º e 3º, *caput*). Os Títulos I e II da CLT sequer conhecem um elenco de direitos fundamentais (ou “básicos”) do trabalhador.

No campo do processo judiciário do trabalho (basicamente o Título X da CLT e a Lei n. 5.584/70), praticamente não há princípios enunciados. Devem ser *inferidos* da malha do

direito positivo, como no caso do *princípio da conciliabilidade* (que se infere do art. 764 da CLT), do *princípio inquisitivo* (que se infere do art. 765 da CLT), do *princípio do prejuízo* (em sede de nulidades: “*pas de nullité sans grief*”, conforme art. 795 da CLT⁽⁶⁾), e assim sucessivamente.

Como se sabe, aos princípios jurídicos atribuem-se amiúde três funções básicas: a **informativa** (subsidiando a ação legiferante e dando vazão ao caráter normogenético das normas-princípios), a **normativa** (integrando o direito em casos de lacunas — art. 4º da LICC, art. 8º da CLT — e, mais que isso, *afastando* ou *neutralizando* a ação de normas-regras incompatíveis com princípios superiores — e. g., os radicados constitucionalmente —, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata⁽⁷⁾) e a **interpretativa** ou **hermenêutica** (iluminando e orientando os intérpretes na compreensão do sentido e do alcance das normas-regras — *supra*). A essas, acresça-se a função de **sistematização** (conferir ao subsistema jurídico ou legislativo a sua “coluna vertebral”, de onde devem partir e para onde devem fluir todos os demais dispositivos).

Na segunda metade do século XX, ante a **omissão** da legislação processual trabalhista brasileira, todas essas funções secundaram uma primeira operação fundamental, de ordem nomológico-intelectiva, que foi a *descoberta* mesma dos princípios, a partir da interpretação dos textos legais. Noutras palavras, as próprias *matrizes da interpretação* tiveram de ser construídas, elas próprias, pela via da interpretação. E, silente o legislador, essa tarefa coube aos tribunais (notadamente ao Tribunal Superior do Trabalho, ante a sua tarefa constitucional de uniformizar a inteligência da lei federal trabalhista). Ora, os tribunais em geral

(4) Cf., por todos, RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1996. p. 266-267.

(5) Na proposta substitutiva do Deputado Federal LUCIANO PIZZATTO (2000), a estrutura principiológica mereceu ainda maiores cuidados, para se tratar exclusivamente dos *princípios* entre os arts. 1º a 7º.

(6) Que, de resto, pode já ser considerado um *princípio geral de processo* (vejam-se os arts. 563 do CPP e art. 249, § 1º, do CPC).

(7) A esse “movimento”, que reconhece a primazia dos princípios e os aplica diretamente, tem-se denominado “pós-positivismo”.

(assim entendidos os corpos de magistrados de 2º grau ou de grau superior) tendem a apresentar *duas características* sociologicamente descritas: a) a longo prazo, são global e tendencialmente conservadores⁽⁸⁾ (*i. e.*, sujeitam-se a certa inércia jurisprudencial que recrudescer na proporção direta do tempo de uniformização de certa matéria); b) a curto e médio prazos, são pontualmente inconstantes (*i. e.*, tendem a decidir questões de direito de modos diversos e sob óticas diferentes, sensibilizando-se com clamores públicos e novas ideologias, até a definitiva uniformização ou, às vezes, mesmo depois dela⁽⁹⁾).

Diante dessas características, o resultado previsível era o de que jamais se consolidasse doutrinariamente, com boa margem de segurança, um *rol de princípios* próprios do Direito Processual do Trabalho brasileiro (diversamente do que se deu, ao revés, no Direito do Trabalho, em grande medida por influência estrangeira⁽¹⁰⁾ e, mais tarde, em função do

rol de direitos sociais fundamentais que a Constituição de 1988 positivou). Daí por que, hoje em dia, dificilmente se logrará encontrar consenso doutrinal sobre um elenco mínimo de princípios próprios do processo laboral. Afastados os princípios gerais do processo (inércia, inafastabilidade da jurisdição, concentração, oralidade, etc.), talvez os únicos pacíficos sejam o da simplicidade das formas, o da “conciliabilidade” (ou conciliação) e o do “*ius postulandi*” das partes (esse em vias de relativização ou extinção, mercê do art. 133 da CRFB). Para além desses, há princípios e princípios, de diversos matizes e denominações, alguns tão polêmicos que ora são reverenciados, ora repudiados (*e. g.*, o princípio da ultrapetição e o princípio da proteção no processo)⁽¹¹⁾.

Esse estado de coisas obviamente confere muita insegurança e até certo arbítrio no mister hermenêutico. Dispostos desse modo, sem mínima convergência doutrinal ou jurisprudencial, os princípios dificilmente conseguem cumprir suas funções (notadamente, a interpretativa). Debruçando-se sobre o tema, juristas tornam-se palco e público de seu próprio espetáculo, digladiando-se permanentemente em torno da existência e do conteúdo dos princípios retores, sem grande serventia ou interesse para o fim maior do direito processual: prover direitos materiais (no limite, prover *cidadania*) por meio da jurisdição.

Daí por que, ao projetar uma reforma legislativa para o Direito Processual do Trabalho brasileiro, pareceu-nos curial pensá-la a partir de um *rol de princípios* que, uma vez positivados e bem dimensionados, comporão o *leit motiv* de toda a reforma (= função sistematizadora) e servirão de norte seguro para a

(8) Nesse sentido, em debate recente, confirmaram-se os anais do painel “Direito Fundamental ao Meio Ambiente Equilibrado e a Importância Global da Sustentabilidade Pan-Amazônia”, que abriu a programação oficial V Fórum Mundial de Juizes, em Belém/PA (2009), sob a coordenação do presidente da Escola Nacional da Magistratura (ENM). No campo trabalhista, para tanto perceber, basta comparar a Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (ultimamente revisada pela Resolução Administrativa n. 121/2003) com os Enunciados da 1ª Jornada de Direito Processual e Material do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA, 23.11.2007). A discrepância de entendimentos — ali, mais conservadores e literais, e aqui, mais progressistas e principiológicos — chega a ser gritante.

(9) “*Ad exemplum*”, veja-se, no Supremo Tribunal Federal, a guinada jurisprudencial representada pelo entendimento de que a vedação de progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados seria *inconstitucional* (STF, HC n. 82.959-7), contrariando jurisprudência anterior do mesmo tribunal (não sumulada).

(10) No caso brasileiro, teve especial ascendência a obra “*Principios de derecho del trabajo*” (1975), do uruguaio Américo Plá Rodríguez, já referida acima. A doutrina passou a simplesmente repeti-la e diversificá-la, qual “variações sobre o mesmo tom”. Mas, muito antes dele, na Europa, HERNAIN MARQUEZ já vinha de enunciar os “princípios específicos” do Direito do Trabalho (cf. MARQUEZ, Miguel Hernainz, *Tratado*

Elemental de Derecho del Trabajo. 10. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969. p. 88-91).

(11) Apenas para se ter uma ideia, o texto atualmente disponível da *Wikipedia* brasileira identifica nada menos que *vinte e nove* princípios do Direito Processual do Trabalho (alguns absolutamente gerais, outros específicos e outros ainda discutíveis ou até mesmo contraditórios, como o *princípio dispositivo* e o *princípio inquisitivo*).

interpretação de todas as regras subsequentes (= função hermenêutica), como ainda para a própria regência concreta do processo e do procedimento, à míngua de regras ditadas ou compatíveis (= função normativa), e também para a inspiração do legislador em futuras modificações da lei processual laboral (= função informativa). Para isso, se propôs, já na abertura do Capítulo I do Título X (“Do Processo Judiciário do Trabalho”) da Consolidação — que passa a tratar “Dos Princípios e das Disposições Fundamentais e Complementares” —, uma *seção I* destinada a tratar, **exclusiva e literalmente**, dos **princípios** e das disposições fundamentais do processo do trabalho.

Sobre isso, alfim, dois esclarecimentos.

A uma, positivar princípios não significa “engessar” o labor jurisprudencial ou doutrinário. Significa dar-lhe o primeiro rumo. É claro que a descoberta de princípios pelo exercício dedutivo (*i. e.*, por sucessivas abstrações e comparações das regras em vigor) segue aberta à atividade intelectual de juizes e juristas. E, da mesma forma, no futuro, a atualização legislativa levaria à revelação paulatina de novos princípios, como sói acontecer em um direito multicultural, temporal e cambiante como é o chamado “direito pós-moderno”⁽¹²⁾.

A duas, positivar princípios é fazer escolhas políticas. Não fosse assim, a própria ideia de positivá-los seria inútil, porque princípios são necessariamente enunciados axiológicos (*supra*, nota n. 1). Como enunciá-los de modo “neutro”, sem optar por valores e fins? Não seriam princípios, seriam carcaças vazias de retórica formal. Nessa ordem de ideias, a opção da Comissão Informal de Juristas instituída no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região em 2008 foi, desde a primeira hora, a opção por um processo laboral **progressista, deformalizado, instrumental**

e eficaz. Tudo a convergir para uma **tríplice concepção** do processo⁽¹³⁾, a saber:

- **concepção publicista do processo:** o processo do trabalho persegue objetivos de inapelável *interesse público*, razão pela qual ao juiz cabe agir ativamente na busca da verdade real e das medidas necessárias para a preservação da ordem pública (o que importa em reconhecer que da irrenunciabilidade do Direito do Trabalho material deriva também uma indisponibilidade de natureza processual, em vários níveis);

- **concepção humanista do processo:** o processo do trabalho é um instrumento para a concretização de interesses ligados historicamente ao rol dos chamados direitos humanos de segunda dimensão (e, para além deles, a direitos de primeira, terceira e quarta dimensão vulnerabilizados no contexto da relação de emprego); por isso, tal processo não pode se prender a formalismos desnecessários, devendo antes ser simples e efetivo, sob a direção de uma Magistratura de perfil humanista, que compreenda o sofrimento daqueles que batem às suas portas clamando por justiça;

- **concepção social do processo:** o que melhor caracteriza o Direito Processual do Trabalho é a sua finalidade precípua de realização do Direito Social por excelência, *i. e.*, do Direito do Trabalho (material).

É como se guia, desengadamente, a proposta de reforma, nesta seção particular (*princípios*) e em todas as subsequentes. Desde logo, portanto, será possível ver a malha principiológica cumprindo a sua função sistematizadora (no que, diga-se, a proposta já mereceria enormes encômios, tão só pela coerência, se comparada a inúmeros códigos em vigor no direito brasileiro atual).

Aos princípios, portanto.

(12) Nesse sentido, cf., por todos, SANTOS, Boaventura de Sousa. “O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna”. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, n. 30, p. 13-44, 1990.

(13) A contribuição, neste particular, é de Jorge Luiz Souto Maior, que pretendia inclusive inseri-la no texto legislativo (Parte II, Capítulo II), o que à comissão não pareceu apropriado.

3. Os princípios fundamentais do processo laboral

Pretendeu-se designar por *princípios fundamentais* aqueles que estão na base de todo o processo do trabalho e lhe conferem imediata *ancoragem constitucional* (explícita ou implícita), podendo ser geralmente reconhecidos em quaisquer dos ritos trabalhistas. Desta ordem, são os seguintes princípios:

- o princípio da legalidade (art. 5º, II, CRFB);
- os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (implícitos ao art. 1º, *caput*, *in fine* — princípio do Estado de Direito —, ao art. 5º, § 2º, e/ou ao art. 5º, LIV, todos da CRFB);
- os princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CRFB);
- o princípio da efetividade da jurisdição (implícito ao art. 5º, LIV, CRFB);
- o princípio do juiz do trabalho natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CRFB);
- o princípio da publicidade (art. 5º, LX, e art. 93, IX, CRFB);
- o princípio da ação (art. 5º, XXXV e LIV, CRFB);
- o princípio da oficialidade (implícito ao art. 5º, LIV, CRFB);
- o princípio da conciliabilidade (outrora explícito no art. 114, *caput*, da CRFB, anteriormente à EC n. 45/2004, e hoje imanente ao art. 5º, LXXVIII, *in fine*, e ao art. 114, § 2º, ambos da CRFB);
- o princípio da instrumentalidade das formas (implícito ao art. 5º, LIV e LXXVIII, CRFB);
- o princípio do devido processo laboral (art. 5º, LIV, CRFB);
- o princípio da oralidade (implícito ao art. 5º, LXXVIII, CRFB).

Referenciá-los em uma declaração de princípios processuais tem função semântica e hermenêutica. Semanticamente, firmam-se os

alicerces axiológicos do processo do trabalho (hoje de difícil identificação, o que redundava em grandes dissensos doutrinários e jurisprudenciais). Hermeneuticamente, engendra-se *interpretação autêntica* (*i. e.*, oriunda do Poder Legislativo federal) para uma série de dispositivos constitucionais que vazam princípios jurídicos e cujos consectários são atualmente produto de ilações da doutrina e da jurisprudência. Confere-se, no âmbito da norma processual trabalhista, maior *estabilidade* para o binômio “interpretação/aplicação”, sem prejuízo da opção legislativa por um modelo processual efetivo, progressista e pós-positivista. Aliam-se melhor, portanto, os imperativos da *justiça material* e da *segurança jurídica*.

O leitor observará que vários dos princípios fundamentais são extraídos do art. 5º, LIV, da CRFB (“*due process of law*”). Há uma razão para isso.

Com efeito, a cláusula constitucional do devido processo legal formal (“*procedural due process of law*”) é hoje dotada de “jusfundamentalidade” ontológico-material⁽¹⁴⁾ em todos os Estados Democráticos de Direito, ainda quando não a contemplem os textos literais das constituições modernas. Tal cláusula possui um núcleo essencial irreduzível⁽¹⁵⁾, ligado ao

(14) Para a ideia de “jusfundamentalidade material”, *cfr.*, por todos, Robert Alexy, *op.cit.*, *passim* (na tradução espanhola [Madrid, 1993], à p. 503: “*La fundamentalidad de las normas iusfundamentales*”).

(15) A ideia de “núcleo essencial” irreduzível radica na teoria constitucional alemã, “*ex vi*” do art. 19, 2, GG (“*Em nenhum caso a essência de um direito fundamental poderá ser transpassada*”). Veja-se, *e. g.*, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 267-272 (sobre a denominada “garantia de conteúdo essencial” e seu caráter absoluto ou relativo). O mesmo se dá no constitucionalismo espanhol, *ut art.* 53, 1, da *Constitución*; confira-se, a propósito, SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 230-237. Outras constituições — como é o caso da brasileira e da portuguesa — não possuem cláusula semelhante. Pensamos, todavia, que ainda assim todos os direitos humanos fundamentais têm núcleos irreduzíveis, sob pena de se descaracterizarem como tais.

exercício útil dos direitos constitucionais de ação e de defesa. Daí se desdobram, por um lado (= exercício útil do direito de ação), as tutelas sumárias e cautelares, dando guarida ao *princípio da efetividade da jurisdição* e ao próprio *princípio da oficialidade*, no que diz com a concessão “*ex officio*” de tutelas de urgência (*infra*). Por outro (= exercício útil do direito de defesa), desdobra-se a universalização do contraditório e do seu conteúdo mínimo, albergando-se, nesse passo, o *princípio do contraditório e da ampla defesa* (também explicitado no inciso LV do art. 5º da CRFB).

De outra parte, na melhor tradição anglo-saxônica, a cláusula do devido processo legal admite uma dimensão *substantiva* (“*substantive due process*”), que diz com a *concordância prática* dos direitos fundamentais (K. HESSE⁽¹⁶⁾), *i. e.*, com o próprio *princípio da proporcionalidade*. Vamos compreendê-lo, aqui, como o princípio a veicular

“a ideia de que, na “esfera de conformação” do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungs-freiheit*) — e, por extensão, no âmbito de atuação criativa dos demais poderes públicos —, o *excesso* pode configurar a *ilegitimidade* de uma dada providência ou de sua abstenção, por derivação do *princípio do Estado de Direito*, que proíbe restrições de direitos fundamentais inadequadas à consecução dos fins a que afinal se prestam. Isso significa que toda providência oficial (*i. e.*, posta com “*auctoritas*”), ao restringir direitos fundamentais, admite apreciação material à luz dos fins sociais a que se destina e em face dos demais interesses juridicamente relevantes em jogo, esteja ela consubstanciada em ato legislativo, em ato administrativo ou em ato jurisdicional. Cuida-se de saber, então, se a medida restritiva guarda, com os seus fins legítimos, uma relação de *adequação* (*Geeignetheit*) e

de *necessidade* (*Erforderlichkeit*), de modo que há violação ao princípio da proporcionalidade sempre que um juízo material de compatibilidade revelar *contraditoriedade*, *incongruência*, *irrazoabilidade* ou *inadequação* entre meios e fins.⁽¹⁷⁾

No campo do processo, tal dimensão tem especial interesse com respeito ao *direito probatório*, sobretudo “*para fins de admissão ou recusa processual das provas invalidamente constituídas*”, porque a aplicação inflexível das “*exclusionary rules*” conduziria, não raro, ao sacrifício de direitos fundamentais tão ou mais valiosos que aquele tutelado pela regra de proibição⁽¹⁸⁾. Nesse diapasão, pode-se bem entender o princípio da proporcionalidade como um *dispositivo de calibragem* do sistema (Tercio Sampaio Ferraz Jr.⁽¹⁹⁾), pelo qual o juiz do Trabalho se obriga, na interpretação/aplicação da norma processual trabalhista, a observar um critério razoável de adequação entre meios e fins, vedando-se a imposição de obrigações, restrições ou sanções inapropriadas ou em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento da finalidade pública do processo (*i. e.*, o acesso à ordem jurídica justa e

(16) Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 4. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 1970. p. 28-29, 132 e ss.

(17) FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2007. p. 72. Com essa acepção, como antecipado alhures, o princípio da proporcionalidade deriva da própria ideia de **Estado de Direito**, tal como foi assentado pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) em março de 1971. Sobre essa jurisprudência e o seu desenvolvimento posterior, cf. MENDES, Gilmar. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 38-54. Cf. também SCHNEIDER, Hans. Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen. In: Christian Starck. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976. v. 2, p. 390-391.

(18) FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova...*, p. 95. Veja-se, p. ex., STF, HC n. 76.060-4, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 31.3.1998. In: *Lex-STF* n. 237, p. 304-309 (evocando o princípio da proporcionalidade para afastar a possibilidade de obtenção de provas sanguíneas “*manu militari*” com vistas a exame de DNA).

(19) FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 175-176.

a pacificação social). Assim, p. ex., a despeito dos amplos poderes outorgados pelo art. 765 da CLT (que no anteprojeto da 15ª Região era preservado “*in integrum*”), não se admitirá a medida instrutória desproporcional, lesiva de interesses jurídicos ou mesmo jusfundamentais (e. g., a exumação de cadáver para a prova da contaminação química ou a constrição cautelar de testemunha recalcitrante para colheita de oitiva), quando houver meio menos gravoso para a formação do convencimento judicial (e. g., a confissão da empresa reclamada, o oferecimento espontâneo de amostras sanguíneas de paradigma para exame químico-toxicológico, a existência de testemunha sucedânea que se disponha a falar voluntariamente, etc.). Nesse contexto, *razoabilidade* e *proporcionalidade* praticamente se confundem, conquanto haja autorizada doutrina que pretenda reconhecer diferenças conceituais entre um e outro princípio⁽²⁰⁾.

Ainda nessa perspectiva, cremos já ser passada a hora de se reconhecer, no âmbito do processo laboral, os precisos contornos do “*due process of law*” (para além do contraditório e da razoabilidade/proporcionalidade), seguindo o exemplo recente do processo penal. Com efeito, os processualistas penais procederam, nos anos oitenta e noventa, a uma *particularização* do conceito de devido processo legal

(20) Cf., por todos, SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Para o autor: “1. Proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Enquanto aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários topoi dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins; 2. Na forma como discutida neste artigo, a regra da proporcionalidade tem origem na jurisprudência alemã, e não na jurisprudência inglesa ou norte-americana; 3. A aplicação da regra da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal consiste apenas em um apelo à razoabilidade; 4. As sub-regras da proporcionalidade guardam uma relação de subsidiariedade, o que significa dizer que nem sempre será necessária a aplicação de todas elas [...]”

(formal), chegando à concepção do chamado “*devido processo penal*”. Nessa alheta, e com iguais pretensões, temos designado por **devido processo laboral** o princípio de que decorre:

“a concordância harmônica de todos os demais princípios do processo do trabalho para a obtenção, em tempo razoável, da justa composição do litígio perante o juiz do trabalho natural, independente e imparcial, a que as partes acederão em condições de pleno acesso à Justiça, atendendo-se a que as garantias processuais do réu jamais obstem a satisfação ideal dos direitos sociais violados ou a satisfação integral dos créditos alimentares sonegados.”

No anteprojeto da 15ª Região, essa noção foi *positivada*, com vistas à construção de uma base deontológica e epistemologicamente *segura* para a posteridade, que servirá de ponto de partida às ulteriores derivações conceituais e pragmáticas de doutrina e jurisprudência. Reúnem-se no conceito tanto a *dimensão procedural* (= juiz do trabalho natural + independência funcional + imparcialidade subjetiva + tempo razoável) como a *dimensão substantiva* (= satisfação ideal de direitos sociais e/ou satisfação integral de créditos alimentares, i. e., efetividade), avançando em relação à própria figura do “devido processo penal”. Engendra-se, dessarte, o mais importante elemento de calibração para a atividade intelectual de interpretação/aplicação da norma processual laboral, permitindo a dialética de todos os demais princípios em um macroprincípio complexivo, dinâmico e construtivo.

O *princípio da legalidade*, por sua vez, merece expressa referência para significar que os exercentes do poder público “*in concreto*” — neste caso, os Juizes do Trabalho — devem observância a um quadro normativo “*que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos*”, findo-se em normas *gerais e abstratas* (e, por isso mesmo, *impessoais*)⁽²¹⁾. Tem ainda a ver,

(21) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

numa acepção mais restrita, com o *primado da lei* (em sentido formal) sobre as demais espécies normativas, no sentido de que:

“Por exprimir [...] a vontade geral [= democracia representativa], possui um primado sobre os atos normativos emanados dos demais poderes. Deveras, a administração pública, que a realiza nos casos concretos, apoia-se exclusivamente na lei.”⁽²²⁾

É certo, porém, que acima das normas legais estão as normas constitucionais (o que, mais recentemente, vem de ser reconhecido — com todo acerto — no bojo da própria atividade censória e decisória administrativa). A *legalidade formal* cede espaço, paulatinamente, a uma “legalidade constitucional”, que busca a constitucionalidade formal e material dos atos do Poder Legislativo antes de aplicá-los. Isso é tanto mais verdadeiro no imo do Poder Judiciário⁽²³⁾. Logo, a positivação do princípio da legalidade já não pode exprimir, em absoluto, o compromisso mecânico do julgador com uma legalidade de cariz formal e positivista, como outrora se pensava. Ao contrário, exprime um sentido *material* de legalidade, ligado à própria ideia da ponderação de interesses (proporcionalidade) e do devido processo legal substantivo.

p. 56-57. Nesse sentido, a legalidade é “o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania”, representando, a um tempo, “o marco avançado do Estado de Direito, que procura jugular os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão”, e também a garantia dos particulares “contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário. Instaura-se, em consequência, uma mecânica entre os Poderes do Estado, da qual resulta ser lícito a apenas um deles, qual seja o Legislativo, obrigar aos particulares”. Mas há gradações em regimes genuinamente constitucionais, como se dirá em seguida.

(22) Cf., por todos, CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 140.

(23) Sobre essa nova visão de mundo no Judiciário — que tem amiúde desafiado críticas contra um suposto “ativismo judicial” — ver, de nossa lavra, “‘Ativismo judicial’ para bom entendedor”. In: *Folha de S. Paulo*, 25 maio 2009, p. 3.

O *princípio da publicidade* garante às partes, no processo do trabalho (como nas demais manifestações do processo judicial: civil, penal, fiscal, etc.), a divulgação oficial dos atos judiciais, a realização de audiências públicas e a possibilidade de consultas motivadas aos autos e documentos, com extração de certidões, ressalvados os casos legais de sigilo judiciário, nos termos da Constituição (art. 93, IX, CRFB) e da legislação federal ordinária (e. g., art. 155 do CPC). Tais exceções geralmente dizem com a salvaguarda de direitos fundamentais como a intimidade, a privacidade e a imagem, num juízo de ponderação concreta de valores que remete ao “*substantive due process*” (*supra*).

Já os *princípios do contraditório* e da *ampla defesa* asseguram aos réus, no Direito Processual do Trabalho, o direito à comunicação dos atos procedimentais, à defesa oral ou escrita, à livre e razoável produção de provas (o que significa, em contrapartida, que o juiz do Trabalho pode *indeferir* provas protelatórias, inúteis, impertinentes ou desproporcionais), ao livre acesso dos autos, às alegações finais e à interposição de recursos (ressalvando-se, é claro, os casos legais nos quais esses consectários sofram restrições proporcionais e justificadas; assim, p. ex., no caso da irrecorribilidade das decisões interlocutórias⁽²⁴⁾). Como bem se vê, neste parágrafo e no anterior, os princípios jurídicos não atuam isoladamente. Ao contrário, interpenetram-se em perene tensão axiológica de efeitos construtivos. Nesta hipótese, os consectários procedimentais dos princípios do contraditório e da ampla defesa experimentam modulações quando tensionados com o princípio da proporcionalidade e com o princípio da legalidade. Será sempre assim, embora as tensões possam se revelar com maior ou menor intensidade.

O *princípio da ação*, de que é contraface o princípio da *inércia jurisdicional* (“*ne procedat iudex ex officio*”), justifica-se no processo

(24) Art. 893, § 1º, da CLT, mantido no anteprojeto da 15ª Região.

do trabalho apenas para a **instauração de instância**, porque o Juiz do Trabalho não poderá se arvorar simultaneamente em autor e julgador da causa (o que traduz a garantia do “*procedural due process*” na melhor tradição anglo-americana, desde a *Magna Charta* de 1215 e, pouco depois, o célebre postulado “*no making a man a judge in his own case*”⁽²⁵⁾). Daí por que, na nova ordem constitucional e legal, normas como a do art. 856 da CLT — em que previa a instauração do dissídio coletivo pelo próprio presidente do tribunal regional do trabalho — já não fazem mais sentido. Não foram recepcionadas. Entretanto, ultrapassada a fase de instauração do “*actus trium personarum*”, o **impulso oficial** torna-se a regra no processo laboral, reconhecendo-se ao Juiz do Trabalho, ante a dignidade dos interesses que normalmente se inserem sob a sua competência (direitos sociais — *i. e.*, direitos humanos de segunda geração — e, vinculados a eles, direitos humanos de primeira e de terceira geração⁽²⁶⁾), *amplos poderes* na condução do processo e na concretização de tutelas de urgência e garantia, *independentemente* de provocação das partes. Essa ressalva, uma vez positivada, não fará mais que formalizar entendimento já recorrente entre os magistrados do Trabalho, especialmente no que tange à antecipação dos efeitos da tutela de mérito (arts. 273 e 461 do CPC)⁽²⁷⁾.

(25) Cf., por todos, ORTH, John V. *Due Processo f Law: A Brief History*. Lawrence: University Press of Kansas, 2003. p. 15-32.

(26) Entre os de primeira geração, citem-se o direito à vida, o direito à integridade física e o direito à privacidade/intimidade nas relações de trabalho; e, entre os de terceira geração, refira-se, entre outros, o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado (art. 225, *caput*, c.c. art. 200, VIII, da CRFB). Poder-se-ia tratar até mesmo de direitos de *quarta geração* ligados ao mundo do trabalho (como, *e. g.*, o direito à informação ou à democracia sindical). A esse respeito confira-se, de nossa lavra, “Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho”. In: *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, v. 32, n. 121, 2006, *passim*.

(27) Nesse sentido, veja-se, por todos, MENEZES, Cláudio Armando Couce de; DIAS, Leonardo. *Tutela Antecipada e Ação Monitoria na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 43.

Daí se falar justamente em um *princípio da oficialidade*, a afastar, no processo do trabalho, o chamado “princípio dispositivo”, e a temperá-lo para a consecução de suas finalidades (porque, a despeito das boas vontades e das melhores intenções, o processo laboral não seria mais que um processo de perfil *liberal-formal*, próprio do século XVIII, se abrigasse ao mesmo tempo, com todos os seus desdobramentos, o princípio da ação e o princípio dispositivo). Pelo princípio da oficialidade — que a doutrina processual trabalhista mais ortodoxa ainda hesita em reconhecer e consagrar —, o Juiz do Trabalho pode lançar mão de medidas liminares cautelares ou antecipatórias de mérito, “*ex officio*” e/ou “*inaudita pars*”, com vistas à urgente salvaguarda do interesse público (que ora se manifestará como interesse de preservação de direitos fundamentais em risco⁽²⁸⁾, ora como interesse de resguardo da dignidade da Justiça⁽²⁹⁾).

Quanto ao *princípio da conciliabilidade*, fora ele expressamente positivado na Constituição de 1988, cujo art. 114 acometia à Justiça do Trabalho, no *caput* de sua redação original, a competência para *conciliar* e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores (sem equivalente em nenhum outro dispositivo constitucional delimitador de competência material). Hodiernamente, a

(28) Como hoje reconhecem majoritariamente os privatistas, o tema dos *direitos fundamentais* é um tema de **direito público** (*i. e.*, de *ordem pública* ou de *interesse público*), não de direito privado. Nesse sentido, decidiu o *Conseil d’État* francês, no célebre caso do “*lancer de nain*” (= arremesso de anão) da cidade de Morsang-sur-Orge: “*Que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l’ordre public; que l’autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l’absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine.*” (Décision n. 136727, 27.10.1995 — g. n.) No Brasil, cf. GOMES, Joaquim B. Barbosa. “O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa”. In: *Seleções Jurídicas ADV*, n. 12, p. 17 *ess.*, 1996.

(29) Assim, *e. g.*, nas hipóteses do art. 600 do CPC.

redação do art. 114 já não refere o mister conciliatório; mas o princípio ainda subjaz imanente a pelo menos dois dispositivos constitucionais (art. 5º, LXXVIII, *in fine*, e art. 114, § 2º), mesmo após a EC n. 45/2004. Ademais, decorre taxativamente da lei ordinária (art. 764, *caput* e §§ 1º e 3º, e art. 649 da CLT), como outrora decorria da própria denominação original dos órgãos de 1º grau da Justiça do Trabalho (as antigas Juntas de *Conciliação* e *Julgamento*). Por ele, entende-se que o Juiz do Trabalho pode propor a conciliação a qualquer tempo, inclusive recorrendo aos dados do processo e às quantificações que lhe parecerem relevantes (*i. e.*, pode formular *propostas concretas* de conciliação, com valores, discriminações e incidências), nos autos do processo ou em audiência. Isso porque não lhe compete apenas “provocar” a conciliação (o que se pode fazer com uma inútil e burocrática indagação, do tipo “há acordo?”), mas — nos estritos termos do art. 764, § 1º, da CLT (mantido pelo anteprojeto da 15ª Região) — também *persuadir* das qualidades e das vantagens da conciliação judicial para certo caso concreto (“*si et quando*” reconhecê-la como factível e vantajosa, obviamente).

Por oportuno, registre-se que o princípio da conciliabilidade é também um princípio de **conciliação responsável** (o que revela outra vez a dialética com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; ou, no plano jurídico-material, a dialética com o próprio princípio da irrenunciabilidade). Quer-se com isso dizer que o Juiz do Trabalho pode, também por ele, *recusar homologação* a acordos ruinosos (*i. e.*, espoliativos), fraudulentos (*e. g.*, os simulatórios), genéricos (*e. g.*, os desproporcionalmente quitatórios) ou ainda os tendentes a fins ilegais (*e. g.*, aqueles instrumentalizados para a evasão fiscal). A “conciliabilidade” permite, pois, caminhar-se num sentido ou noutro, conforme as circunstâncias do caso concreto.

O *princípio da instrumentalidade das formas* é especialmente importante para o bom funcionamento do processo laboral. Tal princípio

supõe que as *normas primárias* (normas de direito material — imperativas, proibitivas ou permissivas) carecem da possibilidade de se fazerem respeitar *coativamente*; daí, com o fito de lhes suprir tal carência, associaram-se-lhes *normas secundárias* (normas-sanções), além de se conceber, “*in abstracto*”, um *direito geral de ação* que assegurasse ao sedizente titular de uma situação jurídica o *acesso aos tribunais judiciais* (e/ou *administrativos*, onde houver), para reclamar e obter, perante terceiros, a efetividade das normas de conduta (substantivas). As chamadas *normas adjetivas* (processuais/procedimentais), subclasse daquelas normas secundárias, só fazem sentido nesse restrito contexto.

Sob o pálio do princípio da instrumentalidade, celebrizado na doutrina brasileira pela obra de Dinamarco⁽³⁰⁾, compreendem-se três premissas: a) a de que os atos processuais trabalhistas independem de forma determinada, exceto quando a lei ou os regulamentos dos tribunais expressamente a exigirem, de modo justificado e proporcional; b) a de que, mesmo nessas hipóteses, terão validade os atos processuais quando, a despeito das irregularidades formais, houverem atingido as suas finalidades (= *visão funcional do processo*); c) a de que não serão declarados nulos ou anulados os atos processuais que não tenham causado prejuízos relevantes (“*pas de nullité sans grief*”⁽³¹⁾), como tampouco os que não tenham influído na apuração da verdade real ou na decisão final do processo.

Pela sua própria tradição, breve (1943-2010) porém, sólida, não se concebe um processo do trabalho solene e burocrático, em que se preze a forma pela forma. Processo sem franca e

(30) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1994, passim.

(31) Confira-se o art. 794 da CLT (mantido no anteprojeto da 15ª Região). Assim, p. ex., não se anulará a citação editalícia não publicada em jornal oficial, apesar do que dispõe o art. 841, § 1º, da CLT, se houver evidências de que o réu tomou conhecimento da ação no átrio do fórum, lendo os editais ali afixados.

rematada instrumentalidade poderá ser tudo, menos processo do trabalho.

4. Os princípios inerentes à atividade processual concreta. Os princípios inerentes à audiência trabalhista. Os “princípios especiais”

Pensando na atividade processual *concretamente considerada* (i. e., no encadeamento de atos procedimentais informados pelo contraditório⁽³²⁾), identificam-se dez princípios inerentes:

- o princípio da motivação dos atos judiciais decisórios (art. 93, IX, CRFB);
- o princípio da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, *in fine*, CRFB);
- o princípio da economia processual (v., e. g., art. 841 da CLT, mantido no anteprojeto da 15ª Região);
- o princípio da simplicidade (v., e. g., art. 840, §§ 1º e 2º, da CLT, mantido no anteprojeto da 15ª Região);
- o princípio do ônus dinâmico da prova (v., e. g., as Súmulas ns. 16, 212 e 338 do C.TST);
- o princípio do livre convencimento racional e motivado (art. 131 do CPC);
- o princípio da identidade física do juiz (contra as Súmulas ns. 222 do STF e 136 do TST);
- o princípio da pluralidade regradada de instâncias (arts. 893 e ss. da CLT);
- o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias (art. 893, § 1º, da CLT);
- o princípio da gratuidade.

Pouco assombro pode haver com a positividade desses princípios. A maior parte deles já é reconhecida pela lei ou pela jurisprudência. Cuidemos, pois, de examinar apenas o que houver de novo.

Quanto à *simplicidade*, o espírito da reforma não escapa à percepção histórica de que o

(32) FAZZALARI, Elio. *Istituzioni de diritto processuale*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1989. p. 60-80.

processo do trabalho sempre teve caráter **deformalizado**, regrando-se por normas arreadas a quaisquer entraves burocráticos ou formalidades do tipo “*ad substantiam*” (ressalvadas raras exceções, a exemplo da prova compulsória do art. 195, § 2º, da CLT). Por isso, os prazos recursais estão unificados desde a Lei n. 5.584/70 (art. 6º: oito dias). Portanto, ainda, admite-se a validade da notificação postal desde que seja recebida no local de endereçamento, independentemente da identificação física do recebedor (o que certa jurisprudência já vinha de identificar como subprincípio — o de *impessoalidade dos atos de comunicação*⁽³³⁾). Por conseguinte, enfim, dispôs o art. 840 da CLT que o peticionamento na Justiça do Trabalho tanto pode ser verbal como escrito; e, sendo escrita, deverá conter simplesmente:

“a designação do Presidente da Junta, ou do juiz de direito a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.” (art. 840, § 1º, CLT.)

Isso tudo demonstra que, entre nós, o princípio da simplicidade tem desempenhado sua *função normogenética* com boa desenvoltura, desde a origem do processo do trabalho, modulando as regras diretoras dessa especialidade processual. Positivá-la no anteprojeto de reforma significou, portanto, ratificá-lo e revigorá-lo, sobretudo para que venha a cumprir mais amiúde a sua *função hermenêutica*, orientando a interpretação das normas processuais laborais de modo a neutralizar tendências reformativas ou feitos burocráticos⁽³⁴⁾ que

(33) Cf., e. g., a Súmula n. 16 do C. TST, pela qual “*presume-se recebida a notificação quarenta e oito horas depois de sua regular expedição*”, independentemente de quem a receba.

(34) Vale recordar aqui, à conta de ilustração, o paradigmático caso da reclamação trabalhista que tramitou pela 1ª Vara do Trabalho de Taubaté, nos inícios da década de noventa do século passado, e que foi extinta por “inépcia”, porque a petição inicial supostamente “falaria demais”, violando a regra legal da “breve

episodicamente ganham corpo em primeiro e segundo graus de jurisdição (ou mesmo na jurisdição extraordinária). Não se escusa, porém, a “simplicidade” leviana e precarizadora, que fere de morte a segurança processual e transforma o juiz em oblíquo porta-voz dos interesses da parte. Por isso, ressalva-se que as formas procedimentais, conquanto simples, devem ser suficientes para “*propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos de autores e réus*”.

Quanto ao *princípio da motivação*, constitucionalizado no art. 93, IX, da CRFB, enuncia-se-o como o dever de se fundamentar toda e qualquer decisão judicial (afastados, pois,

exposição dos fatos” (art. 840, § 1º, CLT). Submetido o julgado ao Regional (pela via do recurso ordinário), o relator — acompanhado pela turma — entendeu que a inépcia não poderia ser declarada sem que antes se franqueasse à parte um prazo para emenda (art. 284 do CPC). Por essa razão, de modo surpreendente, o TRT anulou a sentença, sem qualquer juízo de fundo sobre a “tese” perfilhada acerca do instituto da inépcia, e determinou a baixa dos autos para que o juiz de 1º grau concedesse ao autor prazo para completar ou emendar a inicial... Ora, o que haveria a completar, se a razão da “inépcia” era a verbosidade? Na mesma perspectiva, o que haveria a emendar (a não ser que se admitisse uma curiosa “emenda supressiva” da petição inicial)? Eis aí notório exemplo de um uso burocrático e manietador da norma processual, a demonstrar que a regra do art. 840 da CLT foi esgrimida, por duas ocasiões, sem qualquer comprometimento com o seu valor-força original (*i. e.*, com o princípio da simplicidade). Ademais, registre-se que, a nosso sentir, se acaso estiver inepta a petição inicial ao tempo do julgamento (“*in totum*” ou nalgum de seus pedidos), o resultado deve ser a mera extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 295, I, do CPC, “*e não a determinação de sua emenda, pois os casos de inépcia não estão sujeitos à correção prevista no art. 283, do CPC*” (cf. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Inépcia da Inicial. Pedido de Declaração de Vínculo Empregatício”. In: *Revista Nacional de Direito do Trabalho*, Ribeirão Preto, Nacional de Direito, v. 16, p. 24, ago. 1999). Daí por que quaisquer correções — notadamente aquelas relacionadas a erros materiais do exórdio — devem ser providenciadas em audiência, aos cuidados do juiz e sob contraditório, para que constem do termo antes do ato ou da data do julgamento. Essa “informalidade” de procedimento na alteração de petições iniciais — muitas vezes mal compreendida por entusiastas do processo civil moderno-formal — também está relacionada ao princípio da simplicidade.

os *despachos de mero expediente*, que não têm conteúdo decisório), delas constando objetivamente os seus pressupostos de fato e de direito. Com efeito, a *fundamentação judicial* é, ao lado do *contraditório*, a maior garantia dos cidadãos perante o Poder Judiciário nos Estados Democráticos de Direito (e não uma estéril e anódina “legalidade”, como afirmavam os modernos). Motivar de *modo objetivo*, aliás, é também dialogar com o princípio da simplicidade: a decisão judicial deve ser plenamente inteligível para os iniciados e suficientemente inteligível para os leigos. Nessa medida, uma fundamentação hermética, atulhada de latinismos, estrangeirismos e linguagem gongórica, por não ser clara e objetiva, decerto não atende bem ao princípio da motivação.

A *celeridade* — hoje com “*status*” constitucional (art. 5º, LXXVIII, *in fine*, CRFB) — é igualmente prestigiada, como não poderia deixar de ser, dada a sua tradição no processo do trabalho, que é sabidamente a mais célere macromodalidade processual (*i. e.*, comparada “*in genere*” com o processo civil e com o processo penal). E assegura-se a celeridade não apenas com normas procedimentais simples e deformalizadas (no que outra vez dialogam os princípios, desta feita, os da simplicidade e da celeridade), mas também com “*os meios necessários à tramitação célere de [...] processos perante a Justiça do Trabalho*”, o que implica conferir especial prestígio às tutelas de urgência no processo laboral (*i. e.*, medidas cautelares, decisões antecipatórias dos efeitos da tutela de mérito, provimentos mandamentais liminares, etc.). Note-se que, a rigor, o princípio da celeridade processual não se confunde com o *princípio da duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, 1ª parte, CRFB), embora apresentem indiscutíveis entroncamentos. Entretanto, o princípio da duração razoável do processo dialoga igualmente com os princípios do contraditório e da ampla defesa, no sentido de que um processo complexo, que demande provas técnicas e instrução cuidadosa, não pode ser decidido de forma açodada, a bem

de uma “celeridade” sem parâmetros, que elimine os debates e as provas minimamente necessárias para a decisão do caso concreto. Daí por que se privilegiou, na proposta de reforma do processo laboral, o *princípio da celeridade*, tradicionalmente identificado com o processo do trabalho: o da duração razoável perfaz princípio mais geral e inespecífico, afeto sobretudo à Teoria Geral do Processo.

No campo do direito probatório, rompendo com o modelo de 1943 (art. 818 da CLT, ainda fiel à vetusta máxima “*semper onus probandi incumbit qui dicit*”), a reforma propõe a positivamente do *princípio da distribuição dinâmica do ônus da prova*, que a prática forense trabalhista vem consagrando há muitos anos, ainda que seletivamente (veja-se, *e. g.*, o disposto pelas Súmulas ns. 212 e 338 e pela OJ n. 233 da SDI-1 do C.TST). Desse modo, liberta-o do dogmático modelo processual civil de 1973 (art. 333 do CPC), inspirado nas teorias do alemão Leo Rosenberg, que hoje tem foros de relativa hegemonia no processo do trabalho, mercê da regra de remissão do art. 769 da CLT. Embora esse modelo remanesça residualmente (mesmo na proposta de reforma), indicam-se ao menos quatro **condições circunstanciais objetivas** idôneas a autorizar, nos casos concretos, a inversão útil das respectivas regras distributivas do ônus da prova — que, portanto, passam a ser tacitamente reconhecidas como *regras de procedimento* (e não como meras regras de julgamento) —, ao judicioso e racional tirocínio do magistrado oficiante, que deverá *fundamentar e publicitar*, devida e previamente, a sua decisão de inverter o ônus (concedendo-se, aqui, ao chamado *princípio da não surpresa*). São elas:

a) a **melhor aptidão para a prova** (critério sempre válido para os casos em que a lei ou o regulamento impõem ao empregador a pré-constituição da prova que, todavia, injustificadamente não se apresenta ou não está conforme; assim, *e. g.*, nas hipóteses hoje ventiladas pela Súmula n. 338 do C. TST);

b) as **constelações de indícios** (critério que positiva o valor probante dos indícios globalmente considerados, o que hoje em dia é especialmente valioso nos casos de *assédio sexual* no trabalho, em que dificilmente se conseguem provas cabais do molestamento⁽³⁵⁾);

c) a **verossimilhança objetiva das alegações** (critério recorrente no direito comparado para os casos de *discriminação* no acesso ou na manutenção do emprego⁽³⁶⁾);

d) a **utilidade do processo** (critério geral pelo qual não se preservará a repartição formal do “*onus probandi*” segundo o modelo de ROSEMBERG quando essa condição tornar inútil o objetivo do processo; assim, *p. ex.*, se se exige dos sucessores “*ex*” Lei n. 6.858/80 a prova de que o “*de cujus*” faleceu por envenenamento químico laboral, tratando-se de cadáver já sepulto)⁽³⁷⁾.

(35) O que não significa, em absoluto, preordenar uma “indústria” de condenações patronais por assédio sexual. No exercício da jurisdição, em rumoroso caso de assédio sexual, tivemos ocasião de absolver réu acusado de assédio sexual (e, conseqüentemente, o seu empregador), apesar da inversão do “*onus probandi*” predisposta em audiência, mercê da constelação inicial de indícios (autos do processo n. ***, 1ª Vara do Trabalho de Taubaté, em segredo de justiça).

(36) A esse propósito, veja-se, por todos, o art. 25º, n. 6, do Código do Trabalho português (já alterado pela Lei n. 7/2009): ao autor, basta indicar o(s) trabalhador(es) em relação ao(s) qual(is) sente-se discriminado, cabendo ao empregador “*provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer factor de discriminação*” (*i. e.*, o próprio *tratamento desigual*, objetivamente admitido, faz supor a *verossimilhança* da alegação de discriminação, competindo ao empregador o ônus de provar que havia razões objetivas e não discriminatórias para a diferenciação).

(37) Em tais casos, sendo evidente a impossibilidade de os autores produzirem prova que em princípio lhes competiria (arts. 818 da CLT e 333, I, CPC), para que o processo não perca a sua utilidade (que é a de *colher evidências* tendentes a provar — ou não — a tese autoral), ao juiz do Trabalho entreabrem-se duas possibilidades: ou *inverte o ônus da prova* (exigindo da empresa laudos, relatórios de auditorias e outras provas contemporâneas aos fatos que atestem índices seguros de exposição), ou — remanescendo a dúvida — *chama para si* a responsabilidade da prova (art. 765 da CLT), determinando a exumação e o

Por fim, quanto à *gratuidade* — outro princípio tradicional do processo do trabalho, que desde a origem dispensou o recolhimento antecipado de custas e generalizou a isenção de despesas, intercorrentes ou finais, em favor dos hipossuficientes econômicos (o que historicamente lhe valeu muitas críticas, por uma alegada “permissividade” com toda e qualquer tese ou alegação aventureira) —, o anteprojeto propôs mantê-la e aprofundá-la, mas também renová-la com regras mais claras e atuais, dispondo que: a) a regra geral será mesmo a de isenção de despesas ou de taxas quaisquer, em processos judiciais de jurisdição contenciosa ou voluntária, ressalvadas aquelas previstas em lei (notadamente as do art. 789 da CLT, integralmente mantido no anteprojeto); b) mesmo essas últimas não serão cobradas daqueles que forem presuntivamente hipossuficientes econômicos (ressalvados os casos de prova bastante em sentido contrário, produzida pelo “*ex adverso*” ou pelo magistrado oficiante); c) presumir-se-ão hipossuficientes econômicos, para todos os efeitos legais (*i. e.*, presunção legal “*iuris tantum*”), os seguintes:

- nas ações reclamationárias e promocionais trabalhistas (cf., *infra*, o Capítulo 3): os trabalhadores desempregados ou com remuneração mensal não superior a dois salários mínimos legais federais;
- nas ações emergentes de acidentes de trabalho e/ou de doenças ocupacionais (art. 114, VI, CRFB): as vítimas de acidentes de trabalho ou de doenças ocupacionais (*i. e.*, moléstias profissionais e/ou doenças do trabalho, nas acepções do art. 20, I e II, da Lei n. 8.213/19), bem como os seus familiares, em caso de morte relacionada àqueles fenômenos;

periciamento do cadáver, como outrora já ocorreu na Justiça do Trabalho. Diga-se, por justiça, que o critério da **utilidade do processo** foi inserido na redação original por sugestão do colega Jorge Luiz Souto Maior, com base em sua própria experiência forense. Adiante, considerando hipóteses como a que sugerimos *supra* (e que talvez não se resolvessem bem pelos demais critérios), havemos por bem concordar com a inclusão.

- em todos os casos: os titulares de pequenas e microempresas que comprovem receita bruta anual não superior a R\$ 100.000,00 no ano imediatamente anterior (valor passível de revisão periódica pela via legal ordinária);

- em todos os casos: as pessoas físicas que declararem, de próprio punho e sob as penas do art. 299 do Código Penal (crime de falsidade ideológica), situação econômica que inviabilize a demanda judicial sem prejuízo do próprio sustento ou da família.

Como se percebe, o texto proposto não apenas reproduz a regra geral atualmente em vigor (arts. 14, § 1º, da Lei n. 5.584/70 e 790, § 3º, da CLT), mas também *inova* substancialmente, alcançando inclusive a situação do empresário que não tem condições de arcar razoavelmente com as custas e despesas processuais. Avança-se, pois, sem paternalismos.

O anteprojeto da 15ª Região particularizava, ademais, os **princípios inerentes à audiência trabalhista**, por considerá-las — as *audiências* — o *clímax existencial* do processo do trabalho (não raro, mais do que a própria sentença, ao contrário do processo comum). Nesse particular, positivam-se três princípios usualmente vinculados à ideia de **oralidade**, segundo as já clássicas lições de Giuseppe Chiovenda⁽³⁸⁾:

(38) Como bem ponderam ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, “*mais do que a verdadeira oralidade, em seu sentido primitivo, a oralidade entre nós representa um complexo de ideias e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral seu aspecto particular: os princípios da concentração, da imediação ou imediatidade, da identidade física do juiz, da irrecorribilidade das interlocutórias*” (*Teoria Geral do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 275 – g. n.). No mesmo sentido, v. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*, trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1, p. 47. Os (sub)princípios da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e da identidade física do juiz já foram considerados *supra*, entre os princípios inerentes à atividade processual concreta.

• o princípio da imediatidade (para que os juízes tenham contato direto com as provas, no momento de sua colheita, sem interpostas pessoas, e para que julguem a partir de suas próprias percepções);

• o princípio da concentração dos atos processuais (que esteve no cerne do processo laboral desde 1943, mercê dos arts. 813, 843 e 851 da CLT, mas que infelizmente se perdeu em algumas realidades, ante o volume processual e a necessidade de se “cindir” as audiências — originalmente *unas* — em duas ou por vezes até três sessões distintas);

• o princípio da primazia da palavra (amiúde confundido idealmente com a própria *oralidade*⁽³⁹⁾, o princípio impõe que, à semelhança dos procedimentos romanos do sistema das “*legis actiones*”, privilegie-se a palavra *falada*, em detrimento da palavra escrita ou dos registros documentais⁽⁴⁰⁾).

(39) Confusão que, ao menos geneticamente, não tem respaldo na doutrina italiana que universalizou os méritos da oralidade (CHIOVENDA), como visto na nota anterior.

(40) O que, a rigor, também está consagrado na legislação processual trabalhista: tanto os arts. 828, parágrafo único, e 851, *caput* (procedimento ordinário), como — mais recentemente — o art. 852-F (procedimento sumariíssimo), preveem que o registro das falas e de todos os demais trâmites de instrução e julgamento, “*si et quantum*” houver efetivo registro (vide o art. 851, § 1º), seria invariavelmente **resumido**, sem reprodução de detalhes. No art. 852-F da CLT (*ut Lei n. 9.957/00*), particularmente, dispôs-se que da ata de audiência deveriam constar somente a *descrição dos atos essenciais, as afirmações fundamentais das partes e as informações úteis à solução do litígio trazidas pela prova testemunhal* (a critério do juiz oficiante); tudo isso *resumidamente*, e nada mais. Entretanto, a despeito da letra da lei, a praxe tem sido registrar nos termos de audiência, num e noutro procedimento, o teor *integral* das falas das partes e das testemunhas (diversamente do que se passa, e. g., no processo laboral espanhol, *i. e.*, nos processos que tramitam perante os *juzgados de lo social*), com possibilidade de incidentes por questão de vírgulas. A isso temos designado, com certa ironia, como sendo o “princípio da desconfiança” pragmaticamente reinante no processo laboral brasileiro, sobretudo entre juízes e advogados. Oxalá o diálogo interinstitucional e as boas práticas modifiquem, no futuro próximo, essa cultura de desconfiança.

Enfim, o anteprojeto da 15ª Região ainda positivava dois “**princípios especiais**” do processo laboral, “*dominantes nos casos e procedimentos adiante especificados*” (*i. e.*, nas hipóteses do art. 762-C, § 21º, do anteprojeto, e noutras que o legislador eger), e “*subsidiários nos demais casos*”. Tais princípios — o da *ultrapetição* e o da *extrapetição* — permitem que, em circunstâncias especiais, o Juiz do Trabalho decida um litígio em termos não coincidentes com a sua configuração formal originária. Noutras palavras, autorizam que o juiz circunstancialmente decida *além* do pedido (“*quid iuris*”, p. ex., se, na petição inicial, o autor deduzir formalmente um pedido de dez horas extras semanais, mas as provas orais demonstrarem que se ativava em quinze horas extras semanais?)⁽⁴¹⁾, ou mesmo *fora* do pedido (como se vê, p. ex., na iterativa jurisprudência que admite deferir-se indenização do período estável, mesmo quando o pedido da ex-empregada gestante limite-se à reintegração no emprego⁽⁴²⁾). São, pois, dois princípios que

(41) Quando a petição inicial *quantifica* as horas extras no pedido, os Juízes do Trabalho tendem a não admitir, em liquidação de sentença, a fixação de extraordinárias em bases horárias superiores àquelas originalmente dadas, mercê do próprio art. 879, § 1º, da CLT. Nada obstante, no campo jurisprudencial, um exemplo próximo de julgamento “*ultra petita*” plenamente autorizado pode ser encontrado na Súmula n. 293 do C. TST, pelo qual se admite que o Juiz do Trabalho defira o adicional de insalubridade ainda que a perícia técnica identifique agente insalubre *diverso* daquele descrito na petição inicial (e. g., ruído ao invés de calor). “*In verbis*”: “*A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade*” (Res. n. 3/1989, DJ 14.4.1989 – g. n.). A nosso sentir, mercê do necessário encadeamento lógico entre “*petitum*” e “*causa petendi*” (veja-se, “*a contrario*”, o art. 295, parágrafo único, II, do CPC) e do próprio *princípio da substanciação* que rege o processo civil brasileiro, julgar o pedido fora dos limites da causa de pedir é, de modo oblíquo, decidir “*ultra petita*”.

(42) Cf. a Súmula n. 396 do C. TST: “**ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO “EXTRA PETITA”** (conversão das

excetuum um terceiro, muito caro ao modelo legal-formal do processo civil moderno, que é conhecido como *princípio da congruência* ou da *correlação entre a demanda e a sentença* (art. 460 do CPC)⁽⁴³⁾.

Proibitivos no processo civil, há grande discussão sobre o seu caráter ou mesmo sobre a sua existência no atual estado do processo trabalhista brasileiro (diversamente do que se passa, e. g., em Portugal, em que os fenômenos da ultrapetição e da extrapetição foram genericamente positivados no art. 74º do Código de Processo do Trabalho⁽⁴⁴⁾). Inserir-los na Consolidação das Leis do Trabalho será a melhor maneira, a uma, de assegurar-lhes a viva presença no ordenamento jurídico-positivo e, a duas, de conferir balizas hermenêuticas seguras à sua aplicação forense cada vez mais encontradiça (evitando que se manifestem ao sabor da discricionariedade judicial, como hoje se vê episodicamente). Eis as balizas para o julgamento “*extra vel ultra petitum*”: a) quando

Orientações Jurisprudenciais ns. 106 e 116 da SDI-1 – Res. n. 129/2005 - DJ 20.04.2005. I – Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego. II – Não há nulidade por julgamento extra petita da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração, dados os termos do art. 496 da CLT” (g. n.).

- (43) Pelo princípio da congruência, “[...] o limite da sentença é o pedido, porque como ato de entrega da tutela jurisdicional, deve ficar adstrito aos limites estabelecidos pela demanda, ou seja, uma sentença não pode ficar aquém do que foi pedido, ou seja, não pode o magistrado sentenciar sem ter apreciado todos os pedidos em juízo (infra ou citra petita), superior ao pedido (ultra petita) e tampouco julgar coisa diversa do que foi pedido (extra petita). Mais uma vez percebe-se o silogismo entre a sentença e o pedido” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2, p. 426-427).
- (44) “*In verbis*”: “**Art. 74º** **Condenação ‘extra vel ultra petitum’**. O juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do art. 514º do Código de Processo Civil, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.” (g. n.)

assim resultar da lei em sentido formal (*i. e.*, com autorização legislativa expressa e específica); b) quanto assim decorrer dos acordos e/ou das convenções coletivas do trabalho aplicáveis à categoria (conferindo-se dimensão e concretude processual à norma constitucional do art. 7º, XXVI); e c) quando o exigir a natureza imperativa e irrenunciável do direito material reconhecido (reflexo processual do *princípio da irrenunciabilidade* — como hoje já se vê, aliás, na Súmula n. 293 do C. TST).

Positiva-se ainda o *princípio da equidade*, também como princípio especial, para que a doutrina e a jurisprudência adiante lhe circunscrevam o alcance e as potencialidades, porque já não poderão se omitir. De se ver que a própria legislação processual trabalhista em vigor flerta com tal princípio, parecendo inclusive admitir julgamentos por equidade, nos termos do art. 127 do CPC, especialmente no caso do art. 852-I, § 1º, da CLT (para o procedimento sumariíssimo)⁽⁴⁵⁾.

5. Conclusões

Reconhecer princípios é reverenciar valores. É estabelecer sentidos e descobrir nortes para a fria ordem burocrática dos preceitos legais.

Com essa perspectiva, o anteprojeto de reforma do processo laboral da 15ª Região pretendia avançar, na linha da metodologia cada vez mais recorrente na já referida “era dos estatutos”: uso generoso de *cláusulas gerais* e de *conceitos jurídicos indeterminados*, com vista à abertura semântica para a construção judicial “*in concreto*”, em busca de um processo judicial mais humanista e efetivo. Nesse encaixe, enunciavam-se princípios. Na acertada dicção de Oliva Santos, Díez-Picazo Giménez e Vegas Torres:

-
- (45) “*In verbis*”: “O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar **mais justa e equânime**, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.” (g. n.) Para a nossa interpretação a respeito desse preceito, cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. Sobre o procedimento sumaríssimo no processo do trabalho. In: *O Neófito*, 7 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/trab48.htm>> Acesso em: 5 abr. 2010.

“[e]l carácter primariamente legal del proceso no debe exacerbarse puesto que las normas positivas procesales son **subordinadas de principios generales del Derecho**, que deben inspirarlas y que, en todo caso, han de resultar **eficaces para la interpretación e incluso corrección de aquéllas**. Por otra parte, si la artificiosidad legal del proceso aumenta hasta grados superlativos la importancia de la buena técnica jurídica en el manejo del Derecho Procesal, **la subordinación del artificio legal a criterios jurídicos generales impide que, también en esta parcela, los juristas pretendan ser simples expertos técnicos, ‘neutrales’ y asépticos.**”⁽⁴⁶⁾

Com a positivação dos princípios, tencionava-se obter um processo do trabalho mais *dúctil e integrado*, tanto institucional como ideologicamente, a proporcionar amplo e rico diálogo entre as diversas fontes do direito processual positivo (o que incluía, na proposta original, o CPC e o próprio CPP). Aquele anteprojeto repousa, hoje, em berço bem pouco esplêndido. A sua razão de ser, porém, ainda grita silenciosamente no espírito do processo do trabalho, que não pode ser radicalmente “asséptico”, porque não pode ser estéril. Cedo ou tarde, o tempo sempre redescobre os valores do ser. Não será diferente com o ser processual.

(46) SANTOS, Andrés de la Oliva; GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo; TORRES, Jaime Vegas. *Derecho procesal: introducción*, 3. ed. Madrid: Editorial Ramón Areces, 2004. p. 45 (g. n.).

Jurisprudência

**Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho**

Tribunal Superior do Trabalho

Processo: TST-RR-2938-13.2010.5.12.0016

Embargante: CLARO S.A.

Embargadas: Cecília Lemos de Miranda e TMKT Serviços de Telemarketing Ltda.

Acórdão:

- ▶ **TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. CALL CENTER. ATIVIDADE-FIM DA RECLAMADA TOMADORA DE SERVIÇOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 25, § 1º, DA LEI N. 8.987/95 E DO ART. 94, INCISO II, DA LEI N. 9.472/97 E APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 331, ITENS I E III, DO TST. VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE A TOMADORA DE SERVIÇOS E O TRABALHADOR TERCEIRIZADO RECONHECIDO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO STF. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL.**

1. O serviço de *call center* é atividade-fim — e não atividade-meio — das empresas concessionárias de serviço de telecomunicações. Assim, em observância à Súmula n. 331, itens I e III, do TST, que consagrou o entendimento de que a terceirização só se justifica quando implicar na contratação da prestação de serviços especializados por terceiros em atividades-meio, que permitam a concentração dos esforços da empresa tomadora em suas atividades precípua e essenciais, tem-se que a terceirização desses serviços de teleatendimento pelas empresas telefônicas configura intermediação ilícita de mão de obra, devendo ser reconhecido o vínculo de emprego desses trabalhadores terceirizados diretamente com os tomadores de seus serviços.

2. Com efeito, o aumento desses serviços nos últimos anos ocorreu em razão da consolidação do Código de Defesa do Consumidor, que levou as empresas a disponibilizarem os Serviços de Atendimento do Consumidor (SAC). E, diante dessa exigência legal de manutenção de uma relação direta entre fornecedor e consumidor, o serviço de *call center* tornou-se essencial às concessionárias dos serviços de telefonia para possibilitar o necessário desenvolvimento de sua atividade, pois é por meio dessa central de atendimento telefônico que o consumidor, dentre tantas outras demandas, obtém informações, solicita e faz reclamações sobre os serviços oferecidos pela empresa. Não é possível, portanto, distinguir ou desvincular a atividade de *call center* da atividade-fim da concessionária de serviços de telefonia.

3. Por outro lado, a Lei n. 8.987/95, que disciplina a atuação das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público em geral, e a Lei n. 9.472/97, que regula as concessões e permissões no setor das telecomunicações, são normas de Direito Administrativo e, como tais, não foram promulgadas para regular matéria trabalhista e não podem ser interpretadas e aplicadas de forma literal e isolada, como se operassem em um vácuo normativo.

Por isso mesmo, a questão da licitude e dos efeitos da terceirização deve ser decidida pela Justiça do Trabalho exclusivamente com base nos princípios e nas regras que norteiam o Direito do Trabalho, de forma a interpretá-las e, eventualmente, aplicá-las de modo a não esvaziar de sentido prático ou a negar vigência e eficácia às normas trabalhistas que, em nosso País, disciplinam a prestação do trabalho subordinado, com a aniquilação do próprio núcleo essencial do Direito do Trabalho — o princípio da proteção do trabalhador, a parte hipossuficiente da relação de emprego, e as próprias figuras do empregado e do empregador.

4. Assim, não se pode mesmo, ao se interpretar o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 e o art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97, que tratam da possibilidade de contratar com terceiros o desenvolvimento de “atividades inerentes” ao serviço, expressão polissêmica e marcantemente imprecisa que pode ser compreendida em várias acepções, concluir pela existência de autorização legal para a terceirização de quaisquer de suas atividades-fim. Isso, em última análise, acabaria por permitir, no limite, que elas desenvolvessem sua atividade empresarial sem ter em seus quadros nenhum empregado e sim, apenas, trabalhadores terceirizados.

5. Ademais, quando os órgãos fracionários dos Tribunais trabalhistas interpretam preceitos legais como os ora examinados, não estão eles, em absoluto, infringindo o disposto na Súmula Vinculante n. 10 e, nem tampouco, violando o art. 97 da Constituição Federal, que estabelece a cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade das leis em sede de controle difuso, pois não se estará, nesses casos, nem mesmo de forma implícita, deixando de aplicar aqueles dispositivos legais por considerá-los inconstitucionais.

6. A propósito, apesar da respeitável decisão monocrática proferida em 9.11.2010 no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da lavra do ilustre Ministro Gilmar Mendes (Rcl n. 10132 MC/PR – Paraná), na qual, em juízo sumário de cognição e em caso idêntico a este, por vislumbrar a possibilidade de ter sido violada a Súmula Vinculante n. 10 daquela Corte, deferiu-se o pedido de medida liminar formulado por uma empresa concessionária dos serviços de telecomunicações para suspender, até o julgamento final da reclamação constitucional, os efeitos de acórdão proferido por uma das Turmas do TST, que adotou o entendimento de que aqueles preceitos legais não autorizam, por si sós, a terceirização de atividades-fim por essas concessionárias de serviços públicos, verifica-se que essa decisão, a despeito de sua ilustre origem, é, *data venia*, isolada. Com efeito, a pesquisa da jurisprudência daquela Suprema Corte revelou que foi proferida, mais recentemente, quase uma dezena de decisões monocráticas por vários outros Ministros do STF (Ministros Carlos Ayres Britto, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Luiz Fux) em que, em casos idênticos ao presente, decidiu-se, ao contrário daquele primeiro precedente, não ter havido violação da Súmula Vinculante n. 10, mas mera interpretação dessas mesmas normas infraconstitucionais e nem, muito menos, violação direta (mas, se tanto, mera violação oblíqua e reflexa) de qualquer preceito constitucional pelas decisões do TST pelas quais, ao interpretarem aqueles dispositivos das Leis ns. 8.987/95 e 9.472/97, consideraram que essas não autorizam a terceirização das atividades-fim pelas empresas concessionárias dos serviços públicos em geral e, especificamente, na área de telecomunicações, negando-se, assim, provimento aos agravos de instrumento interpostos contra as decisões denegatórias de seguimento dos recursos extraordinários daquelas empresas.

7. O entendimento aqui adotado já foi objeto de reiteradas decisões, por maioria, da mesma SBDI-1 em sua composição completa (E-ED-RR-586341-05.1999.5.18.5555, redator designado Ministro Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 29.5.2009 – DEJT de 16.10.2009; E-RR-134640-23.2008.5.03. 0010, relatora Ministra Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 28.6.2011, DEJT de 10.8.2012).

8. Aliás, esse posicionamento também não foi desautorizado e nem superado pelos elementos trazidos à consideração dos Ministros do TST na Audiência Pública ocorrida no TST nos dias 4 e 5 de outubro de 2011 e convocada pela Presidência desse Tribunal, os quais foram de grande valia para a sedimentação do entendimento ora adotado. Os vastos dados estatísticos e sociológicos então apresentados corroboraram as colocações daqueles que consideram que a terceirização das atividades-fim é um fator de precarização do trabalho, caracterizando-se pelos baixos salários dos empregados terceirizados e pela redução indireta do salário dos empregados das empresas tomadoras, pela ausência de estímulo à maior produtividade dos trabalhadores terceirizados e pela divisão e desorganização dos integrantes da categoria profissional que atua no âmbito das empresas tomadoras, com a consequente pulverização da representação sindical de todos os trabalhadores interessados.

9. É importante ressaltar, por fim, que decisões como a presente não acarretam o desemprego dos trabalhadores terceirizados, pois não eliminam quaisquer postos de trabalho. Essas apenas declaram que a verdadeira empregadora desses trabalhadores de *call center* é a empresa concessionária tomadora de seus serviços que, por outro lado, continua obrigada a prestar tais serviços ao consumidor em geral — só que, a partir de agora, exclusivamente na forma da legislação trabalhista, isto é, por meio de seus próprios empregados.

10. Assim, diante da ilicitude da terceirização do serviço de *call center* prestado pela reclamante no âmbito da empresa de telecomunicações reclamada, deve ser reconhecida a existência, por todo o período laborado, de seu vínculo de emprego diretamente com a concessionária de serviços de telefonia, nos exatos moldes do item I da Súmula n. 331 do TST, com o consequente pagamento, pela verdadeira empregadora e por sua litisconsorte, coautora desse ato ilícito, de todos os direitos trabalhistas assegurados pela primeira a seus demais empregados.

Embargos conhecidos e providos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista n. TST-E-ED-RR-2938-13.2010.5.12.0016, em que é Embargante CLARO S.A. e são Embargadas CECILIA LEMOS DE MIRANDA e TMKT SERVIÇOS DE TELEMARKETING LTDA.

Adoto o relatório proposto pelo eminente Ministro Relator originário do feito, conforme aprovado em sessão de julgamento, nos seguintes termos:

“A 6ª Turma do TST, em acórdão da lavra do Exmo. Sr. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, conheceu e deu provimento ao recurso de revista da Reclamante, quanto à licitude da terceirização em caso de atividade de *call center*, para, “reconhecendo o vínculo de emprego diretamente com a reclamada Claro S.A., determinar o retorno dos autos à MM. Vara de origem para que aprecie os demais pedidos constantes da inicial, prejudicada a análise do tema remanescente” (seq. 8). Interpostos embargos

declaratórios pela Reclamada Claro, a Turma os rejeitou (seq. 16).

Inconformada, a Reclamada Claro interpõe os presentes embargos à SBDI-1, sustentando, em essência, que é lícita a terceirização das atividades de “call center”, sobretudo no caso das concessionárias de telecomunicações, diante do previsto na Lei n. 9.472/97, art. 60. Funda sua insurgência em dissenso jurisprudencial (seq. 19).

Não foi apresentada impugnação aos embargos, não tendo havido remessa dos autos ao Ministério Público.

É o relatório.”

VOTO

Adoto, também, como razões de decidir, para conhecer destes embargos, os fundamentos constantes do voto proposto pelo eminente Relator originário do feito, Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, conforme ficou aprovado por unanimidade na sessão de julgamento, nos seguintes termos:

“CONHECIMENTO

1) PRESSUPOSTOS GENÉRICOS

Os embargos são tempestivos (seq. 18 e seq. 19, pág. 1), a representação regular (seq. 4) e foi satisfeito o preparo.

2) PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS

TERCEIRIZAÇÃO DO SERVIÇO DE ‘CALL CENTER’

Os arestos trazidos a cotejo (seq. 19, págs. 3-69) endossam tese diametralmente oposta à da 6ª Turma, no sentido de que seria lícita a terceirização em caso de atividade de ‘call center’.

Assim sendo, CONHEÇO dos embargos, quanto ao tema.”

II) MÉRITO

SERVIÇOS DE CALL CENTER. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES.

RECLAMANTE QUE TRABALHA NA ATIVIDADE-FIM DA TOMADORA DE SERVIÇOS. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO

A Sexta Turma desta Corte, em acórdão da lavra do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, conheceu e proveu o recurso de revista da reclamante quanto ao tema para, reconhecendo a ilicitude da terceirização dos serviços de call center, declarar o vínculo de emprego diretamente com a reclamada Claro S.A. e determinar o retorno dos autos à Vara de origem para que apreciasse os demais pedidos constantes da inicial, considerando prejudicada a análise do tema remanescente.

A decisão encontra-se assim fundamentada:

“I – CALL CENTER. ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO. VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA DOS SERVIÇOS CONHECIMENTO

O eg. Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário da reclamante ao seguinte fundamento:

‘Pretende a autora ver reconhecido o vínculo empregatício diretamente com a segunda ré, ao argumento de que se ativava nas suas atividades-fim, uma vez que era operadora de teleatendimento. Entende que as atividades são essenciais à natureza do negócio explorado pela segunda ré e que, por isso mesmo, deve ser reconhecido o vínculo diretamente com ela, de maneira a lhe serem deferidos os pedidos salariais decorrentes de tal reconhecimento.

Razão não lhe assiste.

A permissão dada na Lei n. 9.472/1997 (que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações), art. 94, II, para a contratação de terceiros para a execução de atividades inerentes, retira do âmbito da ilegalidade a prestação de serviços em debate nos autos, e faz dela exceção à regra geral contida no Direito do Trabalho. Isto porque no Direito do Trabalho, em princípio, não se admite que uma empresa transfira para outra os serviços que integram a sua atividade-fim, ou seja, serviços que deveriam ser por ela

mesma executados, estando correta a autora ao nominar essa situação de terceirização ilícita e de, ainda, ponderar, dentre suas consequências, a do reconhecimento de vínculo diretamente entre o trabalhador e o tomador de seus serviços.

Contudo, no caso da telefonia, a legislação específica aplicável a esse tipo de serviço autoriza a terceirização de serviços essenciais, pelo que não se poderia concluir, aqui, pela terceirização ilícita, ao menos sob o aspecto formal.

Daí porque, inclusive, despidiendas as discussões levantadas pela autora quanto à especificação de suas atividades, e mesmo intenção de trazer aos autos todos os documentos listados em sua manifestação de fls. 278-280.

A discussão quanto à essencialidade das atividades da autora em relação ao cumprimento, pela segunda ré, de seu objeto social, perde o objeto, diante da norma legal. Não obstante, é meu entendimento, tal como lançado na sentença originária, não estar a atividade da autora inserida na atividade-fim da segunda ré, considerando o disposto em seu objeto social, já que era a autora, em suma, operadora de teletendimento.

De qualquer sorte, como já dito, ainda que assim não fosse, a lei autoriza a terceirização havida, o que afasta os argumentos de que irregular a contratação, sob tal aspecto.

De resto, a prova testemunhal não apresenta prova de ingerência da segunda ré nas atividades prestadas pela autora, pelo que também sob esse aspecto não há levantar irregularidade na prestação de serviços da autora, em favor da segunda ré.

Mantenho a sentença.

Nas razões do recurso de revista, a reclamante alega ser devido o reconhecimento do vínculo com a empresa tomadora de serviços, uma vez que o exercício de atividades de *telemarketing* (“*call center*”) está inserido na atividade-fim da Claro, empresa de telefonia. Entende que o disposto no art. 94, II, da Lei Geral de Telecomunicações, não permite a terceirização de atividades-fim das empresas telefônicas.

Indica ofensa ao art. 3º, IV, 5º, caput e V, 7º, caput, 170, VIII, da Constituição Federal. Indica contrariedade à Súmula n. 331 do c. TST.

Transcreve arestos.

O eg. TRT emitiu tese no sentido de que o art. 94, II, da Lei Geral de Telecomunicações, permite a terceirização de serviços inerentes à atividade-fim das empresas de telefonia. Acrescenta, ainda, que a reclamante, a despeito de prestar serviços como operadora de *telemarketing* para a Claro, empresa de telefonia, exercia atividade de apoio, e não finalística da tomadora dos serviços. Nesse sentido, aplicou o teor da Súmula n. 331, III, do TST para negar o vínculo pretendido com a segunda reclamada (Claro S.A.), bem como as diferenças salariais.

O aresto de fls. 735/748, oriundo do eg. TRT da 4ª Região, consigna tese no sentido de que é ilícita a terceirização da atividade de operador de telemarketing, porque esta se insere na atividade-fim das empresas de telefonia, devendo ser o vínculo de emprego ser reconhecido diretamente com a tomadora de serviços.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

MÉRITO

Discute-se relação jurídica que se encontra incorporada atualmente em praticamente todas as atividades econômicas, empresariais, denominada *call center*.

A jurisprudência da C. 6ª Turma firmou entendimento no sentido da ilicitude na terceirização da atividade-fim, consoante se extrai do seguinte precedente:

‘RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇOS DE CALL CENTER. ATIVIDADE-FIM. IMPOSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. SÚMULA N. 331, I/TST. As atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. Sendo a atividade

principal da tomadora a exploração de serviços de telecomunicações em geral, o trabalho executado pelos atendentes de call center é essencial ao seu empreendimento. Pontue-se, ainda, que, nesse contexto, a contratação por empresa interposta é irregular, passível, inclusive, de formação do vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, na forma da Súmula n. 331, I/TST, que preserva a compreensão já sedimentada na antiga Súmula n. 256/TST, no tocante aos efeitos jurídicos decorrentes da terceirização ilícita. Ressalte-se que o inciso II do art. 94 da Lei n. 9.472/97 (que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações) não comporta a interpretação de poder a concessionária contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, concebidas estas como atividades-fim, já que tal exegese confrontaria com o texto da Súmula n. 331/TST. Estender o sentido do termo — inerente — nessa peculiar hipótese para compreendê-lo como análogo à atividade-fim, aceitando a transferência do desenvolvimento de serviços essenciais a terceiros, significaria um desajuste em face dos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história. O fenômeno da terceirização, por se chocar com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho, sofre restrições da doutrina e jurisprudência justralhistas, que nele tendem a enxergar uma modalidade excetiva de contratação de força de trabalho. Precedentes desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR – 8040-64.2002.5.12.0026 Data de Julgamento: 2.6.2010, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 28.6.2010.)

Faço ressalva a tal entendimento, trazendo os fundamentos pelos quais entendo não ser ilícita a terceirização de tal atividade.

De início, é de se atentar para a natureza dos serviços, cuja tradução no Brasil é titulada Central de Atendimento: “*é composta por estruturas físicas e de pessoal, que têm por objetivo centralizar o recebimento de ligações telefônicas,*

distribuindo-as automaticamente aos atendentes e possibilitando o atendimento aos usuários finais, realização de pesquisas de mercado por telefone, vendas, retenção e outros serviços por telefone, Web, Chat ou e-mail.” (wikipedia)

O setor hoje tem um dos maiores índices de empregado por setor no Brasil, e o que preocupa em relação a melhor compreensão da atividade é que alguns países, com afinidade de língua, têm terceirizado a atividade para outros países, com o fim de buscar redução do custo trabalhista, com procedimento de atendimento por centrais instaladas, por exemplo, na Índia.

Em razão da especialidade é que existe a terceirização, e é comum que determinados setores procedam à terceirização de atividade-fim, o que vem demonstrar uma precarização da relação de emprego, de forma a tornar a atividade produtiva uma fraude no contexto do direito do trabalho.

Esse tema não pode ser apreciado sem levar em conta o princípio que rege a própria existência da pessoa jurídica, sob o prisma da Constituição da República:

‘Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social [...].’

A assinalação da função social da empresa, como previsto constitucionalmente, possibilita que todo estudo, toda enunciação do direito, esteja fulcrada, como elemento primordial, na função social da empresa.

A terceirização de atividade-fim, diante da finalidade social da criação da empresa não suporta debate na jurisprudência, vindo a lume

tão somente, a afastar sua ilicitude a existência de legislação superveniente que, nesta C. Corte, não teve o condão de tornar possível a terceirização.

Nesse sentido, fiquei vencido perante a C. Corte em *leading case*, em que se firmou o entendimento constante da decisão da lavra do Exmo. Ministro Vieira de Mello Filho, que ora se transcreve:

‘RECURSO DE EMBARGOS — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM — EMPRESA DO RAMO DE ENERGIA ELÉTRICA — EXEGESE DO ART. 25 DA LEI N. 8.987/95 — INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO — VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. A Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, ostenta natureza administrativa e, como tal, ao tratar, em seu art. 25, da contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, não autorizou a terceirização da atividade-fim das empresas do setor elétrico. Isso porque, esse diploma administrativo não aborda matéria trabalhista, nem seus princípios, conceitos e institutos, cujo plano de eficácia é outro. A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes à já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana. Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derrogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. O enunciado da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho guarda perfeita harmonia com princípios e normas constitucionais e trabalhistas e trouxe um marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil,

importante para o desenvolvimento social e econômico do País, já que compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre-concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido.” (Processo: E-RR 586341/1999 – Data de Julgamento: 28.5.2009, rel. designado Min. Vieira de Mello Filho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT – 16.10.2009.)

Nos calorosos debates acerca da previsão contida no art. 94 da Lei n. 9.472/97 foi pacificado que o dispositivo não possibilita a terceirização de atividade-fim, mesmo no ramo de concessionárias públicas.

A proteção ao emprego (e ao empregado) é inquestionável, mas a medida e a proporção desta proteção merecem ser atenuadas — ora, uma liberdade é limitada por uma outra liberdade ou direito fundamental; e uma liberdade apenas conhece um limite quando encontra uma outra liberdade.

A terceirização tem sua origem na transferência da responsabilidade por um serviço de uma empresa para outra, indiscutivelmente faz parte do mundo globalizado, e cada vez mais vem sendo utilizada com o objetivo de tornar mais eficiente e competitivas as empresas e a produção.

A precarização ou a intermediação de mão de obra, todavia, não se confunde com a terceirização, e nem é permitida no ordenamento jurídico brasileiro. Terceirização não é *marchandage*.

A terceirização é considerada uma ferramenta eficaz num mundo globalizado, para se atingir o real objetivo da empresa, de incrementar o foco na gerência do produto final, deixando as atividades paralelas por conta de processos de terceirização.

Isso porque a existência de uma atividade especializada é que norteia a própria existência da empresa prestadora de serviços, estando o trabalhador vinculado diretamente à empresa prestadora, nessa dita relação triangular, com o fim de proceder à prestação de serviços para a empresa tomadora.

Embora a atividade de “central de atendimento” em empresa de telefonia, num primeiro momento, possa estar vinculada ao próprio objetivo da empresa, a apreciação do tema necessita de um cuidado especial. Atualmente, como já dito, o país detém no serviço de *call center* o maior número de empregos no País.

Toda empresa que procede a venda, atendimento telefônico e busca manter um contato direto com o cliente, tem terceirizado essa atividade sem que se questione a licitude da terceirização, o que não vem ocorrendo em relação ao ramo da telefonia, porque não apenas instala e procede a manutenção de linhas telefônicas, é necessário manter um setor que atenda as demandas com o cliente.

Ocorre que a demanda remeterá sempre ao serviço de telefonia, que é atividade-fim, o que possibilita a confusão acerca do que origina a central de atendimento. Isso porque se trata de setor que sempre existiu na categoria econômica, porque inerente aos serviços realizados e a própria finalidade do setor, que é passar ao consumidor a linha telefônica, e sendo o telefone o produto final, tudo que originar de sua venda e de sua utilização vai subsidiar o trabalho do *call center*, do atendente, do operador de *telemarketing*.

São inovações da modernidade que remeterá sempre a uma necessidade criteriosa de apreciar o contexto, mas sem se esquivar de todos os elementos que asseguram a prestação de serviços.

A terceirização tem sua origem na transferência da responsabilidade por um serviço de uma empresa para outra.

Dentro de uma análise de conjuntura socioeconômica José Affonso Dallegrave Neto registra o pensamento de Paul-Eugène Charbonneau, “*O nosso momento é o momento do Homem Novo, num mundo Novo, dentro de um Sistema Empresarial Novo*”.

A tese que vem consagrar diferenciação no vínculo do operador de *telemarketing* com a

empresa, em razão do produto final, desequilibra o mercado e a forma de atendimento, a produção e demandará onerosidade em desproporção entre grandes empresas, que necessitam atendimento ao cliente, por meio de central de atendimento, o que viola o princípio da igualdade.

A cisão do objetivo da atividade, como fim, quando se refere à telefonia, e meio quando se refere as demais atividades, não tem apoio em qualquer norma legal.

A terceirização é considerada uma ferramenta eficaz num mundo globalizado para se atingir o real objetivo da empresa, de incrementar o foco na gerência do produto final, deixando as atividades paralelas por conta de processos de terceirização.

Se pensada a central de atendimento como essencial, hoje não se limitaria a sua essencialidade a atividade de telefonia, já que praticamente todos os grandes conglomerados, hoje, têm atuado com eficiência a partir de um serviço correlato.

Deste modo, entendo que não se trata de relação de emprego diretamente com a tomadora, e sim de terceirização de atividade-meio.

Sendo, no entanto, em sentido diverso o entendimento da douta maioria da 6ª Turma, peço vênia para ressaltar o meu entendimento, e por disciplina judiciária aplicar a jurisprudência da Turma sobre o tema, com os fundamentos indicados no aresto inicialmente transcrito.

Por essas razões, dou provimento ao recurso de revista da autora para, reconhecendo o vínculo de emprego diretamente com a reclamada Claro S.A., determinar o retorno dos autos à MM. Vara de origem para que aprecie os demais pedidos constantes da inicial, prejudicada a análise do tema remanescente.”

Nestes embargos, a reclamada Claro S.A. sustenta a licitude da terceirização dos serviços de *call center*, sobretudo no âmbito das empresas de telecomunicações, por dois fundamentos

centrais: a) o art. 25 da Lei n. 8.987/1995 (que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos) e o art. 94, inciso II, da Lei n. 9.452/1997 (a Lei Geral das Telecomunicações), ao autorizarem que as empresas concessionárias desses serviços públicos contratem, com terceiros, a execução de *atividades inerentes, acessórias ou complementares*, teriam autorizado a terceirização de todas as suas atividades, inclusive suas atividades-fim, só sendo possível deixar de aplicar essas normas, no sentido ora sustentado, após a sua declaração de inconstitucionalidade, na forma exigida pelo art. 97 da Constituição, sob pena de violação da Súmula Vinculante n. 10 do STF; b) os serviços de teleatendimento ao cliente, por meio do denominado *call center*, estão disseminados por todos os setores da economia e em todas as atividades dos grandes conglomerados, tratando-se, portanto, de terceirização de atividade-meio, inclusive na área das empresas de telecomunicação.

A discussão, no caso, sobre a possibilidade de terceirização das atividades de *call center* e a incidência da Súmula n. 331, item I, do TST é um dos mais importantes casos destes últimos tempos no Tribunal Superior do Trabalho, porque se discutem, realmente, os limites da terceirização em uma atividade cada vez mais frequente e, também, controversa.

É fácil de perceber que, embora do ponto de vista econômico e estrutural as relações de produção capitalistas sejam, em sua essência, as mesmas, tanto nas relações empregatícias tradicionais quanto nas relações de trabalho terceirizado, é exclusivamente o Direito que autoriza (ou não) essa substancial modificação na natureza, no conteúdo e nos efeitos das relações jurídicas mantidas entre os trabalhadores e os tomadores de seus serviços. Repita-se: é apenas o Direito que, excepcionalmente e de modo contrário à natureza das coisas no plano econômico, autoriza o estabelecimento de uma relação contratual diversa da relação de emprego. E é sob esse aspecto que a questão da terceirização da atividade de *call center* deve

ser analisada: essa forma de contratação tem validade jurídica, à luz dos princípios protetivos do trabalho?

O processo de terceirização pode ser definido como a transferência de parte do processo produtivo da empresa principal, que busca uma reestruturação produtiva, para outra empresa que execute atividades com independência administrativa e que opere com capital próprio.

Na terceirização, há uma relação trilateral, que envolve o trabalhador, o prestador de serviços — ou empresa terceirizante — e o tomador de serviços, em contraponto à relação bilateral “clássica”, entre empregado e empregador, nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT.

Em razão da crescente disseminação dessa nova forma de relação de trabalho e do ajuizamento de grande quantidade de ações individuais daí decorrentes, esta Corte superior, em meados dos anos 1980, editou a primeira súmula referente ao tema, a Súmula n. 256, que tinha a seguinte redação:

“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”.

O verbete em questão, como se sabe, era muito restritivo, não admitindo a terceirização, a não ser em hipóteses estritas previstas em lei, como o trabalho temporário e o trabalho de segurança bancária. Em regra, qualquer atividade de terceirização que não se enquadrasse nessas exceções implicaria, automaticamente, o estabelecimento de uma relação de emprego direta entre o tomador dos serviços e aquele empregado que havia sido trazido ao seu seio por interposta pessoa, a qual teria praticado a repudiada *marchandage*.

Esse tipo de intermediação de mão de obra, conforme preconiza o Código do Trabalho da França, consiste em “toda operação com fim lucrativo de fornecimento de mão de obra

que cause prejuízo ao assalariado ou impeça a aplicação dos dispositivos da lei, regulamento, convenção ou acordo coletivo de trabalho” (artigo L. 125-1), prevendo, ainda, a proibição de “toda operação com fim lucrativo que tenha por objeto exclusivo a prestação de mão de obra” (artigo L. 125-3), exceto o trabalho temporário regulado pela Lei de 1972 e pelo artigo L 141-1 do mesmo Código.

A prática em questão também é vedada pelas normas de Direito Internacional do Trabalho, conforme se extrai da Convenção n. 96 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que repudia expressamente a *marchandage* (por ela caracterizada como a pura e simples comercialização da força de trabalho por empresas interpostas).

É hoje praticamente consensual que a Súmula n. 331 do TST foi uma evolução necessária do entendimento original desta Corte a respeito dos limites da terceirização no Brasil, consagrado na citada Súmula n. 256, e na falta de legislação específica mais detalhada a respeito, tendo, hoje, a seguinte redação:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. n. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente 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.”

Vale mencionar que a Súmula n. 331 do TST, quando aprovada, reconheceu que o fenômeno da terceirização havia se ampliado no campo dos fatos e devia ser controlado jurisprudencialmente com outros limites mais amplos, e, em razão disso, foi muito elogiada.

Essa Súmula, porém, consagrou dois limites ou contrapesos essenciais para a admissão da extensão da terceirização a outros campos de atividade econômica.

O primeiro limite, e o mais importante, foi considerar que essa terceirização só seria admissível nas atividades-meio, e não nas atividades-fim da empresa tomadora dos serviços dos trabalhadores terceirizados. A terceirização somente se justificaria pela possibilidade de fornecimento de mão de obra especializada por interposta pessoa que significasse um ganho de produtividade e de qualidade técnica na prática dessas atividades de apoio ou de auxílio à atividade essencial de cada empresa. Ao se admitir apenas a terceirização no desenvolvimento das atividades-meio das empresas, estabeleceu-se um limite que se pretendeu fosse absoluto, pela simples constatação de

que, se não se limitasse a terceirização apenas às atividades-meio e se fosse essa admitida para as atividades-fim, chegar-se-ia, em seu limite lógico, à possibilidade da existência de uma empresa sem empregados, que desenvolvesse todas as suas atividades apenas por meio de trabalhadores terceirizados. Ou seja, uma empresa que produzisse determinado bem, produziria esse bem sem nenhum empregado próprio e apenas por meio de trabalhadores terceirizados. Dessa forma, seria possível, por exemplo, a existência de um estabelecimento de ensino sem professores dele empregados ou de um empreendimento hospitalar sem médicos ou enfermeiros que não fossem terceirizados.

Esse limite, então, foi colocado como limite lógico e jurídico absoluto. Não se admite terceirização de atividades-fim, a não ser em casos excepcionais, como por exemplo no trabalho temporário, em que a Lei n. 6.019/74 admite essa hipótese, mas limitada às estritas hipóteses previstas em seu art. 2º (para atendimento de necessidade transitória de substituição do pessoal regular e permanente da tomadora dos serviços ou a acréscimo extraordinário de seus serviços) e ao prazo máximo, com relação a um mesmo empregado, de três meses (excepcionalmente prorrogáveis, nos termos do art. 10 da mesma lei).

Já o segundo limite ou contrapartida foi a consagração da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços pelos débitos trabalhistas da empresa fornecedora de mão de obra, o que não está em discussão nestes autos.

Quanto ao primeiro limite, é nesse sentido, e invocando o próprio espírito e finalidade da Súmula n. 331, que não se pode admitir a interpretação que se tem dado aos artigos 25, § 1º, da Lei n. 8.987/95 (que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos) e 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), que, literalmente, dispõem ser lícita ou permitível a terceirização das chamadas atividades

inerentes, conforme se extrai do seu teor abaixo transcrito, respectivamente:

“Lei n. 8.987/95:

Art. 25. *Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.*

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.” (grifei)

“Lei n. 9.472/97:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I – empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infraestrutura que não lhe pertençam;

II – contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

§ 2º Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei.” (grifou-se)

A primeira questão crucial, aqui, é estabelecer qual é a melhor interpretação desses preceitos de lei.

Para tanto, é preciso ter em mente que o ordenamento jurídico constitui uma unidade

sistemática, em que seu conjunto de regras e princípios formam uma totalidade pluralista ordenada em uma relação de coerência, na qual o intérprete deve eliminar eventuais antinomias ou incompatibilidades entre suas proposições, tomando como referência o sistema como um “todo” e descartando qualquer interpretação de forma isolada.

Para a interpretação das regras, que, na lição de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, *in A Nova Interpretação Constitucional dos Princípios*, Malheiros Editores, 2003, p. 107, “são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações”, e dos princípios que, por sua vez, “contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações”, deve-se levar em consideração, primeiro, a sua natureza e o seu alcance e, nesse aspecto, esses autores ensinam que:

“Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo-ou-nada* (*all-or-nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante subsunção.

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que em uma ordem pluralista existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso sua incidência não pode ser posta em termos de tudo-ou-nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer

aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre-iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.

É certo que mais recentemente já se discute tanto a aplicação do esquema tudo-ou-nada aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. [...]

Princípios — e, com crescente adesão na doutrina, também as regras — são ponderados à vista do caso concreto. E, na determinação de seu sentido e na escolha dos comportamentos que realizarão os fins previstos, deverá o intérprete demonstrar o fundamento racional que legitima sua atuação.” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *A Nova Interpretação Constitucional dos Princípios*. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 109-115.)

Aprofundando a análise da questão dos conflitos normativos e dos critérios de hermenêutica jurídica, Luís Roberto Barroso, em sua obra *A Nova Interpretação Constitucional*, Editora Renovar, 2006, p. 32-34, valendo-se dos ensinamentos de Robert Alexy e Norberto Bobbio, os secundou escrevendo o seguinte:

“Nesse contexto, impõe-se um breve aprofundamento da questão dos conflitos normativos. O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para

solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia — pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior —, o cronológico — onde a lei posterior prevalece sobre a anterior — e o da especialização — em que a lei específica prevalece sobre a lei geral [...].

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (*v. infra*) e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.

A ponderação, como mecanismo de convivência de normas que tutelam valores ou bens jurídicos contrapostos, conquistou amplamente a doutrina e já repercutiu nas decisões dos tribunais. A vanguarda do pensamento jurídico dedica-se, na quadra atual, à busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias. É preciso demarcar o que pode ser ponderado e como deve sê-lo. A teoria dos princípios não importa no abandono das regras ou do direito legislado. Para que possa satisfazer adequadamente à

demanda por segurança e por justiça, o ordenamento jurídico deverá ter suas normas distribuídas, de forma equilibrada, entre princípios e regras.

Cabe assinalar, antes de encerrar a discussão acerca da distinção qualitativa entre regra e princípio, que ela nem sempre é singela. As dificuldades decorrem de fatores diversos, como as vicissitudes da técnica legislativa, a natureza das coisas e os limites da linguagem. Por vezes, uma regra conterà termo ou locução de conteúdo indeterminado, aberto ou flexível, como, por exemplo, ordem pública, justa indenização, relevante interesse coletivo, melhor interesse do menor. Em hipóteses como essas, a regra desempenhará papel semelhante ao dos princípios, permitindo ao intérprete integrar com sua subjetividade o comando normativo e formular a decisão concreta que melhor irá reger a situação de fato apreciada. Em algumas situações, uma regra excepcionará a aplicação de um princípio. Em outras, um princípio poderá paralisar a incidência de uma regra. Enfim, há um conjunto amplo de possibilidades nessa matéria.[...].”

Dessa forma, ao se entender que as atividades inerentes correspondem às atividades-fim, alcança-se o mesmo resultado antes apontado, de que seria possível a uma empresa de telecomunicações ou de energia elétrica terceirizar toda e qualquer atividade, chegando ao resultado final, *data venia*, não razoáveis de lhe ser possível ter apenas terceirizados, ou seja, em suas atividades essenciais não haver empregados, uma interpretação jurídica que leva a um resultado lógico e juridicamente descabido, motivo por que essa interpretação literal ou gramatical deve ser necessariamente afastada.

Nesse sentido, é aqui inteiramente aplicável o entendimento de que as normas legais em tela são de Direito Administrativo, como esta Subseção I de Dissídios Individuais já reconheceu no caso muito semelhante das empresas de energia elétrica, em que também

se discutiu o sentido do mesmo art. 25 da Lei n. 8.987/95, em voto vencedor (por oito votos contra seis) do Ministro Vieira de Mello Filho, Redator Designado, tendo sido ali decidido que essa norma de Direito Administrativo não afasta, nem pode afastar, em casos como este, a incidência das regras de Direito do Trabalho, mais precisamente os arts. 2º e 3º da CLT, que definem as figuras de empregado e de empregador.

Transcreve-se a ementa do julgado citado:

“RECURSO DE EMBARGOS — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM — EMPRESA DO RAMO DE ENERGIA ELÉTRICA — EXEGESE DO ART. 25 DA LEI N. 8.987/95 — INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO — VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. A Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, ostenta natureza administrativa e, como tal, ao tratar, em seu art. 25, da contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, não autorizou a terceirização da atividade-fim das empresas do setor elétrico. Isso porque, esse diploma administrativo não aborda matéria trabalhista, nem seus princípios, conceitos e institutos, cujo plano de eficácia é outro. A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes à já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana. Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. O enunciado da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho guarda perfeita harmonia com princípios e normas constitucionais e trabalhistas e trouxe um marco teórico e jurisprudencial

para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do País, já que compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre-concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido.” (E-ED-RR – 586341-05.1999.5.18.5555, redator Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 28.5.2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 16.10.2009.)

Ademais, a Lei n. 8.987/95, referente às concessionárias e permissionárias de serviço público, e a Lei n. 9.472/97, que regula as telecomunicações em geral, tratam exclusivamente, na verdade, da relação entre as empresas concessionárias ou permissionárias e as agências reguladoras e os consumidores, não tendo, em absoluto, a natureza de normas de Direito do Trabalho, nada dispondo a respeito do tema da terceirização trabalhista, cabendo precipuamente a esta Justiça Especializada a análise da compatibilidade entre essas normas infraconstitucionais de Direito Administrativo e os princípios que norteiam o Direito do Trabalho, de forma a interpretá-las e, eventualmente, aplicá-las, de modo a não esvaziar de sentido prático ou a negar vigência e aplicação às normas trabalhistas, que, em nosso País, disciplinam a prestação de trabalho subordinado, terceirizado ou não.

Na esteira desse entendimento, é forçoso concluir que, por força da incidência e da aplicação de outras normas infraconstitucionais (mormente os arts. 2º, 3º e 9º da CLT), não se pode mesmo interpretar o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 e o art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97, no sentido de que a autorização por elas dada à empresa concessionária dos serviços de telecomunicações para contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes ao serviço significaria uma autorização para as empresas de telecomunicações terceirizarem suas atividades-fim, entendimento que, repita-se, levado às suas últimas consequências, acabaria por permitir que as

essas desenvolvessem sua atividade empresarial sem ter em seus quadros nenhum empregado, e sim, apenas, trabalhadores terceirizados.

É exemplar, a esse respeito, a densa e erudita fundamentação expendida pelo Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, no precedente da SBDI-1 relativo às empresas do ramo de energia elétrica, sobre a necessidade de não se interpretar o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 (igualmente aplicável às empresas de telecomunicações) como uma norma que tornaria lícita a terceirização das atividades-fim daquelas concessionárias ou permissionárias, a qual agora se passa a transcrever, por sua total pertinência a este caso:

“Postulado fundamental da Consolidação das Leis do Trabalho é a definição do contrato individual de trabalho. Dos arts. 2º e 3º da CLT emerge um espírito institucional, além de um conceito prévio e básico, que é o conceito de empregado. Foi deliberado o propósito de se reconhecer a correspondência e a equivalência entre a relação de emprego e o contrato de trabalho, para os efeitos da legislação social, correspondência essa não prevista na escola contratualista italiana, que exige expressa pactuação. Esse elemento distintivo é fundamental. O nosso fundamento do contrato é o acordo tácito, daí porque a relação de emprego constitui ato jurídico suficiente para provocar a incidência das medidas de proteção que se contêm no direito do trabalho. Este conceito firmado na Consolidação é tanto mais justo e relevante quanto o é o que se evidencia em face de contratos formalmente nulos ou substancialmente contrários à ordem pública dos preceitos da legislação de proteção ao trabalho, daí a razão de ser do art. 9º consolidado.

A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes à já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana.

(...)

Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com valores do Direito Administrativo, viesse derrogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. Seria a interdisciplinariedade às avessas, pois a norma geral administrativa estaria a rejeitar a norma especial trabalhista e seu instituto fundamental. O instituto que lhe dá feição característica e autonomia científica, pois, no conceito de empregado e empregador, vinculadas as atividades daquele às atividades essenciais e primordiais deste, teríamos uma interposta pessoa, sempre. Não teríamos mais uma relação bilateral, haja vista que para a consecução das atividades primaciais do empregador haveria sempre uma dizima periódica de empregadores, habilitando uma relação trilateral ou plurilateral, em detrimento da legislação social e seus preceitos cogentes.” (E-ED-RR-586341-05.1999.5.18.5555, redator Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 28.5.2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 16.10.2009 — grifou-se.)

Nesse sentido, convém transcrever trechos do artigo *A Leitura Principlológica do Direito do Trabalho na Nova Hermenêutica Constitucional: Uma análise de Colisão de Valores Frente à Súmula n. 331 do TST*, publicado na revista do Tribunal Superior do Trabalho, Vol. 78, n. 02, abr./jun. 2012, no qual a professora e advogada Norma Sueli Padilha apreende, com acuidade, o alcance e sentido da Súmula n. 331 do TST e do Princípio Protetor no qual se alicerça o Direito do Trabalho frente às disposições dos artigos 25, § 1º, da Lei n. 8.987/95 e 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97, *verbis*:

“O Princípio Protetor, enquanto princípio sob o qual se alicerça e fundamenta a razão de ser do próprio Direito do Trabalho — promover a igualdade e a dignidade do ser humano trabalhador —, necessita de novos mecanismos jurídicos para uma releitura da exata dimensão de sua função e papel na atualidade, e que o insira adequadamente diante da complexidade de confrontos a que ora se vê submetido.

[...]

A atual conjuntura da sociedade de massa provoca conflitos de interesses de dimensões extremamente abrangentes e complexas, colisões de direitos materiais que, embora plenamente amparados pela legalidade, não permitem uma solução simples quando em confronto em um caso judicial. Em tais 'casos difíceis', a concretização da norma não pode limitar-se à definição do seu sentido, mas necessita do recurso aos valores que a norma procura proteger, bem como do enfrentamento da situação de confronto com valores colidentes que possam afetar a sua integral efetivação, a qual exigirá do juiz a realização de uma escolha.

Dessa forma, faz-se necessário uma operação valorativa, referida ao caso concreto, dos valores colidentes, para elucidação e compreensão da natureza de tais direitos. Para tanto, deve-se aplicar um processo racional e controlável para a busca da solução adequada.

[...]

No que se refere especificamente ao Princípio Protetor, que se expressa por meio de vários outros princípios norteadores do Direito Individual do Trabalho (norma mais favorável, condição mais benéfica, imperatividade, indisponibilidade, intangibilidade salarial, primazia da realidade, continuidade) e, ainda, dada sua considerável carga de conteúdo axiológico que necessita de inúmeras regras para sua concretização, a possibilidade de colisão direta com outros princípios fundamentais torna-se cada vez mais evidente, principalmente em casos difíceis, nos quais se verifiquem as atuais tensões, entre, de um lado, a sua função protetora e tutelar da pessoa do trabalhador e, de outro, os interesses econômicos de um mercado em ascensão, que pressiona por meio de fenômenos como a desregulamentação, a flexibilização, a terceirização, dentre outros.

[...]

De acordo com o procedimento da ponderação, cujo critério é o princípio da proporcionalidade, somente condições fáticas muito fortes podem autorizar a relativização de um princípio colidente em prol de outro. Assim, mesmo diante de profundas reestruturações do mercado de trabalho globalizado, que potencializam a tensão de valores que estão em rota de colisão dentro do campo normativo do contrato de trabalho, a análise da colisão desses valores, sob a ótica da teoria dos princípios, enquanto um procedimento racional de decisão judicial, representa um aprofundamento do olhar jurídico da questão, um amadurecimento da análise desse contexto, sem desconsiderar como inexistentes o peso dos valores colidentes, com os que embasam, justificam e sustentam a proteção do trabalho na relação de trabalho.

É preciso descodificar a tensão da colisão em um procedimento adequado para aplicar a ponderação por meio de critérios racionais e posicionar a decisão judicial sob embasamento adequado e proporcional.

[...]

A aplicação prática da teoria dos princípios na colisão de valores que impliquem a restrição ao Princípio Protetor, que mesmo enquanto parâmetro fundamental do ordenamento jurídico trabalhista implica também um *mandato de otimização*, significa admitir seu cumprimento em diferentes graus, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas, sendo a medida de seu cumprimento definida pelo sopesamento com princípios opostos por meio de um processo de ponderação que fixe o peso relativo dos princípios colidentes no caso concreto, sempre com vistas a impedir o ataque ou aniquilamento de seu núcleo essencial, barreira intransponível para qualquer restrição.

Nesse sentido, parece-nos oportuna a análise de um caso concreto, passível de identificação como um 'caso difícil', na busca

da elucidação do procedimento racional de ponderação que deve guiar a decisão judicial na resolução de uma colisão de princípios concorrentes, principalmente quando o que está em jogo é o próprio ‘eixo fundamental’ da legislação laboral de proteção ao trabalhador.

Para tanto, a análise proposta se alicerça em um caso judicial emblemático, que envolve o debate em torno do *fenômeno da terceirização* de mão de obra, que enquanto fato econômico irrefutável, por si só, revela a alta complexidade e dificuldade da análise jurídica de sua possibilidade nas relações de trabalho, posto que se coloca em rota de colisão com os fundamentos principiológicos do Direito do Trabalho, tornando os inúmeros processos que abarrotam os Tribunais trabalhistas casos judiciais difíceis, que impõem aos julgadores uma análise ampla, que revele a colisão de valores no caso concreto e que se apoie nos mecanismos da nova hermenêutica constitucional, consoante ponderação *a priori* estabelecida na Súmula n. 331 do C. TST.

Neste sentido, pretende-se fazer tal reflexão sob o prisma de *identidade com os mecanismos da nova hermenêutica constitucional*, de importante decisão do C. Tribunal Superior do Trabalho, proferida pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, e que se tornou precedente judicial referido aos limites da terceirização da atividade-fim e contrariedade à Súmula n. 331 do TST [...] (E-RR - 586341-05.1999.5.18.5555, redator Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 28.5.2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 16.10.2009)’.
A ementa do acórdão em análise, ao destacar que ‘a legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, e o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana’, impõe de forma incisiva, no caso

em julgamento, um limite à possibilidade de restrição aos fundamentos principiológicos que regem o Direito do Trabalho, destacando a importância e intangibilidade do núcleo essencial do Princípio Protetor. E para a proteção de tais valores, a SDI-1 do C. TST utiliza os mecanismos da nova hermenêutica constitucional por meio da adoção da proporcionalidade ao caso concreto, uma vez que procura compatibilizar os princípios da *valorização do trabalho humano* e da *livre-concorrência* na busca do equilíbrio da relação entre o capital e o trabalho.

[...]

Conforme consta do próprio acórdão de lavra do Exmo. Ministro Vieira de Mello Filho, redator designado, pode-se afirmar a identificação no caso analisado de um ‘caso difícil’, na medida em que se identificou metodologicamente a denominada ‘lacuna de colisão’ *entre valores e princípios dentro do ordenamento*, o que provoca a necessidade de se delinear os fundamentos que virão da exclusão, na hipótese concreta, de uma ou de outra dessas normas.

Outro aspecto que identifica o caso em tela como um ‘caso difícil’ é também revelado pelo próprio acórdão quando denuncia que ‘além da controvérsia jurídica, a decisão do TST teve que ponderar também sobre os aspectos de natureza econômica e social, tendo como pano de fundo a nova realidade do mundo globalizado, que demanda a especialização no meio produtivo’. Refere-se o acórdão, ainda, que: ‘a controvérsia levada a efeito no caso concreto em análise é extremamente complexa na seara trabalhista, em face da delimitação do que vem a ser, na terceirização, atividade-fim e atividade-meio, e do alcance das expressões utilizadas pelo legislador ordinário ao se reportar a serviços inerentes e serviços acessórios e suas implicações com a legislação trabalhista’.

[...]

Como bem acentua o acórdão, a seara trabalhista e a administrativa ‘são normativos distintos que regulam espécies distintas, em planos de eficácia distintos, dentro de um mesmo ordenamento jurídico’. Portanto, a dimensão do conflito a que se refere o caso em discussão encerra ‘contradições de valores ou princípios dentro de um mesmo ordenamento’, e admitir a supremacia da norma geral administrativa sobre o ordenamento especial trabalhista seria permitir o aniquilamento da legislação social em seus preceitos cogentes e seu instituto fundamental, ou seja, o conceito de empregado e empregador, acabando com a relação bilateral, ‘haja vista que para a consecução das atividades primaciais do empregador haveria sempre uma dízima periódica de empregadores, habilitando uma relação trilateral ou plurilateral’.

A decisão em comento apercebeu-se da gravidade em admitir-se tal raciocínio jurídico na análise do caso em conflito, cujo resultado representaria uma restrição inadmissível ao sistema jurídico de proteção do trabalhador, atingindo o núcleo central, o limite intransponível cuja afetação determina a sua desproporcionalidade — a dignidade da pessoa humana — que é, segundo o acórdão, a própria ‘razão de ser do direito e de suas atuais transformações e quebra de paradigmas conceituais ortodoxos de vetustos institutos’, destacando com absoluta clareza e discernimento que:

‘A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana.’

Segundo a análise em tela, a decisão da SDI-1 lucidamente denota que admitir-se a decisão conforme julgado pelo E. Regional

seria permitir uma restrição inadmissível ao ‘postulado fundamental da Consolidação das Leis do Trabalho que é a definição do contrato individual do trabalho’, de onde ‘emerge um espírito institucional, além de um conceito prévio e básico, que é o conceito de empregado’, e seria um permissivo a atingir a própria relação de emprego que ‘constitui ato jurídico suficiente para provocar a incidência das medidas de proteção que se contêm no direito do trabalho’.

Fosse mantida a decisão do E. Regional, alicerçada segundo a ótica da presente análise, sobre metodologia de argumentação jurídica da hermenêutica tradicional, traria como resultado permitir-se que ‘a norma administrativa, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT’.

Destaca a decisão da SDI-1 do C. TST, no caso em tela, que ‘a terceirização na esfera finalística das empresas, além de atritar com o eixo fundamental da legislação trabalhista’, traria como consequência outras situações, tais como os efeitos no campo da organização sindical e da negociação coletiva, que, segundo a presente análise, se apresentam como ‘razões suficientes’ para não se admitir a prevalência da decisão regional.”

A par dos judiciosos argumentos utilizados pela citada autora, conclui-se que a exegese e a aplicação da Lei n. 8.987/95, art. 25, que permite a contratação com terceiros de atividades inerentes e acessórias ou complementares ao serviço concedido nos casos de regimes de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, e, por consequência, da Lei n. 9.472/97 — Lei Geral de Telecomunicações, art. 94, inciso II, não podem se limitar à definição do seu sentido mediante simples interpretação gramatical. Isso porque, como já frisado, a interpretação da norma não pode se limitar

ao dispositivo isoladamente, devendo-se considerar o diploma legislativo em que ele está inserido e o ordenamento jurídico como um “todo” sistemático.

É imprescindível, nesse caso, portanto, atentar-se não só para a interdisciplinaridade do Direito do Trabalho e do Direito Administrativo, em que a norma especial trabalhista, pelo critério da especialidade, afasta a aplicação da norma geral administrativa, mas, sobretudo, é necessário levar-se em consideração que a colisão e a interação entre as normas dos arts. 2º, 3º e 9º da CLT e as dos arts. 25, § 1º, da Lei n. 8.987/95 e 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97 trazem embutido nítido conflito entre princípios norteadores dos citados ramos jurídicos, cuja interpretação, pautada na ponderação e no sopesamento dos princípios e dos valores envolvidos, não pode propiciar a aniquilação do próprio núcleo essencial do Direito do Trabalho — o princípio da proteção da parte hipossuficiente e as próprias figuras do empregado e do empregador.

Por outro lado, é preciso mencionar, de modo expreso, que é inteiramente equivocado o entendimento de que uma decisão como essa, ao conferir interpretação diversa da meramente literal ao § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 e ao art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97, para não admitir a legalidade desse tipo de terceirização das atividades-fim ou inerentes do serviço de telecomunicações, só por isso, vulneraria a Súmula Vinculante n. 10 do STF ou a cláusula de reserva de Plenário prevista no art. 97 da Constituição da República.

A propósito, o eminente Ministro deste Tribunal Superior do Trabalho Ives Gandra da Silva Martins Filho, relator destes embargos, citou, com destaque, em seu voto, uma decisão monocrática proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da lavra do ilustre Ministro Gilmar Mendes (Rcl 10132 MC/PR – Paraná), datada de 9.11.2010, e publicada no DJe de 12.11.2010, que, em juízo

sumário de cognição, adotou exatamente esse entendimento para deferir o pedido de medida liminar para suspender os efeitos do acórdão proferido pela Terceira Turma do TST (Relator Ministro Alberto Bresciani), nos autos do RR n. 6749/2007-663-09-00, até o julgamento final desta reclamação, que adotou, em síntese, o entendimento de que aqueles preceitos legais, ao autorizarem a terceirização de “atividades inerentes”, não teriam autorizado a terceirização de suas atividades-fim.

Essa decisão provisória, no entanto e a despeito de sua ilustre origem, não leva em conta, *data venia*, que existe uma profunda e decisiva diferença entre interpretar uma norma infraconstitucional que contém cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, escolhendo um dentre vários caminhos interpretativos possíveis, e declarar a sua inconstitucionalidade, ainda que de forma apenas implícita, mediante a utilização de critérios, princípios e regras constitucionais.

Ademais, como se demonstrará a seguir, essa decisão, também com todas as vênias, foi isolada no âmbito daquele excelso Pretório, sendo possível e necessário, nessa ocasião, trazer à colação decisões monocráticas mais recentes de vários outros Ministros do STF em que, em casos de interesse de empresas concessionárias dos setores de energia elétrica e de telecomunicações em que se discute exatamente a melhor interpretação dos arts. 25 da Lei n. 8.987/95 e 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97, entendeu-se não ser o caso de se deferir a medida liminar em reclamações semelhantes àquela, justamente por não ter havido violação da Súmula Vinculante n. 10, mas sim mera interpretação de norma infraconstitucional, nem de se dar provimento a agravos de instrumento interpostos pelas empresas interessadas contra decisões denegatórias de seguimento de seus recursos extraordinários, exatamente por não ter havido, nesses casos, violação direta de preceito constitucional e, se tanto, mera violação oblíqua e reflexa.

Eis o teor da Súmula Vinculante n. 10 do STF:

“VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE.”

Embora seja perfeitamente compreensível o entendimento e a *ratio decidendi* do excelso Pretório consagrados nesse verbete, de impedir que órgãos fracionários de Tribunal, em ofensa ao art. 97 da Constituição da República, furtem-se de maneira artificiosa à necessidade de submeter ao plenário ou a seu respectivo órgão especial a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, é preciso perceber que isso absolutamente não ocorre quando determinada decisão fracionária se limita a afastar uma, dentre várias, das interpretações possíveis de determinados preceitos de lei, exatamente como aqui ocorreu.

Em outras palavras, a lógica simplista ou literal do tudo ou nada não pode ser aplicada nesses casos, seja em relação a toda uma lei, seja em relação a um ou a alguns dispositivos de lei isoladamente considerados.

É que, como se sabe, todo ordenamento jurídico é um sistema coordenado e harmônico de princípios e de regras, estruturados de forma interdependente e que se relacionam entre si de forma dialética.

Por isso mesmo, um preceito de lei não pode nem deve ser interpretado e aplicado de forma literal e isolada, como se operasse em um vácuo normativo. O seu verdadeiro e correto sentido só pode ser determinado, pelo intérprete e pelo julgador, em cotejo e com as outras normas (princípios e regras) que também sejam aplicáveis à situação fática e jurídica considerada para, de sua interação, extrair-se um resultado coerente e harmônico, que seja compatível com o ordenamento jurídico como um todo.

Reitere-se: as normas-regra de hoje (e não apenas as normas-princípio) têm recorrido cada vez mais às cláusulas gerais e aos conceitos jurídicos indeterminados para regular relações jurídicas, econômicas e sociais cada vez mais complexas, fluidas e multifacéticas, as quais o legislador, mesmo que o queira, não consegue regular por meio de normas de estrutura mais rígida e tradicional que, no passado, descreviam, de forma completa e precisa, todos os fatos que pretendiam disciplinar.

Esse é exatamente o caso do legislador que, ao editar as Leis ns. 8.987/95 e 9.472/97, optou, ao redigir os seus respectivos arts. 25 e 94, inciso II, por autorizar a terceirização das “atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço”, sem afirmar, como lhe teria sido perfeitamente possível, que estava expressamente autorizada a terceirização de sua atividade-fim, devendo aqui ser invocado, com sua licença, o argumento da lavra do eminente Ministro Lelio Bentes Corrêa, que utilizou, em seu voto, no julgamento do Processo E-RR-134640-23.2008.5.03.0010, em sessão datada de 28.6.2011, e que constou de suas notas degravadas, de que:

“tampouco se pode consagrar à lei interpretação que despreze o conteúdo técnico das expressões escolhidas pelo legislador. Ora, havia uma expressão técnica, caso quisesse o legislador autorizar a terceirização da atividade-fim, que é exatamente a expressão “atividade-fim”; optou o legislador pela expressão “atividades inerentes”, correlatas. Ora, não quis, portanto, significar atividade fim. Não se pode, por interpretação, chegar a uma conclusão que a própria opção do texto legal, na sua literalidade, não autoriza.”

Em casos como este, em que normas de redação mais flexível ou aberta devem ser interpretadas e aplicadas, é absolutamente natural que se apresente, para o julgador, mais de uma alternativa exegética, devendo ele optar por uma delas que lhe pareça a melhor, com base nos outros princípios e regras igualmente presentes no ordenamento jurídico e com base

nas circunstâncias fático-probatórias daquele caso concreto constantes dos autos.

Quando esse julgador, no exercício de seu precípua mister, optar por uma das várias alternativas exegéticas de determinada norma infraconstitucional, evidentemente, não estará ele negando validade, vigência ou incidência a esse preceito de lei, na dicção da Súmula Vinculante n. 10, nem, muito menos, declarando, sequer implicitamente, a inconstitucionalidade da lei. Estará ele, muito ao contrário, aplicando-a, pura e simplesmente, após interpretá-la e dela extrair o sentido que lhe parecer o melhor, à luz do conjunto do sistema jurídico no qual ela está inserida, mesmo que esse sentido não seja o desejado pela parte, que, equivocadamente, invocar a Súmula Vinculante n. 10 do STF.

Nessa linha de raciocínio, necessário se faz reiterar que a interpretação dos preceitos legais anteriormente indicados se dá exclusivamente em sede infraconstitucional, em que se procede ao cotejo dessas normas de Direito Administrativo (e, se se quiser, de Direito Econômico) com as normas de Direito do Trabalho, exatamente como fez recentemente o Supremo Tribunal Federal, quando, ao julgar a ADC n. 16-DF, proclamou a possibilidade de se responsabilizar o ente público tomador dos serviços de empregados terceirizados quando estiver comprovado que esse agiu com culpa ao não fiscalizar o fornecedor de mão de obra terceirizada quanto ao pleno e oportuno adimplemento de suas obrigações trabalhistas, a despeito do disposto no art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Nesse caso, houve, também, a aplicação de outras normas infraconstitucionais, que autorizam essa responsabilização — os arts. 186 e 927 do Código Civil Brasileiro e as demais normas da Lei de Licitações, que também estabelecem a obrigação desse ente público de fiscalizar — sem que se possa concluir que o citado art. 71 tenha sido implicitamente considerado inconstitucional ou, de qualquer modo, descumprido.

Vale ressaltar, quanto àquele julgamento, que a Corte Suprema salientou, expressamente,

que a declaração de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 não impede que seja ele interpretado de forma sistemática com outros dispositivos de leis e da Constituição Federal. Ou seja, entendeu o Supremo Tribunal Federal, naquela ocasião, não haver empecilho a que determinado texto legal possa ser interpretado de modo não literal para, sem ser considerado inconstitucional, não ser aplicável a certas situações fáticas, ante a incidência simultânea de outras normas do ornamento jurídico — exatamente a situação que ocorre neste caso, em relação aos dispositivos em exame da Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, e da Lei n. 9.472/97, que é a Lei Geral de Telecomunicações.

Com efeito, no caso dos autos, o Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões proferidas em sede liminar de Reclamações Constitucionais ajuizadas por empresas concessionárias de serviços públicos dos Setores de Energia Elétrica e das próprias Telecomunicações, nas quais se alegava a negativa de aplicação da Súmula Vinculante n. 10 do STF pelo Tribunal Superior do Trabalho e por Tribunal Regional do Trabalho, igualmente entendeu não haver vulneração a essa súmula vinculante ou à cláusula de reserva de Plenário prevista no art. 97 da Constituição da República, adotando o entendimento de que a interpretação do preceito legal do § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 e dos preceitos trabalhistas, sobretudo os arts. 2º e 3º da CLT, ocorre no âmbito infraconstitucional, em que se procede ao cotejo dessas normas de Direito Administrativo com as normas de Direito do Trabalho.

Nesse sentido, citam-se:

“RECLTE.(S): ENERGISA BORBOREMA
DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S.A.

ADV.(A/S): ESTÊVÃO MALLETT E
OUTRO(A/S)

RECLDO.(A/S): TRIBUNAL SUPERIOR DO
TRABALHO

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO
TRABALHO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão

DECISÃO: vistos, etc.

1. Trata-se de reclamação constitucional, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta por Energisa Borborema Distribuidora de Energia S.A. contra ato do Tribunal Superior do Trabalho.

2. Argui a autora que a Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao não conhecer de recurso de revista, afastou a aplicabilidade do § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95. Isto sem que houvesse pronunciamento do Plenário do tribunal acerca da inconstitucionalidade do dispositivo legal. Alega, assim, desrespeito à Súmula Vinculante n. 10 deste Supremo Tribunal Federal. Daí requerer a concessão de liminar para suspender os efeitos do acórdão reclamado.

3. Pois bem, antes de apreciar o pedido de medida liminar, solicitei informações ao reclamado. Informações que foram prestadas mediante a petição n. 20.496/2011.

4. Feito esse aligeirado relato da causa, passo à decisão. Fazendo-o, pontuo, de saída, que o poder de cautela dos magistrados é exercido num juízo prefacial em que se mesclam num mesmo tom a urgência da decisão e a impossibilidade de aprofundamento analítico do caso. Se se prefere, impõe-se aos magistrados condicionar seus provimentos acautelatórios à presença, nos autos, dos requisitos da plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni juris*) e do perigo da demora na prestação jurisdicional (*periculum in mora*), perceptíveis de plano. Requisitos a ser aferidos *primo oculi*, portanto. Não sendo de se exigir, do julgador, uma aprofundada incursão no mérito do pedido ou na dissecação dos fatos que a este dão suporte, senão incorrendo em antecipação do próprio conteúdo da decisão definitiva.

5. No caso, não tenho como presentes os requisitos necessários à concessão da medida liminar. É que o acórdão reclamado parece haver aplicado, no caso concreto, o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95, mas com interpretação diferente daquela pretendida pela reclamante. Confira-se:

“Ora, no caso, o debate quanto ao reconhecimento da terceirização ilícita e do vínculo de emprego gira em torno da possibilidade da válida terceirização de serviço ligado a atividades finalísticas da empresa concessionária de energia elétrica.

A Lei 8.987/95, regulando o regime de concessão de serviços públicos, assim dispõe:

‘Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua sua responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.’

Por esse prisma, verifica-se que a validade da terceirização de um serviço pela concessionária depende da sua caracterização, se como atividade-fim ou como atividade-meio, desde que seja ela inerente, acessória ou complementar aos serviços de telecomunicação.

Isso porque a intenção do legislador infraconstitucional não foi a de possibilitar a terceirização das atividades essenciais, mas sim a terceirização das atividades-meio, único critério jurídico que, aliás, se compatibiliza com o disposto nos arts. 2º e 3º da CLT, no que concerne aos trabalhadores subordinados que prestam seu labor nas atividades finalísticas ou inerentes das empresas.”

6. Também o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região solucionou a questão, aparentemente, mediante a simples exegese da lei. Tanto que assim se pronunciou:

‘Efetivamente, há nesse artigo a autorização para que as concessionárias de serviço público possam terceirizar atividades com o objetivo de prestar o *munus* para a qual se propõem.

Contudo, não se pode conceber que o vocábulo ‘inerente’, inserido no texto do § 1º, possa ser tido como uma ‘carta branca’, apta a propiciar a intermediação de todo e qualquer serviço a ser prestado pela empresa.

(...)

Aliás, considerar que permissão legal para a contratação de terceiros, por parte da concessionária pública, abrange toda e qualquer atividade significa permitir burla não só à legislação do trabalho, mas também às regras administrativas, na medida em que a entidade poderia promover a subconcessão de todos os seus serviços, escapando do procedimento licitatório.

Em resumo: a única interpretação que se pode dar ao citado artigo de lei é que o mesmo não veicula defeito constitucional, porém, a sua dicção tem o alcance apenas de permitir a terceirização de serviços nas atividades secundárias da empresa concessionária.⁷

7. No mesmo sentido, o Juízo de primeira instância parece lançar mão da interpretação sistemática da lei, não de sua desaplicação por inconstitucionalidade, nem mesmo de forma escamoteada. Veja-se:

‘Diz a sentença, acerca da interpretação dada pela reclamada ao art. 25, § 1º da Lei n. 8.987/95, dentre outros argumentos que:

“Observa-se que a exegese imprimida pela reclamada ao § 1º do dispositivo legal em comento, além de conveniente aos interesses por ela defendidos, atinentes à terceirização, está dissociada do próprio caput do artigo, o que não se faz possível acolher, consoante regras básicas de hermenêutica. Com efeito, apega-se a ré na passagem contida no § 1º do art. 25 em epígrafe segundo o qual ‘a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. (...) O *caput* do art. 25 preceitua, com clareza solar, que ‘incumbe à concessionária a execução do serviço concedido...’. Ao também preceituar que a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes ao serviço concedido, como não podia deixar de ser, apenas preconiza a possibilidade de a concessionária contratar com outrem atividades inerentes ao serviço, ou seja, como o próprio nome diz, atividades que dizem respeito ao serviço concedido, mas

não o serviço concedido em si mesmo. Se assim não o fosse, seria inócuo o caput ao preceituar que incumbe à concessionária a execução do serviço concedido. Sendo certo que não há interpretação possível para que um caput de um dispositivo legal seja inócuo e que sobre ele prevaleça o parágrafo nele contido, verifica-se quão conveniente aos seus interesses a interpretação conferida pela reclamada, deste dispositivo legal.”

8. Ante o exposto, por não vislumbrar ofensa à Súmula Vinculante n. 10 deste Supremo Tribunal Federal, indefiro a liminar, sem prejuízo de u’a mais detida análise quando do julgamento do mérito.

9. Encaminhe-se o processo ao Procurador-Geral da República.

Publique-se.” (Rcln. 11329 MC/PB – PARAÍBA MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO, rel. Min. Ayres Britto, Julgamento: 13.4.2011, DJe-076 Divulg 25.4.2011, Public 26.42011) (grifou-se).

“RECLTE.(S): CENTRAIS ELÉTRICAS DE RONDÔNIA S/A — CERON

ADV.(A/S): DECIO FREIRE

RECLDO.(A/S): TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 14ª REGIÃO

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): OHMES MANUTENÇÃO LTDA.

ADV.(A/S): IZABEL CELINA PESSOA BEZERRA CARDOSO

Decisão:

Vistos.

Cuida-se de reclamação constitucional eletrônica, com pedido liminar, ajuizada pelas Centrais Elétricas de Rondônia S/A. — Ceron em face do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, cuja decisão teria afrontado a autoridade do Supremo Tribunal Federal e negado aplicação à Súmula Vinculante n. 10.

Na peça vestibular, a reclamante alega que:

a) trata-se, na origem, de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho

a fim de impedir a ora reclamante de contratar prestadores de serviço para execução de atividades-fim da empresa;

b) interposto recurso ordinário em face da sentença de parcial procedência à pretensão deduzida na reclamação trabalhista, o e. TRT da 14ª Região negou provimento ao recurso da ora reclamante, tendo afirmado a ilegitimidade da terceirização de serviço público e a obrigatoriedade de realização de concurso público para contratar trabalhadores;

c) a decisão Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região declarou, de forma indireta, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95, sem observância da cláusula constitucional de reserva de plenário, o que contraria o entendimento consubstanciado na Súmula Vinculante n. 10;

d) o paradigma de confronto na presente reclamação consiste em enunciado de súmula vinculante editada pelo STF em consonância com a jurisprudência reiterada da Corte no sentido de que equivale a uma declaração de inconstitucionalidade a decisão judicial que recusa eficácia à lei ou ato normativo estatal com fundamento em entendimento extraído do texto constitucional;

e) há *periculum in mora*, uma vez que as Centrais Elétricas de Rondônia S/A — Ceron, ora reclamante, pode ser compelida a submeter-se a decisão proferida por órgão fracionário incompetente para declarar a inconstitucionalidade de norma sem observância da cláusula de reserva de plenário, impondo-lhe obrigações positivas e negativas, bem como multas, o que prejudicará o pleno exercício de suas funções;

f) deve ser julgada procedente a reclamação, declarando-se a nulidade absoluta da decisão reclamada.

Instada a se manifestar, a autoridade reclamada apresentou informações no seguinte sentido:

“Evidencia-se, portanto, que o julgado proferido pelo Tribunal Pleno deste Regional Trabalhista, em grau de recurso ordinário e adesivo, não violou o conteúdo da Súmula Vinculante n. 10, porque esta Justiça Especializada não declarou a inconstitucionalidade

do §1º, art. 25 da Lei n. 8.987/1995. Tampouco afastou a sua aplicabilidade, como sustenta a Centrais Elétricas de Rondônia — CERON, mas, tão somente, motivou a decisão no sentido de que o referido dispositivo não alberga a possibilidade de atividade-fim de empresa de economia mista, concessionária de serviço de energia, porque esta submete-se ao regime próprio das empresas privadas.”

É o relatório.

Em consulta ao sistema de acompanhamento processual no sítio do e. TST na internet, e conforme alegado na peça vestibular, a decisão nos embargos de declaração opostos nos autos do AIRR n. 117440-29.2005.5.14.0001 ainda encontra-se pendente, o que afasta a incidência da Súmula n. 734/STF na presente reclamação.

A reclamante juntou documentos por meio eletrônico, de entre eles o acórdão do e. TRT da 14ª Região que estaria desrespeitando a Súmula Vinculante n. 10, assim fundamentado na parte que interessa para a solução da demanda:

“Assim restou caracterizado que se tratou o presente caso de mera intermediação de mão de obra, considerando que a OHMES não se trata de empresa especializada em mão de obra temporária, e os serviços além de serem ligados à atividade-fim da CERON eram realizados de forma não eventual, com pessoalidade, mediante subordinação aos pressupostos da mesma empresa tomadora, (...).

Desta forma caracterizado que a CERON, componente da Administração Indireta, procura suprir a carência de pessoal mediante terceirização ilícita, a teor da Súmula n. 331 do C. TST, com violação do art. 37, II, da Constituição Federal que prevê o mecanismo do concurso público, cabível o controle judicial para garantir que o acesso aos empregos públicos em questão obedeça a previsão constitucional que visa garantir a igualdade entre os cidadãos potenciais candidatos, além de dar efetividade ao princípio da eficiência, sem falar que, como assentado na sentença, a terceirização indiscriminada implica em precarização dos direitos dos trabalhadores, cuja contrapartida pelo trabalho é dividida

com o intermediário, e pulverização do seu poder de associação, com enfraquecimento da representação da classe trabalhadora.

Assim, não existe autorização constitucional para a terceirização de forma indiscriminada, quando se tem em vista que o regime constitucional vigente arrola entre os seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, ao lado da livre-iniciativa, conforme prevê o art. 1º, III, IV, da CF/88.”

O Plenário desta Corte, em 18.6.08, no julgamento do RE n. 482.090/SP, relator o Ministro Joaquim Barbosa, interposto contra acórdão de Turma do Superior Tribunal de Justiça, que afastou a incidência da Lei Complementar n. 118/05, sem a observância da cláusula de reserva de plenário, firmou entendimento no sentido de que se reputa “declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que — embora sem o explicitar — afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição”.

Concluiu o Plenário pelo provimento do recurso para reformar o acórdão atacado e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que fosse observada a norma do art. 97 da Constituição Federal.

Ressaltou-se, também, que essa orientação se aplicava aos casos nos quais, após a prolação do acórdão recorrido, o Tribunal de origem, por meio de seu Pleno ou de sua Corte Especial, haja declarado a inconstitucionalidade da norma legal impugnada.

Nessa hipótese, incidiria a norma do art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Nessa mesma sessão foi aprovada a Súmula Vinculante n. 10 deste Tribunal, com a seguinte redação:

“Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte.”

Para a solução da questão é necessário explicitar a ratio existendi do aludido enunciado de súmula.

É certo que a Súmula Vinculante n. 10 não se aplica a toda e qualquer hipótese em que a autoridade judiciária deixa de acolher a pretensão da parte de fazer incidir determinada norma ao caso concreto em debate; refere-se exclusivamente à hipótese em que se afasta a incidência de lei ou ato normativo por fundamento constitucional, o que está condicionado à observância da regra do art. 97 da Constituição Federal.

No caso dos autos, a Turma do e. TRT da 14ª Região afirmou a necessidade de que a contratação de trabalhadores pelas Centrais Elétricas de Rondônia — CERON para a prestação de serviço relacionada com a atividade-fim da empresa deveria submeter-se à prévia aprovação em concurso público, sendo ilegal o contrato para fornecimento de mão de obra celebrado entre a ora reclamante e a empresa OHMES. Afirmando-se que:

“(…) não existe autorização constitucional para a terceirização de forma indiscriminada, quando se tem em vista que o regime constitucional vigente arrola entre os seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, ao lado da livre-iniciativa, conforme prevê o art. 1º, III, IV da CF/88.”

Não se nega que o magistrado Relator da ação trabalhista objeto da presente reclamação constitucional refere-se a enunciados constitucionais para fundamentar o voto proferido no julgamento.

Ocorre que, em uma análise sumária, própria dos provimentos liminares, não há plausibilidade na tese jurídica sustentada pelas Centrais Elétricas de Rondônia — CERON. Da análise dos documentos juntados aos autos, não há evidência de que a autoridade reclamada tenha afastado a aplicação do § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 por considerá-la inconstitucional. Veja o que dispõe o referido dispositivo legal:

“Art. 25 (...)

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.”

Em juízo de estrita deliberação, tenho que o e. TRT da 14ª Região deixou de empregar a norma por considerar ilegal o conteúdo do contrato celebrado entre a CERON (ora reclamante) e a OHMES.

A Justiça do Trabalho entendeu que o objeto desse ajuste consistiria em contratação de trabalhadores para atuarem na prestação de serviço público de fornecimento de energia elétrica — atividade-fim da concessionária de serviço público ora reclamante —, a qual não estaria abarcada pelas hipóteses enumeradas pelo legislador ordinário como passíveis de serem transferidas a terceiros.

Ressalto que a necessidade de submissão a concurso público para contratação de trabalhadores pela CERON (art. 37, II, CF/88) não foi o que motivou o afastamento do dispositivo legal pela autoridade reclamada, mas sim o entendimento de que a prática de contratar com a OHMES para empregar mão de obra na atividade-fim do objeto concedido à CERON configurava prática ilícita e inconstitucional da empresa.

O juízo de convicção da autoridade judiciária, atuando dessa forma, estaria amparado nas provas e nos argumentos desenvolvidos nos autos da reclamação trabalhista, não podendo o STF, em sede de reclamação constitucional, analisar o acerto ou o erro na classificação do objeto do contrato como atividade-fim da concessionária de serviço, e não atividade-meio da empresa.

A jurisprudência do STF acerca do perfil constitucional da reclamação é firme no sentido de que essa via extraordinária “não se configura instrumento viabilizador do reexame do conteúdo do ato reclamado” (Rcl n. 6.534/MA-AgR, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, DJe-197 de 17.10.08).

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar, ressalvada nova apreciação do quadro uma vez colhida a manifestação do Ministério Público Federal.

Vistas à douta Procuradoria-Geral da República para manifestação como custos legis.

Publique-se.” (Rcl 12068 MC / RO – RONDÔNIA MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO, rel. Min. Dias Toffoli, Julgamento:

27.2.2012, DJe-043 Divulg. 29.2/2012 Public. 1º.3.2012.) (grifou-se).

“RECLTE.(S): COMPANHIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS — CEMIG

ADV.(A/S): SERGIO BERMUDES E OUTRO(A/S)

RECLDO.(A/S): TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão:

Vistos.

Cuida-se de reclamação constitucional eletrônica, com pedido liminar, ajuizada pela Companhia Energética de Minas Gerais — Cemig em face do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, cuja decisão teria afrontado a autoridade do Supremo Tribunal Federal e negado aplicação à Súmula Vinculante n. 10.

Na peça vestibular, a reclamante alega que:

a) trata-se, na origem, de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da Terceira Região a fim de impedir a ora reclamante de contratar prestadores de serviço para execução de atividades-fim da empresa;

b) interposto recurso ordinário em face da sentença de parcial procedência à pretensão deduzida na reclamação trabalhista, o e. TRT da 3ª Região negou provimento ao recurso da ora reclamante, “asseverando, simplesmente, que a terceirização e que a interpretação efetivada pela reclamante ao referido preceito legal entram em choque com a Constituição Federal”;

c) a decisão da Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região deixa de conferir aplicabilidade ao § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95, sem observância da cláusula constitucional de reserva de plenário, o que contraria o entendimento consubstanciado na Súmula Vinculante n. 10;

d) há *periculum in mora*, uma vez que na Companhia Energética de Minas Gerais — Cemig, ora reclamante, “mais de 8.000 (oito mil) pessoas perderão seus empregos, a manutenção e qualidade dos serviços prestados à população do estado de Minas Gerais restará prejudicada, o que terminará causando um caos no sistema de fornecimento de energia, além de alteração imprópria das tarifas”;

e) deve ser julgada procedente a reclamação, cassando-se a decisão reclamada.

É o relatório.

Em consulta ao sistema de acompanhamento processual no sítio do e. TST na *internet*, e conforme alegado na peça vestibular, encontra-se pendente de análise recurso de revista nos autos da reclamação trabalhista ora tratada, o que afasta a incidência da Súmula n. 734/STF na presente reclamação.

A reclamante juntou documentos por meio eletrônico, de entre eles o acórdão do e. TRT da 3ª Região que estaria desrespeitando a Súmula Vinculante n. 10, assim fundamentado na parte que interessa para a solução da demanda:

“Pois bem: com efeito, um exame, ainda que perfunctório dos inúmeros contratos de prestação de serviços, que a ré celebrou, com as empresas prestadoras de serviços, leva à certeza absoluta de que os empregados destas realizaram ou realizam tarefas ligadas à consecução da atividade-fim daquela.

(...)

Acrescente-se, ainda, que os documentos acostados aos autos dão notícia de que muitos empregados das empresas prestadoras de serviços desempenham a mesma função dos empregados contratados, diretamente, pela ré; porém, recebem salário de valor inferior.

(...)

Por conseguinte, não a socorre o disposto no art. 25, §1º, da Lei n. 8.987/95, à vista da ilicitude da terceirização. Se prevalecente a interpretação dada, pela ré, à indigitada norma — por sinal, de acordo com sua conveniência, ela entraria, sem dúvida, em choque com a Constituição do Brasil e com a própria Consolidação das Leis do Trabalho.

Em resumo, as concessionárias não precisam contratar, diretamente, empregados, nem as que pertencem à Administração Pública Indireta, como a ré, a despeito do previsto, no art. 37, inciso II, da Constituição do Brasil. (...)

Ressalte-se que, ao invés da ré terceirizar atividade-fim, de forma fraudulenta, data venia, deveria contratar seus empregados, após aprovação em concurso público, de conformidade com o disposto no art. 37, II, da Carta Magna — porquanto, é empresa de economia mista. A propósito, a omissão da ré viola o princípio da isonomia, consagrado, no diploma legal citado, pois, não dá oportunidade igual aos trabalhadores de entrar, após vitória em certame público, para seu quadro funcional.

Se ela persiste, em descumprir a lei, é por vontade própria, porquanto, o Governo do Estado de Minas declarou, expressamente, que não era para fazer isso.”

O Plenário desta Corte, em 18.6.08, no julgamento do RE n. 482.090/SP, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, interposto contra acórdão de Turma do Superior Tribunal de Justiça, que afastou a incidência da Lei Complementar n. 118/05, sem a observância da cláusula de reserva de plenário, firmou entendimento no sentido de que se reputa “declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que — embora sem o explicitar — afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição”.

Concluiu o Plenário pelo provimento do recurso para reformar o acórdão atacado e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que fosse observada a norma do art. 97 da Constituição Federal.

Ressaltou-se, também, que essa orientação se aplicava aos casos nos quais, após a prolação do acórdão recorrido, o Tribunal de origem, por meio de seu Pleno ou de sua Corte Especial, haja declarado a inconstitucionalidade da norma legal impugnada.

Nessa hipótese, incidiria a norma do art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Nessa mesma sessão foi aprovada a Súmula

Vinculante n. 10 deste Tribunal, com a seguinte redação:

“Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte.”

Para a solução da questão é necessário explicitar a *ratio existendi* do aludido enunciado de súmula.

É certo que a Súmula Vinculante n. 10 não se aplica a toda e qualquer hipótese em que a autoridade judiciária deixa de acolher a pretensão da parte de fazer incidir determinada norma ao caso concreto em debate; refere-se exclusivamente à hipótese em que se afasta a incidência de lei ou ato normativo por fundamento constitucional, o que está condicionado à observância da regra do art. 97 da constituição Federal.

No caso dos autos, a Turma do e. TRT da 3ª Região afirmou a necessidade de que a contratação de trabalhadores pela Companhia Energética de Minas Gerais - Cemig para a prestação de serviço relacionada com a atividade-fim da empresa deveria submeter-se à prévia aprovação em concurso público. Novamente, afirmou-se que:

“Ressalte-se que, ao invés da ré terceirizar atividade-fim, de forma fraudulenta, data venia, deveria contratar seus empregados, após aprovação em concurso público, de conformidade com o disposto no art. 37, II, da Carta Magna — porquanto, é empresa de economia mista. A propósito, a omissão da ré viola o princípio da isonomia, consagrado, no diploma legal citado, pois, não dá oportunidade igual aos trabalhadores de entrar, após vitória em certame público, para seu quadro funcional.”

Não se nega que o magistrado Relator da ação trabalhista objeto da presente reclamação constitucional refere-se a enunciados constitucionais para fundamentar o voto proferidos no julgamento.

Ocorre que, em uma análise sumária, própria dos provimentos liminares, não há plausibilidade na tese jurídica sustentada pela Companhia

Energética de Minas Gerais — Cemig. Da análise dos documentos juntados aos autos, não há evidência de que a autoridade reclamada tenha afastado a aplicação do § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 por considerá-la inconstitucional. Veja o que dispõe o referido dispositivo legal:

“Art. 25 (...)

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.”

Em juízo de estrita delibação, tenho que o e. TRT da 3ª Região deixou de empregar a norma por considerar ilegais as contratações realizadas pela Companhia Energética de Minas Gerais — Cemig com prestadores de serviços.

A Justiça do Trabalho entendeu que o objeto desse ajuste consistiria em contratação de trabalhadores para atuarem na prestação de serviço público de fornecimento de energia elétrica — atividade-fim da concessionária de serviço público ora reclamante —, a qual não estaria abarcada pelas hipóteses enumeradas pelo legislador ordinário como passíveis de serem transferidas a terceiros.

O juízo de convicção da autoridade judiciária, atuando dessa forma, estaria amparado nas provas e nos argumentos desenvolvidos nos autos da reclamação trabalhista, não podendo o STF, em sede de reclamação constitucional, analisar o acerto ou o erro na classificação do objeto do contrato como atividade-fim da concessionária de serviço.

A jurisprudência do STF acerca do perfil constitucional da reclamação é firme no sentido de que essa via extraordinária “não se configura instrumento viabilizador do reexame do conteúdo do ato reclamado” (Rcl n. 6.534/MA-AgR, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, DJe-197 de 17.10.08).

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar, ressalvada nova apreciação do quadro uma vez colhida a manifestação do Ministério Público Federal.

Notifique-se a digna autoridade reclamada, a fim de que preste as informações, no prazo de lei.

Vistas à douta Procuradoria-Geral da República para manifestação como custos legis.

Publique-se.” (Rcl 14378 MC / MG – MINAS GERAIS MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO, rel. Min. Dias Toffoli, Julgamento: 3.9.2012, DJe-176 Divulg. 5.9.2012 Public. 6.9.2012.) (grifou-se)

“RECTE.(S): TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADV.(A/S): DÉCIO FLAVIO GONÇALVES
TORRES FREIRE

RECDO.(A/S): WALTER MARQUES FER-
NANDES

ADV.(A/S): JAIRO EDUARDO LELIS

RECDO.(A/S): GARRA TELECOMUNICA-
ÇÕES E ELETRICIDADE LTDA.

ADV.(A/S): CLÁUDIO AUGUSTO FIGUEI-
REDO NOGUEIRA

Decisão

Trata-se de agravo contra decisão que ne-
gou seguimento a recurso extraordinário
interposto de acórdão, cuja ementa segue
transcrita, no que importa:

“RECURSO DE REVISTA. CONCESSIONÁ-
RIA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICA-
ÇÕES. MANUTENÇÃO E REPARO DE LI-
NHAS TELEFÔNICAS. TERCEIRIZAÇÃO
DE ATIVIDADE-FIM. ART. 94, II, DA LEI
N. 9.472/97. SÚMULA N. 331, I, DO TST.
FORMAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPRE-
GO COM A TOMADORA. A interpretação
sistemática do art. 94, II, da Lei n. 9.472/97—
a chamada Lei Geral de Telecomunicações
— atenta aos fundamentos constitucionais
da República, à polissemia da palavra —
inerente —, à natureza da norma em exame,
ao princípio da isonomia, à necessidade de
observância do objeto social da pessoa jurídica
e da função social da empresa, bem como à
luz do conceito de subordinação objetiva e
dos princípios informadores do Direito e, em
especial do Direito do Trabalho, e à própria
compatibilização que entre eles se impõe,
conduz à conclusão de que o dispositivo
não autoriza a terceirização no pertinente

à atividade-fim das concessionárias de tele-
comunicações. Assentado pelo Tribunal de
origem que o reclamante prestava serviços
de manutenção e reparo de linhas telefônicas,
inafastável a aplicação do item I da Súmula n.
331 do TST, segundo o qual — 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 3.1.74)
(...)” (fls. 1.178).

No RE, interposto com base no art. 102, III, a,
da Constituição, alegou-se violação aos arts.
5º, II, e 170 da mesma Carta.

O agravo não merece acolhida. Isso porque,
para dissentir do acórdão recorrido, seria
necessária a análise da legislação infracons-
titucional (Lei n. 9.472/97 e Consolidação
das Leis do Trabalho), bem como o reexame
do conjunto fático-probatório dos autos, o
que atrai a incidência da Súmula n. 279 do
STF. Incabível, portanto, o recurso extraor-
dinário. Nesse sentido: AI n. 751.904/MG,
rel. Min. Menezes Direito; AI n. 791.291/RJ,
rel.^a Min.^a Ellen Gracie; 808.217/MG; e AI n.
791.247-AgR/MG, rel.^a Min.^a Cármen Lúcia,
sendo que deste último extraio a ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO
DE INSTRUMENTO. TRABALHISTA.
TERCEIRIZAÇÃO. CONTROVÉRSIA
SOBRE A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO
EMPREGATÍCIA E SOBRE A NATUREZA
DA ATIVIDADE PRESTADA. IMPOSSIBI-
LIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO
INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA
CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECE-
DENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO
QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

Ademais, cumpre destacar que este Tribunal
entende não ser cabível a interposição de RE
por contrariedade ao art. 5º, II, da Constitui-
ção Federal, quando a verificação da ofensa
envolva o reexame de interpretação dada a
normas infraconstitucionais pelo Tribunal
a quo (Súmula n. 636 do STF).

Por fim, quanto à Súmula Vinculante n. 10,
verifico que não há violação ao princípio da
reserva de plenário (art. 97 da Constituição)
porque o acórdão recorrido não declarou

a inconstitucionalidade da Lei n. 9.472/94 ou afastou a sua aplicação, mas apenas interpretou a legislação infraconstitucional aplicável à espécie, concluindo pela ilicitude na terceirização. Assim, não há qualquer violação ao art. 97, da Constituição.

Isso posto, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.” (ARE 646831/ MG – MINAS GERAIS, RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 1º.8.2011, DJe-151 Divulg. 5.8.2011, Public. 8.8.2011.) (grifou-se)

“AGTE.(S): TELEMAR NORTE LESTE S/A.
ADV.(A/S): ROBERTO CALDAS ALVIM DE OLIVEIRA

AGDO.(A/S): LENO OSMANE DA SILVA
ADV.(A/S): SANDRO COSTA DOS ANJOS

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão, cuja ementa segue transcrita:

“1. RECURSO DE REVISTA DA TELEMAR NORTE LESTE S.A. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES — CALL CENTER — ATIVIDADE-FIM — TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA — EXEGESE DO ART. 94, II, DA LEI N. 9.472/1997 — INCIDÊNCIA DO ITEM I DA SÚMULA N. 331 DO TST. I – Malgrado o art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/1997, aparentemente autorize as concessionárias de serviço público contratar terceiros para execução de seus misteres, exegese sistemática, feita à luz do art. 170, *caput*, da Constituição Federal, que sabidamente consagra a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho humano como pilares da Ordem Econômica estabelecida, impõe-se interpretação diversa, no sentido de ser ali autorizada a contratação de terceiros para a finalidade de melhorar (desenvolver) atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, inclusive por meio da implementação de projetos associados. III – Tal autorização é imprescindível dada a garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações de dados e telefônicas, estabelecida no art. 5º, inciso XII, da Cons-

tituição Federal, que atribui caráter especial às empresas de telecomunicações, que atuam como concessionárias de serviços públicos. IV – Fixado pelo Regional que a função exercida pela recorrida de atendente de 104 — serviço de call center —, para esclarecer dúvidas e prestar informações aos usuários dos serviços de telecomunicações, está incluída na atividade-fim da empresa de telefonia. V – E efetivamente se insere, devido a obrigatoriedade estabelecida pelo art. 3º, inciso IV, da Lei n. 9.472/1997, segundo o qual ‘O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: IV – à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços’, bem como pela Lei n. 8.078/1990, regulamentada pelo Decreto n. 6.523/2008. Está correto o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com a tomadora de serviços, consoante pacificado pelo item I da Súmula n. 331 do TST. VI – Recurso conhecido e desprovido. SÚMULA VINCULANTE N. 10. I – O Regional não declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 9.472/1994, apenas asseverou que a situação regulada por essa lei era diversa da retratada no caso concreto em que ocorrera fraude na contratação, caracterizando a ilicitude da terceirização. Por isso, agiganta-se a convicção sobre a impertinência temática da Súmula Vinculante n. 10 do STF. II – Recurso não conhecido. (...)” (fls. 125-129)

No RE, interposto com base no art. 102, III, *a*, da Constituição, alegou-se violação ao art. 5º, II, da mesma Carta.

O agravo não merece acolhida. Isso porque, para dissentir do acórdão recorrido, seria necessária a análise da legislação infraconstitucional (Lei n. 9.472/97 e Consolidação das Leis do Trabalho), bem como o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que atrai a incidência da Súmula n. 279 do STF. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. Nesse sentido: AI n. 751.904/MG, rel. Min. Menezes Direito; AI n. 791.291/RJ, rel.^a Min.^a Ellen Gracie; 808.217/MG; e AI n. 791.247-AgR/MG, rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, sendo que deste último extraio a ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRABALHISTA.

TERCEIRIZAÇÃO. CONTROVÉRSIA SOBRE A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO EMPREGATÍCIA E SOBRE A NATUREZA DA ATIVIDADE PRESTADA. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

Ademais, cumpre destacar que este Tribunal entende não ser cabível a interposição de RE por contrariedade ao art. 5º, II, da Constituição Federal, quando a verificação da ofensa envolva o reexame de interpretação dada a normas infraconstitucionais pelo Tribunal a quo (Súmula n. 636 do STF).

Por fim, quanto à Súmula Vinculante n. 10, verifiquemos que não há violação ao princípio da reserva de plenário (art. 97 da Constituição) porque o acórdão recorrido não declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 9.472/94 ou afastou a sua aplicação, mas apenas interpretou a legislação infraconstitucional aplicável à espécie, concluindo pela ilicitude na terceirização. Assim, não há qualquer violação ao art. 97, da Constituição.

Isso posto, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.” (AI 839685/MG – MINAS GERAIS, AGRAVO DE INSTRUMENTO, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 15.3.2011, DJE-054 Divulg. 22.3.2011 Public. 23.3.2011.) (grifou-se)

“AGTE.(S): TELEMAR NORTE LESTE S/A.
ADV.(A/S): DÉBORA CABRAL SIQUEIRA DE SOUZA E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): SÉRGIO LEONARDO SILVA CORRÊA

ADV.(A/S): GERALDO FONSECA MARINHO E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): TNL CONTAX S/A.

ADV.(A/S): ALAN PEIXOTO ELOY DE MELO E OUTRO(A/S)

DECISÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE ÀS LEIS

NS. 9.472/97 E 8.987/95: OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República.

2. O recurso inadmitido tem por objeto o seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. ATIVIDADE-FIM. SÚMULA N. 331, I, DO TST. O Tribunal Regional registrou que a função exercida pelo reclamante no call center estava ligada à atividade-fim da 2ª reclamada, tomadora dos serviços, pois ‘estava incumbido de ligar e receber ligações de clientes da Telemar; que o reclamante registrava serviços para tais clientes, linha telefônica fixa; que o reclamante oferecia serviços para clientes da Telemar, linha fixa’.

No contexto em que decidida a controvérsia, portanto, a decisão do Tribunal Regional harmoniza-se com a Súmula n. 331, I, do TST, o que inviabiliza a admissibilidade da revista, nos termos do art. 896, § 5º, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (fl. 120 — grifos nossos)

3. No recurso extraordinário, a Agravante sustenta contrariedade ao art. 5º, inc. II e XXXVI, da Constituição da República. Assevera que se “discute nos autos se a atividade desempenhada pelo Reclamante pode ser enquadrada como atividade-fim da empresa tomadora de serviço. Também se, com a redação do art. 94, II, da Lei n. 9.472/97 e do art. 25, § 1º, da Lei n. 8.987/95, as empresas de telecomunicações podem terceirizar atividades inerentes à prestação do serviço” (fls. 155).

4. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a ausência de ofensa constitucional direta (fls. 167-169).

A Agravante afirma que estariam presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário.

Analisados os elementos havidos nos autos, DECIDO.

5. Razão jurídica não assiste à Agravante.

6. A solução da controvérsia sobre a legalidade de terceirização de atividades desenvolvidas pela Agravante demandaria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos e a análise de dispositivos das Leis ns. 8.987/95 e 9.472/97 e da Consolidação das Leis do Trabalho, o que não se admite em recurso extraordinário. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. *INTERNET*. ICMS. INCIDÊNCIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. 1. A questão relativa à incidência do ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de internet foi dirimida com fundamento na legislação infraconstitucional que disciplina a espécie: Lei n. 9.472/97, Lei Complementar n. 87/96 e Norma n. 004/95, do Ministério das Comunicações. 2. A ausência de ofensa direta à norma constitucional torna incabível o recurso extraordinário. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 596.805-AgR, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 20.11.2009 — grifos nossos.)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E TRABALHISTA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS NS. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC) E NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT): OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que, ainda que surgida a alegada ofensa constitucional no acórdão recorrido, é necessária a oposição de embargos de declaração, se não houver a análise da ofensa pelo órgão julgante. 2. A controvérsia decidida com base no Código de Processo Civil e na Consolidação das Leis do Trabalho não viabiliza

o processamento do recurso extraordinário: Ofensa constitucional indireta. 3. Imposição de multa de 5% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil.” (AI 702.113-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, Dje 13.3.2009 — grifos nossos.)

“DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA E DIREITO DO TRABALHO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO DE REVISTA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. ART. 896, CLT. PRESCRIÇÃO. ART. 7º, XXIX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. 1. Inviável o processamento de extraordinário para debater matéria infraconstitucional, sob o argumento de violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal. Afronta, se existente, seria indireta. 2. O Tribunal de origem limitou-se a tratar de matéria processual relativa a pressuposto de admissibilidade do recurso de revista, nos termos do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja discussão não rende ensejo ao cabimento do recurso extraordinário. 3. Precedentes das Turmas desta Corte. 4. Agravo regimental improvido.” (RE 555.315-AgR, relª. Minª. Ellen Gracie, Segunda Turma, Dje 25.9.2009.)

“1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Alegação de ofensa ao art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal. Ofensa constitucional indireta. Agravo regimental não provido. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Alegação de ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal. Ofensa constitucional indireta. Não cabe recurso extraordinário que teria por objeto alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou, até, de inobservância de

normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República.” (AI 508.047-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 21.11.2008.)

“CONSTITUCIONAL. TRABALHO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANO MORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF N. 279. 1. A Justiça do Trabalho será competente para julgar ações de indenização por danos morais e materiais quando decorrentes da relação de trabalho entre as partes. 2. Para verificar se a relação entre as partes da presente demanda é proveniente da relação de trabalho, é necessária a análise da matéria fático-probatória, circunstância inviável nesta sede recursal (Súmula STF n. 279). 3. Agravo regimental improvido.” (RE 563.173-AgR, rel.^a. Min.^a. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 18.9.2009.)

“1. Justiça do Trabalho: competência: reclamação trabalhista proposta por empregado público com fundamento em vínculo oriundo de contrato de trabalho: precedentes. 2. RE: descabimento: questão relativa à caracterização de vínculo empregatício, que demanda reexame de matéria de fato e de provas inviável no recurso extraordinário (Súmula n. 279).” (AI 339.992-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 29.4.2005.)

7. Nada há a prover quanto às alegações da Agravante.

8. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se.” (AI 828518 / MG – MINAS GERAIS, AGRAVO DE INSTRUMENTO, rel.^a. Min.^a. Cármen Lúcia, Julgamento: 1º.2.2011, Dje-030 Divulg. 14.2.2011 Public. 15.2.2011) (grifou-se.)

“AGTE.(S): TELEMAR NORTE LESTE S/A. ADV.(A/S): DÉCIO FLÁVIO GONÇALVES TORRES FREIRE E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): PAULO HENRIQUE LEITE DOS SANTOS

ADV.(A/S): JAIRO EDUARDO LELIS

AGDO.(A/S): NOKIA SIEMENS NETWORKS SERVIÇOS LTDA.

ADV.(A/S): MAIRA TAIS BISPO CARMONA E OUTRO(A/S)

DECISÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRABALHISTA. CONTROVÉRSIA SOBRE A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPREGO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 5º, INC. II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, inc. III, alínea *a*, da Constituição da República.

2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. DESPROVIMENTO. Nega-se provimento ao agravo de instrumento que pretende o processamento do recurso de revista interposto contra o v. acórdão regional que decidiu de acordo com o entendimento consagrado pela Súmula n. 331, item I, do C. TST.” (fl. 126)

3. No recurso extraordinário, a Agravante afirma que “a decisão recorrida violou o art. 94 da Lei n. 9.472/97, bem como o art. 25 da Lei n. 8.987/95 e, em consequência, o art. 5º, inc. II, da Constituição Federal” (fl. 138).

4. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a ausência de ofensa constitucional direta (fls. 146-148).

A Agravante sustenta contrariedade direta à Constituição da República.

Examinada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

5. Razão jurídica não assiste à Agravante.

6. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a alegação de contrariedade

ao art. 5º, inc. II, da Constituição da República, se dependente do exame da legislação infraconstitucional — na espécie vertente, do art. 94 da Lei n. 9.472/97 e do art. 25 da Lei n. 8.987/95 —, não viabiliza o recurso extraordinário, pois eventual contrariedade constitucional seria indireta. Nesse sentido: “PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282 DESTE SUPREMO TRIBUNAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que “os embargos declaratórios só suprem a falta de prequestionamento quando a decisão embargada tenha sido efetivamente omissa a respeito da questão antes suscitada”. Precedentes. 2. O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que as alegações de afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame de normas infraconstitucionais, podem configurar apenas ofensa reflexa à Constituição da República. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido.” (AI n. 580.465-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 19.9.2008.)

“RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Alegação de ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. Ofensa constitucional indireta. Agravo regimental não provido. Alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição.” (RE 547.201-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 14.11.2008.)

7. Não há, pois, o que prover quanto às alegações da Agravante.

8. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se.” (AI 791247/MG – MINAS GERAIS, AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relª. Minª. Cármen Lúcia, Julgamento: 13.4.2010, Dje-074 Divulg. 27.4.2010 Public. 28.4.2010) (grifou-se.)

“RECTE.(S): TNL CONTAX S/A.

ADV.(A/S): JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL

RECDO.(A/S): TELEMAR NORTE LESTE S/A.

ADV.(A/S): JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL

RECDO.(A/S): RODRIGO SHIAVO DE REZENDE

ADV.(A/S): WILCE PAULO LÉO JÚNIOR

DECISÃO: Trata-se de agravo interposto de decisão que não admitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a) de acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, cuja ementa tem o seguinte teor (fls. 510):

“RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE DE “CALL CENTER”. LEGALIDADE. A jurisprudência desta Corte tem se pronunciado, de maneira reiterada, no sentido de que os serviços de “call center” estão dentre as atividades-fim das empresas de telecomunicações. Assim, correta a decisão que reconheceu inválida a terceirização havida. Precedentes. Não conhecido. BENEFÍCIOS PREVISTOS EM ACT. Declarada a ilegalidade da terceirização havida e, como consequência, o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a segunda reclamada — Telemar —, resulta superada a alegação da reclamada de que os acordos coletivos celebrados com o SINTEL/MG não se aplicam ao reclamante. Assim, a pretensão esbarra no óbice ao revolvimento de fatos e provas na seara recursal extraordinária, porque partem de premissa fática diversa. Aplicabilidade da Súmula n. 126, do Tribunal Superior do Trabalho. Não conhecido.”

Nas razões do recurso extraordinário, indica-se ofensa ao disposto no art. 5º, II, da Constituição federal. Sustenta-se a legalidade da terceirização da atividade de “call center”.

É o relatório. Decido.

A análise da violação do art. 5º, II, da Constituição, na forma como foi veiculada, demandaria o exame prévio da legislação infraconstitucional. Trata-se, portanto, de alegação de ofensa indireta ou reflexa à Constituição, o que dá margem ao descabimento do recurso extraordinário. Incide a Súmula n. 636 desta Corte.

Do exposto, conheço do agravo para negar-lhe provimento (art. 544, § 4º, II, *a*, do Código de Processo Civil).

Publique-se.” (ARE 647479/MG – MINAS GERAIS, RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgamento: 21.11.2011, Dje-226 Divulg. 28.11.2011 Public. 29.11.2011)(grifou-se.)

“RECTE.(S): TELEMAR NORTE LESTE S/A.
ADV.(A/S): DENILSON FONSECA GONÇALVES

RECD0.(A/S): JOSÉ ANTÔNIO DA SILVA
ADV.(A/S): CARLOS HENRIQUE OTONI FERNANDES

RECD0.(A/S): MULTICEL TELECOM LTDA.
ADV.(A/S): JOSÉ DA SILVA VIEIRA FILHO
RECD0.(A/S): GT SERVIÇOS E TELECOMUNICAÇÕES E INFORMÁTICA LTDA.

ADV.(A/S): LORENA CARVALHO LARA
RECD0.(A/S): CONSULTORIA, SERVIÇOS E AGÊNCIA DE EMPREGO WCA LTDA.

ADV.(A/S): CÉLIO JOSÉ DUARTE

Decisão

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRABALHISTA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. ATIVIDADE-FIM. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. LEIS NS. 6.019/74 E 7.112/83. TOMADORA DE SERVIÇOS. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RECONHECIMENTO. LEI N. 9.472/97. SÚMULA N. 331, ITEM I, DO TST. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTS. 5º, II, E XXXVI, E 170, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INTERPRETAÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO. INCIDÊN-

CIA DAS SÚMULAS NS. 279 E 454/STF. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. SÚMULA N. 636/STF.

1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se inexistir questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF).

2. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes.

3. O princípio da legalidade e sua eventual ofensa não desafiam o recurso extraordinário quando sua verificação demanda a análise de normas de natureza infraconstitucional.

4. O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, quando objeto de verificação de cada caso concreto acerca da ocorrência ou não de violação, não desafiam a instância extraordinária, posto implicar análise de material infraconstitucional.

5. Súmula n. 279/STF dispõe *verbis*: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

6. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional.

7. É cediço na Corte que a interpretação de cláusulas contratuais não viabiliza o recurso extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula n. 454 do Supremo Tribunal Federal.

8. O Enunciado n. 636, da Súmula do STF dispõe, *verbis*: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.”

9. *In casu*, o acórdão recorrido assentou:

RECURSO DE REVISTA — CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES — CONCERTO DE TELEFONES

PÚBLICOS — ATIVIDADE-FIM — TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - EXEGESE DO ART. 94, INCISO II, DA LEI N. 9.472/1997 — INCIDÊNCIA DO ITEM I DA SÚMULA N. 331 DO TST. I – É sabido não haver lei regulamentando a terceirização de serviços, qualificada como instrumento de natureza econômica, engendrado pelas empresas com o declarado objetivo de minimizar custos operacionais, notadamente os custos decorrentes da contratação de mão de obra. II – Exatamente por conta desse vazio legislativo é que esta Corte fora chamada a traçar critérios que pudessem nortear a utilização dessa nova ferramenta, tendo por norte as suas implicações sociais na seara do direito do trabalho, com vistas à preservação da valorização do trabalho humano e à busca do pleno emprego, conforme preconizado no *caput* e no inciso VIII do art. 170 da Constituição. III – Daí a razão de ter sido editada a Súmula n. 331 do TST cujo item I consagra a regra da ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, com as exceções ali elencadas, referentes à Lei n. 6.019/74, ao art. 37, inciso II, da Constituição e à Lei n. 7.112/83, tudo coroado com a admissibilidade da terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviço. IV – Vê-se dessa construção jurisprudencial que, afóra aquelas exceções, a licitude da intermediação de serviços acha-se jungida à comprovação de esses não se inserirem na atividade-fim e sim na atividade meio da empresa tomadora. V – Com essa diretriz, observa-se do inciso II do art. 94 da Lei n. 9.427 não haver disposição expressa regulamentando a admissibilidade de terceirização de serviços integrantes da atividade-fim das empresas de telecomunicações, não se prestando a tanto a ilação que se tem extraído da suposta permissão ali contida de contratar — com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados —. VI – É que além de a norma em pauta se distinguir por sua extremada ambiguidade, tal ilação deduzida de mera interpretação gramatical do dispositivo legal não se sustenta a partir da interpretação

sistemática em consonância com a norma imperativa do *caput* e do inciso VIII do art. 170 da Constituição, visto que a pretensão licitude de intermediação de serviço em área fim das empresas de telecomunicações, sem prévia definição em lei, culminaria na desvalorização ou precarização do trabalho humano e no comprometimento da busca do pleno emprego, assim entendida a inserção do trabalhador na empresa para a qual efetivamente prestara serviços. VII – Fixado pelo Regional que o recorrido exercia a função de consertar os telefones públicos, em que a finalidade precípua é a de disponibilizá-los aos usuários dos serviços de telecomunicações, sobressai a evidência de se tratar de atividade-fim da empresa de telefonia. VIII – Essa conclusão mais se agiganta com a obrigatoriedade, assinalada no art. 3º, inciso I, da Lei n. 9.472/1997, de o usuário de serviços de telecomunicações ter direito — de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional —, circunstância reiterada pela Lei n. 8.078/1990, regulamentada pelo Decreto n. 6.523/2008. IX – Desse modo reforça-se a convicção de a decisão do Regional, ao reconhecer o vínculo empregatício diretamente com a recorrente, achar-se, ao fim e ao cabo, em consonância com a primeira parte do item I da Súmula n. 331 do TST, revelando-se, por isso mesmo, impertinente a inexistência de subordinação e pessoalidade do trabalho então executado. X – Recurso conhecido e provido.

10. Agravo de instrumento a que se nega seguimento.

Decisão: Cuida-se de agravo de instrumento interposto por TELEMAR NORTE LESTE S/A., contra decisão que não admitiu seu recurso extraordinário.

O Tribunal Superior do Trabalho conheceu do recurso de revista por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negou-lhe provimento, consignando:

RECURSO DE REVISTA — CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES — CONSERTO DE TELEFONES

PÚBLICOS — ATIVIDADE-FIM — TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA — EXEGESE DO ART. 94, INCISO II, DA LEI N. 9.472/1997 — INCIDÊNCIA DO ITEM I DA SÚMULA N. 331 DO TST. I – É sabido não haver lei regulamentando a terceirização de serviços, qualificada como instrumento de natureza econômica, engendrado pelas empresas com o declarado objetivo de minimizar custos operacionais, notadamente os custos decorrentes da contratação de mão de obra. II – Exatamente por conta desse vazio legislativo é que esta Corte fora chamada a traçar critérios que pudessem nortear a utilização dessa nova ferramenta, tendo por norte as suas implicações sociais na seara do direito do trabalho, com vistas à preservação da valorização do trabalho humano e à busca do pleno emprego, conforme preconizado no caput e no inciso VIII do art. 170 da Constituição. III – Daí a razão de ter sido editada a Súmula n. 331 do TST cujo item I consagra a regra da ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, com as exceções ali elencadas, referentes à Lei n. 6.019/74, ao art. 37, inciso II, da Constituição e à Lei n. 7.112/83, tudo coroado com a admissibilidade da terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviço. IV – Vê-se dessa construção jurisprudencial que, afóra aquelas exceções, a licitude da intermediação de serviços acha-se jungida à comprovação de esses não se inserirem na atividade-fim e sim na atividade-meio da empresa tomadora. V – Com essa diretriz, observa-se do inciso II do art. 94 da Lei n. 9.427 não haver disposição expressa regulamentando a admissibilidade de terceirização de serviços integrantes da atividade-fim das empresas de telecomunicações, não se prestando a tanto a ilação que se tem extraído da suposta permissão ali contida de contratar — com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados —. VI – É que além de a norma em pauta se distinguir por sua extrema ambiguidade, tal ilação deduzida de mera interpretação gramatical do dispositivo legal não se sustenta a partir da interpretação

sistemática em consonância com a norma imperativa do caput e do inciso VIII do art. 170 da Constituição, visto que a pretensão licitude de intermediação de serviço em área fim das empresas de telecomunicações, sem prévia definição em lei, culminaria na desvalorização ou precarização do trabalho humano e no comprometimento da busca do pleno emprego, assim entendida a inserção do trabalhador na empresa para a qual efetivamente prestara serviços. VII – Fixado pelo Regional que o recorrido exercia a função de consertar os telefones públicos, em que a finalidade precípua é a de disponibilizá-los aos usuários dos serviços de telecomunicações, sobressai a evidência de se tratar de atividade-fim da empresa de telefonia. VIII – Essa conclusão mais se agiganta com a obrigatoriedade, assinalada no art. 3º, inciso I, da Lei n. 9.472/1997, de o usuário de serviços de telecomunicações ter direito — de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional —, circunstância reiterada pela Lei n. 8.078/1990, regulamentada pelo Decreto n. 6.523/2008. IX – Desse modo reforça-se a convicção de a decisão do Regional, ao reconhecer o vínculo empregatício diretamente com a recorrente, achar-se, ao fim e ao cabo, em consonância com a primeira parte do item I da Súmula n. 331 do TST, revelando-se, por isso mesmo, impertinente a inexistência de subordinação e pessoalidade do trabalho então executado. X – Recurso conhecido e desprovido.

Não foram opostos embargos de declaração. Irresignada com o teor do acórdão prolatado, **a recorrente interpôs recurso extraordinário com fulcro no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sustentando a preliminar de repercussão geral e apontando como violados os arts. 5º, II, XXXVI, e 170, III, da Carta Federal.**

Brevemente relatados, DECIDO.

O agravo de instrumento não merece prosperar.

Ab initio, a repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de

admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se inexiste questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF).

A violação constitucional dependente da análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional encerra violação reflexa e oblíqua, tornando inadmissível o recurso extraordinário. Confira-se, à guisa de exemplos, os seguintes precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO — ALEGAÇÃO DA VIOLAÇÃO A PRECEITOS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA — AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO — CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE — RECURSO IMPROVIDO. — A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. (AI n. 775.275-AgR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 28.10.2011.)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Servidor público. Nomeação retroativa. Vencimentos atrasados. Indenização. Prequestionamento. Ausência. Ofensa reflexa. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando tema nele suscitado não está devidamente prequestionado. Incidência da Súmula n. 282/STF. 2. Inadmissível em recurso extraordinário o exame de ofensa reflexa à Constituição Federal. Incidência da Súmula n. 636/STF. 3. Agravo regimental não provido. (AI 595.651-AgR, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 25.10.2011.)

Demais disso, a alegação de ofensa ao princípio da legalidade, quando sua verificação demanda a análise de normas de natureza infraconstitucional, não viabiliza a abertura da instância extraordinária. Inteligência do Enunciado n. 636 da Súmula do STF, adiante transcrita: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.”

A propósito, cito as considerações do professor Roberto Rosas in *Direito Sumular*, 14ª edição, Editora Malheiros, verbis:

“O Recurso Extraordinário é cabível por contrariedade a dispositivo constitucional, de forma direta. Se a invocação do princípio da legalidade (CF — art. 5º, II) demanda exame da lei ordinária para justificar esse princípio, então, não há matéria a ser examinada no recurso extraordinário.”

Quanto à alegada violação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição, a jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a verificação, em cada caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada não desafia a instância extraordinária, visto (também) situar-se no âmbito infraconstitucional. Nesse sentido: AI n. 135.632-AgR, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 3.9.99 e AI n. 551.002-AgR, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 16.12.05).

Por fim, para se chegar à conclusão contrária a adotada pelo acórdão recorrido necessário seria o reexame das provas constantes nos autos e a análise de cláusulas do contrato de trabalho, o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado das Súmulas ns. 279 e 454 do Supremo Tribunal Federal, que interdita a esta Corte, em sede de recurso extraordinário, sindicarmos matéria fática e interpretar cláusulas contratuais.

Por oportuno, vale destacar preciosa lição de Roberto Rosas acerca da Súmula n. 279/STF, qual seja:

Chiovenda nos dá os limites da distinção entre questão de fato e questão de direito. A questão de fato consiste em verificar se existem as circunstâncias com base nas quais deve o juiz, de acordo com a lei, considerar existentes determinados fatos concretos. A questão de direito consiste na focalização, primeiro, se a norma, a que o autor se refere, existe, como norma abstrata (*Instituições de Direito Processual*, 2. ed., v. I/175).

Não é estranha a qualificação jurídica dos fatos dados como provados (RT ns. 275/884 e 226/583). Já se refere a matéria de fato quando a decisão assenta no processo de

livre convencimento do julgador (RE n. 64.051, rel. Min. Djaci Falcão, RTJ n. 47/276); não cabe o recurso extraordinário quando o acórdão recorrido deu determinada qualificação jurídica a fatos delituosos e se pretende atribuir aos mesmos fatos outra configuração, quando essa pretensão exige reexame de provas (ERE n. 58.714, relator para o acórdão o Min. Amaral Santos, RTJ n. 46/821). No processo penal, a verificação entre a qualificação de motivo fútil ou estado de embriaguez para a pena importa matéria de fato, insuscetível de reexame no recurso extraordinário (RE n. 63.226, rel. Min. Eloy da Rocha, RTJ n. 46/666).

A Súmula n. 279 é peremptória: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Não se vislumbra a existência da questão federal motivadora do recurso extraordinário. O juiz dá a valoração mais conveniente aos elementos probatórios, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Não se confunda com o critério legal da valorização da prova (RTJ n. 37/480, 56/65) (Pestana de Aguiar, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., v. VI/40, Ed. RT; Castro Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, 1943, p. 383).

V. Súmula n. 7 do STJ.

Ao comentar a Súmula n. 454/STF, afirma o ilustre Professor:

O CC (1916) não se estende além do art. 85 (art. 112 do CC-2002) no tocante à interpretação dos atos jurídicos. Nele adota-se o princípio da manifestação da vontade acima do sentido literal da linguagem. Menos regras temos em relação à interpretação dos contratos. Mas podemos verificar que essa interpretação está no plano dos fatos, principalmente como deixa entrever Danz. Como observa Washington de Barros Monteiro, para chegarmos à interpretação do contrato é necessário reconstruir o ato volitivo em que se exteriorizou o negócio jurídico, pesquisando meticolosamente qual teria sido a real vontade do agente e, assim, corrigindo sua manifestação, verbal ou escrita, expressa erradamente (*Curso*, v. 5/38). Portanto, os fatos voltariam a ser examinados no STF

quando da apreciação do recurso extraordinário. Teríamos o STF como terceira instância, aliás entendida assim por João Mendes, contraditado por José Rodrigues de Carvalho (*Do Recurso Extraordinário*, Paraíba, 1920, p. 14; RTJ n. 109/814).

Ver Súmula n. 5 do STJ.

(in *Direito Sumular*, 14. ed. São Paulo, Malheiros)

Ex positis, NEGÓ SEGUIMENTO ao agravo de instrumento, com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTE.

Publique-se.” (ARE 646825/MG — MINAS GERAIS, RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, rel. Min. Luiz Fux, Julgamento: 30.11.2011, DJe-232 Divulg. 6.12.2011 Public. 7.12.2011.)

Na esteira desse entendimento, é forçoso concluir que, por aplicação de outras normas infraconstitucionais na interpretação do § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 e do art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97, mormente os arts. 2º, 3º e 9º da CLT, não há falar em infringência da Súmula Vinculante n. 10 do STF, tampouco em ofensa ao art. 97 da Constituição Federal, referente à cláusula de reserva de Plenário, pois não se está, aqui, utilizando critérios constitucionais, nem mesmo de forma implícita.

Por outro lado, não se pode considerar que a prestação dos serviços de *call center* no âmbito das empresas de telecomunicação caracterize atividade-meio, e não atividade fim. Quanto a esses serviços, de acordo com a enciclopédia digital *Wikipedia*, uma central de atendimento ou *call center* “é composta por estruturas físicas e de pessoal, que têm por objetivo centralizar o recebimento de ligações telefônicas, distribuindo-as automaticamente aos atendentes e possibilitando o atendimento aos usuários finais, realização de pesquisas de mercado por telefone, vendas, retenção e outros serviços por telefone, *Web, Chat* ou *e-mail*”.

O aumento desse serviço nos últimos anos ocorreu em razão da promulgação e da crescente aplicação do Código de Defesa do

Consumidor, que levou as empresas a disponibilizarem os Serviços de Atendimento do Consumidor (SAC), a fim de dar efetividade aos princípios da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva, norteadores do direito do consumidor.

E, diante da exigência legal de manutenção de uma relação direta entre fornecedor e consumidor, o serviço de *call center* tornou-se essencial nas concessionárias de serviço de telefonia para possibilitar o bom desenvolvimento de sua atividade. É por meio dessa central de atendimento telefônico que o consumidor solicita serviços de manutenção de sua linha telefônica nos casos de seu mau funcionamento, obtém informações acerca dos serviços oferecidos pela empresa e faz reclamações, dentre tantos outros requerimentos decorrentes do serviço público de telefonia prestado pela concessionária. Vale ressaltar que, muitas vezes, o reparo de determinado defeito relatado pelo consumidor é feito por intermédio do próprio atendimento por telefone ou por quaisquer outros meios de comunicação utilizados.

Não é possível, portanto, distinguir ou desvincular a atividade de *call center* da atividade-fim da concessionária de serviços de telefonia, pois a boa prestação desse serviço, assegurada no Código de Defesa de Consumidor, passa, necessariamente, pelo atendimento a seus usuários feito por meio das centrais de atendimento.

Esta questão da legalidade ou ilegalidade da terceirização dos serviços de *call center* foi objeto de exame pela SBDI, em sua composição completa, no Processo E-RR – 134640-23.2008.5.03.0010, a qual, após intenso e aprofundado debate e por expressiva maioria (nove votos a favor e cinco contra), entendeu-se que as empresas de telecomunicações se encontram igualmente sujeitas às diretrizes insertas na Súmula n. 331, itens I e III, deste Tribunal e que os serviços das centrais de atendimento — *call center* — se inserem na atividade-fim da empresa de telefonia, fato esse que, por si

só, impossibilita o reconhecimento da licitude dessa modalidade de terceirização.

Transcreve-se, aqui, a ementa do precedente citado:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. CALL CENTER. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. LEI N. 9.427/1997. A interpretação sistemática dos arts. 25 da Lei n. 8.987/1995 e 94, II, da Lei n. 9.472/1997 com os princípios constitucionais que norteiam o Direito do Trabalho não autoriza concluir que o legislador ordinário conferiu às empresas de telecomunicações a possibilidade de terceirização ampla e irrestrita, inclusive quanto às suas atividades-fins. Dessarte, as referidas empresas encontram-se igualmente sujeitas às diretrizes insertas na Súmula n. 331, I e III, deste Tribunal Superior, que somente considera lícita a terceirização no caso de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza e outros especializados, ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta. Recurso de Embargos conhecido e provido.” (Processo E-RR 134640-23.2008.5.03.0010; julgado em 28/06/2011; rel^a. Min^a. Maria de Assis Calsing, publicado no DEJT 10.8.2012.)

Nessa memorável sessão da SBDI-1, um dos votos condutores foi o da Ex.^{ma} Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, que então integrava esta Corte, e hoje, honrosamente, representa a Justiça do Trabalho no Supremo Tribunal Federal, cujas razões, de costumeira relevância e acuidade, peço vênias para transcrever, *verbis*:

“Sr. Presidente, egrégia Seção, é cediço que a terceirização foi pensada pelos sistemas produtivos como um instrumento econômico capaz de minimizar os custos operacionais decorrentes da contratação de mão de obra. É cediço também que é um instituto que, na verdade, se difundiu por todo o mundo e que, ao longo dos anos, desde 1986, data da Súmula n. 256 desta Corte, este instituto tem sido visto com cautela justamente pela

precarização das condições de trabalho que ele termina por ocasionar e em função dos próprios princípios constitucionais que resguardam não só o pleno emprego, mas também a dignidade da atividade humana. A questão que se coloca aqui e que é específica diz com a interpretação que enseja o art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97 — que, como todos sabemos, já foi tão destacado — registra que, no cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela agência, contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados. Ou seja, a dificuldade reside na interpretação da dicção legal no que diz com atividades inerentes, no sentido de saber se houve ou não a introdução de um novo paradigma no ordenamento jurídico nacional. Na minha compreensão, Sr. Presidente, na verdade, entendo que o permissivo legal não pode ser interpretado no sentido de que está autorizando a terceirização de atividade-fim. Essa prática, salvo na hipótese de trabalho temporário, também da minha ótica, remanesce no campo do ilícito, pelo que encerra de aviltante à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho. Registro que a polissemia própria ao vocábulo inerente — que tem as seguintes expressões como sinônimas: atinente, dependente, específico, inseparável, intrínseco, ligado, peculiar, pertinente, próprio, relativo e subjetivo —, mesmo sob o enfoque da interpretação gramatical ou literal, que sabemos que é a mais pobre de todas, em absoluto conduz a que diga respeito ao conceito de atividade-fim. Até mesmo o registro atividade-meio de limpeza e conservação é inerente a atividades das empresas concessionárias, desde que seja compreendida na acepção dos sinônimos “ligado” ou “pertinente”. É dizer: a ambiguidade do termo não permite, a meu juízo, a ilação de que se está a tratar de permissivo legal à terceirização de atividade finalística do setor de telecomunicações, até porque a previsão se situa entre as disposições atinentes a contrato de concessão de serviços públicos, regulamentação conferida por lei, de caráter

manifestamente administrativo, como também já foi destacado, e que, em momento algum, explicita a intenção de imiscuir-se na seara laboral, à qual sucumbiria, de todo modo, diante de uma interpretação coerente com o ordenamento jurídico pátrio. Assumindo-se, pois, o viés da interpretação sistemática, pode-se, inclusive, cogitar da incompatibilidade da compreensão da terceirização em atividade-fim com o princípio da isonomia e com as noções de objeto social e de função social da empresa; a se entender, pudesse o legislador autorizar a terceirização da atividade-fim apenas às concessionárias de serviços públicos, em discriminação desprovida de razoabilidade em relação a todas as demais pessoas físicas e jurídicas que oferecem serviços no mercado. O fato de uma empresa ser concessionária de serviço público, ou seja, de ter obtido a concessão para a exploração de serviços de titularidade no ente público, após submissão a processo licitatório, não parece, a meu juízo, constituir fator de discrimen hábil, lógico e razoável para tratamento diferenciado em relação aos demais empresários ou sociedades empresárias. Assim, à luz do princípio isonômico consagrado no texto constitucional, só duas opções restam possíveis, na minha compreensão: entender que os arts. 25, § 1º, da Lei n. 8.987/95 e 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97 autorizam o fenômeno terceirizante de forma plena e estender tal permissão a todas as pessoas físicas e jurídicas ou, segunda alternativa, interpretar que a terceirização em atividade-fim da tomadora de serviços segue vedada na ordem justralhista pátria, inclusive quanto às concessionárias de serviço público. Como sou adepta da segunda vertente, Sr. Presidente — na verdade, estou aqui me eximindo de seguir na fundamentação, porque todos os aspectos foram muito bem abordados nos votos que me antecederam —, estou acompanhando o voto da eminente Relatora, reportando-me, ainda, à compreensão quanto ao requisito da subordinação objetiva, estrutural ou integrativa, que, a meu juízo, à luz do atual ordenamento jurídico, veda a terceirização de atividade-fim. É como voto, Sr. Presidente,

com a eminente relatora, rendendo homenagens e pedindo vênias à divergência.”

Ao assim decidir, a SBDI-1 nada mais fez do que exercer sua função precípua, legal e regimental: dirimir a divergência jurisprudencial entre as Turmas desta Corte, até então existente, sobre o alcance do entendimento consagrado na Súmula n. 331, itens I e III, do TST em relação aos serviços de *call center* prestados no âmbito das empresas de telecomunicações, em cotejo com o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 e com o art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97, proclamando a tese predominante a ser observada dali por diante pelos órgãos fracionários deste Tribunal Superior, nos termos e para os efeitos do art. 894, inciso II, da CLT, do art. 3º, inciso III, alínea “b”, da Lei n. 7.701/88 (ambos na redação que lhes foi dada pela Lei n. 11.496/2006), bem como do art. 71, inciso II, alínea “a”, do Regimento Interno desse Tribunal.

É certo que aquela decisão da SBDI-1 foi proferida antes da realização da Audiência Pública, democrática e louvavelmente convocada pelo Presidente desta Corte, Ministro João Oreste Dalazen, e ocorrida nos dias 4 e 5 de outubro de 2011, que consistiu na oitiva de cinquenta especialistas e integrantes da sociedade civil, com o objetivo de obter subsídios, e, nos termos do art. 35, inciso XXXVI, do Regimento Interno deste Tribunal, esclarecimentos acerca das questões fáticas, técnicas, científicas, econômicas e sociais relativas à subcontratação de mão de obra por meio de interposta pessoa.

No entanto, considera-se que os elementos trazidos ao conhecimento dos Ministros do TST, naquela oportunidade, não foram suficientes para alterar o já citado entendimento recentemente consagrado pela SBDI-1 do TST, em sua sessão de 28.6.2011, cujo papel regimental precípua é a uniformização do entendimento jurisprudencial das Turmas desta Corte superior.

Com efeito, extrai-se dos argumentos mencionados na Audiência Pública que aqueles que

defendem a terceirização se baseiam em duas teses principais: a legalidade e a conveniência da terceirização das atividades-fim das empresas tomadoras de serviços e a sua legitimidade, ante a possibilidade de se atingir maior eficiência e produtividade, gerando-se, consequentemente, mais riqueza e mais empregos.

Ambas as premissas foram desconstruídas pelos vastos dados estatísticos e sociológicos apresentados por aqueles que entendem que a terceirização da atividade-fim é, necessariamente, um fator de precarização do trabalho.

O professor Dr. Anselmo Luiz dos Santos, do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho do Instituto de Economia da UNICAMP, foi claro ao afirmar que não há estímulo à produtividade na terceirização, mas sim o contrário, já que a redução do custo do trabalho decorreria, inevitavelmente, da diminuição da proteção legal dos direitos materiais dos trabalhadores terceirizados, e não da elevação do investimento e da inovação tecnológica, tendo sustentado, ainda, que o sucesso competitivo de uma empresa depende mais do ambiente econômico do que da redução do custo do fator trabalho.

Na mesma linha, Clemente Ganz Lucio, Diretor Técnico do DIEESE, defendeu, textualmente, que a produtividade espúria decorrente da adoção do processo de terceirização se dá uma única vez, enquanto a produtividade sistêmica (que considera a eficiência de toda a produção, e não apenas de determinada fase, e depende dos diversos e interdependentes fatores e variáveis que definem e estruturam o processo produtivo) gera processo real de renda e emprego. Destacou, ainda, a dificuldade de enquadramento da atividade da empresa prestadora de serviço a um determinado setor econômico, e, consequentemente, de enquadramento sindical do empregado terceirizado, tendo indicado, como forma de enfrentamento do problema, que o enquadramento sindical do trabalhador terceirizado seja o mesmo do empregado da empresa tomadora.

Por outro lado, o Prof. Sávio Machado Cavalcante, representante do Sindicato dos Trabalhadores em Telecomunicações — SINTTEL/PI, referiu-se a pesquisas em que se demonstrou a diminuição na contratação direta de empregados e o aumento vertiginoso do número de terceirizações entre os anos de 1994 e 2007 na área de telecomunicações, chegando-se a situações em que, em alguns Estados da federação, somente 25% dos trabalhadores do setor passaram a ser contratados diretamente como seus empregados, pelas empresas concessionárias.

Especificamente quanto aos trabalhadores da área de *call center*, o citado palestrante demonstrou que, dos 400 mil empregados envolvidos nessa atividade em 2011, somente 203 mil eram empregados diretos das empresas de telecomunicações, sendo os demais terceirizados (o que serve para demonstrar, por outro lado, que a mesma função nessas empresas tem sido desempenhada, simultaneamente, e na mesma empresa tomadora, por seus próprios empregados e por trabalhadores terceirizados).

Diante desses dados, esse professor foi categórico ao afirmar que a terceirização, na realidade, não trouxe nenhuma melhoria na qualidade e no funcionamento dos serviços de telecomunicações. Ao contrário, o número de reclamações dos usuários teve uma enorme elevação, e a insatisfação com os serviços prestados também cresceu exponencialmente.

O professor Sávio destacou, ainda, a pulverização da ação do sindicato profissional e seu consequente enfraquecimento, bem como a diminuição de forma global dos salários pagos no setor, já que os baixos salários pagos aos empregados terceirizados acabaram “contaminando” os salários dos trabalhadores diretos, que também foram reduzidos, não obstante sua maior qualificação.

Vale também relatar, por oportuno, o depoimento do Dr. Anselmo Ernesto Ruosso, representante da Federação Única dos Petroleiros. Utilizando-se, igualmente, de dados

estatísticos, o palestrante informou que, em 2010, a Petrobras tinha apenas 61 mil empregados efetivos próprios e mais de 320 mil empregados contratados por meio de empresa interposta, havendo destacado, ainda, ter sido a terceirização a responsável pela ocorrência dos grandes acidentes ocorridos nas plataformas da Petrobras nos últimos anos e a atual interdição de cinco plataformas no norte do Rio de Janeiro, por suas péssimas condições de segurança.

Ressaltou, ainda, que os empregados terceirizados trabalham por anos na mesma unidade da Petrobras, e que a rotatividade não é do trabalhador, mas das empresas intermediadoras de mão de obra, as quais denominou de “gatas”. Essa rotatividade geraria uma falta de garantia de empregos, pois os empregados terceirizados têm sido reiteradamente coagidos a renunciar o direito às verbas rescisórias que receberiam da empresa anterior, em decorrência de suas dispensas imotivadas, para que pudessem ser contratados pela empresa que assumiria a atividade.

Ao tratar da especialização técnica, o Dr. Anselmo Ruosso expôs que 98% dos contratos de contratação de empresa terceirizada pela Petrobras são feitos pelo menor preço e que apenas 2% são aqueles em que há, efetivamente, necessidade específica de trabalho especializado. Afirmou, ainda, que a Petrobras detém o conhecimento referente à exploração de petróleo, inclusive reconhecido internacionalmente, sendo a terceirização, na sua forma pura, raramente aplicável à atividade essencial da Petrobras.

Quanto às mortes por acidente de trabalho, esse último palestrante demonstrou, por meio de dados apurados desde 1995, que 80% dos empregados que vieram a óbito em decorrência do serviço prestado na Petrobras são terceirizados.

Por fim, o Sr. Flávio Rodrigues, Presidente do Sindicato dos Telefônicos do Rio Grande do Sul — SINTTEL/RS, relatou a ausência de

verdadeira independência administrativa das empresas intermediadoras de mão de obra no setor de telecomunicações, já que as operadoras e tomadoras dos serviços dos trabalhadores terceirizados passaram a intervir na sua gestão, tendo controle sobre as contratações, os recolhimentos das parcelas salariais e de tributos, a dispensa dos terceirizados que, de alguma forma, impossibilitam o atingimento de metas, o que, a seu ver, demonstraria que, na prática, a efetiva gestão direta dos trabalhadores terceirizados pelas tomadoras de seus serviços.

Diante desse conjunto de informações, esclarecedor e elucidativo, trazido ao conhecimento de todos na Audiência Pública em que se discutiu a terceirização de mão de obra, é forçoso concluir ser necessário manter a vedação de terceirização das atividades-fim das empresas, ante a flagrante demonstração de que essa forma de relação trabalhista muito frequentemente fere os princípios basilares do Direito do Trabalho.

Aliás, cumpre ressaltar que, depois da mencionada Audiência Pública, as Primeira, Segunda, Terceira, Quarta e Sexta Turmas do TST continuaram a adotar, no julgamento de vários processos, o já citado entendimento majoritário da SBDI-1 desta Corte, no sentido da ilicitude da terceirização da atividade de *call center* (RR-1428-02.2011.5.03.0138, Primeira Turma, rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, julgado em 17.10.2012, por unanimidade; AIRR-1881-69.2011.5.03.0114, Primeira Turma, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, julgado em 31.10.2012, por unanimidade; RR-704-67.2011.5.03.0018, Segunda Turma, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, julgado em 24.10.2012, por unanimidade, com ressalva do Min. Renato de Lacerda Paiva; RR-38840-41.2009.5.03.0136, Segunda Turma, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, julgado em 5.9.2012, por unanimidade, com ressalva do relator; RR-1859-17.2011.5.03.0112, Terceira Turma, rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, julgado em 29.10.2012, por unanimidade; AIRR-2171-84.2011.5.03.0114,

Terceira Turma, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, julgado em 29.10.2012, por unanimidade; RR-1375-84.2011.5.03.0020, Quarta Turma, rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, julgado em 24.10.2012, por unanimidade; RR-1429-15.2010.5.03.0043, Quarta Turma, rel.^a Min.^a Maria de Assis Calsing, julgado em 24.10.2012, por unanimidade; RR-407-48.2011.5.03.0022, Sexta Turma, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, julgado em 24.10.2012, por unanimidade, com ressalva do relator; AIRR-2264-77.2011.5.03.0007, Sexta Turma, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, julgado em 24.10.2012, por unanimidade; AIRR – 1691-64.2010.5.03.0010, Sexta Turma, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, julgado em 26.10.2011, por maioria; da impossibilidade de terceirização da atividade de eletricitista no setor de energia elétrica (AIRR – 33900-98.2009.5.21.0017, Primeira Turma, rel. Min. Waldir Oliveira da Costa, julgado em 26.10.2011, por unanimidade) e da atividade de reparador e instalador de linhas telefônicas (RR – 5400-88.2006.5.01.0015, Sexta Turma, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, julgado em 26.10.2011, por unanimidade).

Destaca-se, aqui, o fundamento adotado pelo Ministro Alberto Bresciani quanto à ilicitude da terceirização da atividade de *call center* no seu precedente citado, de que:

“A atividade de atendimento telefônico prestado aos consumidores está ligada à atividade-fim da tomadora, sendo vedada a terceirização, sob pena de se permitir que a empresa do ramo de telecomunicações funcione sem a presença de empregados, mas apenas de prestadores de serviços.”

Nessa mesma linha, o Ministro Augusto César de Carvalho, no seu segundo precedente anteriormente indicado, em que atuou como Relator, afirmou que, “embora não se pretenda que o direito do trabalho engesse ou paralise a atividade econômica, cabe-lhe por certo estabelecer parâmetros que viabilizam a progressão da economia sem aviltamento

da dignidade humana”, acrescentando que “não há dúvida de que as concessionárias de telefonia relacionam-se com os usuários desses serviços por meio dos operadores de *call center*, inexistindo modo mais evidente de conformação ao conceito de atividade-fim que aquele no qual o trabalho se realiza na relação entre fornecedor e cliente”.

Já o Ministro Mauricio Godinho Delgado, por fim, enfrentando a questão da ilicitude da terceirização dos serviços prestados pelo reparador e instalador de linhas telefônicas, registrou que admitir terceirização dos serviços essenciais da empresa concessionária de telefonia “significaria um desajuste em face dos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história”.

Permanece íntegro, portanto, um claro limite para a intermediação do trabalho subordinado, com vistas a impedir a precarização e a mercantilização do labor humano e a possibilitar sua valorização e o aumento de sua produtividade: levando-se em conta a finalidade da terceirização, que é permitir a concentração dos esforços da empresa tomadora de serviços em suas atividades essenciais, por meio da contratação da prestação de serviços especializados por terceiros nas suas demais atividades, continua vedada toda e qualquer terceirização das atividades-fim das empresas, critério já adotado por esta Corte superior, nos itens I e III da Súmula n. 331 deste Tribunal, e que também deve ser observado nas atividades das empresas concessionárias ou permissionárias dos ramos de energia elétrica e de telecomunicações.

Devem ser aqui citados, ainda, os seguintes numerosos e recentes precedentes de Turmas desta Corte, sobre a ilicitude da terceirização da atividade de *call center* no âmbito das concessionárias de telefonia:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA CLARO S.A. — RITO SUMARÍSSIMO — VÍNCULO

EMPREGATÍCIO — ILCITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO. Extrai-se da decisão recorrida que as atividades desempenhadas pela obreira estão inseridas no contexto empresarial da Claro S.A., não se vislumbrando o exercício de serviços verdadeiramente especializados, ligados à atividade-meio da tomadora, e sim de tarefas inerentes à própria atividade-fim da empresa. Os serviços contratados pela tomadora, por meio de empresa interposta, abrangem a prestação de serviços de ‘*call center*’, cujas operações estão inseridas na atividade-fim desta, motivo pelo qual não se pode ter como lícita a terceirização havida. A decisão do Tribunal Regional coaduna-se com a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Súmula n. 331, I, do TST. Incidem à hipótese o art. 896, § 4º, da CLT e a Súmula n. 333 do TST. Agravo de instrumento desprovido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA A & C CENTRO DE CONTATOS S.A. — RITO SUMARÍSSIMO — VÍNCULO EMPREGATÍCIO — ILCITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO. A decisão regional, que se coaduna com jurisprudência desta Corte, in casu, a Súmula n. 331, I, não comporta reexame por via de recurso de revista, a teor do que dispõe o art. 896, § 4º, da CLT. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR-1058-44.2010.5.03.0110, rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, DEJT de 16.3.2012.)

“RECURSOS DE REVISTA. EMPRESA DE TELEFONIA — TOMADORA DOS SERVIÇOS. FUNÇÃO DE *CALL CENTER*. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. “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).” Inteligência do item I da Súmula n. 331 do TST. Óbice do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula n. 333 do TST. Recursos de revista não conhecidos.” (RR – 160500-21.2008.5.03.0044, rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 30.4.2010.)

“RECURSO DE REVISTA. “CALL CENTER”. TERCEIRIZAÇÃO. ILICITUDE. VÍNCULO DE EMPREGO. I. O Tribunal Regional deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela Reclamante, para declarar ilícita a terceirização operada pelas Reclamadas, declarar o vínculo empregatício com a Recorrente e condenar solidariamente as Reclamadas ao adimplemento dos créditos trabalhistas da Autora. Entendeu que “as atividades desempenhadas pela autora inserem-se na atividade-fim da empresa tomadora, pois, para explorar a atividade de telefonia móvel, essa última está obrigada a colocar à disposição dos usuários serviços de atendimentos (*call center/contact center*)”. II. Com relação ao argumento da Recorrente no sentido de que as empresas de telecomunicações estão autorizadas por lei a terceirizar serviços relacionados à sua atividade-fim, observa-se que tanto o art. 94, II, da Lei n. 9.472/1997, quanto o art. 25 da Lei n. 8.987/95, enunciam genericamente ser permitido à concessionária, observadas as condições e limites estabelecidos pela ANATEL, “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”. Não há no acórdão recorrido nenhum registro de que a Anatel tenha autorizado a segunda Reclamada (TIM) a contratar empresa prestadora de serviços para executar tarefas e atribuições típicas de sua atividade-fim, nem de que a contratação da empresa interposta tenha observado as condições e limites estabelecidos pela referida agência reguladora. Assim, o genérico e vago texto dos arts. 94 da Lei n. 9.472/1997 e 25 da Lei n. 8.987/95 não pode ser interpretado como autorização para a irrestrita terceirização. Ausente tal normatização, há de prevalecer a construção jurisprudencial consagrada na Súmula n. 331, I, desta Corte, no sentido de não se admitir a contratação de trabalhadores por interposta pessoa para a execução de serviços ligados à atividade-fim do tomador. III. A decisão regional foi proferida em conformidade com o entendimento desta Quarta Turma, no sentido de que é ilícita a terceirização operada com o fim de contratar empregados

para prestação de serviços em call Center em favor de empresas de telecomunicações, por tais funções configurarem atividade-fim da tomadora. IV. A decisão regional foi proferida em conformidade com o entendimento consagrado na Súmula n. 331, I, do TST, o que inviabiliza o conhecimento do recurso de revista por divergência jurisprudencial, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula n. 333 deste Tribunal. V. Recurso de revista de que não se conhece.” (RR - 92100-84.2008.5.03.0001, rel. Min. Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, DEJT 8.6.2012.)

“RECURSO DE REVISTA — CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES — CALL CENTER — ATIVIDADE-FIM — TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA — EXEGESE DO ART. 94, INCISO II, DA LEI N. 9.472/1997 — INCIDÊNCIA DO ITEM I DA SÚMULA N. 331 DO TST. I – É sabido não haver lei regulamentando a terceirização de serviços, qualificada como instrumento de natureza econômica, engendrado pelas empresas com o declarado objetivo de minimizar custos operacionais, notadamente os custos decorrentes da contratação de mão de obra. II – Exatamente por conta desse vazio legislativo é que esta Corte fora chamada a traçar critérios que pudessem nortear a utilização dessa nova ferramenta, tendo por norte as suas implicações sociais na seara do direito do trabalho, com vistas à preservação da valorização do trabalho humano e à busca do pleno emprego, conforme preconizado no *caput* e no inciso VIII do art. 170 da Constituição. III – Daí a razão de ter sido editada a Súmula n. 331 do TST cujo item I consagra a regra da ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, com as exceções ali elencadas, referentes à Lei n. 6.019/74, ao art. 37, inciso II, da Constituição e à Lei n. 7.112/83, tudo coroado com a admissibilidade da terceirização de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador de serviço. IV – Vê-se dessa construção jurisprudencial que, afora aquelas exceções, a licitude da intermediação de serviços acha-se jungida à comprovação de esses não se inserirem na atividade-fim e sim na atividade-meio da empresa tomadora.

V – Com essa diretriz, observa-se do inciso II do art. 94 da Lei n. 9.427 não haver disposição expressa regulamentando a admissibilidade de terceirização de serviços integrantes da atividade-fim das empresas de telecomunicações, não se prestando a tanto a ilação que se tem extraído da suposta permissão ali contida de contratar ‘com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados’. VI – É que além de a norma em pauta se distinguir por sua extremada ambiguidade, tal ilação deduzida de mera interpretação gramatical do dispositivo legal não se sustenta a partir da interpretação sistemática em consonância com a norma imperativa do *caput* e do inciso VIII do art. 170 da Constituição, visto que a pretensa licitude de intermediação de serviço em área fim das empresas de telecomunicações, sem prévia definição em lei, culminaria na desvalorização ou precarização do trabalho humano e no comprometimento da busca do pleno emprego, assim entendida a inserção do trabalhador na empresa para a qual efetivamente prestara serviços. VII – Fixado pelo Regional que a recorrida exercia a função de atendente de callcenter, em que a finalidade precípua é a de dirimir dúvidas e prestar informações aos usuários dos serviços de telecomunicações, sobressai a evidência de se tratar de atividade-fim da empresa de telefonia. VIII – Essa conclusão mais se agiganta com a obrigatoriedade, assinalada no art. 3º, inciso IV, da Lei n. 9.472/1997, de o usuário de serviços de telecomunicações ter direito ‘à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços’, circunstância reiterada pela Lei n. 8.078/1990, regulamentada pelo Decreto n. 6.523/2008. IX – Desse modo reforça-se a convicção de a decisão do Regional, ao reconhecer o vínculo empregatício diretamente com a Vivo, achar-se, ao fim e ao cabo, em consonância com a primeira parte do item I da Súmula n. 331 do TST, revelando-se, por isso mesmo, impertinente a inexistência de subordinação e pessoalidade do trabalho então executado. X – Recurso conhecido e desprovido. [...]” (RR – 127900-21.2006.5.05.0024, rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, DEJT 11.3.2011.)

“[...] RECURSO DE REVISTA DAS RECLAMADAS — CONTAX S.A. E TELEMAR NORTE LESTE S.A. — TEMAS EM COMUM. ANÁLISE CONJUNTA. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. SERVIÇO DE CALL CENTER. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. LEI N. 9.472/1997. DECISÃO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DA SÚMULA N. 331, I, DO TST. A interpretação sistemática dos arts. 25 da Lei n. 8.987/1995 e 94, II, da Lei n. 9.472/1997 com os princípios constitucionais que norteiam o Direito do Trabalho não autoriza concluir que o legislador ordinário conferiu às empresas de telecomunicações a possibilidade de terceirização ampla e irrestrita, inclusive quanto às suas atividades-fins. Ademais, esta Corte tem firmado o entendimento de que o vínculo de emprego do empregado que trabalha em serviço de central de atendimento (‘CALL CENTER’), junto à empresa de telefonia, faz-se diretamente com a concessionária, por representar fraude na relação de trabalho, já que se trata de atividade-fim, sendo ilícita a terceirização. Tendo o Regional verificado a existência de terceirização de atividade-fim da tomadora de serviços, nos termos do disposto no item I da Súmula n. 331/TST, não se conhece do Recurso de Revista, pela aplicação do art. 896, § 4º, da CLT. Precedentes. Não conhecidos. VANTAGENS. RECONHECIMENTO. NORMA COLETIVA. EMPREGADOS DA TOMADORA. PREVISÃO. Na hipótese vertente, não se impõe vantagens previstas em normas coletivas pertinentes à Telemar Norte Leste S.A. sobre contrato de trabalho entre reclamante e Contax S.A. As diferenças salariais, objeto da condenação em foco, decorrem do reconhecimento de vínculo diretamente com Telemar Norte Leste S./A. e, por consequência, a incidência das normas coletivas atinentes ao real empregador da reclamante. Incólumes os dispositivos de lei e da Constituição Federal indicados. Não conhecidos. [...]” (RR - 353-49.2010.5.03.0012 rel. Min. Emmanoel Pereira, 5ª Turma, DEJT 18.5.2012.)

“AGRAVOS DE INSTRUMENTO DAS RECLAMADAS TELEMAR NORTE LESTE E CONTAX. MATÉRIAS COMUNS. RECURSOS DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO.

‘CALL CENTER’ — ATIVIDADE-FIM — TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CTPS — ANOTAÇÃO. INSTRUMENTO NORMATIVO — VANTAGENS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COISA JULGADA. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Segundo a Súmula n. 331, I/TST, a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo com o tomador dos serviços, salvo nos casos elencados nos incisos I (trabalho temporário) e III (conservação e limpeza, vigilância, atividades-meio do tomador) da referida súmula (desde que não havendo pessoalidade e subordinação direta nos casos do inciso III, acrescente-se). Nesse quadro, a terceirização de atividade-fim — exceto quanto ao trabalho temporário — é vedada pela ordem jurídica, conforme interpretação assentada pela jurisprudência (Súmula n. 331, III), independentemente do segmento econômico empresarial e da área de especialidade profissional do obreiro. Locação de mão de obra em atividade-fim é medida excepcional e transitória, somente possível nos restritos casos de trabalho temporário, sob pena de leitura interpretativa em desconformidade com preceitos e regras constitucionais decisivas, como a dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, além da subordinação da propriedade à sua função socioambiental. Configurada a irregularidade do contrato de fornecimento de mão de obra, determina a ordem jurídica que se considere desfeito o vínculo laboral com o empregador aparente (entidade terceirizante), formando-se o vínculo trabalhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços (empregador oculto ou dissimulado). Enfatize-se que o TST realizou na primeira semana de outubro de 2011 audiência pública sobre o tema, em que se evidenciou o risco social de se franquear a terceirização sem peias, quer em face das perdas econômicas para os trabalhadores terceirizados, quer em face da exacerbação dos malefícios à saúde e segurança no ambiente laborativo, em contraponto às regras e princípios insculpidos na ordem jurídica legal e

constitucional. Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravos de instrumento desprovidos.” (AIRR-889-39.2010.5.03.0019, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, DEJT de 9.12.2011.)

Dessa forma, diante da ilicitude da terceirização do serviço de *call center* prestado pela reclamante no âmbito da empresa de telecomunicações reclamada, deve ser reconhecida a existência, por todo o período laborado, de vínculo de emprego diretamente com a concessionária de serviços de telefonia, nos exatos moldes do item I da Súmula n. 331 do TST.

Por fim, é indispensável repelir, de forma expressa, o argumento, *data venia* falacioso e *ad terrorem* por vezes utilizado, de que decisões como estas acabariam por prejudicar os trabalhadores interessados, por acarretarem, em última análise, o desemprego dessa massa de terceirizados que, nos últimos anos, não tem cessado de crescer.

É que, além de ser em si mesmo condenável o uso dessa ameaça tão pouco velada contra aqueles que apenas já se limitaram ou que, no futuro, irão se limitar a exercer o seu direito constitucional de ação, ele desconsidera a decisiva e inegável circunstância de que esse entendimento da mais alta Corte da Justiça de Trabalho não elimina um único posto de trabalho sequer — apenas declara que, nos termos da lei, os verdadeiros empregadores desses trabalhadores terceirizados nas atividades-fim das empresas do setor de telecomunicações são essas últimas, e não as empresas fornecedoras dessa mão de obra, e as condena a pagar-lhes seus direitos trabalhistas daí decorrentes, sonegados em virtude dessa terceirização ilícita. E, na medida em que, como aqui se demonstrou, essas empresas concessionárias, por força da legislação que protege os usuários e consumidores dos serviços por elas prestados, continuarão a ser obrigadas a disponibilizá-los de forma contínua e permanente por meio de

teleatendimento (ou *call center*), elas terão que fazê-lo sem abrir mão de nenhum dos numerosos postos de trabalho hoje ocupados por terceirizados — e isso, a partir de agora, exclusivamente na forma da legislação trabalhista, isto é, por meio de seus próprios empregados.

Assim, evidenciado que o serviço de *call center* se enquadra na atividade-fim das empresas de telecomunicações e que sua terceirização, por via de consequência, é inteiramente ilícita, deve ser reconhecida a existência, por todo o período laborado, do vínculo de emprego do trabalhador ilicitamente terceirizado diretamente com a concessionária de serviços de telefonia, nos exatos moldes do item I da Súmula n. 331 do TST, com o consequente pagamento, pela verdadeira empregadora e por sua litisconsorte, coautora desse ato ilícito, de todos os direitos trabalhistas assegurados pela primeira a seus demais empregados, exatamente como já procedeu a Sexta Turma desta Corte, em sua decisão embargada.

Do exposto, **nego provimento** aos embargos da reclamada.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos embargos quanto à validade da terceirização dos serviços de “*call center*” por empresa de telefonia, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negar-lhes provimento, vencidos os Ex.^{mos} Ministros Ives Gandra Martins Filho, relator, João Batista Brito Pereira, Maria Cristina Peduzzi, Renato de Lacerda Paiva, Aloysio Corrêa da Veiga e Dora Maria da Costa.

Brasília, 08 de novembro de 2012.

Firmado por assinatura digital (Lei n. 11.419/2006)

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA
Redator Designado

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

Ementa:

- ▶ **ANISTIA – LEI N. 8.878/94.** O art. 6º da Lei n. 8.878/94 e a OJ Transitória n. 56 da SBDI-I do TST não afastam o direito do trabalhador anistiado de perceber as vantagens e benefícios que deveriam estar integrados ao seu salário se não tivesse sido injustamente dispensado, vedando, apenas, o pagamento de salário retroativo em relação ao período sem labor. Trata-se de uma interpretação teleológica da Lei n. 8.878/93, que objetivou restaurar as situações preexistentes às demissões e exonerações perpetradas a partir da reforma administrativa instaurada pelo Governo Collor, com a readmissão de trabalhadores injustamente dispensados, e visa assegurar o direito constitucional à isonomia salarial em relação aos trabalhadores que permaneceram em atividade.

Processo: TRT-00965-2011-004-03-00-2-RO

Recorrente: Companhia Nacional de Abastecimento — CONAB

Recorrida: Maria de Fátima de Souza Lino Pereira

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, oriundos da 4ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG, em que figuram, como recorrente, COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB, e, como recorrida, MARIA DE FÁTIMA DE SOUZA LINO PEREIRA.

RELATÓRIO

Ao relatório da sentença (f. 656/657), que adoto e a este incorporo, acrescento que a Exma. Juíza Carolina Lobato Goes de Araújo Barroso, em exercício na 4ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG, pela r. sentença de f. 656/662, julgou procedentes em parte os pedidos formulados por MARIA DE FÁTIMA DE SOUZA LINO PEREIRA em desfavor da COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB, para condenar a reclamada ao pagamento das verbas relacionadas no dispositivo de f. 661/662.

Julgados procedentes os embargos de declaração opostos pela reclamada (f. 663/663v.), para, sanando omissão, rejeitar o requerimento de isenção de custas e despesas processuais pela reclamada, conforme decisão de f. 674/676.

A reclamada interpõe o recurso ordinário de f. 677/697. Alega a incidência da prescrição e insurge-se contra o deferimento à autora das promoções, licença-prêmio, adicional por tempo de serviço, bem como a determinação de sua inclusão no CIBRIUS. Requer, ainda, a isenção de pagamento das custas e despesas processuais.

Comprovantes de recolhimento do depósito recursal e das custas processuais às f. 699/700.

Contrarrazões pela reclamante às f. 702/712v.

É o relatório.

VOTO

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário interposto pela reclamada.

JUÍZO DE MÉRITO

PRESCRIÇÃO

Reitera a reclamada a alegação de incidência da prescrição total. Afirma que o “*dies a quo*” da contagem do prazo prescricional, quanto às pretensões formuladas nesta ação, coincide com o dia 21.11.2001, quando da publicação da Portaria Interministerial n. 278/01, em 21.11.2001, reconhecendo o seu direito à readmissão. Requer, ao menos, o reconhecimento da prescrição parcial, em relação às pretensões anteriores da 27.05.2006, inclusive para fins de recomposição salarial.

Ao exame.

Conforme relatado na inicial, a reclamante foi admitida pela Companhia Brasileira de Alimentos – COBAL, em 14.8.1979, sendo imotivadamente demitida em 31.7.1990. Em 1991, a partir da fusão entre a COBAL e outras empresas, originou-se a CONAB, conforme art. 19, II da Lei n. 8.029/90, e, em 11.5.1994, a Lei n. 8.878/94 concedeu anistia a trabalhadores injustamente dispensados, no período compreendido entre 16.3.1990 e 30.9.1992.

Após a criação de comissões para analisar a situação de cada trabalhador demitido no referido período e reconhecido o direito da autora à readmissão em 21.11.2001, por meio da Portaria Interministerial n. 278/MP/MF/MAPA, seu contrato de trabalho somente foi restabelecido em 1º.2.2010 (CTPS, f. 45).

Os referidos fatos são incontroversos, divergindo às partes acerca dos direitos devidos a reclamante a partir de sua readmissão, considerando o tempo em que permaneceu afastada do trabalho.

Portanto, não há que se falar em prescrição total ou quinquenal do direito de ação da laborista, pois inexistente qualquer das hipóteses prescricionais previstas no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

Impende assinalar que a reclamante foi readmitida em 1º.2.2010 (f. 45), estando em curso o

seu contrato de trabalho, e que a presente ação foi ajuizada em 27.5.2011 (f. 2).

É certo, ainda, que a autora pretende o recebimento de diferenças salariais e de outros benefícios apenas a partir do restabelecimento de seu contrato de trabalho, ou seja, a partir de 1º.2.2010, sendo, por outro lado, imprescritível a pretensão declaratória (art. 11, § 1º, da CLT) referente ao cômputo, como de efetivo trabalho, do período de afastamento (31.7.1990 a 31.1.2010).

Nesse sentido, a jurisprudência do c. TST, conforme aresto a seguir transcrito:

“RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. DANOS MORAIS. ACTIO NATA. ANISTIA. LEI N. 8.878/94. Este c. TST tem se posicionado no sentido de que a prescrição relativa à readmissão de empregado em decorrência da edição de lei de anistia — e, via de consequência, às parcelas dela derivadas — é contada a partir da ciência da autorização de sua readmissão e não a publicação da lei. Deste modo, tendo o eg. TRT registrado que o ingresso do reclamante nos quadros da administração pública data de 1º.9.2008 e a ação foi ajuizada em 9.6.2010, portanto, dentro do biênio prescricional, ileso o art. 7º, XXIX, da CF. Precedentes. Incidência da Súmula n. 333/TST como óbice ao conhecimento do recurso de revista por divergência jurisprudencial. Recurso de revista não conhecido. (...)” (Processo: RR – 985-71.2010.5.11.0006 – Data de Julgamento: 23.5.2012, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 1º.6.2012.)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, no aspecto.

ANISTIA PROMOVIDA PELA LEI N. 8.878/94 — READMISSÃO — DIREITOS RECONHECIDOS

A MM. Juíza “*a quo*” condenou a reclamada a “*efetuar o pagamento das diferenças salariais, em razão das promoções ocorridas, cinco níveis, a partir do efetivo retorno em 1º.2.2010, observando os acréscimos previstos nos instrumentos coletivos e legais, com reflexos dessas diferenças*”

sobre férias + 1/3, 13º salários, 14º salários, FGTS; contar o período de afastamento como tempo de serviço para efeitos de concessão de licença-prêmio, anuênios, triênios e quinquênios e para fins previdenciários, a partir da data de readmissão, observando-se, aqui, as diferenças salariais deferidas, com reflexos no 13º salário, 14º salário, férias acrescidas de um terço e FGTS; arcar com os custos da joia para necessária (sic) inclusão no CIBRIUS, Instituto de Previdência Privada dos Empregados da CONAB” (f. 661/662).

Contra a condenação, insurge-se a reclamada. Alega que a reclamante não foi dispensada por perseguição política, mas em razão da redução da estrutura e interferência estatal. Argumenta que o art. 6º da Lei n. 8.878/94, ao afirmar que a anistia somente gera efeitos financeiros a partir do efetivo retorno do trabalhador à atividade, “quis alcançar qualquer reflexo pecuniário direto ou indireto (...)” (f. 683), não se tratando de hipótese de reintegração. Afirma que a sentença viola o entendimento consolidado nesta Especializada, por meio da OJ Transitória n. 56 da sua SBDI-1 do TST e aduz ser inaplicável, ao caso, o art. 129 do CC/02.

Acrescenta a recorrente que, em relação às promoções, as suas normas internas também obstam o pleito, pois condicionam a concessão desse benefício ao “efetivo exercício no período considerado” (f. 689). Sustenta, outrossim, que “é necessário que se limite as promoções concedidas ao obreiro à faixa/nível salarial máximo admitido para o seu cargo sob pena de verdadeira promoção vertical, para a qual é indispensável concurso público, sob pena de configuração de transposição de cargo, com notória afronta ao art. 37, II, da CF/88” (f. 690). Quanto à licença-prêmio, aduz que o Regulamento de Pessoal, no art. 145, assegura o benefício somente aos empregados admitidos até 13.10.1996 e, mesmo assim, garante apenas o período de licença e não o seu pagamento correspondente. Por fim, alega, para que os seus empregados sejam incluídos no CIBRIUS devem eles suportar o custo da joia atuarial, após a solicitação e assinatura do termo de adesão, e

que as contribuições previdenciárias somente são possíveis quando tenha havido prestação de serviços e o pagamento da remuneração respectiva, o que não ocorreu no caso em voga.

Ao exame.

Como exposto no tópico anterior, pretende a reclamante que o tempo em que esteve afastada do trabalho, em razão de sua dispensa ilegal, seja considerado para fins de recomposição de seu salário, a partir de 1º.20.2010, em decorrência de promoções, progressões funcionais, e também para fins de acumulação de anuênios/triênios/quinquênios e licença-prêmio.

No aspecto, é de se notar que o art. 6º da Lei n. 8.878/94 (f. 72/73) dispõe que “A anistia a que se refere esta Lei só gerará efeitos financeiros a partir do efetivo retorno à atividade, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo”.

Por seu turno, a OJ n. 56 da SBDI-I Transitória do c. TST também preconiza:

“ANISTIA. LEI N. 8.878/94. EFEITOS FINANCEIROS DEVIDOS A PARTIR DO EFETIVO RETORNO À ATIVIDADE (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 221 da SBDI-1) – DJ 20.4.2005 Os efeitos financeiros da anistia concedida pela Lei n. 8.878/94 somente serão devidos a partir do efetivo retorno à atividade, vedada a remuneração em caráter retroativo.” (ex-OJ n. 221 da SDI-1 – inserida em 20.6.2001 — grifo atual.)

Assim sendo, a referida norma e o entendimento pacificado no TST deixam claro não ser devida remuneração em caráter retroativo ao trabalhador anistiado. No entanto, isso não afasta o seu direito de perceber as vantagens e benefícios que deveriam estar integrados ao seu salário se não houvesse sido injustamente dispensado.

Trata-se de uma interpretação teleológica da Lei n. 8.878/94, que objetivou restaurar as situações preexistentes às demissões e exonerações perpetradas a partir da reforma administrativa instaurada pelo Governo Collor, com a readmissão de trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho irregularmente rescindido.

Desse modo, a readmissão não pode ser interpretada como novo ingresso do trabalhador ao serviço público, mas, sim, como o retorno ao “*status quo ante*” daqueles que foram prejudicados pelas situações ilegais relacionadas no art. 1º da Lei n. 8.878/94.

Sendo assim, deve ser reconhecido ao trabalhador anistiado o direito ao cômputo do tempo de afastamento para os fins de reposicionamento na carreira e preenchimento de requisitos para a percepção de outros benefícios que teria alcançado caso não tivesse sido extinto o seu contrato.

Assegura-se, desse modo, a igualdade de tratamento em relação aos demais servidores e empregados públicos do órgão empregador, atendendo-se o princípio constitucional da isonomia.

Cumpra-se enfatizar que não se discute a ilegalidade da dispensa da reclamante ocorrida em 31.7.1990, fato esse reconhecido pela Lei n. 8.878/94 e pela Portaria Interministerial n. 278/MP/MF/MAPA de 21.11.2001.

Também não se está a deferir o pagamento de remuneração retroativa, mas apenas a assegurar o tratamento não discriminatório aos trabalhadores anistiados e, assim, a igualdade de tratamento em relação àqueles empregados que não foram atingidos pelas dispensas arbitrárias ocorridas nos idos de 1990, mediante a recomposição da remuneração da autora, a partir do seu efetivo retorno ao trabalho.

Com efeito, para tal fim devem ser consideradas as promoções e demais vantagens concedidas aos empregados que permaneceram em atividade.

No presente caso, a reclamante foi readmitida no cargo de auxiliar de serviços gerais II, na função de auxiliar de conservação, faixa salarial 03, nível 06, mediante salário de R\$ 656,85 (f. 47).

Desta forma, a reclamante tem direito às promoções ocorridas no período de afastamento, devendo a reclamada proceder ao

correto enquadramento funcional, bem como efetuar o pagamento das diferenças salariais em razão das promoções ocorridas, cinco níveis, a partir do efetivo retorno em 1º.2.2010, conforme deferido na sentença.

Ressalto que a reclamada, na defesa, limitou-se a afirmar que a reclamante não teria direito às promoções, pois não se encontrava no efetivo exercício do cargo. Além de inovatória a alegação da reclamada, nas razões recursais, de que a concessão à autora de cinco níveis importará em promoção vertical na carreira, isso não se verifica do exame dos documentos carreados aos autos.

Por seu turno, o período de afastamento também deve ser observado para efeitos de concessão de licença-prêmio, anuênios, triênios e quinquênios, a partir da data da readmissão.

Isso porque, como alhures exposto, não se trata de um novo ingresso no serviço público, mas da restauração de situação preexistente, observada a limitação dos efeitos financeiros, que somente serão devidos a partir do efetivo retorno à atividade.

Impende salientar que o Regulamento de Pessoal da reclamada, no art. 142 (f. 629), ao contrário do que ela alega, autoriza a conversão da licença-prêmio em pecúnia, condicionando esse procedimento apenas à existência de disponibilidade orçamentária e financeira, o que não logrou provar em contrário a ré.

Especificamente no que tange ao direito de inclusão no Plano de Previdência Privada da reclamada (CIBRIUS), do mesmo modo, é uma consequência do reestabelecimento das condições contratuais ilegalmente rompidas, não se admitindo que os demais empregados da reclamada possam usufruir o benefício enquanto que a reclamante, que se manteve afastada de seu emprego em virtude de ilícito cometido pela Administração, não possa, por isso, ser integrada ao plano de previdência complementar.

Desse modo, deve a reclamada arcar com o pagamento da joia para a inclusão da reclamante no CIBRIUS.

Esclareço, por fim, que embora tenha determinado o Juízo primevo o cômputo do período de afastamento como tempo de serviço para fins previdenciários, não houve a condenação da ré ao pagamento da contribuição previdenciária em relação ao período de afastamento, mas apenas a partir da data de readmissão, como se verifica da leitura do dispositivo da sentença.

A propósito, a jurisprudência do c. TST:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA — LICENÇA-PRÊMIO — LEI DE ANISTIA— READMISSÃO — EFEITOS. Como, no caso, não se discute efeitos financeiros da anistia, mas contagem de tempo necessário para o direito à licença-prêmio, de acordo com o regulamento da CONAB, não se evidencia afronta ao art. 6º da Lei n. 8.878/94 nem contrariedade à Orientação Jurisprudencial n. 56 da SBDI-1. Agravo de instrumento desprovido.” (Processo: AIRR – 1500-17.2010.5.18.0005 – Data de Julgamento: 6.6.2012, rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15.6.2012.)

“ANUÊNIOS E LICENÇA-PRÊMIO. ANISTIA. EFEITOS. Esta Corte tem se posicionado no sentido de que não há violação ao art. 6º da Lei n. 8.878/94 nem contrariedade à Orientação Jurisprudencial Transitória n. 56 da SDI-1 do TST e em atenção ao direito adquirido que, a partir da readmissão, o reclamante tem direito aos acréscimos à remuneração de vantagens pessoais que já havia incorporado ao contrato de trabalho anteriormente à dispensa, além das que passou a ter direito após a readmissão.” Precedentes. Recurso de Revista de que não se conhece.

Processo: RR – 22600-35.2010.5.21.0008 – Data de Julgamento: 30.5.2012, rel. Min. João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 8.6.2012.

Destarte, à luz do exposto, nego provimento ao recurso.

CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS

Sustenta a reclamada fazer jus à isenção das custas e despesas processuais, conforme art. 7º da Lei n. 7.032/82.

Sem razão.

O art. 790-A, I, da CLT prevê a isenção do pagamento das custas apenas às autarquias e fundações públicas, estando excluídas de tal benefício as empresas públicas como o é a recorrente.

A invocação da Lei n. 7.032/82 não socorre a reclamada, pois se refere à autarquia “Comissão de Financiamento da Produção — CFP”, que veio a ser fundida com outras empresas, dando origem à reclamada Conab, conforme a Lei n. Lei 8.344/91, art. 19, inc. II.

Desse modo, a reclamada, CONAB, não é beneficiada pela isenção prevista pela referida Lei n. 7.032/82.

Desprovejo.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso ordinário interposto pela reclamada; no mérito nego-lhe provimento.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Oitava Turma, preliminarmente, à unanimidade, conheceu do recurso ordinário interposto pela reclamada; no mérito, sem divergência, negou-lhe provimento.

Belo Horizonte, 1º de agosto de 2012.

DENISE ALVES HORTA

Desembargadora Relatora

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

PROCESSO: TRT-01712-2010-075-03-00-2-RO

Recurso Ordinário

Recorrentes: 1) UNIMINAS AGROINDUSTRIAL LTDA.

2) MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Recorridos: OS MESMOS

Ementa:

- ▶ AÇÃO CIVIL PÚBLICA — RESERVA DE COTAS — PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS E REABILITADOS. O art. 93 da Lei n. 8.213/91, ao impor às empresas a contratação de pessoas portadoras de necessidades especiais e reabilitados, visa à satisfação do disposto no inciso XXXI do art. 7º da CF/88, que proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. A imposição legal, ao incentivar a inserção no mercado de trabalho desse grupo de pessoas, objetiva, ainda, assegurar o direito à isonomia (art. 5º, *caput*, CF/88) e aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, CF/88), além de almejar o cumprimento do comando previsto no art. 170, *caput*, da CF/88, segundo o qual, “*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 (...)*”. Exatamente por não terem condições de concorrerem em igualdade de condições com os demais trabalhadores, a lei confere aos portadores de necessidades especiais garantias para a sua inserção no mercado de trabalho. Assim, cabe ao aplicador do direito conferir a máxima efetividade à norma legal prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/91, impondo à empresa reclamada o seu cumprimento, sob pena de multa reversível ao FAT, uma vez que se trata de norma cogente e que não apresenta qualquer ressalva quanto ao ramo em que atua a empresa e quanto ao local em que desenvolvidas suas atividades.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, oriundos da 1ª Vara do Trabalho de Pouso Alegre/MG, em que figuram, como recorrentes, 1) UNIMINAS AGROINDUSTRIAL LTDA. e 2) MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, e, como recorridos, OS MESMOS.

RELATÓRIO

Ao relatório de f. 804/805, que adoto e a este incorporo, acrescento que a Exma. Juíza

Ana Paula Costa Guerzoni, em exercício na 1ª Vara do Trabalho de Pouso Alegre/MG, pela r. sentença de f. 804/809v., julgou procedentes em parte os pedidos formulados pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO em desfavor da UNIMINAS AGROINDUSTRIAL LTDA., para condenar a reclamada ao cumprimento das obrigações relacionadas no dispositivo de f. 809/809v., bem como ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, no valor de R\$ 30.000,00.

A reclamada interpõe recurso ordinário (f. 811/831). Insurge-se contra a condenação ao cumprimento da obrigação de contratar empregados portadores de deficiência ou reabilitados, no percentual previsto no art. 93 da Lei n. 8.213/91, sob pena de multa. Também discorda do deferimento do pedido de antecipação de tutela e da condenação ao pagamento de dano moral coletivo.

Comprovantes de recolhimento do depósito recursal e das custas processuais às f. 832/833.

O autor apresenta contrarrazões (f. 838/850) e interpõe recurso ordinário adesivo (f. 851/862). Requer a ampliação do valor da indenização por dano moral coletivo para R\$ 100.000,00 e pretende seja a reclamada condenada a realizar cursos/campanhas educativas para inclusão das pessoas com deficiência sob pena de incidência de astreintes.

Contrarrazões pela ré às f. 866/899.

É o relatório.

VOTO

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário interposto pela reclamada e do recurso ordinário adesivo do autor.

JUÍZO DE MÉRITO

RESERVA LEGAL — PORTADORES DE DEFICIÊNCIA/REABILITADOS

O juízo primevo condenou a reclamada a “manter em seus quadros pessoas portadoras de deficiência e/ou beneficiários reabilitados pelo INSS em número suficiente para atingir a cota prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/91, considerando-se como base de cálculo a totalidade dos trabalhadores, sob pena de arcar com multa mensal correspondente a R\$ 5.000,00 por vaga não preenchida, (...)” (f. 809). Determinou que “a comprovação desse fato deverá ser feita periodicamente nos autos, em intervalos de 180 (cento e oitenta) dias, mediante laudo(s)

legível(is), emitido(s) pelo médico do trabalho da empresa ou outro médico, atestando o enquadramento legal do(s) empregado(s) para integrar a cota, bem como o(s) tipo(s) de deficiência, de acordo com as definições estabelecidas no art. 1 da Parte I da Convenção n. 159 da OIT e nos arts. 3º e 4º do Decreto n. 3.298/99, ou através de certificado(s) de reabilitação profissional emitido(s) pelo INSS” (f. 809).

Condenou, ainda, a reclamada a “observar a disposto no § 1º do art. 93 da Lei n. 8.213/91, que condiciona a dispensa de empregado integrante da cota legal, quando se tratar de contrato por prazo determinado superior a noventa dias, e a dispensa imotivada, no contrato por prazo indeterminado, à contratação de substituto em condições semelhantes, sob pena de arcar com multa correspondente a R\$ 5.000,00 por rescisão irregular (...)” (f. 809).

Contra a condenação, insurge-se a reclamada.

Alega que o Ministério Público do Trabalho não comprovou ter ela descumprido a norma contida no art. 93 da Lei n. 8.213/91, ou seja, que existem trabalhadores portadores de deficiência ou reabilitados, à margem do mercado de trabalho e constantes de cadastros ou de bancos de dados do INSS, capacitados para o exercício de funções laborais susceptíveis de serem desempenhadas na empresa.

Afirma que sequer foi penalizada no âmbito administrativo e que, desde o início do inquérito civil, informou que estava tendo dificuldades na contratação de PPDs (pessoa portadora de deficiência), não conseguindo cumprir a cota legal pela escassez de trabalhadores nessas condições.

Aduz que, de qualquer modo, antes do término da instrução processual, fez prova nos autos, através da juntada do CAGED, da ficha de registro de funcionários e do atestado de saúde ocupacional, o cumprimento da cota legal.

Ao exame.

Dispõe o art. 93 da Lei n. 8.213/91:

“Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I – até 200 empregados	2%
II – de 201 a 500	3%
III – de 501 a 1.000	4%
IV – de 1.001 em diante	5%

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.”

A norma em questão, ao impor às empresas a contratação de pessoas portadoras de necessidades especiais e reabilitados, visa à satisfação do disposto no inciso XXXI do art. 7º da CF/88, que proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

A imposição legal, ao incentivar a inserção no mercado de trabalho desse grupo de pessoas excluídas, objetiva, ainda, assegurar o direito à isonomia (art. 5º, *caput*, CF/88) e os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, CF/88), além de almejar o cumprimento do comando previsto no art. 170, *caput*, da CF/88, segundo o qual, “*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 (...)*”.

Existência digna, obviamente, é um direito de todo cidadão, inclusive daqueles que possuem alguma debilidade física ou psíquica. Exatamente por não terem condições de concorrerem em igualdade de condições com os demais trabalhadores — o que, em muitos casos, somente ocorre pela ausência de políticas públicas visando à alteração da visão social sobre a questão e a

inclusão social e profissional dessas pessoas — a lei confere aos portadores de necessidades especiais garantias para a sua inserção no mercado de trabalho.

Nunca é demais ressaltar que o trabalho é condição indispensável para o alcance da dignidade humana, pois é por meio dele que o homem se realiza como pessoa, descobre seu real valor na sociedade e adquire meios financeiros para usufruir, adequadamente, dos direitos sociais à educação, saúde, moradia e lazer.

Considerando tais premissas, cabe ao aplicador do direito conferir a máxima efetividade à norma legal prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/91, norma essa cogente, de aplicação imediata, e que não apresenta qualquer ressalva quanto ao ramo da atividade econômica em que atua a empresa e quanto ao local em que desenvolvidas suas atividades.

No caso em voga, o Ministério Público do Trabalho instaurou, em fevereiro de 2007, a Representação n. 27/2007 em desfavor da reclamada (f. 39/41), convertida no procedimento prévio investigatório 323/2007 (f. 54), em razão do descumprimento da cota do art. 93 da Lei n. 8.213/91, além de outras infrações legais.

Durante o procedimento investigatório, constatou o Ministério Público do Trabalho que a reclamada contava com 308 empregados ao final do mês de maio de 2007 (f. 109), chegando a 341 funcionários em março de 2008 (f. 267), mas comprovou a contratação de apenas sete trabalhadores portadores de deficiência, número inferior à cota legal, ou seja, 10 empregados.

Alegou a empresa, durante o procedimento investigatório, ter engendrado esforços para a contratação de pessoas portadoras de deficiência e que a responsabilidade por não estar cumprindo integralmente a cota não poderia a ela ser atribuída, em razão das dificuldades encontradas na região, por falta de candidatos.

No entanto, em novembro de 2009, quando deveria contar com pelo menos 10 funcionários habilitados ou reabilitados, possuía apenas três portadores de deficiência.

Além disso, alegou a ré, como justificativa para o não cumprimento da cota, o fato de os empregados terem pedido demissão. Contudo, pela análise dos TRCT's de f. 444, 448, 450 e 452, pode ser observado que os empregados Theverson Adriano Rosa, Jeder A. Oliveira Silva e Edson Avelino foram dispensados ao término do contrato de experiência, tendo a ré alegado que os dois primeiros não se adaptaram ao trabalho e que o último deles não continuou na empresa por estar aposentado (f. 461).

Por seu turno, o empregado portador de deficiência Henrique de Lima foi dispensado sem justa causa (f. 450), tendo a reclamada, no documento de f. 497, afirmado que ele havia pedido demissão do cargo de operador de máquina no dia 17.1.2008, por ter alcançado um novo emprego, mas que, no dia 20.1.2008, retornou ao departamento pessoal, informando que havia cometido um erro e que iria continuar trabalhando. Relatou que, como já estava contratando o funcionário Jeder Antônio Oliveira Silva para o mesmo cargo, dispensou sem justa causa o Sr. Henrique de Lima. Contudo, conforme documentos de f. 466/467, o Sr. Jeder não foi contratado para a função de operador de máquina, mas, sim, para o cargo de auxiliar de serviços gerais.

Com efeito, além do desrespeito pela ré ao disposto no § 1º do art. 93 da Lei n. 8.213/91, a não manutenção dos citados trabalhadores em seu quadro funcional revela o descaso empresarial em relação ao cumprimento da lei, não empreendendo medidas necessárias à adaptação desses trabalhadores ao ambiente de trabalho e à função a ser desempenhada, com sua inserção, de fato, ao mercado de trabalho.

Com efeito, a reclamada divulgou a necessidade de integração ao seu quadro de funcionários de pessoas portadoras de deficiência física em aviso interno no âmbito da empresa (f. 573/577), em jornais locais (f. 578/578), no balcão de empregos em municípios da região (f. 588/589) e através de divulgação sonora em carros de propaganda (f. 590/593). A reclamada também

promoveu a realização de seminário de inclusão social (f. 594/600) e aderiu ao programa de capacitação do Ministério do Trabalho (f. 568/570).

Todavia, no curso do procedimento de investigação, como ressaltado na sentença, não houve o empenho necessário da ré para o alcance do número exigido por lei de empregados portadores de deficiências e reabilitados, haja vista a evidente ausência de esforços em manter em seus quadros os portadores de deficiência já contratados, como se constatou em novembro de 2009, quando possuía apenas três trabalhadores nessas condições.

Cumprido ressaltar que as dificuldades de inserção do deficiente no ambiente de trabalho, bem como o fato de, em determinados casos, não produzir tanto quanto os demais trabalhadores, não podem ser utilizados pelos empregadores como justificativa para a não manutenção desses empregados no posto de trabalho, haja vista o papel social que deve assumir a empresa, conforme assegurado pela Constituição Federal.

Também não se está aqui a desconsiderar que, realmente, há dificuldades reais para a contratação de trabalhadores portadores de necessidades especiais, em razão da falta de profissionalização e de capacitação dessas pessoas para a sua inserção no mercado de trabalho.

Contudo, as empresas, com esses argumentos, não se esquivam de sua responsabilidade social, cabendo a elas, em último caso, também participarem da capacitação desses profissionais, alterando, assim, o quadro de marginalização ao qual estão submetidos.

O que não se admite é que, com tais subterfúgios, deixem as empresas de aplicar a lei, em vigor há mais de dezoito anos, esvaziando-se a sua efetividade.

No presente caso, inclusive, a reclamada, durante a instrução processual, apresentou a petição de f. 725 e os documentos de f. 726/757,

afirmando que em março de 2011 possuía 412 empregados (CAGED de f. 728/736) e 12 empregados portadores de deficiência contratados (f. 744/757), e que, assim, teria cumprido a cota legal.

Contudo, como ressaltou o Ministério Público do Trabalho, apenas em relação aos empregados Marcelo do Nascimento (f. 744) e José Adriano Gomes Ribeiro (f. 746), foi apresentada a certidão de reabilitação profissional do INSS (f. 745 e 747). Quanto aos demais trabalhadores, há apenas uma anotação genérica, no rodapé da ficha de registro de empregados, acerca da deficiência (f. 748/757).

Registro que em relação a cinco dos empregados constantes das fichas de f. 744/757 consta nos autos atestado de saúde ocupacional (f. 693, 695, 697, 699 e 701), com a indicação de que possuem defeito físico. Entretanto, não há informações sobre o enquadramento legal do trabalhador com o fim de integrar a cota, de acordo com as definições estabelecidas no art. 1º da Parte I da Convenção n. 159 da OIT e nos arts. 3º e 4º do Decreto n. 3.298/99.

Com efeito, além da ausência de informações claras quanto à deficiência física de tais trabalhadores, bem como em relação ao seu enquadramento nas definições estabelecidas na referida convenção da OIT e no Decreto citado, é certo que, ao longo dos anos em que tramitou o procedimento prévio investigatório e também esta ação (ajuizada em 24.11.2010), restou evidenciado que a reclamada, não obstante a divulgação por vários meios da necessidade de admissão de portadores de deficiência, não envidou os esforços necessários à manutenção desses trabalhadores em seus quadros, violando, inclusive, o disposto no § 1º do art. 93 da Lei n. 8.213/91, segundo o qual “a dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado *ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante*”.

Outrossim, não se pode perder de vista que a tutela inibitória almejada nesta ação visa a garantia do permanente cumprimento da norma legal. Com efeito, além de não ter a ré comprovado, de forma incontestada, o preenchimento das cotas, mediante a apresentação de atestado médico adequado, o deferimento dos pedidos tem por objetivo o de resguardar, futuramente, a observância do preceito de lei em questão.

O c. TST já se manifestou sobre o tema, conforme aresto a seguir transcrito:

“(…) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MULTA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PREENCHIMENTO DA COTA SOCIAL. CUMPRIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 93 DA LEI N. 8.213/91. O TRT da 9ª Região, ao impor à recorrente — a manutenção do número de vagas destinadas ao deficiente físico ou reabilitado profissionalmente, condicionando sua despedida a contratação de substituto em condição análoga, para que se efetive e mantenha hígido o postulado constitucional voltado à busca de uma sociedade mais justa e solidária (art. 3º, I, da CF) —, o fez em consonância com o disposto no art. 93 da Lei n. 8.213/91 e aos comandos constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana e de valorização social do trabalho e da livre-iniciativa, além de outorgar segurança jurídica (Constituição Federal, arts. 1º, III e IV, 7º, 170, VIII e 193). (...)” Processo: RR – 9890600-28.2005.5.09.0001 – Data de Julgamento: 7.12.2011, rel. Min. Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16.12.2011.

Ante o exposto, deve ser mantida a condenação da reclamada ao cumprimento da obrigação de fazer consistente no preenchimento da reserva legal estabelecida no art. 93 da Lei n. 8.213/91, bem como no dever de observar o disposto no § 1º do art. 93 da Lei n. 8.213/91, que condiciona a dispensa de empregado integrante da cota legal, quando se tratar de contrato por prazo determinado superior a noventa dias, e a dispensa imotivada, no contrato por prazo indeterminado, à contratação de substituto em condições semelhantes.

Nego provimento.

DANO MORAL COLETIVO (Recurso Ordinário da Reclamada e Recurso Ordinário Adesivo do Autor)

A reclamada não se conforma com a condenação ao pagamento de R\$ 30.000,00 a título de indenização por dano moral coletivo. Ressalta que no curso da ação admitiu empregados portadores de deficiência e preencheu a cota legal prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/91, não havendo motivo para a sua condenação. Requer, ao menos, a redução do valor da indenização.

O autor, por sua vez, pretende seja majorado o valor da indenização para R\$ 100.000,00. Ressalta o cunho pedagógico da condenação e o elevado capital social da empresa, de aproximadamente noventa e dois milhões de reais.

Ao exame.

No nosso direito positivo, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, nos termos dos arts. 186 e 927, do atual Código Civil, e, ainda, consoante diretriz ofertada pelo art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Segundo a doutrina, “a ideia e o reconhecimento do dano moral coletivo (*lato sensu*), bem como a necessidade de sua reparação, constituem mais uma evolução nos contínuos desdobramentos do sistema da responsabilidade civil, significando a ampliação do dano extrapatrimonial para um conceito não restrito ao mero sofrimento ou à dor pessoal, porém, extensivo a toda modificação desvaliosa do espírito coletivo, ou seja, a qualquer ofensa aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade, e que refletem o alcance da dignidade dos seus membros” (Medeiros Neto, Xisto Tiago de. In: “Dano Moral Coletivo”, LTr, 2004, p. 136).

Nessa linha de pensamento, afigura-se viável o reconhecimento do dano moral coletivo, consolidando-se a ideia da possibilidade de violação ao patrimônio moral da sociedade que, do mesmo modo que o do indivíduo, deve ser respeitado.

Cumprir pontuar que a indenização por dano moral coletivo adquire indiscutível relevo social, em razão de seu caráter pedagógico-preventivo, decorrente da capacidade de inibir a prática de condutas violadoras das normas de proteção a direitos, mormente quando uma coletividade é atingida por uma mesma prática danosa.

De qualquer forma, a obrigação de reparar o dano depende da comprovação do ilícito, da constatação do nexo causal e da culpa do agente, elementos esses indispensáveis ao reconhecimento da responsabilidade civil no direito brasileiro.

Diante desse contexto, e considerando que cabe às empresas, em atenção à sua responsabilidade social (art. 170 da CF/88), o cumprimento da norma que exige uma cota mínima em seus quadros de trabalhadores portadores de necessidades especiais ou reabilitados, a sua omissão afronta a normatividade e os valores por ela agasalhados, erigindo-se o dano moral coletivo, que deve ser reparado.

Na hipótese vertente, embora na fase de instrução processual tenha a reclamada afirmado o cumprimento da cota legal, não comprovou, de forma satisfatória, que, de fato, fossem os trabalhadores portadores de deficiência física.

Além disso, durante os anos em que tramitou o procedimento prévio investigatório a ré, tão somente, retardou o preenchimento das vagas que deveriam ser destinadas a portadores de deficiência, sendo certo que a afirmação, em março de 2011, de que em seus quadros funcionais havia doze empregados nessa situação, apenas demonstra a possibilidade de cumprimento da lei, da qual se esquivou durante vários anos.

Nesse sentido, a decisão do c. TST:

“(…) DANO MORAL COLETIVO. PREENCHIMENTO DA COTA SOCIAL. DISCRIMINAÇÃO RELATIVA A SEXO, IDADE E TIPO DE DEFICIÊNCIA. A reparação por dano moral coletivo visa a inibição de conduta ilícita da empresa e atua como

caráter pedagógico, para que o ofensor não mais venha a incorrer em transgressão ao ordenamento jurídico vigente. Na hipótese, o Tribunal Regional, com base no conteúdo fático-probatório, registrou que a ré retardou o cumprimento da cota social (art. 93 da Lei n. 8.213/91), bem como — formulou ofertas de emprego com inserção de requisitos discriminatórios referentes a sexo, idade e tipo de deficiência, criando óbice a determinados indivíduos que, por critérios vis, ficaram excluídos da obtenção de emprego perante a empresa —. Concluiu, assim, ser — inegável a existência de dano decorrente da violação a direitos e princípios constitucionais, atentando a ré contra postulados fundamentais exortados na Lei Maior, a garantia à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho, à igualdade, à não discriminação e à busca do pleno emprego (arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, *caput* e I, 7º, XXX e 170, VII e VIII) —. Dessa conclusão, inequivocamente deriva a ocorrência de dano moral coletivo e, por consequência, o surgimento da obrigação de repará-lo. Não se trata, pois, de condenação desprovida de prova ou de condenação a reparar dano presumido, porquanto este se evidencia pelo próprio fato violador, sendo razoável, pois, o valor arbitrado à indenização (R\$ 25.000,00 – vinte e cinco mil reais). Vale ressaltar, que a reclamada pugna para que seja reduzido o valor da indenização para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), mas não traz fundamentos específicos para embasar o seu pedido. Não se vislumbra, pois, afronta aos arts. 5º, V, da Constituição Federal e 186, 927 e 944 do Código Civil. Recurso de revista da ré de que não se conhece. (...).” (Processo: RR – 9890600-28.2005.5.09.0001 – Data de Julgamento: 7.12.2011, rel. Min. Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16.12.2011.)

Também sobre o tema, o aresto de outra Turma deste Regional:

“EMENTA: DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE CONTRATAR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA OU REABILITADO PELO INSS. DANOS MORAIS COLETIVOS. O descumprimento da obrigação prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/91 importa lesão a

um número indeterminado de deficientes ou reabilitados pelo INSS, não identificáveis, implicando prejuízo à sociedade como um todo, que tem interesse na capacitação e na inserção desses profissionais em postos de trabalho que normalmente lhes seriam negados em razão da deficiência, do preconceito e da especificação da sua capacidade laborativa, devendo responder por danos morais coletivos o empregador que reiterada e injustificadamente descumpra tal obrigação mesmo quando instado a fazê-lo pelo órgão fiscalizador, como no caso dos autos.” (RO 00887-2011-113-03-00-5, rel. Des. José Murilo de Moraes, Quinta Turma, publicado em 17.2.2012.)

Quanto ao valor da reparação, deve o juiz, na sua fixação, levar em conta a natureza pedagógica que deve conter, a extensão do dano, a gravidade da conduta do ofensor, o seu grau de culpa e situação econômica.

Desse modo, considerados tais parâmetros, o princípio da razoabilidade e a capacidade econômica da ré (estatuto social de f. 514), mantenho a sentença, quanto à fixação da indenização por danos morais coletivos em R\$ 30.000,00.

PROMOÇÃO DE CURSOS E CAMPANHAS PUBLICITÁRIAS (Recurso Ordinário Adesivo do Autor)

Pretende o autor que seja a reclamada condenada a realizar e/ou promover cursos e campanhas publicitárias voltados à inclusão de pessoas com deficiência.

Sem razão.

Não há fundamento legal a respaldar o deferimento dos pedidos formulados nos itens “e” e “f” da inicial, ou seja, de condenação da ré a realizar parcerias com instituições e profissionais para ministrar cursos de sensibilização sobre a questão da inclusão das pessoas com deficiências, e a contratar profissional ou empresa para a elaboração de campanha publicitária também voltada à sensibilização da sociedade sobre a questão referente à inclusão das pessoas portadoras de deficiência física.

Ademais, a própria condenação da ré ao cumprimento do art. 93 da Lei n. 8.213/91 a obriga a adotar políticas de inclusão de pessoas portadoras de deficiência, atingindo, assim, o objetivo legal.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso ordinário interposto pela reclamada e do recurso ordinário adesivo do autor; no mérito, nego-lhes provimento.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Oitava Turma, preliminarmente, à unanimidade, conheceu do recurso ordinário interposto pela reclamada e do recurso ordinário adesivo do autor; no mérito, sem divergência, negou-lhes provimento, com ressalva de fundamentos do Exmo. Juiz Revisor.

Belo Horizonte, 14 de março de 2012.

DENISE ALVES HORTA

Desembargadora Relatora

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

Ementa:

- **ENQUADRAMENTO — CATEGORIA DIFERENCIADA — MOVIMENTADORES DE MERCADORIAS.** Os trabalhadores na movimentação de mercadorias em geral integram uma categoria diferenciada, conforme quadro anexo a que se refere o art. 577 da CLT e a Portaria n. 3.204/88 do Ministério do Trabalho e Emprego. Com o fim de sanar a lacuna legislativa existente, a Lei n. 12.023/09 adveio com o fim de disciplinar as atividades dos movimentadores de carga não portuários. Contudo, embora bastante amplo o conceito de mercadoria e, conseqüentemente, de trabalhadores movimentadores de mercadorias, é imprescindível que se averigüe se a atividade do laborista envolve, efetivamente, a carga e/ou descarga de mercadorias, não estando, por certo, inserida nessa conceituação, a movimentação de produtos durante o ciclo produtivo, de um lado para outro na linha de produção industrial, antes da obtenção final da mercadoria.

Sentença: TRT-02586-2011-063-03-00-0-RO

Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores na Movimentação de Mercadorias em Geral de Capinópolis

Recorrida: Dow Agrosciences Sementes e Biotecnologia Brasil Ltda.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, oriundos da Vara do Trabalho de Ituiutaba/MG, em que figuram, como recorrente, **SINDICATO DOS TRABALHADORES NA MOVIMENTAÇÃO DE MERCADORIAS EM GERAL DE CAPINÓPOLIS**, e, como recorrida, **DOW AGROSCIENCIES SEMENTES E BIOTECNOLOGIA BRASIL LTDA.**

RELATÓRIO

Ao relatório da sentença (f. 247/247v.), que adoto e a este incorporo, acrescento que o Exmo. Juiz Camilo de Lelis Silva, em exercício na Vara do Trabalho de Ituiutaba/MG, pela r. sentença de f. 247/253, julgou improcedentes os pedidos formulados pelo **SINDICATO DOS**

TRABALHADORES NA MOVIMENTAÇÃO DE MERCADORIAS EM GERAL DE CAPINÓPOLIS em desfavor da **DOW AGROSCIENCIES SEMENTES E BIOTECNOLOGIA BRASIL LTDA.**

O autor interpõe o recurso ordinário de f. 257/265. Alega que a ré possui empregados que atuam na categoria diferenciada de movimentadores de mercadorias e requer a sua condenação ao pagamento das contribuições sindicais desses trabalhadores do ano de 2010, assim como as dos anos seguintes.

Comprovante de recolhimento das custas processuais e do depósito recursal às f. 266/267.

Contrarrazões pela ré às f. 269/274. Suscita preliminar de não conhecimento do recurso ordinário, por “*perda do objeto do recurso*” (f. 269v.). No mérito, pugna pelo seu desproviamento.

É o relatório.

VOTO

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO, SUSCITADA PELA RÉ EM CONTRARRAZÕES

A ré, em contraminuta, suscita preliminar de não conhecimento do recurso ordinário, por perda do objeto, ao fundamento de que “*não há divergência entre o pedido objeto do Recurso Ordinário interposto e a sentença, posto que tanto o d. magistrado, quanto a Recorrida, reconhecem a condição do recorrente como representantes dos trabalhadores na movimentação de mercadorias, (...)*” (f. 270).

Sem razão.

As partes não divergem do fato de que o sindicato autor é o representante dos trabalhadores na movimentação de mercadorias, o que também foi reconhecido na sentença.

A lide envolve a discussão acerca do enquadramento, ou não, de parte dos empregados da ré na categoria diferenciada representada pelo sindicato autor.

Portanto, diante do indeferimento desse pedido declaratório do autor, bem como de condenação da ré ao recolhimento da contribuição sindical de 2010 e dos anos seguintes, não resta dúvida quanto ao interesse recursal do sindicato demandante.

Destarte, rejeito a preliminar em questão e conheço do recurso ordinário interposto pelo autor.

JUÍZO DE MÉRITO

ENQUADRAMENTO SINDICAL

Pretende o sindicato autor a declaração de que parte dos empregados da ré se enquadra na categoria diferenciada disciplinada pela Lei 12.023/2009 e requer que a ele seja recolhida a contribuição sindical do ano de 2010, assim como a dos anos seguintes.

Alega o recorrente ser o sindicato representativo da categoria profissional diferenciada dos empregados e trabalhadores avulsos movimentadores de mercadorias em geral, conforme certidão sindical anexa e artigos 1º

e 3º da Lei n. 12.023/2009 e art. 511, §3º, da CLT. Diz, ainda, que a ré “*emprega inúmeros operadores de empilhadeira, embaladores à mão, alimentador linha produção, que são funcionários intrinsecamente ligados à movimentação de mercadorias, conforme relação anexa, devendo ser declarada a representação legal do sindicato em relação a esses trabalhadores, e em decorrência, o deferimento das contribuições sindicais vindicadas*” (f. 259).

Ao exame.

Em primeiro lugar, impende ressaltar que as partes não divergem quanto ao fato de que o sindicato autor é a entidade sindical representante da categoria profissional diferenciada dos empregados e trabalhadores avulsos movimentadores de mercadorias em geral, conforme, inclusive, cadastro perante o Ministério do Trabalho e Emprego (f. 62).

É de se notar, ainda, que, em se tratando da categoria e da representação sindical, o ordenamento jurídico pátrio não admite voluntarismo ou opção. Regra geral, o enquadramento sindical do empregado opera-se pela atividade econômica preponderante exercida pela empregadora, excetuadas as hipóteses de categoria diferenciada, que, nos termos do § 3º do art. 511 da CLT, é definida como:

“§ 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força do estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.”

Não há dúvida de que os trabalhadores na movimentação de mercadorias em geral integram uma categoria diferenciada, pois a própria CLT, no quadro anexo a que se refere o seu art. 577, assim os relacionou.

Também a Portaria n. 3.204/88 do Ministério do Trabalho define os trabalhadores na movimentação de mercadorias em geral como uma categoria diferenciada.

O c. TST, do mesmo modo, já se manifestou quanto ao fato de serem os trabalhadores na movimentação de mercadoria em geral uma

categoria diferenciada, conforme aresto a seguir transcrito:

“RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. TRABALHADORES EM MOVIMENTAÇÃO DE MERCADORIAS EM GERAL. CATEGORIA DIFERENCIADA. LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. Os trabalhadores na movimentação de mercadoria em geral constituem categoria profissional diferenciada, consoante a Portaria n. 3.084/88 do Ministério do Trabalho e Emprego e art. 511, § 3º c/c art. 570, ambos da CLT. Ademais, a Lei n. 12.023/2009, que dispõe sobre as atividades de movimentação de mercadorias em geral e sobre o trabalho avulso, reforça o estatuto profissional da categoria. Nessa qualidade, pode o Sindicato ajuizar dissídio coletivo contra empresa ou representação patronal de qualquer ramo econômico, que tenha ou possa ter em seu quadro de pessoal o profissional que exerce as atividades próprias da categoria, afastada a ilegitimidade para a causa. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (Processo: RO – 2019900-17.2004.5.02.0000 – Data de Julgamento: 11.4.2011, rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 29.4.2011.)

Sobreleva, ainda, notar que, com a revogação dos arts. 254 a 296 da CLT pela Lei n. 8.630/93 (Lei dos Portos), perdurou uma lacuna legislativa em relação ao disciplinamento das atividades dos movimentadores de carga não portuários, que somente veio a ser suprida com a Lei n. 12.023/2009.

É importante, no entanto, assinalar que a Lei n. 12.023/2009 aplica-se tanto aos trabalhadores movimentadores de mercadorias avulsos, quanto aos regidos pelo regime celetista. Nesse sentido, o art. 3º da mencionada lei dispõe:

“Art. 3º As atividades de que trata esta Lei serão exercidas por trabalhadores com vínculo empregatício ou em regime de trabalho avulso nas empresas tomadoras do serviço.”

Por seu turno, o art. 2º da Lei n. 12.023/09 define quais atividades integram o conceito

de movimentação de mercadorias em geral, *in verbis*:

“Art. 2º São atividades da movimentação de mercadorias em geral:

I – cargas e descargas de mercadorias a granel e ensacados, costura, pesagem, embalagem, enlonamento, ensaque, arrasto, posicionamento, acomodação, reordenamento, reparação da carga, amostragem, arrumação, remoção, classificação, empilhamento, transporte com empilhadeiras, paletização, ova e desova de vagões, carga e descarga em feiras livres e abastecimento de lenha em secadores e caldeiras;

II – operações de equipamentos de carga e descarga;

III – pré-limpeza e limpeza em locais necessários à viabilidade das operações ou à sua continuidade.”

Com efeito, para que o trabalhador, avulso ou celetista, seja enquadrado na categoria diferenciada em questão, ele deve desempenhar alguma das atividades acima e desde que relacionadas à movimentação de “mercadorias”.

Portanto, não basta que o trabalhador realize carga e descarga, mediante arrumação, remoção, empilhamento, etc. Ele deve estar procedendo a carga ou descarga de mercadorias.

E, a respeito da definição de mercadorias, ressalta Thiago Henrique Fedri Viana:

“Para estabelecer os locais onde há trabalhador da categoria diferenciada da movimentação de mercadoria em geral, é preciso conhecer a definição jurídica de mercadoria. A legislação comercial define mercadoria como qualquer bem destinado ao comércio, sendo considerada como tal nas fases de relações jurídicas entre as seguintes atividades econômicas:

a) Produtor *“in natura”* (o produtor de laranja, por exemplo, necessita do movimentador de mercadorias para transportar o fruto até a indústria de suco).

b) Industrial (a indústria contrata o movimentador de mercadoria, para disponibilizar o seu produto ao distribuidor).

c) Distribuidor (o distribuidor admite o movimentador de mercadorias, para transportar o seu produto ao varejo).

d) Varejista (o varejista organiza seu estoque através da mão de obra do movimentador de mercadoria)”.
VIANA, Thiago Henrique Fedri. *Direitos trabalhistas e previdenciários dos movimentadores de mercadorias*. Editora Millenium. 2010. p. 15-16)

Portanto, embora bastante amplo o conceito de mercadoria e, conseqüentemente, de trabalhadores movimentadores de mercadorias, é imprescindível que se averigüe se a atividade do laborista envolve a carga e/ou descarga de mercadorias, sob pena de se estar, ao contrário do que é o objetivo da lei, enfraquecendo o sistema sindical, mediante o reconhecimento de que, trabalhadores que atuam no seio produtivo de determinada empresa, não integram a entidade sindical correspondente à atividade preponderante do empregador, mas, sim, a categoria diferenciada.

Não se olvida que a movimentação de mercadorias pode ser realizada por ocupantes de diversos cargos dentro da estrutura de uma empresa, como, inclusive, se infere da Classificação Brasileira de Ocupações — CBO.

No entanto, em cada situação deve-se averiguar se a atividade se enquadra, ou não, no conceito de movimentação de mercadoria, não estando, por certo, inserida nessa conceituação, a movimentação de produtos durante o ciclo produtivo, antes da obtenção final da mercadoria.

Ressalto ser clara a norma legal (art. 2º, I, da Lei n. 12.023/09) no sentido de disciplinar a “carga e descarga” e não o transporte, de um lado para outro, de produtos ou peças utilizáveis na linha de produção industrial.

O próprio fato de a Lei n. 12.023/09 regulamentar as atividades dos movimentadores de

mercadorias avulsos, que, dada a eventualidade de suas atividades, não se prendem a um tomador de serviços determinado, ressalta o fato de que, como movimentador de mercadoria não pode ser enquadrado aquele trabalhador que, no seio do processo produtivo, auxilia no transporte e organização do produto, antes de sua transformação em uma mercadoria.

Por isso, cada caso deve ser examinado em suas particularidades, considerando a atividade desenvolvida pela empresa e a de seus empregados, até porque, mesmo no caso de uma indústria, a carga e a descarga de sua mercadoria pode não ser realizada pelos seus empregados, mas, sim, por trabalhadores avulsos ou por trabalhadores vinculados ao adquirente da mercadoria.

Na hipótese em voga, a reclamada, DOW AGROSCIENCES INDUSTRIAL LTDA., tem por objeto social, dentre outros, a “*fabricação, produção, manipulação, transformação, beneficiamento, comercialização, franqueamento, estocagem, importação, exportação distribuição, expedição, armazenamento, fracionamento, embalagem e reembalagem, por conta própria ou de terceiros, de sementes (...)*” (f. 115).

No entanto, examinadas as RAIS de f. 183/227, observo que apenas dois empregados, Edislei Vilarinho de Oliveira (f. 187) e Luizmar Custódio (f. 197), ocupantes do cargo de “Operador de Empilhadeira”, poderiam desempenhar uma atividade enquadrada no disposto no art. 2º da Lei n. 12.023/09.

Contudo, além de o sindicato autor ser confesso quanto à matéria fática, pois não compareceu à audiência em que, por seu representante, deveria prestar depoimento (f. 88 e 246), não há prova de que tais laboristas realizassem a movimentação de “mercadorias”, sendo mais provável que suas atividades estejam inseridas no processo produtivo interno.

Além disso, ao contrário do que defende o sindicato autor, os cargos de “embalador à mão” e de “alimentador linha produção” não são, necessariamente, atribuíveis a movimentadores de mercadorias.

Com efeito, nesse específico caso, inviável o enquadramento dos atuais empregados da ré na categoria representada pelo sindicato autor, devendo ser mantida a sentença, quanto ao indeferimento dos pedidos formulados na inicial.

Desprovejo.

CONCLUSÃO

Rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso ordinário, por perda de objeto, suscitada pela ré em contrarrazões, e conheço do apelo; no mérito, nego-lhe provimento.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Oitava Turma, à unanimidade, rejeitou a preliminar de não conhecimento do recurso ordinário, por perda de objeto, suscitada pela ré em contrarrazões, e conheceu do apelo; no mérito, sem divergência, negou-lhe provimento.

Belo Horizonte, 07 de março de 2012.

DENISE ALVES HORTA

Desembargadora Relatora

Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região

Ementa:

► **RECURSO DA EMPRESA. DESPEDIDA RETALIATIVA. PRINCÍPIO DA INDENIDADE.** I – O direito de ação, como direito subjetivo público, está consagrado como direito fundamental (art. 5º, inciso XXXV, CF/88), de modo que toda conduta, mesmo legalmente prevista, que vise impedir o exercício desse direito, fere direito subjetivo concreto e, mais grave ainda, atenta contra a organização do Estado brasileiro na medida em que atinge princípios e objetivos fundamentais da nossa república, violando a Constituição.

II – Nesse contexto, tendo em vista o dispositivo constitucional acima referido, muito embora o direito positivo brasileiro não contenha, expressamente, qualquer norma que obstaculize o empregador de adotar represálias contra empregado que o aciona perante a Justiça, esse impedimento pode ser deduzido dos princípios constitucionais da não discriminação e da dignidade da pessoa humana, pois, conferir ao cidadão o amplo acesso ao Poder Judiciário, sem cercar esse direito de garantias mínimas, permitindo ao empregador dificultar ou mesmo impedir o empregado de buscar a proteção do Estado-juíz, equivale a negar essa proteção e, via de consequência, negar um direito fundamental previsto na Constituição.

III – A despedida ou outra qualquer punição do trabalhador que recorre ao Judiciário, visando assegurar um direito supostamente violado pelo seu empregador, constitui, indubitavelmente, atitude discriminatória violadora da liberdade do trabalhador e de direito fundamental assegurado na Constituição pelo inciso XXXV do art. 5º.

IV – Portanto, devem ser consideradas nulas quaisquer represálias tomadas pelo empregador contra o empregado que buscar o amparo do Judiciário em contraposição ao seu patrão, visando corrigir hipotética lesão ao seu direito, vez que tais atos patronais violam frontalmente os já referidos princípios constitucionais e o disposto no art. 9º da CLT, que comina nulidade de pleno direito aos atos destinados a desvirtuar, impedir ou fraudar os preceitos protetores do hipossuficiente.

V – No caso concreto, comprovada a dispensa retaliativa do empregado, tem-se irretocável a determinação de reintegração pelo juiz de primeiro grau com o consequente pagamento da remuneração do período que decorreu da data do afastamento até a reintegração, assegurando-se-lhe todos os demais direitos decorrentes do contrato de trabalho.

RECURSO DO AUTOR. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. Constatada nos autos a ocorrência de erro material na sentença, que não fez constar do dispositivo título devidamente analisado na fundamentação, nada obsta sua correção a qualquer momento, determinando-se sua retificação, para que conste do dispositivo a condenação respectiva.

Processo: 0006800-64.2012.5.13.0025

Recurso Ordinário

Recorrentes/Recorridos: Empresa Paraibana de Abastecimento e Serviços Agrícolas — EMPASA e Ananias Baracuhy Neto

Vistos *etc.*

Recursos ordinário e adesivo interpostos, respectivamente, pela EMPRESA PARAIBANA DE ABASTECIMENTO E SERVIÇOS AGRÍCOLAS e por ANANIAS BARACUHY NETO em face da sentença prolatada pelo Juiz André Machado Cavalcanti no Processo n. 0006800-64.2012.5.13.0025 proveniente da 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB.

O juízo de origem (seq. 24) determinou a imediata reintegração do reclamante na empresa, nas mesmas funções antes exercidas, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00. Deferiu em favor do autor os títulos de salários, férias mais 1/3, 13^{as} salários e FGTS no período de 1º.10.2011 até o cumprimento da decisão. Benefícios da justiça gratuita concedidos ao reclamante. Verba honorária a ser paga pela demandada no montante de 20% do valor da condenação. Tramitação preferencial do processo, art. 71 da Lei n. 10.741/3. Custas, pela demandada, no importe de R\$ 300,00, calculadas sobre R\$ 15.000,00.

Mandado de antecipação de tutela expedido (seq. 27), cumprido na forma da certidão de seq. 31.

Embargos de declaração apresentados pela reclamada (seq. 34), rejeitados (seq. 33).

Petição do reclamante (seq. 40), apontando o não cumprimento integral do mandado de seq. 27.

A reclamada apresenta recurso ordinário (seq. 47), sob o argumento de não ter despedido o reclamante por retaliação pelo ajuizamento da ação nesta Justiça do Trabalho, até por que, o autor, em épocas pretéritas, apresentou outras reclamações trabalhistas sem qualquer perseguição por parte da empresa. Suscita

a inexistência de direito do trabalhador de permanecer no emprego, motivo ensejador da legalidade de despedida procedida. Alega também a impossibilidade da decisão de primeira instância determinar cumprimento de obrigação delimitada em outro processo, *in casu*, o Processo n. 609.2011.025. Pugna pela extinção da indenização por danos morais e dos honorários advocatícios arbitrados na sentença. Por fim, argumenta que, mesmo mantida a reintegração, não deve prevalecer o piso salarial e a multa delimitadas na decisão atacada. Cita jurisprudência em abono às suas assertivas. Requer o provimento do recurso e a reforma da decisão de primeiro grau.

Depósito recursal realizado e custas pagas (seq. 48).

Embargos de declaração apresentados pelo reclamante (seq. 52) não conhecidos por intempestivos (seq. 51).

Determinação de comparecimento de oficial de justiça à sede da demandada, para reintegrar o empregado e comunicar ao diretor da empresa a obrigação de fazer constar o trabalhador na folha de pagamento do mês de junho, observando-se o patamar salarial estipulado na decisão proferida nos autos da RT n. 609.2011.025, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (seq. 51), com cumprimento da diligência (seq. 62).

Nova petição do reclamante informando o não cumprimento da decisão (seq. 68).

Decisão determinando cálculo da multa *astreintes* de R\$ 1.000,00 (seq. 46).

Petição do reclamante, postulando a majoração da multa aplicada e o pagamento de salário nos moldes delimitados na sentença (seq. 79).

Despacho determinando a aplicação de multa de 20% à reclamada, por ato atentatório à dignidade da Justiça, cumulada com a multa diária de R\$ 1.000,00, e a comprovação, pela ré, do pagamento da diferença salarial deferida no prazo de 48 horas (seq. 82).

Contrarrazões razões pelo reclamante (seq. 87).

O reclamante interpõe recurso adesivo (seq. 89), suscitando, de início, a nulidade da sentença, por alegada omissão no dispositivo quanto à indenização por dano moral fixada na fundamentação em R\$ 10.000,00. Pugna pela observância do art. 774 da CLT, do art. 184, § 2º, do CPC, e do art. 4º, § 4º, da Lei n. 11.419/2006. No mérito, postula a majoração do valor da indenização ao argumento de que a conduta danosa da reclamada é agravada pela sua idade avançada, ademais, a condenação não atende sua função pedagógica. Pleiteia, de forma secundária, a correção da omissão apontada com inclusão da indenização por danos morais no dispositivo da decisão recorrida. Requer o provimento do recurso.

Contrarrazões pela reclamada (seq. 92).

Aditamento das contrarrazões da empresa (seq. 94).

Os autos não foram encaminhados ao Ministério Público do Trabalho (art. 31 do RITRT 13).

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA, POR IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO, SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES PELO AUTOR

O autor suscita a presente prefacial, sob o argumento de não constar dos autos documento comprovando a titularidade dos diretores subscritores da procuração outorgada ao advogado que assina o apelo (seq. 49, pág. 01).

O profissional que subscreve o recurso ordinário da reclamada, Dr. Hermano Gadelha de Sá (seq. 47), detém mandato de representação da empresa nos termos dos instrumentos procuratórios constantes dos autos (seq. 19 e 49).

Além disso, é de domínio público ser o Sr. José Tavares Sobrinho, subscritor da procuração

de seq. 49, diretor presidente da empresa recorrente, como se verifica de simples consulta ao sítio <www.empasa.pb.gov.br> (menu – empresa – diretoria).

Preliminar rejeitada.

Conheço do recurso ordinário da reclamada, porque se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade.

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE, POR INTEMPESTIVIDADE, SUSCITADA EM SEDE DE CONTRARRAZÕES PELA RECLAMADA

A demandada afirma ter o reclamante tomando conhecimento do seu recurso ordinário, apresentado em 27 de maio de 2012, bem antes da intimação para apresentar contrarrazões, porque o autor atravessou várias petições nos autos, situação que comprova a intempestividade do seu recurso adesivo.

O fato de o reclamante ter peticionado nos autos não comprova, necessariamente, a cientificação da parte para contrariar o apelo patronal.

In casu, presume-se que o reclamante tomou ciência do recurso patronal em 11.7.2012, (seq. 77, disponibilidade de nota de foro em 10.7.2012), logo, seu prazo para impugnação e recurso adesivo mediou entre os dias 12 e 19 do mesmo ano e mês. Como o apelo foi apresentado em 19.7.2012, evidente sua tempestividade.

Prefacial rejeitada.

Conheço do recurso adesivo do reclamante, porque se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade.

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DAS PETIÇÕES DE SEQUENCIAIS 94 E 99 SUSCITADA DE OFÍCIO PELO RELATOR

Não conheço das razões elencadas nas petições da EMPASA, de sequenciais 94 e 99, apresentadas após as contrarrazões, pelos efeitos da preclusão consumativa.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA MÉRITO

Da demissão do reclamante

A EMPASA, em seu recurso ordinário, nega peremptoriamente os fundamentos da primeira instância no sentido da demissão do reclamante ter ocorrido por retaliação pelo ajuizamento de ações trabalhistas. Afirma inexistir estabilidade em favor do demandante, sendo legal o ato de dispensa do trabalhador.

A petição inicial (seq. 01) noticia a existência de duas ações trabalhistas propostas pelo reclamante antes do presente procedimento. Inicialmente, a de número 00609.2011.025.13.00-5, com o objetivo de conseguir equiparação salarial com paradigma. A segunda, de número 00609.2011.025.13.01-8, com a finalidade de dar cumprimento à decisão proferida na primeira enumerada.

A peça preambular denuncia ainda que a reclamada demitiu o reclamante, em 1º.10.2011, com o franco intuito de não cumprir decisões judiciais advindas dos mencionados procedimentos judiciais, obrigando o autor a novamente se socorrer do Poder Judiciário.

A reclamada (seq. 18) nega qualquer relação da demissão do reclamante com a tentativa de não cumprir obrigação advinda de decisão judicial, até porque o autor, em épocas pretéritas, teria promovido outras demandas (Processos 1356.2006.006 e 00062.2008.006.13.00-4), sem qualquer retaliação. Ademais, não havendo estabilidade em favor do promovente, a ruptura do contrato de trabalho não afronta a legislação, até porque a empresa pública está subordinada à regra de aposentadoria compulsória, com extinção do contrato de trabalho.

Na seara formal, a demissão do reclamante foi motivada pela sua idade de 70 anos (seq. 02, pág. 02), tecnicamente e em princípio, sob o manto da inatividade compulsória, em 30.9.2011.

Entretanto, os elementos dos autos comprovam que o reclamante completou 70 anos de idade, em 28.9.2010, sem qualquer ação da

reclamada com o intuito de promover sua aposentação compulsória, fato ocorrido apenas em 30.9.2011, ou seja, quase um ano depois.

É verdade que a omissão da empresa não gera, necessariamente, direito do reclamante à estabilidade no emprego, como inclusive foi afirmado no recurso patronal.

Também devemos salientar que, com relação às empresas públicas legalmente equiparadas ao regime das privadas, a idade de 70 anos não acarreta aposentadoria compulsória dos seus empregados.

Não obstante, a dispensa sustentada no requisito idade, comprovadamente concretizada a destempo, quase um ano após o decurso dos 70 anos do trabalhador, deixa entrever a existência de perseguição ou retaliação por parte do ente empregador pelas ações interpostas pelo reclamante meses antes (ajuizamento em 6.6.2011, seq. 03, pág. 08 – sentença 10.8.2011, seq. 03, pág. 04 – demissão em 30.9.2011), o que não pode receber a chancela deste órgão julgador.

O substantivo **indenidade** vem do adjetivo **indene**, que segundo o Dicionário Houaiss⁽¹⁾ é aquele que não sofreu dano, que se encontra livre de prejuízo, sendo indenidade a isenção de dano. Do ponto de vista jurídico, mais particularmente do ponto de vista do Direito do Trabalho, garantia de indenidade significa que está assegurado ao trabalhador que demanda contra o seu empregador perante a Justiça que ele não pode sofrer qualquer sanção ou discriminação patronal pelo exercício desse direito de ação judicial.

Entre os especialistas, costuma-se afirmar que a Justiça do Trabalho brasileira é, na verdade, uma Justiça do ex-empregado, devido à circunstância de não haver, na nossa legislação, impedimento para que o empregador despeça o empregado que busca o amparo do Judiciário contra ato patronal hipoteticamente violador de direito seu. Ousamos discordar do ponto de

(1) HOUAISS, Antônio. Dicionário eletrônico da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

vista estabelecido, porquanto entendemos que, no nosso ordenamento jurídico, encontram-se normas positivadas que garantem a indenidade do trabalhador, enquanto demandante contra seu empregador, vez que o exercício de um **direito fundamental**, como o **direito de ação**, não pode ser objeto de retaliação por parte do empregador sem que o Estado-juiz, quando provocado, venha em socorro do retaliado, declarando nulo o ato violador dessa garantia e penalizando o empregador que transgride uma das garantias básicas da cidadania.

Entre os direitos fundamentais assegurados a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, previstos no art. 5º da Constituição Federal, encontra-se aquele elencado no inciso XXXV, que garante a todos a apreciação, pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça a direito.

Esta regra já se encontrava consagrada no ordenamento constitucional anterior à Constituição de 1988, vez que a Constituição de 1967, no § 4º, do art. 153, dispunha: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Comentando tal dispositivo, Frederico Marques afirma:

Primeiramente, se a lei não pode subtrair da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual, daí se segue que o direito de ação está consagrado como direito fundamental do indivíduo no Direito Constitucional brasileiro.⁽²⁾

Ora, se o direito de ação, como direito subjetivo público, está consagrado como direito fundamental, toda conduta, mesmo legalmente prevista, que vise impedir o exercício desse direito, fere direito subjetivo concreto e, mais grave ainda, atenta contra a organização do Estado brasileiro na medida em que atinge princípios e objetivos fundamentais da nossa república, violando a Constituição.

Então, tendo em vista o dispositivo constitucional acima referido, muito embora o

direito positivo brasileiro não contenha, expressamente, qualquer norma que obstaculize o empregador de adotar represálias contra seu empregado que lhe aciona perante a Justiça, esse impedimento pode ser deduzido do princípio constitucional de não discriminação e do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois conferir ao cidadão o amplo acesso ao Poder Judiciário, sem cercar esse direito de garantias mínimas, permitindo ao empregador dificultar ou mesmo impedir o empregado de buscar a proteção do Estado-juiz, equivale a negar essa proteção e, por via de consequência, negar um direito fundamental previsto na Constituição.

E não se diga que o empregado tem liberdade para pleitear reparação de possível lesão de seu direito, por parte do empregador, sendo as retaliações patronais consequência dessa liberdade, pois, no direito, que trata de relações intersubjetivas, não interessa aquele conceito de liberdade, que é dos antigos, como autodeterminação absoluta. Nessa acepção, até um homem preso ou acorrentado seria livre, pois não seria possível prender ou acorrentar seu espírito.

Tal conceito, além de filosoficamente indefensável, não serve como guia de uma sociedade pluralista como as existentes nos países democráticos. Devemos ter em conta o conceito moderno de liberdade política, liberdade em sentido negativo, que vê a liberdade como não impedimento.

Nas palavras de Berlin, “se pode dizer que sou livre quando nenhum homem ou grupo de homens interfere em minha atividade. Nesse aspecto a liberdade política é o espaço em que alguém pode atuar sem ser impedido por outros. Se outros me impedem de fazer algo que antes podia fazer, sou, nesta medida, menos livre. Se, porém, o impedimento vai mais além do normalmente admissível, posso dizer que estou sob coação ou até que estou sendo escravizado”⁽³⁾.

(2) MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 71.

(3) BERLIN, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza Editorial, 2001. p. 47.

É o próprio Berlin que exemplifica duas situações em que não há liberdade do seguinte modo: “Se em um estado totalitário traio um amigo, sob ameaça de tortura ou **se atuo de determinado modo com medo de perder o emprego**, posso afirmar que não agi livremente.” (o negrito é nosso)

Mesmo que se entenda não haver aplicabilidade direta dos direitos fundamentais entre particulares, mas aplicabilidade indireta ou reflexa, que é na atualidade a doutrina prevalecente na Alemanha, haveria que ser impedida qualquer represália do empregador ao empregado que o aciona, mesmo não havendo norma específica a respeito, baseado nos deveres de proteção que tem o Estado em relação aos seus cidadãos, prevista no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Segundo Canaris, “o direito privado pode permanecer aquém da medida de proteção ordenada pela Constituição. Aqui o legislador viola, portanto, um direito fundamental e isto não na sua função de proibição de intervenção, mas sim na sua função de mandamento de tutela... Os direitos fundamentais podem conduzir a uma complementação e correção do Direito Privado pela via do desenvolvimento judicial do direito”⁽⁴⁾.

O art. 5º da Constituição Federal, logo no *caput*, estabelece: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

A despedida ou outra qualquer punição do trabalhador que recorre ao Judiciário visando assegurar um direito supostamente violado pelo seu empregador constitui também, indubitavelmente, atitude discriminatória, violadora da liberdade do trabalhador e de direito fundamental assegurado na Constituição pelo inciso XXXV do art. 5º.

(4) CANARIS, Caus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 225-245.

Tal direito não é meramente programático, como seriam aqueles que asseguram ser direito social o direito à moradia, ou o direito a um salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, pois para tornar exequível tal dispositivo — o que assegura amplo acesso ao Judiciário — o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição prevê a prestação de assistência judiciária gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Como se vê, o legislador constituinte procurou tornar o acesso ao Judiciário uma garantia real. É efetiva esta garantia ao trabalhador se não se veda ao empregador adotar medidas retaliatórias contra o empregado que o demanda perante o Judiciário? Obviamente que não, pois o receio do revide patronal, que pode variar da transferência de função ou do lugar de prestação de serviços e da supressão de gratificação, até a despedida pura e simples, em geral é suficiente para demover o trabalhador de buscar os seus direitos, que julga violados, perante a Justiça. Se o acesso à Justiça não é assegurado efetivamente ao trabalhador, na vigência do pacto laboral, resta comprometida a principal função social do Direito do Trabalho que, segundo López “repousa em um delicado equilíbrio estrutural entre a liberdade de empresa e o poder empresarial, de um lado e a proteção e tutela do trabalho assalariado, mediante a compensação das desigualdades do contratante débil e dos grupos sociais dependentes, por outro lado”⁽⁵⁾.

Dos argumentos expostos, concluímos que no ordenamento brasileiro encontram-se normas que garantem a indenidade do trabalhador frente a represálias patronais pelo exercício do direito de ação contra esse mesmo empregador, pois entendimento em sentido diverso leva à dedução de que o direito brasileiro tolera o desrespeito a vários princípios constitucionais, sobretudo o desrespeito ao princípio da não discriminação, ao princípio da igualdade, ao

(5) LÓPEZ, Manoel-Carlos Palomeque. *Derecho del trabajo e ideología*. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 44.

princípio da dignidade da pessoa humana, e tolera a violação frontal de um dos fundamentos do Estado Brasileiro: o da cidadania.

Se não há efetiva garantia de acesso ao Judiciário, por parte do trabalhador empregado, consagra-se, na prática, a existência de dois tipos de cidadãos, ou melhor, consagra-se a existência de uma sobrecidadania e uma subcidadania, ferindo-se de morte a dignidade do trabalhador reduzido, neste aspecto, à condição de servo do patrão; faz-se tábula rasa do princípio republicano, que identifica a liberdade com ausência de dependência do indivíduo da vontade arbitrária de outros homens.

Portanto, devem ser consideradas nulas quaisquer represálias tomadas pelo empregador contra o empregado que buscar o amparo do Judiciário, em contraposição ao seu patrão, visando corrigir uma hipotética lesão ao seu direito, vez que tais atos patronais violam frontalmente os já referidos princípios constitucionais e o disposto no art. 9º da CLT, que comina nulidade de pleno direito aos atos destinados a desvirtuar, impedir ou fraudar os preceitos protetores do hipossuficiente.

No caso de despedida, deve ser determinada a reintegração do empregado, com o consequente pagamento da remuneração do período que decorreu desde a data do afastamento até a reintegração, assegurando-se-lhe todos os demais direitos decorrentes do contrato de trabalho.

Em recentíssima decisão, assim se manifestou o TST:

DISPENSA RETALIATÓRIA. DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. ABUSO DE DIREITO. REINTEGRAÇÃO. Demonstrado o caráter retaliatório da dispensa promovida pela Empresa, em face do ajuizamento de ação trabalhista por parte do Empregado, ao ameaçar demitir os empregados que não desistissem das reclamações ajuizadas, há agravamento da situação de fato no processo em curso, justificando o pleito de preservação do emprego. A dispensa, nessa

hipótese, apresenta-se discriminatória e, se não reconhecido esse caráter à despedida, a Justiça do Trabalho passa a ser apenas a justiça dos desempregados, ante o temor de ingresso em juízo durante a relação empregatícia. Garantir ao trabalhador o acesso direto à Justiça, independentemente da atuação do Sindicato ou do Ministério Público, decorre do texto constitucional (CF, art. 5º, XXXV), e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (arts. VIII e X), sendo vedada a discriminação no emprego (Convenções ns. 111 e 117 da OIT) e assegurada ao trabalhador a indenidade frente a eventuais retaliações do empregador (cfr. Augusto César Leite de Carvalho. Direito Fundamental de Ação Trabalhista. In: *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, Rio de Janeiro, Anamatra/Forense, ano 1, v.1, n. 1, jan./mar. 2002). Diante de tal quadro, o pleito reintegratório merece agasalho. Recurso de embargos conhecido e provido. Processo: E-RR – 7633000-19.2003.5.14.0900 Data de Julgamento: 29.3.2012, rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 13.4.2012.

Na construção da democracia que almejamos, como nação civilizada anelada, não podemos ter uma parcela significativa da nossa população a qual se confere certos direitos fundamentais, impossibilitada de exercê-los efetivamente por conta da vontade arbitrária de outrem. *Opus iustitiae pax.*

Imperioso também destacar, na hipótese dos autos, o comportamento dos representantes da promovida, recalcitrando em cumprir integralmente a decisão judicial com relação à reintegração do reclamante na função idêntica a antes exercida e pagamento salarial com acréscimo, conduta que comprova o franco intuito da reclamada em não se submeter aos ditames da lei, inclusive gerando prejuízos para a empresa pública pelas multas aplicadas, inclusive nestes autos (sequenciais 51 e 82), fato que não pode ser albergado pelo Judiciário.

A reclamada, por fazer parte da administração indireta do Estado da Paraíba, submete-se

aos princípios da legalidade e moralidade, entre outros, configurando a conduta recalcitrante do seu gestor verdadeira afronta à ordem jurídica constituída.

Noutro olhar, o ajuizamento de demandas anteriores pelo recorrido (Processos ns. 1356.2006.006 e 00062.2008.006.13.00-4), sem notícia de qualquer perseguição pela empregadora, não impede a caracterização do abuso de direito ora praticado pela ré, consoante evidenciam os presentes autos.

Da mesma forma, não pode obter sucesso a tese recursal de que a sentença de primeiro grau não poderia determinar cumprimento de obrigação advinda do processo n. 00609.2011.025.

Em nenhum instante o feito tomou rumo de cumprimento ou execução do processo mencionado. No autos do processo 00609.2011.025, houve reconhecimento do direito do reclamante à diferença salarial com seu paradigma. Por seu turno, a sentença atual determinou a reintegração do reclamante, com a manutenção do mesmo salário, na forma a seguir transcrita (seq. 24, páginas 05/06):

Pelo exposto, defiro o pedido do reclamante, antecipando os efeitos da tutela de mérito, em revisão ao decidido no seq. 7, para determinar a sua imediata reintegração ao emprego, nas mesmas funções outrora exercidas, observando-se o patamar salarial estipulado na decisão proferida nos autos da RT n. 609.2011.025, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Além do mais, em nenhum instante o comando sentencial alicerçou-se em alegação de coisa julgada advinda do processo 00609.2011.025, reportando-se apenas à concessão de tutela antecipada de mérito.

Em suma, perante o desvio de conduta legal da reclamada, agiu com acerto a primeira instância, ao determinar a reintegração do reclamante, com os corolários lógicos e legais da readmissão.

Da indenização por danos morais

O recurso ordinário da reclamada escuda-se na tese de conduta legal da empresa, no que concerne ao seu direito de promover a dispensa do autor, para afastar a condenação em indenização por danos morais.

Como já anteriormente explicitado, a ação empresarial, ao contrário de escudar-se em conduta legítima, traduz-se em verdadeira retaliação pelo fato de o empregado ter buscado seus direitos perante esta Justiça Especializada, convertendo-se em conduta ilegal, prejudicial e vexatória em desfavor do trabalhador.

O fato é comprovado ainda pela resistência empresarial em cumprir a decisão judicial na forma anteriormente esclarecida, situação que, por si só, já configura uma forma de punição.

Logo, deve ser mantido o julgado no particular.

Dos honorários de advogado

A questão não comporta maiores discussões.

A concessão de honorários advocatícios na seara trabalhista, em se tratando de matéria estritamente relacionada a vínculo empregatício, é condicionada à existência de patrocínio judicial sindical, aliada a uma situação de hipossuficiência econômica (Súmulas ns. 219 e 329 do TST), não configurada no presente caso.

Esclareço que esta Corte, no julgamento do IUJ 00422.2012.000.13.00-6, ocorrido em 19.11.2012, confirmou a eficácia das diretrizes dos verbetes mencionados.

Nessa vertente, devem ser excluídos da condenação os honorários advocatícios arbitrados na primeira instância.

Das multas aplicadas na primeira instância e do pedido de limitação da condenação

Como já fora mencionado, escoreita a sentença quando determinou a reintegração do reclamante na mesma função e percebendo remuneração análoga ao seu paradigma.

Nesse norte, não há motivo para a limitação da sentença à simplória reintegração no emprego.

Na verdade, o recurso ordinário patronal não apresenta nenhum elemento fático ou jurídico capaz de restringir a condenação.

Devem ser mantidas também as multas delimitadas na primeira instância, haja vista que a EMPASA, de forma ilegal, tem resistido reiteradamente ao cumprimento da decisão judicial.

Da remessa de cópia da decisão ao Ministério Público Estadual (atuação de ofício)

Determino a extração e remessa de cópia dessa decisão, na íntegra, ao Ministério Público Estadual para análise da conduta do gestor da reclamada, que pode gerar prejuízo financeiro para a empresa pública e, por consequência, para o erário.

Isso posto, dou provimento parcial ao recurso da reclamada, para excluir da condenação os honorários advocatícios.

RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA PROLATADA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO POR *ERROR IN PROCEDENDO*

O reclamante argui a preliminar mencionada, apontando erro na decisão de seq. 51, que não conheceu do seu recurso esclarecedor, por intempestividade, mantendo a omissão apontada nos embargos declaratórios.

O recorrente denuncia ausência formal de intimação da sentença de seq. 24, nas definições dos artigos 774 da CLT, 184, § 2º, do CPC, e no art. 4º, § 4º, da Lei n. 11.419/2006.

De início, a tese de irregularidade de intimação encontra-se superada pelas próprias razões recursais (seq. 89):

É certo que o recorrente tomou conhecimento da sentença, uma vez que o presente processo

é eletrônico e as partes podem ter ciência de qualquer ato processual quando de sua disponibilização na internet, independente de publicação de intimação no Diário da Justiça. (grifos acrescidos.)

Se a parte reconhece ter tido ciência do ato processual através de consulta na *Internet*, evidente que o objetivo do procedimento foi devidamente alcançado, atraindo a incidência do art. 796, “a” da CLT e art. 244 do CPC, *ad littera*:

CLT:

Art. 796. A nulidade não será pronunciada:

a) quando for possível suprir-se a falta ou repetir-se o ato;

CPC:

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, alcançar-lhe a finalidade.

Preliminar rejeitada.

MÉRITO

Do pedido de majoração da indenização por danos morais

O reclamante pugna pela majoração da indenização por danos morais, alegando ter sido demitido por ato ilegal da empresa no instante de que mais precisa do emprego, ou seja, na sua velhice. Aduz que o valor arbitrado não atende à sua função pedagógica.

No caso sob revisão, a idade do reclamante não tem o condão de agravar a condenação, porque o dano moral não se relaciona, necessariamente, com a faixa etária da vítima, salvo em situações pontuais, de acordo como o caso concreto, nas quais o evento danoso é praticado primordialmente com a finalidade de prejudicar o ser humano pela sua longevidade ou mesmo jovialidade.

Noutro olhar, considero o importe arbitrado na primeira instância plenamente coerente com a situação fática, atendendo sua função didática, levando-se em consideração que o

evento danoso é plenamente reversível, pela reintegração do trabalhador, com o pagamento de todos os direitos trabalhistas sonegados pela empresa.

Logo, mantenho o importe de R\$ 10.000,00 arbitrado na primeira instância a título de indenização por danos morais.

Do pedido de correção de omissão no dispositivo da sentença

O recorrente pede a correção da omissão no dispositivo da sentença revisanda, porque nele não constou a indenização por danos morais arbitrada no juízo *a quo*.

Não obstante os embargos de declaração do reclamante (seq. 52) não terem sido conhecidos, vislumbro, no equívoco narrado, verdadeiro erro material e não a omissão alegada pelo reclamante, mesmo porque a sentença não olvidou o tema “indenização por danos morais”, o qual recebeu a devida apreciação pela primeira instância, apenas não constando do dispositivo a condenação respectiva.

Assim, tratando-se de mero erro material, nada obsta sua correção a qualquer momento, inclusive no atual instante, para que conste, no dispositivo do julgado revisando, a indenização por danos morais no importe de R\$ 10.000,00.

Assim, corrigindo o erro material detectado na sentença de primeira instância, determino que seja incluída, no dispositivo, a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 10.000,00.

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso adesivo do autor, apenas para, corrigindo erro material detectado na sentença, determinar que seja incluída, no seu dispositivo, a

condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 10.000,00.

Custas mantidas.

ACORDA a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região: REJEITAR A PRELIMINAR de não conhecimento do recurso ordinário da reclamada, por irregularidade de representação, suscitada pelo reclamante; REJEITAR A PRELIMINAR de não conhecimento do recurso adesivo do reclamante, por intempestividade, suscitada pela reclamada; ACOLHER A PRELIMINAR de não conhecimento das petições de sequenciais 94 e 99 suscitada, de ofício, por Sua Excelência o Senhor Desembargador Relator. QUANTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA – Mérito: DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso, para excluir da condenação os honorários advocatícios. QUANTO AO RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE: REJEITAR A PRELIMINAR de nulidade da sentença prolatada em sede de embargos de declaração por *error in procedendo*; Mérito: DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso apenas para, corrigindo o erro material detectado na sentença, determinar que seja incluída, no seu dispositivo, a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 10.000,00. Custas mantidas.

Determina-se a remessa de cópia da presente decisão, na íntegra, ao Ministério Público Estadual para análise da conduta do gestor da reclamada, que pode gerar prejuízo financeiro para a empresa pública e, por consequência, para o erário.

EDUARDO SERGIO DE ALMEIDA
Desembargador Relator

Jurisprudência

Sentenças

12ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR

Sentença: RT-04936-2012

Aos 26 dias do mês de fevereiro do ano de 2013, às 18h00, na sala de audiências da 12ª Vara do Trabalho de Curitiba/PR, foi submetido a julgamento, pelo MM. Juiz do Trabalho, Dr. LUCIANO AUGUSTO DE TOLEDO COELHO, o processo RT.

SENTENÇA DE CONHECIMENTO:

I – RELATÓRIO:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, devidamente qualificado, ajuizou ação acidentária em face do HSBC BANK BRASIL S/A. BANCO MÚLTIPLO, também qualificado, postulando em sede liminar a suspensão de peça publicitária veiculada em âmbito nacional e multa por danos morais coletivos. Contestação às fls. até fls. Decidida questão incidental fixando a competência da vara do trabalho de Curitiba. O MPT informou que não pretende produzir outras provas. Indeferida produção de prova oral. Sem outras provas a produzir, encerro a instrução processual e passo a decidir.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

O r. Ministério Público do Trabalho entende que o comercial estimula o trabalho infantil e coloca em risco políticas públicas de proteção ao menor, seus argumentos colacionados da peça de ingresso: em tal propaganda, aparece uma menina trabalhando na venda de limonadas, e como sugere o comercial, sendo a proprietária do negócio. O *slogan* diz o seguinte: “*Os mercados globais estão se abrindo para todos. No futuro até a menor das empresas será multinacional. Um mundo novo está emergindo. Faça parte dele.*” Diante da evidente apologia ao trabalho infantil e da mensagem subliminar de que também crianças

serão “proprietárias” ou “sócias” de empresas multinacionais, o que não é permitido pela legislação pátria ou, ainda, pelas Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil... além de retratar conduta totalmente vedada pela legislação (criança administrando atividade econômica), o vídeo ainda embute a falsa ideia de que o trabalho infantil é conduta naturalmente aceita (e desejada!) nesse “mundo novo” imaginado pela ré. Publicidades como esta vão na contramão de todos os esforços que vêm sendo feitos pelo Estado e sociedade no combate ao trabalho infantil, já que estimula a ideia equivocada, mas tão arraigada culturalmente, de que a opção para a criança é o trabalho e não os estudos. Mais adiante, ressalta que a propaganda, através da publicidade, tem a força de propagar princípios, teorias e valores. Tem caráter ideológico. E a ideologia impregnada na propaganda do réu é muito clara, ou seja, amplamente favorável ao trabalho de crianças!

A publicidade abusiva está elencada no art. 37, § 2º do CDC, no qual é considerada como tal a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. Em todas essas espécies há ofensa aos valores sociais. O rol de espécies de publicidade abusiva é exemplificativo. Claro que a propaganda, ao fazer apologia ao trabalho infantil, faz com que a sociedade seja despertada em sua superstição de que “é melhor criança trabalhar que roubar”. Ou, ainda, o de que se não envolver sua criança

imediatamente em uma atividade laboral não será ela empresária de sucesso, causando medo e receio nos pais ou responsáveis. Influencia as próprias crianças, pois despertam nestas a ideia de que poderão “ganhar dinheiro fácil”, como maliciosamente deixa transparecer a propaganda. A publicidade tem grandiosa influência diante do consumidor. Em virtude disto deve ser utilizada de forma sadia, sem infringir o contido no art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, bem como os disposto nos arts. 63 a 69 do mesmo diploma legal, entre outros que disciplinam a publicidade. Aduz por fim que a propaganda divulgada na mídia nacional pelo réu pregando o trabalho antes da idade mínima carece de respaldo constitucional e legal e que a imagem quase bucólica da menina, criança ainda, vender limonada em frente a sua casa e com a ajuda do pai e já ganhando o seu próprio dinheiro, induz a sociedade a agir em desconformidade ao texto constitucional. Ademais, sabe-se dos riscos do trabalho nas ruas e outros logradouros públicos, que é exatamente a situação de trabalho retratada na propaganda, considerada uma das piores formas de exploração do trabalho infantil, conforme disposto na Lista TIP (Decreto n. 6.481). São espaços em que criança e adolescente ficam vulneráveis, sujeitos a acidentes, abusos e maus-tratos, aliciamento para o tráfico e para a exploração sexual, entre outros. Não é a realidade cor-de-rosa que a propaganda maliciosamente apresenta. Assim, diante de todo esse contexto normativo, entende o Ministério Público do Trabalho que a Justiça Laboral tem um papel imprescindível a desempenhar, na defesa dos direitos de crianças e adolescente. Outro aspecto da propaganda institucional do réu é de que o trabalho infantil em local e atividades proibidos também devem ser incentivados e “pior” pelos próprios pais, que têm a responsabilidade primeira de proteger a sua prole. Destarte, tal campanha televisiva fere de morte direitos fundamentais das crianças e adolescentes, razão pela qual deve imediatamente deixar de ser veiculada em âmbito nacional, merecendo

a suspensão e ainda reprimenda contra o dano já perpetrado. É o que se espera, e brevemente, pois que os prejuízos acarretados pelo trabalho infantil são irreversíveis, na medida em que atingem o desenvolvimento biopsicossocial da criança e do adolescente, o que nem de longe deixa transparecer a propaganda do réu. No presente caso, o réu se utiliza da campanha televisiva já noticiada para atacar esse direito constitucional, sedimentando o infeliz senso comum que já paira na sociedade brasileira de “que o trabalho infantil não é um problema e que crianças têm que trabalhar”. O abuso de direito que foi identificado pelo MPT reside exatamente em campanha com conteúdo que conclama a população em geral a apoiar o trabalho infantil, quiçá empurrando os seus filhos a tanto, seja qual for a atividade, inclusive no comércio ambulante, que é a hipótese da propaganda. E a campanha vai além, traçando correlação entre prosperidade futura (pequena empresa multinacional) e a permissão paterna para o trabalho infantil. Que empresa multinacional poderá surgir da situação retratada? Nesse passo, quanto ao conteúdo das mensagens veiculadas ao público e quanto ao abuso de direito que foi cometido pelo réu em maciça campanha televisiva.

O réu sustenta que a campanha publicitária em discussão encontra-se sendo transmitida em TV a Cabo, como esclarecido na audiência inicial, e em nenhum momento faz qualquer “apologia ao trabalho infantil”, sendo uma publicidade ilícita que não traz qualquer tipo de “deformação de informação”. Alega que análise prudente e cautelosa do vídeo não deixa qualquer dúvida que a propaganda não sugere um trabalho efetivo, muito menos que a menina seria proprietária de um negócio, com alega o MPT. A mídia deve ser analisada dentro de um contexto publicitário, e apenas demonstra o atual mundo globalizado, tudo de forma claramente analógica, tanto é, que o pai da menina demonstra certa vergonha/constrangimento perante seu vizinho quando leva a jarra de suco pra criança que está toda empolgada com

sua atividade. A cena retrata claramente uma brincadeira infantil, no jardim de sua casa (e não na rua ou em outros logradouros públicos como é citado na petição inicial). Certamente, para o pai, para o vizinho que viu a cena e para todos os envolvidos na mesma, inclusive os telespectadores, não estamos diante de “trabalho infantil” na acepção jurídica do termo, inclusive sendo o primeiro cliente uma criança, e inexistindo devolução de troco quando da entrega da limonada. Prossegue alegando que quem trabalha no comercial é o pai, que prepara o suco e demonstra estar cansado. A menina está sempre sorrindo, parecendo feliz e empolgada. Certamente não está vendo aquilo como um trabalho. O significado e o contexto da propaganda são claros, e ao contrário do que aponta o *Parquet*, jamais existe qualquer apologia a trabalho infantil ou exploração deste.

Prossegue: o comercial “limonada” do HSBC, traduz uma das mensagens mais bonitas e singelas atualmente divulgadas na mídia, e com certeza não se mostra merecedor de reprimenda jurídica. Enquanto hodiernamente é comum comerciais com apelo sensual, como se vê nos comerciais de cerveja ou fazerem apologia ao consumo infantil, estimulando o consumo de marcas já em tenra idade, o comercial exibido pelo HSBC saiu do “lugar comum” trazendo uma mensagem que nos estimula a desejar um ambiente familiar “perfeito”, onde pai abre mão de seu tempo para dedicar a passá-lo com a filha. Ao contrário do seu vizinho, que “usa” sua hora vaga para lavar o carro, ele abre mão do seu tempo para incentivar e viabilizar o que é, claramente, vontade da filha. Isso fica claro quando ele próprio toma a limonada e é cobrado pela filha, ou seja, sequer há a intenção de que aquilo traga lucro. Diz o réu que a presença do pai ajudando a filha e a do vizinho lavando o carro traz a ideia de que a cena se passa em um final de semana, de forma que é absolutamente distorcida a visão do MPT de que a propaganda estimularia o trabalho em detrimento dos estudos. Numa época em

que se enaltece uma atitude “workaholic” especialmente dos pais, nada mais bonito, raro e carente de ser estimulado do que o convívio “pai e filho/a”... Deve aqui prevalecer a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 22, inciso XXIX que determina a competência para legislar sobre propaganda comercial, e em seu art. 220 que estabelece a liberdade de manifestação; proibição de censura; restrições admitidas a programações e propaganda apenas no que tange às de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias. O *Parquet* não demonstra, sequer alega, qualquer violação a Lei n. 4.680, de 18.6.1965, e ao Decreto n. 57.690, de 1º.2.1966, que respectivamente dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências e regulamenta para a execução da Lei n. 4.680, de 18 de junho de 1965.

A liminar foi no seguinte sentido:

Como antes esclarecido, trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face do HSBC BANK BRASIL S.A., requerendo a antecipação da tutela para que seja determinada a suspensão da exibição da propaganda publicitária denominada “Limonade”, em que aparece uma criança (menina) vendendo suco de limão para turistas. Em primeiro momento, os autos foram incluídos em pauta, a fim de possibilitar o maior diálogo entre as partes, diante da relevância da questão em debate. Mesmo porque, como dito antes, exatamente pela matéria posta em análise, a conscientização permite a maior eficácia da tutela jurisdicional. Como não houve (a princípio) êxito nessa tentativa, e tendo em vista a urgência da requerida, passo a apreciação: De forma breve, diante da natureza da presente decisão, apenas ressalto a competência da Justiça do Trabalho, eis que a EC 45 trouxe ampliação, cujo critério passou a ser a matéria e não mais as figuras do empregado e empregador. Assim, na medida em que o trabalho infantil (questão aqui em debate) está inserido na relação mencionada na alínea I do art. 114 da CF (conforme inclusive entendimento consagrado na Súmula n. 736 do E. STF) competente é esta

Justiça Especial. Por sua vez, também entendo presente a competência concorrente das varas das capitais com as do Distrito Federal, eis que o anúncio tem abrangência nacional.

Dito isso, passo ao exame do mérito, em juízo de cognição sumária. Não há dúvidas sobre a qualidade do anúncio, inclusive da mensagem principal abordada (a saber: que no futuro, todo e qualquer empreendimento, por menor que pareça ser, será globalizado). A dificuldade aqui está na mensagem secundária que o acompanha: o trabalho da menina (criança) vendendo suco de limão. Entendo que a análise desta questão não pode estar dissociada do contexto do Brasil frente a luta de erradicação do trabalho infantil. Com efeito, segundo trabalho coordenado pela Dra. Marisa Masumi Beppu, bem como dados do PNAD, divulgado no site da OIT, com as campanhas realizadas houve a redução de 7,33 milhões crianças trabalhando em 1992 para 4,3 milhões em 2009, havendo uma expectativa de se chegar a 2,7 milhões de crianças em 2015. Em que pese a sensível redução, os números ainda trazem o alerta quanto a necessidade do envolvimento de toda a sociedade para se atingir a efetiva erradicação de tal situação. E exatamente nesse sentido as inúmeras campanhas veiculadas nos mais diversos meios de comunicação. Mas essa atuação passa pela necessária mudança cultural. Infelizmente ainda é muito comum na nossa sociedade o conceito que: “melhor a criança trabalhando do que na rua.” E é por esse aspecto cultural e essa necessidade de conscientização, que entendo que o comercial adentra um campo que ainda prescinde, na nossa sociedade, de base mais sedimentada. Ainda que não reconheça a apologia ao trabalho infantil citada na peça inicial, entendo que a propaganda está na contramão das iniciativas realizadas para combater e exterminar do nosso País o trabalho de crianças. Vale lembrar a dimensão e o papel ocupado pela publicidade, inclusive como meio de difusão e transformação de valores, seja pelo seu alcance, seja porque imagens falam muito mais do que palavras. Assim, levando em conta o esforço desenvolvido para afastar o trabalho infantil; a cultura que ainda existe sobre o assunto; a responsabilidade prevista no art. 227 da CF, além das convenções já ratificadas pelo Brasil, entendo que a propaganda

se mostra prejudicial. Desta feita, para evitar a propagação dos danos, cujos efeitos podem se mostrar nefastos ao movimento de erradicação do trabalho infantil...

Pois bem. Em que pese os judiciosos fundamentos da liminar a fls. e os bem postos argumentos do *parquet*, nesse caso, não vislumbro possibilidade de manter a suspensão da peça comercial.

O direito a livre expressão, no dizer de Gilmar Mendes, abrange toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público ou não, de importância e de valor, ou não “até porque diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista⁽¹⁾ ... os termos amplos como a liberdade de expressão é tutelada no Direito Brasileiro” que reconhece a liberdade de “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5º, IX da CF) “permitem afirmar que, em princípio, manifestações não verbais também se inserem no âmbito da liberdade constitucionalmente protegida. A expressão corporal, por exemplo, com o intuito de arte engajada, abarca vasta gama de situações... com relação à criança e ao adolescente, ademais, a Constituição determina que se conceda “absoluta prioridade” ao dever do Estado, da sociedade e da família, de assegurar a esses jovens o direito à vida, à educação, à dignidade e à liberdade, fixando-se o propósito de colocá-los a salvo “de toda forma de discriminação, violência, exploração, crueldade e opressão”⁽²⁾.

Prossegue o Min. Gilmar: resulta dessa fórmula constitucional que o balanço dos interesses da liberdade de informação com o valor da dignidade do jovem e com o dever de protegê-lo parte de uma necessária inclinação

(1) Mendes, Gilmar Ferreira e outros. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva, 2008.

(2) Mendes, Gilmar Ferreira e outros. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva, 2008.

por esses últimos. Afinal, o próprio constituinte atribuiu-lhes “absoluta prioridade”. A liberdade de expressão, portanto, poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano.

Por outro lado, o respeito à dignidade pessoal e também o respeito aos valores da família são erigidos à condição de limite da liberdade de programação de rádios e da televisão, como se vê no art. 221 da CF.

É disso que trata a complexa questão posta no processo.

O principal argumento do *r. parquet* é o de que o filme, conforme apresentado, estimula o trabalho infantil. Ocorre que, no caso, analisando-se cuidadosamente e reiteradas vezes a peça publicitária em questão, tem-se a seguinte descrição: *menina puxa no quintal, sempre sob o olhar do pai, uma mesa, e sobre ela coloca copos enquanto o pai prepara limonada, a menina vende limonada a um garoto (aparentemente pretende o réu que se entenda ser pessoa com ligação a origem chinesa enfim, representando a globalização, daí a alusão da menina que diz que aceita dólar de Hong Kong), depois o pai tenta tomar limonada e a menina também cobra dele, em seguida para um ônibus em frente a casa e turistas aparentemente todos de um grupo da terceira idade descem e passam a comprar limonada, o pai vem com um balde cheio. O slogan já mencionado pelo parquet é o de que “Os mercados globais estão se abrindo para todos. No futuro até a menor das empresas será multinacional. Um mundo novo está emergindo. Faça parte dele.”*

A intenção expressa da peça é a de que pequenas empresas precisam ser globais, e aí a alusão à venda e ao dólar de Hong Kong. A alusão ao trabalho da criança *não é o foco* da publicidade do réu, a mesa está colocada no quintal da casa, que não tem muros como é comum em alguns países, a criança está o tempo todo sob o olhar atento do pai e é fato

de que o contraponto entre o pai participando da venda com a filha em oposição ao vizinho lavando o carro pode ser alusão a convivência e participação entre pais e filhos.

Não vislumbro na publicidade em questão um risco às crianças ou uma alusão ou apologia a trabalho infantil, nem a outra situação que seja abusiva a ponto de o poder judiciário impedir sua veiculação. Não há qualquer tom de discriminação, violência, exploração, crueldade e opressão. Conforme visto, o direito a liberdade de expressão e de expressão artística só deve ser restringido em face do direito a proteção da criança e do adolescente caso presente um *claro e evidente* risco à dignidade e aos valores constitucionais.

Não é o caso da peça em questão, que pode suscitar, sim, algum debate acerca do trabalho infantil, todavia, não pode ser considerada apologia a ele, sendo que a alusão à indução subliminar ou embutida na peça não pode ser aferida de modo objetivo, eis que não há demonstração de que tenha efetivamente ocorrido em algum caso.

Veja-se que a mensagem ou alusão a convivência pai e filho também é factível de consideração. Por argumento tem-se o debate legítimo sobre a publicidade que se utiliza da imagem da mulher de forma estereotipada para vender cerveja, por exemplo, e os limites da apologia a violência contra a mulher, questão social tão complexa e importante como a questão posta pelo *parquet* nesses autos.

Dessa forma, embora, tendo em vista esse último exemplo das propagandas utilizando a imagem da mulher como objeto, se possa até entender se tratar de peças publicitárias de muito mau gosto e despropositadas, mas, a menos que haja realmente um abuso evidente não regulado pelo próprio conselho de autorregulamentação publicitária, não é o caso de proibição, sob o risco, sempre, de tolher o direito a livre expressão e a livre-iniciativa que também são erigidos a valores constitucionais fortemente protegidos.

Veja-se que a decisão postulada pelo parquet implica, em último grau, no impedimento, dentro do país, de uma peça publicitária, mediante a intervenção estatal do judiciário trabalhista, e uma ação com esse peso somente é possível dentro dos estritos limites da mais absoluta certeza de prejuízo a direito fundamental da criança e do adolescente, não expresso na peça publicitária em questão.

Repiso meu entendimento: a mensagem subliminar não intencional ou os possíveis entendimentos que se possa extrair da publicidade, por mais relevantes sejam eles, não ensejam possibilidade de impedimento da veiculação da expressão ensejada na peça.

Lembro que em recente decisão, o *Supremo Tribunal Federal (STF)* liberou a realização dos eventos chamados “marcha da maconha”, que reúnem manifestantes favoráveis à descriminalização da droga. Para os ministros, os direitos constitucionais de reunião e de livre expressão do pensamento garantem a realização dessas marchas. Muitos ressaltaram que a liberdade de expressão e de manifestação somente pode ser proibida quando for dirigida a incitar ou provocar ações ilegais e iminentes. O relator ministro Celso de Mello ressaltou a livre manifestação do pensamento, “a possibilidade da discussão democrática do modelo proibicionista (do consumo de drogas) e dos efeitos que (esse modelo) produziu em termos de incremento da violência”. Além disso, o ministro considerou que o evento possui caráter nitidamente cultural, já que nele são realizadas atividades musicais, teatrais e performáticas, e cria espaço para o debate do tema por meio de palestras, seminários e exibições de documentários relacionados às políticas públicas ligadas às drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas. (ADPF 187 notícia extraída do site do STF <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=182124>> Acesso em: 12 fev. 2013.)

Ora, se o STF entendeu que é possível uma marcha visando o debate quanto à liberação da maconha como liberdade de expressão, erigiu

ao grau máximo a liberdade de expressão como paradigma constitucional a ser protegido, concorde ou não a sociedade com a proposta dos que pregam a liberação da droga. No mesmo debate, o Min. Luiz Fux lembrou que por evidente a criança e o adolescente não poderiam participar de tais marchas não deixando de estabelecer a proteção devida diante da liberdade de expressão, mas o que se ressalta da decisão é que por mais que não se concorde com o conteúdo expresso, se não houver claro e absoluto abuso, remanesce a liberdade de expressão tão cara ao estado democrático de direito.

Lembro, por fim, que a peça mencionada foi veiculada somente em televisão fechada, e que o consumidor atual é mais crítico e esclarecido, mesmo em camadas menos favorecidas economicamente, e que se trata de circunstância comum e que advém do próprio fenômeno de maior circulação das informações, situação em que o próprio consumidor ou cliente rejeita a publicidade apresentada e a empresa tem que tirar do ar a campanha em face da reação da sociedade⁽³⁾⁽⁴⁾.

Ora, ao ver do juízo, ensejando a ideia, mesmo que subliminar, de trabalho infantil ou exploração de crianças, a peça faria efeito contrário ao pretendido pelo publicitário, atingindo a própria imagem do cliente. Lembro, ainda, que a peça em questão continua plenamente acessível no *site you tube*, pode estar gravada e disponível em uma infinidade de sítios na internet, ou seja, mesmo a suspensão da veiculação até o momento não foi total, e, por vezes, a proibição pode até levar

(3) Nessa toada, recente notícia sobre reação de internautas acerca de propaganda de cerveja considerada abusiva. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/08/02/internautas-protestam-contra-propaganda-da-nova-schin-e-dizem-que-peca-incentiva-violencia-sexual-contra-mulher.htm>> Acesso em: 11 fev. 2013.

(4) Recente propaganda da rede Lojas Marisa também causou reações. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/heloisa-tolipan/noticias/2012/11/12/polemica-pos-manifesto-em-bh-mulheres-ainda-criticam-comercial-da-rede-marisa/>> Acesso em: 24 fev. 2013.

a um efeito contrário, qual seja, o de maior acesso a peça em face da curiosidade acerca do conteúdo proibido pela justiça.

Nesses termos, repisando que são nobres os argumentos e a intenção do Ministério Público ao questionar a peça e que tais situações devem ser analisadas com o máximo de cuidado, sendo de importância ímpar qualquer questão posta acerca dos direitos da criança e do adolescente. Nesse caso, todavia, sopesando, em cognição exauriente, o conteúdo da peça publicitária questionada e os dispositivos legais elencados, entendo não remanesce possibilidade jurídica de manter a suspensão deferida anteriormente em cognição sumária.

Isto posto, autorizo a imediata liberação da peça publicitária questionada pelo MPT para veiculação da forma como pretender o réu e,

repisando o devido respeito aos argumentos da inicial, julgo improcedente o pedido do *parquet*.

III – DISPOSITIVO:

Diante do exposto, decide a 12ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR, na ação movida por **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO** em face de **HSBC BANK BRASIL S.A. BANCO MÚLTIPLO**, julgar improcedentes os pedidos e autorizar a veiculação imediata da peça publicitária questionada da forma como pretender o réu. Custas inexigíveis.

Intimem-se o réu e o r. Ministério Público do Trabalho.

Nada mais.

LUCIANO AUGUSTO DE TOLEDO COELHO
Juiz do Trabalho

13ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – MG

Termo de Audiência:

- ▶ Aos 19 dias do mês de dezembro de 2012, na 13ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG, presente o Exmo. Sr. Juiz do Trabalho, MARCOS ULHOA DANI, que ao final assina, para audiência relativa aos autos n. 0001519-45.2012.5.03.0013, entre as partes.

Processo: 0001519-45.2012.5.03.0013

Reclamante: Ronaldo Zschaber

Reclamado: SPAL Indústria Brasileira de Bebidas S.A.

RELATÓRIO

RONALDO ZSCHABER, devidamente qualificado à fl. 02, ajuizou a presente ação perante SPAL INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S.A., alegando, em síntese, que: trabalha como carreteiro autônomo (motorista) para a Reclamada desde o ano de 1985; Que a natureza de seu trabalho para Reclamada é estressante, pesado e de longa duração. Alega que trabalhava com seu próprio caminhão para a reclamada. Argumenta que sempre teve a consciência e preocupação em contribuir para o INSS como autônomo, com vista a ter garantias futuras em relação à sua aposentadoria e para o caso de acidente ou doença. Argumenta que a reclamada, durante toda a relação jurídica que estabeleceu com o reclamante, descontava nos seus RPAs (Recibos de Pagamento Autônomo), o percentual de 11%, para fins de contribuição previdenciária.

Em meados de abril de 2012, o reclamante alega que começou a sentir fortes dores no corpo, sem conseguir mais sair para trabalhar. O diagnóstico médico informava que o reclamante estava com quadro grave de Choque Séptico de foco pulmonar, com várias complicações, o que o levou a ser internado no CTI.

Alega que ficou internado por cerca de 1 mês, sendo-lhe recomendado, após a alta, repouso de seis meses. O reclamante não alega que o seu quadro clínico tenha relação com o trabalho.

Alega o autor que, durante o período de repouso recomendado, procurou o INSS para o fim de obter auxílio-doença, durante o período que ficaria afastado. O INSS negou o agendamento de perícia, pois, segundo informa o reclamante, o mesmo havia perdido a condição de segurado por falta de recolhimento de suas contribuições. Alega que a empresa, apesar de descontar os valores relativos ao INSS nos seus recibos de pagamento, não repassava os montantes à autarquia previdenciária, o que teria causado a perda de sua condição de segurado. Alegando múltiplos prejuízos por não estar trabalhando e por ter perdido a sua qualidade de segurado, sem poder receber o auxílio-doença, o reclamante requer indenizações por danos materiais e morais, além de expedições de ofícios, conforme pedidos de fls. 11 e 12 dos autos.

Deu à causa o valor de R\$ 240.000,00. Juntou documentos, declaração de pobreza e procuração.

Regularmente notificada, a reclamada apresentou defesa escrita com documentos, arguindo, inicialmente, prescrição, incompetência da Justiça do Trabalho, impossibilidade jurídica dos pedidos, carência de ação por ilegitimidade passiva, e, no mérito propriamente

dito, sustentou, em síntese, que: havia pago os valores relativos ao INSS, os valores pleiteados eram excessivos, que os danos materiais não estariam provados, que a justiça gratuita era indevida, bem como fez considerações sobre descontos previdenciários e fiscais. Requereu, ao fim, a improcedência dos pedidos.

Na audiência de fl. 283, as partes alegaram que não tinham mais provas a produzir. Sem mais provas, encerrou-se a instrução processual, com razões finais orais. Recusadas todas as tentativas de conciliação, feitas a tempo e modo.

Tudo visto e examinado.

É o relatório.

Decido.

FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARES E PREJUDICIAL DE MÉRITO

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A reclamada alega a incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ações como a presente, alegando que a relação discutida é de representação comercial autônoma. Entende, pois, que a matéria não estaria sob a competência desta Especializada.

Sem razão.

Após o advento da EC n. 45 de 2004, o art. 114 da CRFB-88 teve seu conteúdo modificado. Incluíram-se entre as competências desta Justiça Especializada o disposto nos incisos I e VI daquele artigo constitucional. Estes incisos garantem a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de lides relativas às relações de trabalho, inclusive quanto a eventuais danos materiais e morais. No caso em análise, apesar de ser incontroverso que não havia uma relação de emprego, havia uma relação de trabalho de autônomo. Os danos alegados pelo reclamante decorrem desta relação de trabalho.

Neste caso, incide o disposto no art. 114, incisos I e VI da CRFB-88, de modo a garantir

a competência desta Especializada. Assim o sendo, rejeito a alegação de incompetência da Justiça do Trabalho para o feito em análise.

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DOS PEDIDOS

A parte reclamada alega impossibilidade jurídica dos pedidos pelo fato da relação ser “... *estritamente comercial*” (fl. 245). Sem razão. A preliminar de impossibilidade jurídica do pedido tem lugar quando não há previsão legal dos requerimentos no Ordenamento Jurídico ou quando há expressa vedação dos mesmos. Como argumentado no tópico antecedente, a Carta Magna possibilita o ajuizamento de demandas de tal natureza, tanto em seu art. 114, como em seu art. 5º, incisos V e X, em que há a previsão de reparação de danos materiais e morais. Identificados os permissivos legais para a demanda e não constatado nenhum dos óbices acima, rejeito a preliminar.

ILEGITIMIDADE PASSIVA

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a Teoria da Asserção. Assim o sendo, a simples inserção da parte Reclamada no polo passivo da ação é suficiente para a sua legitimidade para a causa. Como é sabido, as condições da ação devem ser analisadas abstratamente, segundo as narrativas contidas na petição inicial.

As partes são legítimas porque o Reclamante afirma que foi prejudicado por omissões da reclamada e afirma ser o titular dos direitos pleiteados.

Assim, sendo legítimas as partes, não há que se falar em carência de ação, pelo que rejeito a preliminar.

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

A reclamada alega prescrição quinquenal do feito.

A presente ação foi ajuizada em 08/08/2012. Assim o sendo, por força do art. 7º, XXIX da CRFB-88, pronuncio a prescrição (quinquenal) dos pleitos de natureza condenatória

anteriores a 8.8.2007, extinguindo-os com resolução do mérito (art. 269, IV, CPC).

Desde já ressalvo a imprescritibilidade das pretensões de natureza declaratória.

MÉRITO

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS

O reclamante alega que a reclamada deixou de recolher contribuições previdenciárias em seu nome, o que acarretou a perda de sua condição de segurado da previdência oficial, bem como uma série de prejuízos de ordem material e moral.

Em primeiro lugar, cabe verificar a condição previdenciária do reclamante. É incontroverso nos autos que o reclamante prestava serviços de forma autônoma para a reclamada desde 1985, na função de motorista carreteiro. Nestas condições, segundo a Lei n. 8.213/91, o reclamante se enquadraria na categoria de contribuinte individual, segurado obrigatório da Previdência Social. Diz a lei em seu art. 11:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

(...)

V – como contribuinte individual:

(...)

g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego;

(...)

Uma vez estabelecida a condição de contribuinte individual do reclamante, cabe, em segundo lugar, verificar de quem seria a responsabilidade pelo recolhimento das suas contribuições previdenciárias. Desde a Lei n. 9.876/99, quando o contribuinte individual presta serviço à empresa, esta é responsável pela arrecadação e recolhimento de sua contribuição (Lei n. 8.212/91, art. 30, I, *b* e Lei n. 10.666/03, art. 4º, com a redação dada pela Lei n. 11.933/09). No mesmo sentido, a jurisprudência:

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. PRESTADOR DE

SERVIÇOS. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ÔNUS DA EMPRESA. AÇÃO PROCEDENTE. TUTELA ESPECÍFICA.

1. O contribuinte individual é segurado obrigatório da Previdência Social e, como tal, a sua filiação decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada.

Assim, o marido da autora estava filiado à Previdência Social ao tempo do óbito, porquanto exerceu a atividade de motorista autônomo, conforme as provas carreadas aos autos.

2. Em se tratando de contribuinte individual, que presta serviço de natureza urbana, o ônus quanto ao recolhimento das contribuições previdenciárias é da empresa contratante, nos termos do art. 4º da Lei 10.666/03.(...) (AC 200671180017828, João Batista Pinto Silveira, TRF4 – Sexta Turma, 25.7.2008.)

Pois bem. Uma vez definido que o reclamante era um contribuinte individual e que a reclamada estava obrigada, por disposição legal, a fazer os seus recolhimentos previdenciários, cabe verificar se tais recolhimentos foram feitos, ou não, pela reclamada.

A prova documental socorre a tese obreira. O reclamante junta, na folha 24, comunicação de decisão da Previdência Social, não impugnada, em que o INSS esclarece que o pedido de auxílio-doença feito pelo autor foi negado haja vista que não houve contribuição em nome do reclamante desde junho do ano de 2010. Em virtude desta ocorrência, o reclamante perdeu a qualidade de segurado desde 1º.7.2011. Ao mesmo tempo, o reclamante também junta, nas fls. 46 a 106, recibos de pagamento de autônomo (RPAs), também não impugnados. Em cada um destes documentos de comprovação de pagamento, consta o desconto do INSS, no montante de 11% do numerário recebido. Ou seja, a empresa reclamada descontava o valor do INSS do reclamante, porém não fazia o repasse para a autarquia previdenciária o que, no mínimo, consubstancia em enriquecimento sem causa.

Frise-se que o documento juntado pela reclamada (fls. 249 e 259) não é capaz de provar o pagamento dos tributos referidos. Primeiro

porque o mesmo é unilateral, não constando qualquer indício que tenha sido um relatório do INSS; segundo porque, mesmo que assim não fosse, o documento só faz referência ao ano de 2012 e alguns meses do ano de 2011, quando é certo e incontroverso que a relação se deu desde 1985. Nesta situação, prevalece, com muito mais robustez, o documento produzido pelo INSS em 9.6.2012 e juntado à fl. 24, que diz que não houve recolhimentos desde de 06/2010, conforme já mencionado anteriormente.

Concluo, pois, que a reclamada cometeu um ato ilícito, por omissão, nos termos do art. 186 do Código Civil, causando dano ao reclamante, que se viu impedido de usufruir do seu benefício previdenciário. O silogismo é simples: a reclamada deveria recolher e repassar as contribuições previdenciárias para o INSS, em nome do reclamante; apesar de recolhidos, os valores não foram repassados; não sendo repassados, o reclamante perdeu a condição de segurado, comprometendo a sua futura aposentadoria e fazendo com que o mesmo não usufrísse do auxílio-doença previdenciário.

A atitude da reclamada representa dano material ao reclamante porque o mesmo está impedido de receber o benefício previdenciário, sendo que se encontra com incapacidade laboral desde 1º.5.2012, conforme documento de fl. 24. O relatório médico de fl. 44 indica tratamento de 06 meses.

Nesta situação, incide o *caput* do art. 927 do Código Civil, em aplicação autorizada pelo art. 8º da CLT, para condenar a reclamada em indenização por danos materiais.

No caso em concreto, foram identificados dois pedidos relativos aos danos materiais. Um relativo aos danos emergentes (já devidamente comprovados) e um relativo aos lucros cessantes (os quais podem vir a ocorrer em decorrência da atitude da reclamada).

A indenização material, sob a orientação do art. 944 do Código Civil, mede-se pela extensão do dano e segue a lógica da chamada “Equi-

valência Matemática”. No caso, obedecidos os limites do pedido (fl. 10), o reclamante requer indenização, a título de danos emergentes, referente a 04 meses do montante que receberia se estivesse trabalhado para a reclamada.

No particular, alega que tal valor chegaria a R\$ 20 mil reais. Ocorre que, de acordo com a Portaria Interministerial MPS/MF n. 2/2012, o teto do salário de benefício da previdência social é de R\$ 3.916,20, sendo indevido o deferimento de valor mensal superior, sob pena de enriquecimento sem causa. Defiro, pois, a título de danos emergentes, o valor de 04 meses do teto do salário de benefício da previdência social.

Por outro lado, o reclamante também requer, a título de lucros cessantes, o pagamento de 12 meses do numerário de R\$ 5.000,00, tempo que argumenta que demorará para retomar a condição de segurado. Todavia, o laudo médico juntado às fls. 44 demonstra que o reclamante deve ficar afastado, e em tratamento, por 06 meses. Após este período, poderá retornar às suas atividades laborais normais, auferindo ganhos, razão pela qual este limite temporal (06 meses) deve ser obedecido (a partir de maio de 2012), a título de lucros cessantes, bem como deve ser obedecido o valor referente ao teto do INSS. Assim, defiro, a título de lucros cessantes, o valor de 06 meses do salário de benefício no teto previdenciário.

Deve ser destacado, no que tange ao teto previdenciário como critério de indenização, que a atividade do autor é autônoma, com rendimentos variáveis, bem como o período de tratamento comprovado é de seis meses. Entendimento contrário importaria em enriquecimento sem causa e em uma sentença condicional, procedimento vedado pelos arts. 128 e 460 do CPC.

Frise-se que a doença que acometeu o reclamante, segundo o laudo médico de fl. 44, diz respeito ao etilismo, sendo que, em nenhum momento, restou provado, ou alegado, que a doença tenha relação com o trabalho desenvolvido.

A condenação em danos materiais decorre da atitude da reclamada, durante a relação de trabalho, em deixar de recolher valores à Previdência Social, causando prejuízos materiais e morais ao reclamante.

Assim o sendo, condeno a reclamada a pagar o montante de R\$ 39.162,96, a título de indenização por danos materiais, sendo que tal valor engloba 10 meses de afastamento (sendo 04 meses a título de danos emergentes e 06 meses a título de lucros cessantes), no teto do benefício da previdência social que teria direito, caso a reclamada tivesse procedido com os repasses à Previdência.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Configura-se o dano moral quando há ofensa aos atributos da personalidade do indivíduo, tais como honra, intimidade, vida privada e imagem, quer a subjetiva, quer aquela projetada na sociedade, no ambiente familiar ou no profissional.

Nos termos dos arts. 186 e 927 do CC, surge o dever de indenizar quando, por ação ou omissão voluntária, dolosa ou culposa, comete-se ato ilícito, violando direito e causando dano, material ou moral, a outrem.

No caso, o dano moral se configura *in re ipsa*. É natural, uma vez provado o ato ilícito cometido pela reclamada, que o reclamante tenha angústia e sofrimento subjetivo e objetivo. O fato de, inesperadamente, não poder contar com o auxílio previdenciário em um momento de doença representa dano tanto do ponto de vista interno (subjetivo), como perante a sociedade (objetivo).

Como todo homem que vive em sociedade, o reclamante precisa auferir ganhos para a sua sobrevivência e de sua família. Por ocasião de doença, o INSS socorreria o segurado. Todavia, por culpa da reclamada, como esclarecido no tópico anterior, o reclamante se viu sem rendimentos, o que, para o homem médio significa a sua diminuição moral interna e perante a sociedade, eis que deixa de prover o seu sustento

e o dos seus. A incerteza, inclusive sobre a sua aposentadoria futura, causaria grande angústia e aflição a qualquer cidadão comum.

Assim, considerada a gravidade do ato praticado pela Reclamada, grande empresa de bebidas, onexo causal e o dano moral experimentado pelo reclamante, bem como a capacidade econômica das partes e o caráter pedagógico da condenação, defiro indenização por dano moral que ora arbitro em R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), valor que considero dentro dos parâmetros reparatórios do agravo sofrido, nos termos dos arts. 5º, V e X da CRFB-88 e 944 do CC.

PRESTAÇÃO JURISDICIONAL GRATUITA

Não há elementos que afastem a presunção de veracidade do fundamento do pleito de prestação jurisdicional gratuita. Ao contrário, o reclamante está, atualmente, sem rendimentos. Defiro o pedido, com fulcro no art. 790, § 3º, CLT.

COMPENSAÇÃO/DEDUÇÃO

Tendo em vista que não foram deferidas ao autor parcelas ao mesmo título no curso da relação laboral, não há que se falar em qualquer dedução ou compensação. Também não se justificam os pedidos da reclamada quanto à observância dos salários da categoria profissional, nem a dedução de dias não trabalhados, uma vez que não foram deferidas parcelas que se relacionem ou tenham essas bases de cálculo.

RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

Em não havendo parcelas salariais deferidas, não incidem descontos previdenciários ou fiscais. As parcelas deferidas são indenizatórias.

JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA

Incidem juros de 1% ao mês, a partir do ajuizamento, na forma do art. 39 da Lei n. 8.177/91 e art. 883 da CLT. Correção monetária a partir do primeiro dia útil do mês subsequente ao

vencido, no que se refere à condenação em dano material. Quanto à condenação em dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data desta decisão, nos termos da Súmula 439 do TST.

OFÍCIOS

Tendo em vista os fatos aqui apurados, após o trânsito em julgado, oficiem-se a SRTE e a Receita Federal do Brasil e o INSS.

Também oficiem-se, **de imediato**, em razão da prescrição em matéria penal, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho e a Polícia Federal – Superintendência de Minas Gerais, para, se for o caso, adotarem as providências que entenderem cabíveis. Ao MPT e ao MPF, remetam-se, inclusive, cópia da sentença.

DISPOSITIVO

POR TODO O EXPOSTO, nos autos da Ação Trabalhista 001519-45.2012.5.03.0013, que RONALDO ZSCHABER move em face de SPAL INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S.A., rejeito as preliminares de incompetência material, de impossibilidade jurídica do pedido e de ilegitimidade passiva; pronuncio a prescrição dos pleitos de natureza condenatória anteriores a 8.8.2007, extinguindo-os com resolução do mérito (art. 269, IV, CPC), ressalvando a imprescritibilidade das pretensões de natureza declaratória, e, no mérito propriamente dito, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos, nos termos da fundamentação, que integra este dispositivo, para condenar a reclamada a pagar ao reclamante, a partir do trânsito em julgado da presente ação:

- Indenização por danos materiais no valor de R\$ 39.162,96 — (valor que equivale a 10 meses de benefício no teto da previdência do ano de 2012, sendo 04 meses a título de danos emergentes e 06 meses a título de lucros cessantes);
- Indenização por danos morais no valor de R\$ 24.000,00.

Concedidos ao reclamante os benefícios da justiça gratuita.

Incidem juros de 1% ao mês, a partir do ajuizamento, na forma do art. 39 da Lei n. 8.177/91 e art. 883 da CLT. Correção monetária a partir do primeiro dia útil do mês subsequente ao vencido, no que se refere à condenação em dano material. Quanto à condenação em dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data desta decisão, nos termos da Súmula n. 439 do TST.

Em atenção ao art. 832, § 3º, da CLT, declara-se que as parcelas deferidas possuem natureza indenizatória, sendo indevidos recolhimentos fiscais ou previdenciários.

Custas pela reclamada, no importe de R\$ 1.263,26, calculadas sobre o valor ora arbitrado à condenação, R\$ 63.162,96.

Tendo em vista os fatos aqui apurados, após o trânsito em julgado, oficiem-se a SRTE e a Receita Federal do Brasil e o INSS.

Também **oficiem-se, de imediato**, da prescrição em matéria penal, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho e a Polícia Federal — Superintendência de Minas Gerais, para, se for o caso, adotarem as providências que entenderem cabíveis. Ao MPT e ao MPF, remetam-se, inclusive, cópia da sentença.

Condenação líquida. Caso necessária a atualização, faça-se por cálculos.

Marque-se o processo com o selo de relevância e memória da Justiça do Trabalho da 3ª Região.

Advertem-se as partes quanto à necessidade de se evitar o uso de embargos de declaração fora das hipóteses legais, sob pena das cominações do art. 538 do CPC.

Partes cientes (S. 197, Colendo TST).

Intime-se a União, ao final.

Nada mais.

Encerrou-se.

MARCOS ULHOA DANI

Juiz do Trabalho

8ª Vara do Trabalho de João Pessoa – PB

PROCESSO: 0067700-76.2013.3.13.0025

RECLAMANTE: SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DA PARAÍBA — SEESVEP — SINDVIG/PB

RECLAMADO: KAIROS SEGURANÇA LTDA. — EPP, MARANATA PRESTADORA DE SERVIÇOS E CONSTRUÇÕES LTDA. e CONDOMÍNIO CHÁCARAS DE CARAPIBUS

Vistos etc.

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação civil coletiva formulada por SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DA PARAÍBA — SEEVESP — SINDVIG/PB, em desfavor de KAIROS SEGURANÇA LTDA. — EPP, MARANATA PRESTADORA DE SERVIÇOS E CONSTRUÇÕES LTDA. e CONDOMÍNIO CHÁCARAS DE CARAPIBUS, em que se postula: benefícios da justiça gratuita; declaração de responsabilidade solidária das duas primeiras rés; declaração de responsabilidade subsidiária do terceiro réu; reconhecimento da hora noturna reduzida, com pagamento de horas extras e reflexos; diferenças de adicional noturno e reflexos; indenização decorrente de danos morais coletivos; e honorários sindicais.

Na audiência do dia 26 de agosto de 2013, após rejeitada a primeira proposta conciliatória, foram recebidas as defesas dos dois primeiros réus, tendo a ré principal, KAIROS SEGURANÇA LTDA. — EPP, em suma, preliminarmente, arguido a ilegitimidade ativa do autor, e, no mérito, sustentado a inaplicabilidade da hora noturna reduzida para os seus empregados que trabalham na jornada 12 x 36, argumentando também que já paga adicional noturno sobre 128 horas por mês (dizendo que já considera a jornada noturna como sendo de 22h00 às 07h00). Disse, ainda, que o horário de

intervalo intrajornada já é remunerado, com base em Acordo Coletivo, e que não há culpabilidade de sua parte que autorize o deferimento de danos morais coletivos.

A segunda reclamada, MARANATA PRESTADORA DE SERVIÇOS E CONSTRUÇÕES LTDA., por sua vez, suscita preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*; e, no mérito, pugna pela improcedência da postulação, uma vez que a jornada dos empregados representados pelo autor foi pactuada em norma coletiva.

Por fim, o terceiro réu apresentou defesa oral em audiência, apenas sustentando que não pode ser responsabilizado por verbas decorrentes da presente demanda, posto que há cláusula no contrato com a ré principal que exclui tal responsabilidade.

O autor impugnou os documentos juntados pelos réus.

Em seguida, sem outras provas, foi encerrada a instrução.

Razões finais apresentadas.

Sem êxito a segunda proposta de acordo.

Designada sentença.

É o Relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Ilegitimidade ativa do autor – arguição da ré KAIROS SEGURANÇA LTDA. – EPP

Sustenta a ré principal que o autor é parte ilegítima para figurar no polo ativo da demanda,

uma vez que pleiteia em nome próprio direito individual.

Rejeita-se, contudo, a preliminar sob esse prisma.

Como se sabe, a substituição ampla pelo sindicato (para direitos coletivos e individuais homogêneos) é atualmente matéria que já não desperta discussões na jurisprudência, após manifestações do STF, como a constante no precedente que ora citamos:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O art. 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Origem: RS – Rio Grande do Sul. Rel. Min. Carlos Velloso. Data de Publicação DJ 17.8.2007. (sublinhamos)

Os precedentes do STF, inclusive, levaram ao cancelamento da Súmula n. 310 do TST limitativa da atuação dos entes coletivos.

A título de tergiversação, vale salientar que é indiferente, inclusive, para a caracterização da legitimidade sindical, que o ente coletivo esteja substituindo um número maior ou menor de filiados. Pensar de tal modo seria o mesmo que negar a interpretação jurisprudencial acima transcrita, ou seja, seria o mesmo que retroceder na interpretação ampla da legitimação. Ainda que haja somente um substituído, portanto, tal fato não serve de empecilho para o processamento da ação, nem se faz necessária a coleta de sua assinatura como pressuposto da ação, sob pena de burocratização desnecessária

da inicial, quando não há nenhum diploma legal que exija tal requisito.

Some-se que é da natureza desse tipo de ação a sintetização de teses jurídicas que se aplicarão a indivíduos e situações que neles se enquadrarem, mesmo quando tais indivíduos ainda não sejam conhecidos com precisão durante o trâmite da ação, sendo, portanto, desnecessária a apresentação de rol de substituídos.

Neste compasso, portanto, enxergamos que o ente público é, definitivamente, parte legítima, quando tutela direitos individuais homogêneos, sob a tese da inobservância patronal do pagamento de horas extras e adicional noturno a um determinado número de empregados.

Preso ainda a esta fundamentação, entendemos, por outro lado, que ao autor não foi conferida a legitimidade para tutela de direitos difusos, o que implica no acolhimento da preliminar, mas em atuação de ofício, para extinção do processo, sem resolução do mérito, em relação ao pleito de indenização por dano moral coletivo, nos moldes do art. 267, VI, do CPC, aplicável subsidiariamente.

2. Ilegitimidade Passiva – Arguição da ré MARANATA PRESTADORA DE SERVIÇOS E CONSTRUÇÕES LTDA.

Rejeita-se a arguição.

Com efeito, tendo o reclamante indicado a segunda ré também como devedora de sua pretensão deduzida em juízo, à vista da teoria abstrata da ação, legítima é a sua condição para figurar no polo passivo da lide.

Se há ou não responsabilidade de sua parte de natureza solidária, somente oportunamente, quando da análise meritória, é que tal controvérsia será dirimida.

3. Jornada 12 x 36/Hora noturna reduzida/Horas extras/Diferenças de adicional noturno/Reflexos

O suporte fático e jurídico para os pleitos em destaque ata-se e limita-se à alegação do sindicato autor no sentido de que os empregados

da primeira ré que prestavam serviços para o terceiro reclamado trabalhavam em horário noturno, na jornada 12 x 36, porém, sem que a reclamada contabilizasse a hora reduzida de 52 minutos e 30 segundos e sem a extensão do horário noturno até às 07h00, conforme orienta a Súmula n. 60, II, do TST.

Há que se considerar, desde logo, que a causa não desperta maior complexidade, dada à iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, como veremos adiante.

Antes de passarmos à análise meritória específica acerca da pretensão autoral, algumas considerações são válidas de ordem técnica processual. Pois bem, em que pese estejamos diante de substituição processual em face de direitos individuais homogêneos, cabe aqui, na presente fase cognitiva, apenas estipular se subsiste ou não o direito pretendido.

Muito embora tenha sido mencionada, desde o início da causa, a necessidade de lista de substituídos, tal fato por si só, afigura-se irrelevante para o estágio processual em que se encontra a demanda.

O que se deve ter em mente no presente momento é a existência ou não do direito postulado, sendo alçada a um segundo plano a questão voltada a quem seriam os beneficiários deste direito.

Nesse espectro, é bom que se diga que as ações coletivas visam à formação de um título executivo judicial que alcancem ou possam alcançar determinados indivíduos (se estivermos diante de proteção a direito individual homogêneo).

Para a presente fase processual, apenas a formação do título, repise-se, faz-se necessário. O que se perquire é: há ou não desrespeito às normas que estabelecem redução da hora noturna, o pagamento de horas extras ou do adicional noturno?

Se há, reconhece-se. Nada mais.

À luz do art. 95, da Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, *em caso de procedência*

do pedido, a condenação será genérica, bastando a este juízo apenas fixar a responsabilidade das rés pelos eventuais danos causados.

Somente por ocasião da promoção da liquidação pelos empregados beneficiados com a decisão, caso seja ela favorável, é que se observarão os alcances subjetivos da presente sentença.

A liquidação e a execução da sentença, portanto, devem seguir os passos previstos nos arts. 97 e 98 do CDC, ora transcritos:

Art. 97. A liquidação e a execução da sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções. (Redação dada pela Lei n. 9.008, de 21.3.1995)

§ 1º A execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar ma ocorrência ou não do trânsito em julgado.

§ 2º É competente para a execução o juízo:

I – da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II – da ação condenatória, quando coletiva a execução.

Pensar de outro modo poderia resultar na formação desnecessária de um litisconsórcio multitudinário em meio a uma fase cognitiva, atravancando a diluição do litígio e a celeridade, axiomas que custam caro a esses tipos de ações e que são a base de sua existência. Não fosse desse modo, sujeitaríamos o processo em todo o seu curso às exceções individuais em face dos substituídos, lançadas pelos réus, por exemplo.

Dito isso, poderemos agora volver a análise para o cerne principal da controvérsia, qual seja, o direito à hora reduzida noturna para o empregado que trabalha na jornada 12 x 36

e a contabilização do adicional noturno em relação às horas de prorrogação da jornada cumprida integralmente no período da noite.

De logo, deixe-se claro que no entender deste Órgão Jurisdicional não há qualquer irregularidade na fixação da jornada 12 x 36, desde que preservada a hora reduzida noturna (quando for o caso) e os intervalos intrajornadas de no mínimo uma hora.

É acertado pensar que quando a Constituição Federal fixou, no inciso XIII, do art. 7º, o limite máximo da jornada, não quis que tal fixação fosse interpretada em desprestígio do seu próprio *caput*, quando prevê que os direitos ali estabelecidos devem prestigiar outros que visem à melhoria da condição do trabalhador.

Com efeito, a jornada 12 x 36 encontra-se alcançada pelo referido *caput*, pois mais benéfica ao empregado já que visa uma melhoria de sua condição social, sem se falar que tal jornada é um postulado da própria classe trabalhadora, sendo indiferente para os empregadores.

À luz da peculiaridade desta jornada, o empregado que trabalha de 07h00 às 19h00 da segunda-feira, por exemplo, somente voltará a trabalhar no mesmo horário da quarta-feira, podendo gozar de um descanso bem mais dilatado, sem prejuízo de sua saúde física e mental.

A propósito da discussão, o TST já se manifestou em diversos acórdãos pela validade da jornada em destaque. Vejamos então alguns acórdãos nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. Jornada 12 x 36 — Redução da hora ficta noturna — Horas extras — Diferenças de repouso semanal remunerado. 2. *TICKET-REFEIÇÃO*. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. O empregado sujeito à jornada especial 12 x 36, ainda que prevista em norma coletiva, faz jus à hora noturna reduzida, porquanto se trata de direito previsto em norma de ordem pública (art. 73, § 1º, CLT), não podendo ser suprimido pela vontade das partes. Apenas se a negociação coletiva fixasse adicional noturno mais elevado, compensando o cálculo econômico da

hora ficta do art. 73, §1º, da CLT, é que seria viável a flexibilização do mencionado horário noturno por regra coletiva negociada, o que não é retratado na hipótese dos autos. Desse modo, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. Processo: AIRR – 194-94.2011.5.05.0019 – Data de Julgamento: 26.6.2013 – rel. Min. Mauricio Godinho Delgado – 3ª Turma – Data de Publicação: DEJT 1º.7.2013. (Sublinhamos) RECURSO DE REVISTA. REGIME DE 12 HORAS DE TRABALHO POR 36 DE DESCANSO. REDUÇÃO FICTA DA HORA NOTURNA. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. Esta Corte Superior, atenta aos princípios tutelares que norteiam o Direito do Trabalho, firmou posicionamento no sentido de que a adoção do regime de 12 horas de trabalho por 36 de descanso não afasta o direito do empregado a hora noturna reduzida fixada no art. 73, § 1º, da CLT. Dessa orientação dissentiu o Tribunal Regional. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. Processo: RR – 194500-02.2005.5.13.0003 – Data de Julgamento: 19.6.2013 – rel. Min. Waldir Oliveira da Costa – 1ª Turma – Data de Publicação: DEJT 21.6.2013. (Sublinhamos) “1) INTERVALO INTRAJORNADA SUPRIMIDO — TRABALHO EM SISTEMA DE TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO DE 12 X 36 HORAS. DEVIDA UMA HORA DIÁRIA, COM ACRÉSCIMO DO ADICIONAL DE 50% — ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NS. 307 E 342 DA SBDI-1 DO TST. 1. A jurisprudência dominante desta Corte segue no sentido de que o intervalo intrajornada para refeição e descanso, previsto no art. 71, § 4º, da CLT, é direito de todo trabalhador, independentemente de a jornada estipulada ser de 6 ou 8 horas ou o trabalho ser realizado em sistema de turnos ininterruptos de revezamento, devendo o período ser de uma hora sempre que a duração da jornada for superior a seis horas. 2. Nesse contexto, não tendo sido concedido o período de uma hora ao Reclamante, submetido ao

regime de revezamento de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, aplica-se a jurisprudência pacificada do TST, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial n. 307 da SBDI-1, que segue no sentido de que, após a edição da Lei n. 8.923/94, a não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT). 3. Verifica-se ainda que a decisão do Regional, ao afastar a aplicação dos dispositivos legais sobre a matéria em razão da existência de norma coletiva, foi contrária à jurisprudência iterativa e notória desta Corte, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial n. 342 da SBDI-1 do TST, no sentido de considerar inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública. II) AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE HORA NOTURNA E HORA DIURNA — PREVISÃO EM NORMA COLETIVA — IMPOSSIBILIDADE ART. 73, § 1º, DA CLT — NORMA DE ORDEM PÚBLICA. 1. Segundo o § 1º do art. 73 da CLT, a hora do trabalho noturno será computada como de cinquenta e dois minutos e trinta segundos. 2. Ora, o mencionado preceito consolidado constitui norma de ordem pública visando a garantir a higidez física e mental do trabalhador em face da penosidade do trabalho noturno, no qual este despence maior esforço do que aquele que cumpre jornada no período diurno. 3. Nesse contexto, e na esteira de precedentes desta 4ª Turma (TST-RR-1.562/2002-104-03-00.8, rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, DJ de 3.3.06; TST-RR-1.277/1999-002-15-00.4, rel. Juiz Convocado Luiz Antônio Lazarim, 4ª Turma, DJ de 20.5.05; TST-AIRR e RR-371/1999-004-17-00.8, rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, DJ de 3.2.06), não pode, mesmo que por meio de acordo coletivo, ser afastada a hora noturna reduzida, sob pena de não se respeitarem os direitos mínimos assegurados aos trabalhadores

pela norma consolidada. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista TST-RR-337/2005-005-18-00.3, em que é Recorrente VILMAR FERREIRA DE SOUZA e Recorridos UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS — UFG e MASSA FALIDA DA ORGAL VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA.” PROC. N. TST-RR-337/2005-005-18-00.3. C/J PROC. N. TST-AIRR-337/2005-005-18-40.8. 4ª TURMA. RELATOR IVES GANDRA MARTINS FILHO”. (sublinhamos)

Como se percebe, a partir dos acórdãos acima transcritos, a jurisprudência aceita a jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, mas não permite que alguns direitos básicos relacionados a aspectos de saúde do empregado possam ser flexibilizados.

Especificamente em relação à hora reduzida noturna, há que se considerar que a resistência na admissão da tese da reclamada advém, inclusive, em termos práticos, na necessidade de se manter o equilíbrio entre todos aqueles que prestam serviços em situações similares, com variação apenas do horário. Imaginem que no caso concreto existam empregados trabalhando no mesmo tipo de jornada, porém, no turno de 06h00 às 18h00. Vejam que na jornada 12 x 36 os empregados sempre trabalham nos mesmos horários em dias alternados. Ora, se aceitarmos então que os empregados da ré, que trabalham sempre no horário noturno e no mesmo ambiente laboral, sejam remunerados nos mesmos moldes daqueles que trabalham em horário diurno, decerto que haverá um desequilíbrio na prestação de forças em desprestígio daqueles que trabalham no horário noturno, por razões óbvias que dispensam maiores comentários.

Nesses moldes, resta evidente nos autos que o tratamento dado pela ré é igual para empregados que se encontram em situações desiguais. Tal linha de reflexão ignora que o princípio da igualdade pressupõe que os desiguais sejam tratados desigualmente, na

medida de suas desigualdades. A medida da desigualdade, portanto, neste caso concreto, é admitir a jornada reduzida noturna também para o empregado que trabalha em jornada de 12 horas de labor por 36 de descanso.

Some-se que o resultado disso tudo é o reconhecimento que a ré é devedora de horas extras, sendo indiferente que tenha pactuado com o sindicato a remuneração pela supressão do intervalo intrajornada, uma vez que ambas não se confundem.

Noutro vértice, agora em relação à prorrogação das horas de incidência do adicional noturno, quando a jornada é inteiramente trabalhada no horário notívago, enxergamos que a parte autora, mais uma vez, tem razão em suas alegações.

Nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. REGIME DE 12 X 36. PRORROGAÇÃO DE JORNADA. JORNADA MISTA. ADICIONAL NOTURNO. 1. Hipótese em que mantida pelo Tribunal Regional a sentença de improcedência, ao fundamento que — a jornada da reclamante era das 19 h às 7 h, ou seja, era mista, abarcando, ao mesmo tempo, períodos considerados como de trabalho diurno e noturno, sem, contudo, haver prorrogação da jornada, diante da compensação decorrente da escala de 12 x 36 —. 2. Decisão regional em dissonância com a jurisprudência pacífica desta Corte Superior, consubstanciada na Súmula n. 60 e na OJ n. 388/SDI-I. 3. Deste modo, abarcando, a jornada da reclamante — das 19 h às 07 h do dia seguinte —, todo o período noturno — 22 h às 5 h —, além do pagamento do adicional correspondente quanto às horas trabalhadas nesse período, também é devido em relação àquelas que se seguem após as cinco horas da manhã. Recurso de revista conhecido e provido. Processo: RR – 569-55.2010.5.15.0083 – Data de Julgamento: 19.6.2013, rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28.6.2013. (sublinhamos)

Decerto que a reclamada disse que pagava a hora noturna prorrogada, em sintonia com a

orientação estampada na Súmula n. 60, II, do TST. De fato, isso é visto quando da análise dos contracheques dos autos, onde se verifica que por mês os empregados recebiam adicional noturno sobre 128 horas por mês. No entanto, verifica-se que a mesma não considerava a hora reduzida, o que se leva a crer que há uma diferença clara de adicional noturno após o cálculo da quantidade de horas trabalhadas pelos empregados sujeitas à hora reduzida fictivamente. Para sermos mais claros, por dia trabalhado à noite, entre 22h00 e 07h00, há um total de 10 horas e 17 minutos em horário noturno. A esse número deverão ser acrescidas as 3 horas normais trabalhadas pelos empregados antes de 22h00, o que totaliza 13 horas e 17 minutos de labor por dia.

Assim, como apanhado de tudo o que dissemos acima, entendemos que os substituídos alcançados com o resultado desta demanda, fazem jus a uma hora e dezessete minutos extras por cada jornada, além das diferenças de adicional noturno sobre o mesmo número de horas. Procedem igualmente, os reflexos nas parcelas de férias com 1/3, trezenos, FGTS e repouso semanal remunerado, devendo o adicional noturno também servir de base para o cálculo das horas extras. Não há que se falar, porém, em reflexos em adicional de periculosidade, uma vez que não há notícia de que os empregados recebiam tal adicional.

4. Responsabilidade solidária da segunda reclamada/Responsabilidade subsidiária do terceiro réu

Declara-se a responsabilidade solidária entre as reclamadas KAIROS SEGURANÇA LTDA. – EPP e MARANATA PRESTADORA DE SERVIÇOS E CONSTRUÇÕES LTDA., uma vez que resta patente nos autos que ambas integram o mesmo grupo econômico, a partir do cotejo dos documentos constantes nos sequenciais ns. 30 e 69 que apontam para a comunhão de sócios entre as empresas, inclusive vindo ambas as rés em audiência com a mesma advogada.

Do mesmo modo, em relação ao pleito de responsabilização subsidiária do terceiro réu, entendemos que assiste razão ao autor.

Nosso entendimento caminha em sintonia com a jurisprudência unificada do TST, inteligentemente posta no item IV da Súmula n. 331, que diz:

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.

6. Justiça gratuita e honorários sindicais

Defere-se ao autor os benefícios da justiça gratuita, uma vez declarada na inicial da reclamatória a condição de miserabilidade em que se encontram os substituídos, sendo certo que tal declaração pode ser feita pelo causídico do ente associativo, por interpretação que decorre da leitura da OJ n. 331, da SDI I, do TST, que assim disciplina: “JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. MANDATO. PODERES ESPECÍFICOS DESNECESSÁRIOS. DJ 9.12.03. Desnecessária a outorga de poderes especiais ao patrono da causa para firmar declaração de insuficiência econômica, destinada à concessão dos benefícios da justiça gratuita.”

Defere-se, igualmente, honorários sindicais de 15% pelo patrocínio da causa em prol dos seus associados.

Vale salientar que o deferimento dos honorários sindicais em tais circunstâncias encontra amparo na jurisprudência sumulada do TST (Súmula n. 219, item III).

III – CONCLUSÃO

Isso posto, decide este juízo: CONCEDER os benefícios da justiça gratuita ao autor;

ACOLHER, parcialmente, a preliminar de ilegitimidade ativa do autor em relação ao pleito de indenização decorrente de danos morais coletivos, para extinguir o processo sem resolução do mérito nos moldes do art. 267, VI, do CPC; REJEITAR a preliminar de ilegitimidade passiva; e, no mérito, JULGAR **procedentes, em parte**, os pleitos objeto da postulação de SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DA PARAÍBA — SEESVEP — SINDVIG/PB em face de KAIROS SEGURANÇA LTDA. — EPP, MARANATA PRESTADORA DE SERVIÇOS E CONSTRUÇÕES LTDA. e CONDOMÍNIO CHACARAS DE CARAPIBUS, para condenar as duas primeiras rés de forma principal e solidária e o terceiro de forma subsidiária, no pagamento das seguintes parcelas: uma hora e dezessete minutos extras por cada jornada, além das diferenças de adicional noturno também sobre uma hora e dezessete minutos, com reflexos nas parcelas de férias com 1/3, trezenos, FGTS e repouso semanal remunerado, devendo o adicional noturno também servir de base para o cálculo das horas extras.

Liquidação e execução nos moldes dos arts. 97 e 98, da Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor.

Tudo nos termos da fundamentação *supra* que integra este dispositivo como se o conteúdo nela constante aqui estivesse transcrito literalmente.

Custas de R\$ 600,00 (seiscentos reais), pelas rés, calculadas com base no valor ora arbitrado para fins fiscais.

Intime-se às partes.

João Pessoa/PB, 30 de agosto de 2013.

JOSÉ ARTUR DA SILVA TORRES

Juiz do Trabalho

Vara do Trabalho de Rio do Sul – SC

PROCESSO: RTOrd 0000703-06.2012.5.12.0048

Aos quatorze dias do mês de novembro de 2012, às 18h25min, na sala de audiências da 2ª Vara do Trabalho de Rio do Sul, presente o Excelentíssimo Juiz **Roberto Masami Nakajo**, apregoadas as partes **Manoel Marchetti Indústria e Comércio Ltda.**, autora, **União — Advocacia-Geral da União**, réu, foi proferida a seguinte

SENTENÇA

Vistos.

RELATÓRIO

Manoel Marchetti Indústria e Comércio Ltda., qualificada nos autos, ajuizou ação declaratória c/c pedido cominatório e tutela antecipada em face de União — Advocacia-Geral da União, postulando os títulos elencados na exordial de fls. 02-25. Deu à causa o valor de R\$ 1.000,00 e juntou documentos.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi negado por meio da decisão de fls. 248-248v.

O autor postulou medida cautelar incidental por meio do petitório de fls. 251-257, a qual foi negada conforme decisão de fls. 315-315v.

Em audiência inaugural, restou inexitosa a primeira tentativa de conciliação. Contestação às fls. 343-426, acompanhada de documentos, juntada aos autos.

Manifestação da autora às fls. 464-472.

A autora reiterou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela no petitório de fls. 476-478, pedido que foi negado por meio da decisão de fl. 500-500v.

Em audiência de instrução, colheram-se os depoimentos pessoais das partes e realizou-se a

oitiva de três testemunhas arroladas pela parte autora (fls. 507-510).

Testemunhas arroladas pela parte reclamada ouvida por carta precatória, juntada às fls. 520-522v. e fls. 535-537.

Sem mais provas, a instrução processual foi encerrada.

Razões finais remissivas e orais pelo autor, conforme ata de audiência à fl. 543, e prejudicadas pelo réu.

Prejudicada a derradeira tentativa de conciliação.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Da alegada inexistência de submissão de trabalhadores a condição análoga à de escravo

Postula o autor que este juízo declare que a autora não praticou qualquer conduta que enseje sua inscrição no rol de empresas que mantém empregados em condições análogas às de escravo.

Sustenta que o auto de infração lavrado pelo auditor fiscal somente constatou a irregularidade de “*manter empregado trabalhando sob condições contrárias às disposições de proteção ao trabalho*”, o que não caracteriza justificativa legal para inclusão na lista de trabalho escravo. Aduz que a existência de trabalho escravo ou análogo somente é caracterizada quando há de algum modo o cerceamento de liberdade do trabalhador, ainda que de forma indireta (coação moral e psicológica), o que não ocorreu no ambiente de trabalho mantido pela empresa e que foi objeto de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego. Alega que a submissão

a trabalho em condições degradantes, embora censurável, não é equiparável a trabalho escravo.

A União nega os fatos articulados pela autora na inicial. Afirma, em síntese, que a conceituação de trabalho escravo ou análogo hodiernamente deve ser observado sob uma ótica diferenciada, porquanto não se trata da mera existência de cerceamento à liberdade. Aduz que o próprio tipo penal previsto no art. 149 do Código Penal passou a prever o trabalho em condições degradantes como gênero do trabalho escravo.

A Portaria Interministerial n. 2, de 12 de maio de 2011 (originariamente Portaria n. 1.234/2003 do Ministério do Trabalho e Emprego, sobreposta pela Portaria n. 540/2004) criou o cadastro de empregadores nos seguintes termos:

“Art. 1º Manter, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego — MTE, o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo.”

“Art. 2º A inclusão do nome do infrator no Cadastro ocorrerá após a decisão administrativa final relativa ao auto de infração, lavrado em decorrência de ação fiscal, em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo. [...]”

A Portaria, como se vê, não conceitua o que constitui trabalho escravo ou em condições análogas à de escravo, de forma que este conceito deve ser buscado fora do âmbito da norma instituidora do Cadastro, em outros diplomas legais e na doutrina.

Conforme o art. 2º da Convenção n. 29 da OIT, de 1930 (convenção sobre o trabalho forçado ou obrigatório), ratificada pelo Brasil, “a expressão trabalho forçado ou obrigatório” designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, preceitua de forma geral que “ninguém

será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico serão proibidos de todas as suas formas”.

A Convenção n. 105 da OIT, de 1957, também ratificada pelo Brasil (convenção sobre a abolição do trabalho forçado), complementa as diretrizes de combate ao trabalho escravo, nos termos de seu preâmbulo que preceitua a ampliação do combate tendo em vista a adoção em convenções anteriores de medidas tendentes a abolir escravidão, o tráfico de escravos, a instituições e práticas análogas à escravidão, bem como de práticas que não eliminem a possibilidade real do trabalhador deixar seu emprego.

O direito penal, por sua vez, por meio de recente alteração legislativa promovida pela Lei n. 10.803/03, assim passou a tipificar no art. 149 do Código Penal o crime de redução a condição análoga à de escravo:

“Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.”

Traz o tipo penal um tipo misto alternativo, por meio do qual é caracterizado o crime tipificado no art. 149 quando o sujeito ativo pratica qualquer uma das condutas descritas no tipo penal.

Embora o presente caso não se trate de lide penal, é importante trazer aos autos o conceito tipificado pela norma criminal, porquanto traduz a evolução conceitual do trabalho escravo ou em condições análogas à de escravo.

Ademais, é cediço que o Direito Penal é um direito subsidiário e fragmentário, que somente é chamado para solucionar os conflitos que nenhum outro ramo do direito conseguiu com êxito resolver. Se este direito, que é revestido de maiores garantias, por se tratar de verdadeiro limitador do poder punitivo estatal aumentou o âmbito conceitual do trabalho escravo, por

maior razão este conceito deve ser trazido à esfera administrativa, como é o caso do cadastro informativo instituído pela referida Portaria.

Segundo Christiani Marques, “o trabalho escravo ou forçado moderno é a exploração violenta da pessoa humana, cativada por dívidas contraídas pela necessidade de sobrevivência e forçada a trabalhar, pelo aliciamento feito por pessoas que lucram com o fornecimento e a utilização de sua força de trabalho em propriedades rurais (na maioria das vezes, além de muito afastadas, estão localizadas na região norte do Brasil, onde a fuga é difícil, perigosa e arriscada)” (in: *A Proteção ao Trabalho Penoso*, Ltr, 2007, p. 32).

José Cláudio Monteiro de Brito Filho, por sua vez, define o trabalho em condições análogas a de escravo, como o exercício do trabalho humano em que há restrição, em qualquer forma, à liberdade do trabalhador, e/ou quando não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador (in: *Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana*, *Revista Genesis*, n. 137, Curitiba, 2004, p. 673-682).

Contextualizada esta questão, forçoso reconhecer que o conceito de trabalho escravo sofreu nítida evolução, desde a Convenção n. 29 da OIT até a recente lei que alterou a redação do art. 149 do Código Penal.

Há complementariedade entre os conceitos doutrinários supratranscritos, que demonstram justamente a evolução do conceito de trabalho escravo ou em condições análogas, que hoje não se limita de forma absoluta a existência de efetiva restrição à liberdade.

Diversas são as práticas que podem caracterizar o trabalho escravo ou em condições análogas à de escravo, dentre as quais cito, exemplificativamente: a) o aliciamento de trabalhadores em locais distantes da prestação de serviços com falsas promessas de ganhos promissores; b) retenção de CTPS; c) alojamentos precários; d) ausência de instalações sanitárias

adequadas; e) ausência de água potável; f) falta de condições de higiene; g) utilização do sistema de barracão (*truck system*), dentre outros.

No caso dos autos, segundo o auto de infração de fl. 33-33v., o auditor fiscal do trabalho constatou as seguintes irregularidades no alojamento em que estavam os trabalhadores da empresa autora: a) casa sem forro que causava terrível sensação térmica, com mínima ventilação natural; b) ausência de qualquer mobiliário além dos beliches; c) superlotação, pois não se obedeceu ao espaço mínimo de 3 m², havendo até quatro trabalhadores instalados no espaço de 6 m²; d) ausência de fornecimento de roupas de cama; e) ausência de fornecimento de armários individuais, obrigando os trabalhadores a espalharem suas roupas pelo chão; f) ambiente com cheiro nauseante; g) subdimensionamento e precariedade da lavanderia; h) instalação sanitária provida de um chuveiro, um vaso sanitário e um lavatório para todos os trabalhadores (inicialmente 21 trabalhadores e no dia da fiscalização eram 15 trabalhadores); i) a água do banheiro retorna pelo ralo do chuveiro transbordando água para toda a casa; h) a água para beber é retirada de um poço que não recebe nenhum tratamento; j) relatos de dores abdominais decorrentes da ingestão da água.

As situações minuciosamente descritas no auto de infração são confirmadas pela oitava dos auditores-fiscais (fls. 521-522 e 535-537), que ainda esclareceram que os trabalhadores foram arregimentados por um intermediário de nome “Brasília” para trabalharem em Rondônia, Município de Jaci-Paraná, onde ocorriam as obras de responsabilidade da empresa autora. Informaram as testemunhas, ademais, que era cobrado dos trabalhadores o valor de R\$ 350,00 para transporte desde a origem (Estado de Sergipe, Município de Canindé) até o local de trabalho. Informaram, ainda, que os contratos de trabalho não foram logo formalizados quando os trabalhadores foram arregimentados, mas somente em momento posterior.

Observo que as situações descritas no auto de infração e confirmadas pelas testemunhas ouvidas por carta precatória não são contestadas pela empresa autora. Ao contrário, conforme ata de reunião de fl. 37-37v., a empresa reconhece que foi cobrado dos trabalhadores o valor de R\$ 350,00 a título de deslocamento, comprometendo-se a devolver tal quantia.

É importante frisar que em momento algum, tanto no processo administrativo como no presente processo judicial, a empresa nega a existência dos fatos exaustivamente expostos no auto de infração e relatado pelas testemunhas ouvidas às fls. 521-522 e 535-537.

Por este motivo, entendo completamente descabidas as informações prestadas pelas testemunhas arroladas pela autora (empregados da empresa), cujas informações em parte são contraditórias com a própria conduta da empresa que assumiu a ocorrência dos fatos narrados, tanto no âmbito administrativo como no judicial, insurgindo-se apenas quanto à qualificação jurídica dos fatos, ou seja, se eles constituem, ou não, trabalho escravo ou em condição análoga à de escravo.

A testemunha Ronam Alves de Miranda, por exemplo, embora teça uma série de elogios as instalações objeto de fiscalização, descrevendo-a com minúcias, adiante em seu depoimento afirmou que passou muito rapidamente pela casa e não ficou reparando se as coisas particulares dos trabalhadores estavam ou não organizadas. Ora, a título de exemplo, observo que a testemunha afirmou que a casa possuía 12 (doze) ventiladores (ao contrário dos auditores fiscais que afirmaram que a casa possuía somente um ventilador para todos os trabalhadores), mas, embora tenha contabilizado o número de ventiladores, não soube dizer se os pertences dos empregados estavam ou não espalhados pelo chão ou organizados em armários (fls. 508-509).

Não bastasse isso, o próprio depoimento das testemunhas arroladas pela parte autora (fls. 507-510) deixam transparecer que efetivamente

ocorreu a situação encontrada pelos auditores fiscais. Exemplificativamente, aponto para o fato de que a testemunha Mauro Francisco confirmou que a casa possuía somente um banheiro, bem como que a testemunha Milton Luis afirmou que os objetos pessoais dos empregados tinham que ser acomodados na própria mala, diante da falta de armários pessoais.

Como salientei acima, diante da ausência de impugnação da própria autora aos fatos discriminados no auto de infração na exordial desta demanda trabalhista, seria até mesmo dispensável a verificação da ocorrência dos fatos. Contudo, entendo salutar trazer as informações de ambas as partes, de forma a que não parem dúvidas de que as condições constatadas, embora tenham tentado ser abrandadas pelos depoentes, eram efetivamente aquelas descritas no auto de infração.

Não fosse isso suficiente, segundo a ata de reunião realizada entre a empresa e órgão do Ministério do Trabalho e Emprego (fls. 37-37v.) quando os trabalhadores foram arrematados na origem foi prometido o salário de R\$ 1.500,00 mensais, mediante anúncio na rádio local. Todavia, quando chegaram ao local de trabalho passaram a receber os salários de R\$ 684,20 e de R\$ 886,60, de acordo com a função exercida, ou seja, cerca de metade do que havia sido prometido.

Todas estas condições, demonstradas por meio do auto de infração e confirmadas pelos depoimentos dos auditores em juízo dispensam, inclusive, a análise do relatório de fls. 448 e ss., impugnado pela autora sob a alegação de ter sido produzido unilateralmente (muito embora apenas retrate a situação constante no próprio auto de infração).

Desta maneira, entendo que sequer é necessária a análise do mencionado relatório, porquanto os outros elementos de prova são mais do que suficientes para esclarecer a situação a que estiveram sujeitos os trabalhadores, bem como para fundamentar a inscrição no cadastro de trabalho escravo. Além disso, observo que os

próprios auditores fiscais afirmaram que o relatório é confeccionado no âmbito interno do órgão, e não em procedimento administrativo, ao contrário do que ocorre com o auto de infração, que é submetido ao devido processo administrativo, com possibilidade inclusive de defesa da empresa o que, aliás, foi oportunizado à autora.

Diante de todo o quadro exposto, a conclusão a que este juízo chega é que a empresa autora praticou as seguintes condutas, que evidenciam a caracterização da submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo: a) **arregimentou trabalhadores de localidade distante (Estado de Sergipe) para trabalhar em obra no Estado de Rondônia;** b) **prometeu pagamentos de quantias significativas para trabalhadores paupérrimos com o intuito de ludibriá-los;** c) **cobrou valores a título de deslocamento (viagem da origem ao local de trabalho) dos trabalhadores;** d) **não formalizou de imediato o contrato de trabalho quando arregimentou os trabalhadores;** e) **submeteu os trabalhadores a condições de alojamento absolutamente impróprias, dentre as quais destaque, além das já discriminadas acima nesta sentença, o espaço físico insuficiente, condições térmicas insuportáveis, ausência de condições higiênicas e sanitárias, ausência de água potável e ausência de armários individuais.**

Das condutas acima destacadas, observo que não se encontram somente práticas referentes a condições degradantes, mas também típicas práticas condizentes com a conceituação de trabalho escravo, como a arregimentação de trabalhadores de localidade distante, a cobrança de valores pela viagem e a promessa de salários significativos com o intuito de ludibriá-los.

Imprescindível observar ainda, que mesmo que se admitisse a caracterização do trabalho escravo ou análogo somente nas hipóteses de efetivo cerceamento da liberdade, é necessário definir este conceito para fins de caracterização do trabalho escravo.

É necessário indagar-se se havia a possibilidade real, nos termos do preâmbulo da Convenção n. 105 da OIT, de os trabalhadores retornarem a sua cidade de origem, ou seja, de se desvincularem do trabalho a que inicialmente se comprometeram de forma plena.

Penso que a resposta para esta indagação é negativa. Os trabalhadores foram arregimentados em localidade cuja distância continental impede, por evidente, a possibilidade real de retorno à origem, por simples voluntariedade.

Trata-se de trabalhadores de baixíssima renda, que estão colocados distantes da família, em completa ignorância aos seus mais basilares direitos, e que seriam deixados a sua própria sorte se pretendessem simplesmente desligar-se do contrato de trabalho.

O cerceio da liberdade deflui da própria situação propositadamente criada pela empresa autora em arregimentar, com falsas promessas, trabalhadores pertencentes a Estado de outra região do país. É absolutamente desnecessária a existência de condutas específicas que restrinjam a liberdade dos trabalhadores se a própria situação em si faz com que a maior parte deles sintam-se como uma espécie de prisioneiro da situação, ou se o seu desligamento o deixará à própria sorte, cujas consequências serão ainda mais incertas.

Ainda que se admita como verdadeira a hipótese aventada na inicial que alguns dos trabalhadores deixaram voluntariamente de trabalhar para a empresa autora antes mesmo da fiscalização, isso por si só, não descaracteriza o cerceamento da liberdade, até porque foi uma minoria que teve coragem o suficiente para se deixar à própria sorte, ânimo que não é exigível dos demais trabalhadores, diante das peculiaridades acima transcritas.

Assinalo, ainda, que o fato de os trabalhadores terem sua CTPS anotada (em momento posterior, diga-se de passagem) e realizarem refeições em restaurante próximo, por conta da empresa, em nada modifica a situação. Isso porque não se exige que todas as condições

estejam cumulativamente presentes, mas simplesmente que se constate alguma das situações passível de caracterizar a submissão a condição análoga às de escravo.

Na verdade, a empresa autora tenta contrapor à caracterização do trabalho escravo o cumprimento de parcela ínfima dos direitos trabalhistas de seus empregados, como se isso não fosse apenas parte de sua obrigação, que, se descumprida, agravaria ainda mais a sua situação.

Por todas as questões acima expostas, tanto sob a ótica do trabalho degradante, que se inclui na concepção de trabalho em condições análogas às de escravo, conforme doutrina e leis acima transcritas, quanto pela aceção clássica do conceito de trabalho escravo, com cerceamento moral e psicológico da liberdade dos trabalhadores, entendo que restou demonstrada a existência de evidências que autorizaram a inclusão do nome da empresa autora no cadastro prevista na Portaria n. 2, de 12 de maio de 2011.

Da alegada inexistência de decisão final no âmbito administrativo

A autora alega que nos termos do art. 2º da Portaria Interministerial n. 2, de 12 de maio de 2011, a inscrição no cadastro de empregadores que mantenham trabalhadores submetidos a condições análogas às de escravo somente é possível após a decisão administrativa final relativa ao auto de infração. Argumenta que foi autuada por “*manter empregado trabalhando sob condições contrárias às disposição de proteção ao trabalho*” e que em nenhum momento foi reconhecido a manutenção de trabalhadores em condição análoga à de escravo. Aduz que houve a regularização da situação tanto junto à esfera administrativa como em relação ao Ministério Público do Trabalho (Termo de ajustamento de conduta), sem que isso implique reconhecimento de que mantinha trabalhadores em condição análoga à de escravo. Sustenta que não houve decisão

administrativa específica, mas simples arquivamento do processo administrativo, razão pela qual o auto de infração não pode servir como substrato para a inscrição no cadastro.

O réu alega, em síntese, que a inclusão do nome da empresa autora no cadastro decorreu das infrações constatadas por meio do auto de infração e relatório do auditor fiscal que constatou a situação in loco.

Nos termos do art. 2º da Portaria Interministerial n. 2, de 12 de maio de 2011, “*a inclusão do nome do infrator no Cadastro ocorrerá após decisão administrativa final relativa ao auto de infração, lavrado em decorrência de ação fiscal, em que tenha havido identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo*”.

A empresa autora foi autuada pelos órgãos de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, o que ensejou a lavratura do auto de infração de fls. 33-33v., no qual consta de forma discriminada a situação encontrada pelo agente de inspeção do trabalho responsável pela fiscalização (questão exaustivamente discriminada em tópico anterior).

Deste auto de infração sucedeu-se reunião da empresa com o setor responsável do Ministério do Trabalho e Emprego, em 2 de dezembro de 2009, por meio do qual a empresa se comprometeu a pagar as verbas rescisórias dos 15 (quinze) trabalhadores que se encontravam no alojamento, a retificar a CTPS, a devolver os valores cobrados antecipadamente dos empregados e a pagar uma indenização por dano moral (fls. 37-37v.).

Posteriormente, em 05 de março de 2010, a empresa pactuou Termo de Ajustamento de Conduta junto ao Ministério Público do Trabalho (fls. 52v.-54).

Do auto de infração houve parecer elaborado pela Auditoria Fiscal do Trabalho Carolina Diniz Barbosa Romano, em 27.4.2011, que opinou pela procedência do auto de infração (fls. 38-39), cujos fundamentos foram utilizados

pelo Chefe do Núcleo de Multas e Recursos Wilson Nunes Kruger para julgar procedente o auto de infração em 7.7.2011 (fl. 40)

Julgado procedente o auto de infração, a empresa foi notificada para recolher a multa administrativa imposta (fl. 41), a qual foi recolhida pela empresa, conforme documentos de fls. 42-43.

Em decorrência do pagamento da multa, o processo administrativo foi arquivado em 26.8.2011 (fl. 44).

Discriminada a ordem dos acontecimentos, passo a analisar as alegações da empresa.

Inicialmente, observo que as questões solucionadas junto ao Ministério do Trabalho e Emprego quanto à rescisão contratual dos trabalhadores e o Termo de Ajustamento de Conduta não impedem o prosseguimento do procedimento administrativo.

Observo que as rescisões contratuais decorrem de imposição legal e não têm o condão de impedir o prosseguimento do procedimento administrativo para imposição de outras consequências, as quais, inclusive, se concretizaram, mediante a imposição de multa administrativa, devidamente recolhida pela empresa.

Ao entender o contrário, chegaríamos à conclusão de que toda infração à legislação do trabalho, por mais grave que fosse, poderia ser sanada mediante simples acerto pecuniário dos prejuízos decorrentes das relações de trabalho junto aos empregados. Tal fato possibilitaria ao empregador desrespeitar os direitos trabalhistas de seus empregados, postergando o pagamento destes direitos somente em caso de eventual reclamação ou fiscalização dos órgãos competentes, o que por certo não se pode admitir.

No tocante ao Termo de Ajustamento de Conduta tal providência também não inviabiliza as ações dos órgãos administrativos, porquanto limita-se a acordo pactuado com o Ministério Público do Trabalho, que impede a propositura de uma ação civil pública.

No tocante à alegação de que não houve decisão final administrativa, igualmente razão não assiste à empresa autora.

Isso porque, o arquivamento do procedimento administrativo foi precedido de decisão que aplicou multa à empresa, com base no parecer emitido pela auditora-fiscal do trabalho, que reconheceu a existência das situações discriminadas no auto de infração.

Neste contexto, a decisão final do procedimento foi aquela que julgou procedente o auto de infração (fl. 40), acolhendo os fundamentos exarados no parecer de fls. 38-39, dentre os quais consta o reconhecimento da situação discriminada no auto de infração.

Por evidente que a decisão que arquivou o procedimento administrativo não pode ser considerada a decisão final de mérito. Seria a mesma coisa que no âmbito judicial chamar a decisão de arquivamento dos autos após o cumprimento de todos os comandos da sentença de decisão final. A decisão final no âmbito administrativo é a que julga definitivamente o mérito da questão, no caso, a que julgou procedente o auto de infração, sem a interposição de recurso pela empresa. Do contrário, nunca haveria uma decisão administrativa de mérito, haja vista que o arquivamento é consequência automática do exaurimento do objeto da decisão. O arquivamento, assim, é mero desfecho do procedimento administrativo, mas não a decisão final a que se refere o art. 2º da citada Portaria.

Além disso, o teor do art. 2º da Portaria sequer exige a existência de decisão final que tenha se pronunciado expressamente sobre a existência de trabalho escravo ou em condições análogas às de escravo. Tal interpretação não encontra respaldo no texto da norma, cujo conteúdo apenas condiciona a inserção do nome da empresa nos cadastros após o trâmite do processo administrativo. Isso porque, somente após o trâmite deste processo, com observância do devido processo legal, é que as situações reconhecidas na ação fiscal dos

auditores fiscais serão definitivamente formalizadas e se tornará indiscutível no âmbito administrativo.

Além disso, não prospera a alegação da autora de que na decisão administrativa não houve o reconhecimento de submissão de trabalhadores a condição análoga às de escravos, conforme os argumentos suficientemente expostos no tópico anterior.

Pretende a empresa autora, na verdade, inverter a ordem lógica e natural das coisas, como se a natureza jurídica de um instituto fosse dado pelo seu nome, e não por suas características.

Observo que são dos elementos discriminados no auto de infração, que foram reconhecidos por meio da decisão que acolheu o parecer da auditora-iscal, que se deve depreender qual a natureza jurídica da conduta praticada pela empresa autora.

Além disso, o auto de infração é capitulado na sua descrição da seguinte maneira “*manter empregado trabalhando sob condições contrárias as disposições de proteção ao trabalho*”, art. 444 da CLT (fl. 33).

Ignora a empresa autora, ou tentar fazer ignorar, o fato de que a capitulação do auto de infração inclui por certo a submissão de empregado à condição análoga a de escravo, bem como a submissão de trabalhadores a condições degradantes, porquanto ambas constituem-se em infrações as normas de proteção ao trabalho previstas na lei e na Constituição Federal.

Destaco, ainda, que se nem no processo penal o réu se defende da tipificação da denúncia, mas sim dos fatos descritos (é até mesmo possível que o juiz dê qualificação jurídica diferente daquela descrita na inicial criminal), quanto mais em procedimento administrativo, que não possui a mesma sistemática de garantias.

Reitero que a empresa em momento algum impugnou o mérito do auto de infração, ou seja, a efetiva existência das situações degradantes

lá discriminadas, e tampouco recorreu administrativamente, mesmo ciente de todos os fatos discriminados no auto de infração de fls. 33-33v.

Por este motivo, também não prospera a alegação da autora de que não foi noticiada do relatório de fiscalização de fls. 376-390. Isso porque o relatório apenas pormenoriza os fatos discriminados no auto de infração com o qual a própria empresa concordou e que, aliás, é até desnecessário para a comprovação das situações descritas, porquanto o auto de infração é por si só suficiente.

Por todos estes argumentos, entendo que restaram caracterizadas as exigências previstas no art. 2º da citada Portaria Interministerial.

Isso porque, além dos motivos já explicitados no tópico anterior, a inscrição decorreu de procedimento administrativo oriundo de ação fiscal (fiscalização procedido por auditor fiscal do trabalho), que reconheceu os fatos discriminados no auto de infração, contra o qual, aliás, em nenhum momento a autora impugnou o mérito no decorrer do procedimento administrativo e na inicial da presente demanda declaratória.

Assim, rejeito a alegação de irregularidade na inscrição em decorrência da suposta inexistência de decisão inal em procedimento administrativo.

Da alegada nulidade do auto de infração por invasão da competência legislativa e por extrapolar os limites da autoridade regulamentar

Sustenta a empresa autora que a Constituição Federal atribui à União competência privativa para legislar sobre direito do trabalho, cabendo ao Presidente da República, sancionar, promulgar e fazer publicar as leis. Assinala que o Presidente da República, no uso de suas atribuições aprovou o Decreto n. 4.552, de 27 de dezembro de 2002, que regulamenta a inspeção do trabalho, no qual não há qualquer menção ao cadastro de empregadores que

tenham mantido empregados na condição análoga à de escravo. Argumenta, ainda, que o decreto sequer admite que os Auditores Fiscais veriiquem se há ou não a exploração de trabalho escravo, bem com que existe vedação para que eles investiguem a prática de crimes, cuja competência é da polícia judiciária. Aduz que a inscrição da autora encontra-se baseada em ato normativo, que invade a competência da União, pois legisla, em caráter autônomo, sobre iscalização do trabalho, além de atribuir aos auditores fiscais funções diferentes das que lhe são atribuídas.

Prossegue afirmando que a Administração Pública se sujeita ao princípio da legalidade estrita, de maneira que somente pode agir nos casos especiicamente discriminados na lei e que a Portaria editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego ultrapassa os limites da autoridade regulamentar.

A União defende, em síntese, a constitucionalidade e a legalidade da Portaria Interministerial, argumentando que há diversas normas constitucionais que impõem o combate ao trabalho escravo e degradante, que possuem eficácia imediata.

Diversas disposições constitucionais tratam de forma direta ou indireta da proteção ao trabalho, proteção contra a exposição do trabalhador à situação degradante e contra o trabalho escravo (ou redução à condição análoga à de escravo), dentre elas pode-se citar: art. 1º, IV, que institui como fundamento da República Federativa os valores sociais do trabalho; e o art. 170, *caput*, III e VIII, que trata da valorização do trabalho humano, da função social da propriedade e da busca do pleno emprego.

Estas disposições constituem verdadeiros direitos fundamentais, que embora tenham conteúdo programático, instituem um verdadeiro direito subjetivo negativo de exigir do Poder Público e do particular que se abstenham de atos que violem estes direitos.

Ademais, a EC n. 45/04 inseriu o § 3º no art. 5º da Constituição Federal de 1988, que passou a prever que os tratados e convenções internacionais aprovados pelo Congresso Nacional passarão a ter caráter de emenda constitucional, caso aprovados em cada casa, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Ainda que não aprovado por este quórum qualificado, a EC n. 45/04 prevê que os tratados e convenções internacionais. Caso não aprovado por este quórum, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, passam a ter caráter supralegal (cf. HC 96772, rel. Min. Celso de Mello, j. 9.6.2009).

O Brasil é signatário de tratados e convenções de direitos humanos, dentre os quais a Convenções ns. 29 e 105 da OIT e o Pacto de San José da Costa Rica, conforme especificado em tópico anterior.

Assim, é inegável que o ordenamento jurídico brasileiro possui disposição que impõe ao poder público o dever de combater o trabalho em condições degradantes e o trabalho escravo.

Segundo Alexandre de Moraes é muito comum a confusão entre o princípio da legalidade e o da reserva legal:

“O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Encontramos o princípio da reserva legal quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei. Por outro lado, encontramos o princípio da legalidade quando a Constituição outorga poder amplo e geral sobre qualquer espécie. Assim, nos dizeres de José Afonso da Silva, tem-se pois, reserva de lei, quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquela subordinada.

“Assim, temos a reserva legal absoluta quando a norma constitucional exige para sua integral regulamentação a edição de lei formal, entendida como ato normativo emanado do Congresso Nacional elaborado de acordo com o devido processo legal [...]”

“As hipóteses de reserva legal relativa são estabelecidas diretamente pela Constituição Federal, que permitirá, excepcionalmente, a complementação da legislação por atos normativos infraconstitucionais [...]”

“Salienta-se, ainda, que o texto constitucional, apesar de reservar a primazia, não concede o monopólio da função normativa ao Poder Legislativo, e estabelece outras fontes normativas primárias, tanto no Executivo (medidas provisórias, decretos autônomos), quando no Judiciário (poder normativo primário do Conselho Nacional de Justiça).” (Direito Constitucional, 23. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 43-44.)

Não há nas normas que tratam acerca da proteção ao trabalhador, tanto nas normas programáticas constitucionais, como nas Convenções Internacionais citadas vinculação à exigência de edição de lei pelo Congresso Nacional para efetivar a proteção prevista.

Ao contrário, de acordo com o art. 1º da Convenção n. 29 da OIT os países *“se obrigam a suprimir o emprego do trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas no mais curto prazo possível”*, ou seja, a convenção, que possui caráter supralegal, determina que os governos tomem medidas para erradicar o trabalho escravo e forçado.

Igualmente, dispõe o art. 2º da Convenção n. 105 da OIT: *“Qualquer Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção se compromete a adotar medidas eficazes, no sentido da abolição imediata e completa do trabalho forçado ou obrigatório, tal como descrito no art. 1º da presente convenção.”*

Ademais, ao contrário do que alega a empresa autora e em conformidade com o que argumenta a União na peça de defesa, a CLT dispõe

em diversos dispositivos acerca da proteção ao trabalhador (disposições relativas à duração do trabalho, à remuneração, à segurança e medicina do trabalho, as limitações à liberdade de contratar, dentre outras).

Neste contexto, entendo que a Portaria Interministerial n. 2, de 12 de maio de 2011 (editada inicialmente pelo Ministério do Trabalho e Emprego — Portaria n. 1.234/2003, sobreposta pela Portaria n. 540/2004), veio somente a regulamentar disposições constitucionais, supralegais (convenções) e legais (CLT) que disciplinam de maneira direta e indireta a proteção ao trabalho. Logo, a Portaria visa somente regulamentar estas disposições, não havendo o que se falar em inconstitucionalidade (regulamento autônomo), por estar em acordo com o art. 87, II, da CF/88, e tampouco em violação ao princípio da legalidade, porquanto o ato administrativo de inscrição da empresa no cadastro está fundamentado tanto na lei em sentido formal (Constituição Federal, CLT, e Convenções), como em lei em sentido amplo (Portaria Interministerial).

Acerca do tema, extraio da jurisprudência:

“[...] O trabalho em condições análogas à de escravo é execrável no atual estágio histórico-social da humanidade, sendo certo que as condutas estatais no sentido de coibir tal prática vão ao encontro da efetivação dos princípios constitucionais de valorização do trabalho, de dignidade da pessoa humana, de livre-iniciativa, da função social da propriedade, da busca do pleno emprego, almejando, enfim, a realização dos direitos fundamentais do homem (art. 1º, II e IV; art. 3º, I, III e IV; art. 5º, I, III e XLI; art. 6º; art. 7º, X; art. 170, VIII; art. 186 e art. 193 todos da CF). Diante disso, a Portaria n. 540/2004 do MTE, editada com base no art. 87 da CF, é constitucional e legal, porquanto apenas regulamentou normas constitucionais e infraconstitucionais, as quais repudiavam qualquer condição de trabalho similar à de escravo. Logo, a mera inclusão do nome do empregador, que manteve trabalhadores naquelas condições, no Cadastro daquela Portaria e a comunicação pertinente aos

demais órgãos da administração pública, não se constituem em ato ilegal da autoridade pública [...]” (TRT 10ª R., RO 310200681110002 TO 00310-2006-811-10-00-2, relª. Desª. Heloisa Pinto Marques, publicado em 23.3.2007.)

Igualmente, não prospera a alegação de que os auditores fiscais do trabalho não possuem competência para fiscalizar a existência de trabalho escravo, por ausência de previsão legal, bem como por existência de vedação para que estes agentes públicos investiguem a ocorrência de crimes.

Primeiramente, observo que em nenhum momento o desiderato das investigações promovidas pelos auditores fiscais foi o de colher elementos para instrução de eventual processo criminal. Embora esse não fosse o escopo, resalto que se constatada a existência de prática de infração penal por parte de determinada pessoa natural, constituiria dever dos auditores informar às autoridades competentes para fins de investigação criminal.

Quanto à investigação no âmbito administrativo, o art. 18 do Decreto n. 4.552, de 27 de dezembro de 2002, dispõe em diversos incisos a obrigação dos auditores fiscais de iscalizar o cumprimento das disposições legais relacionadas à segurança e à saúde no trabalho, bem como o cumprimento de acordos tratados e convencionais internacionais ratiicados pelo Brasil (art. 18, inciso I); além de diversas atribuições materiais, como a de inspecionar os locais de trabalho, apreender materiais, realizar auditorias e perícias, dentre outras.

Não bastasse isso, o art. 626 da CLT dispõe que “incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho, ou àquelas que exercem funções delegadas, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho”.

É absolutamente insubsistente os argumentos da autora de que a iscalização efetuada pelos auditores fiscais não se enquadram dentre de suas atribuições.

A atribuição de verificar a existência de trabalho degradante, escravo ou análogo

deflui tanto do dispositivo geral previsto na CLT quanto dos incisos do art. 18 do Decreto n. 4.552-2002.

Destarte, rejeito os argumentos da autora quanto à alegada infração à alegada invasão da competência legislativa.

Da alegada infração ao princípio da legalidade — Imposição de penalidade sem previsão legal

Alega a autora que entre as consequências advindas da inclusão na lista de trabalho escravo encontra-se a impossibilidade de contratar com empresas públicas e de receber empréstimos inanceiros. Argumenta que esta consequência trata-se de efetiva penalidade, restritiva de direitos, sem qualquer previsão legal. Sustenta que não é possível a imposição de penalidade sem previsão em lei, o que afronta o art. 5º, XXXIX, da CF/88.

A ré nega a alegada nulidade, argumentando, em síntese, que a Portaria Interministerial não prevê nenhum tipo de sanção.

Inicialmente, assinalo que o dispositivo constitucional supostamente violado indicado pela autora (art. 5º, XXXIX, da CF/88) trata da legalidade penal, direito fundamental de 1ª geração, instituído como forma de garantia individual contra o poder punitivo estatal, não guardando nenhuma relação com a possível imposição de penalidades na ordem administrativa.

Reforçando este entendimento, leciona José Afonso da Silva que “o dispositivo contém uma reserva absoluta de lei formal, que exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e de estabelecer as penas [...]” (Curso de Direito Constitucional Positivo, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 432).

Além disso, não vislumbro a existência da alegada imposição de penalidade instituída na Portaria Interministerial n. 2 de 2011.

Dispõe o art. 3º da Portaria que o MTE atualizará semestralmente, o Cadastro a que se refere o art. 1º e dele dará conhecimento a

diversos órgãos: órgãos do executivo, Ministério Público Federal e do Trabalho, instituições financeiras públicas, dentre outros.

A comunicação da lista das empresas incluídas no cadastro criado pela Portaria não constitui, por si só, penalidade. Observo que a Portaria não determina aos comunicados qualquer conduta específica que poderia ensejar prejuízo à empresa autora.

O que acontece é que determinadas instituições adotam a política de não estabelecer vínculos com empresas que estejam com seu nome incluídos nestes cadastros.

Essa questão é uma opção política de cada uma das instituições, que possuem a liberdade de atuar de acordo com suas diretrizes institucionais.

Sobre o tema, transcrevo excerto de jurisprudência que tratou de caso análogo ao dos autos:

“[...] a toda evidência, que a portaria em análise apenas cuida da criação do cadastro mencionado e das condições de inclusão e exclusão de nomes nele. Nada versa sobre a imposição de penalidades ou restrições aos que vierem a integrar este cadastro, razão pela qual não haveria mesmo que se exigir um processo administrativo prévio como pré-condição para que nomes sejam incluídos neste cadastro. Se restrições administrativas decorrem deste cadastro, elas não defluem, de forma direta, do texto da referida portaria [...]” (TRT 10ª R., RXOF (ED) 01205-2007-020-10-85-0, rel. Juiz Paulo Henrique Blair, publicado em 23.6.2009).

Na verdade, o envio das informações constantes nos cadastros do MTE visam efetivar o princípio da publicidade, que deve nortear todos os atos administrativos.

Ao contrário do que quer fazer crer a empresa autora, a comunicação estabelecida na Portaria, na verdade, consagra um dever da administração pública, que deve dar plena transparência e publicidade de seus atos.

Isso ocorre porque o princípio da publicidade possui dois aspectos. Primeiro, objetiva a divulgação oficial do ato para conhecimento

público, a partir de quando passa a ter efeitos perante as partes e terceiros. Segundo, objetiva, além de assegurar seus efeitos externos, propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral (in: MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92-93).

De nada adiantaria a existência do referido cadastro se o acesso a estas informações fosse velado ou dificultado. A divulgação do cadastro constitui consequência necessária de sua própria existência, sem o qual constituiria procedimento destituído de qualquer eficácia, o que também contraria os princípios da administração pública.

Inexiste qualquer mácula na circulação de informações oficiais provenientes de órgãos públicos, que apenas retratam situação devidamente constatada por meio de regular procedimento administrativo.

Não bastasse isso, a previsão de comunicação às entidades mencionadas decorre de previsão expressa na própria Portaria, que não deixa de constituir uma norma *lato sensu*, conforme já fundamentado em tópico anterior.

Da alegada nulidade do auto de infração por violação ao princípio constitucional da ampla defesa

O autor alega que a lista criada e a inscrição ferem diversos dispositivos constitucionais, notadamente a ampla defesa e o devido processo legal.

Conforme exaustivamente tratado nesta decisão, a empresa autora concordou com a situação descrita no auto de infração, tendo sua inscrição no cadastro decorrido dos fatos constatados e que eram de plena ciência da autora.

A empresa pôde defender-se de todos os fatos discriminados no auto de infração, inclusive com a possibilidade de recorrer administrativa e judicialmente. Se não recorreu administrativamente e se tampouco buscou impugnar o mérito da infração administrativa

nos presentes autos, por certo é porque a situação constatada pelos auditores fiscais reflete a verdadeira situação.

Assim, não há como prosperar a alegação de que lhe foi tolhido a garantia do devido processo legal e da ampla defesa, porquanto houve oportunidades para o exercício destas garantias, que não foram efetivamente utilizadas pela empresa por sua discricionariedade.

Quanto ao fato de a Portaria Interministerial ser violadora da ampla defesa, transcrevo excerto de jurisprudência para elucidar este ponto:

“[...] Não prospera o argumento de que a Portaria n. 540/04 – MTE seja violadora da ampla e livre defesa ou mesmo tenha instituído um tribunal de exceção. A distinção entre as esferas penal e administrativa permite, de outra parte, que medidas desta natureza sejam adotadas ainda que não tenha pesado sobre o autor condenação criminal transitada em julgado que reconheça a redução de trabalhadores à condição análoga à de escravo. Poderá sim a decisão criminal repercutir na esfera administrativa caso sentença absolutória venha a transitar em julgado e na qual reste afirmada a ausência de materialidade dos fatos ou exima o ora demandante da autoria dos fatos que lhes são imputados. Este não é o caso, ao que se vê dos autos [...]” (TRT 10ª R., RXOF (ED) 01205-2007-020-10-85-0, rel. Juiz Paulo Henrique Blair, publicado em 23.6.2009.)

Destarte, insubsistentes os argumentos da autora, rejeito a alegação de violação ao devido processo legal e à ampla defesa.

Pedido declaratório e cominatório

Por todos os motivos acima expostos, rejeito o pedido de declaração de que a autora não praticou conduta que caracterize a submissão de trabalhadores à condição análoga à de escravo, bem como declaro a legalidade da inscrição do nome da empresa no cadastro previsto na Portaria Interministerial n. 2, de 12 de maio de 2011 (originariamente Portaria 1.234-2003, sobreposta pela Portaria n. 540/2004) e, por consequência lógica, rejeito o pedido de exclusão do nome da empresa do cadastro.

Antecipação de tutela e medida cautelar

Considerando os fundamentos transcritos nas decisões interlocutórias de fls. 248-248v., 315-315v., 500-500v. (denegatórias do pedido de tutela antecipada e medida cautelar), bem como todos os fundamentos expostos nesta decisão (cognição exauriente) e sobretudo considerando a legalidade de todos os procedimentos que culminaram na inscrição da autora no cadastro das empresas que submetem trabalhadores a condições análogas à de escravo, não verifico a existência dos elementos autorizadores de medida liminar, seja sob a forma de antecipação dos efeitos da tutela (ausentes os requisitos do art. 273 do CPC), seja pela forma de medida cautelar incidental (ausência de *fumus boni iuris*).

Assim, rejeito o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e de concessão de medida cautelar incidental.

Honorários advocatícios

Haja vista a sucumbência integral da autora, condeno-a no pagamento de honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor dado à causa, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, rejeito o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e de concessão de medida cautelar incidental e, no mais, **REJEITO INTEGRALMENTE** os pedidos da ação proposta por **Manoel Marchetti Indústria e Comércio Ltda.** em face de **União – Advocacia-Geral da União**.

Condeno a autora no pagamento de honorários advocatícios em favor da ré, fixados em 20% sobre o valor dado à causa.

Custas pela autora, no valor de 20,00, calculadas sobre o valor dado à causa (R\$ 1.000,00).

Intimem-se as partes.

Nada mais.

Roberto Masami Nakajo

Juiz do Trabalho

Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa – BA

Processo n. : 0062900-36.2009.5.05.0132

SENTENÇA

Reclamante: JOSÉ ROQUE DE JESUS GOMES

Reclamado: BOMPREGO BAHIA S.A.

JOSÉ ROQUE DE JESUS GOMES ajuíza reclamação trabalhista em face de BOMPREGO BAHIA S.A., postulando retificação das anotações na CTPS, diferenças salariais em razão de desvio de função e reflexos, inclusive nas verbas rescisórias, adicional de boa permanência, adicional de risco de vida (fls. 174), prêmio de férias, auxílio-alimentação, horas extras e reflexos, adicional noturno e reflexos, multa normativa e reparação pecuniária em razão de dano moral e estético.

Rejeitada a proposta inicial de conciliação, foi apresentada defesa escrita (fls. 175/209). Fixou-se a alçada (fls. 174). O reclamante manifestou-se sobre a documentação trazida com a defesa (fls. 284/294).

Oitiva do reclamante e do reclamado a fls. 295/296 e 372.

Laudo pericial psicológico a fls. 327/325, com requerimento de fixação dos honorários da perita em “10 salários mínimos” (fls. 327).

Laudo pericial de médico do trabalho a fls. 348/360.

Em atendimento às normas aplicáveis, às recomendações do CNJ e sobretudo face às características do caso, este magistrado dedicou especial atenção à possibilidade de conciliação, exortando as partes para os benefícios mútuos daí advindos — como a celeridade no pagamento de valores, ainda que mais modestos em relação a uma eventual condenação. Houve, inclusive, adiamento da audiência, após o

encerramento da instrução, “diante da possibilidade de conciliação” (fls. 372).

Razões finais reiterativas foram aduzidas na audiência de prosseguimento (fls. 374). **Todavia, resultaram sem êxito todas as tentativas de conciliação.**

É o relatório.

RESCISÃO. HOMOLOGAÇÃO. QUITAÇÃO. EFICÁCIA LIBERATÓRIA. LIMITES.

O reclamado alega que a homologação da rescisão do contrato de emprego, na presença de representante do sindicato da categoria profissional, teria implicado efeito de eficácia liberatória geral. Pretende o reconhecimento de ato jurídico perfeito, evocando o art. 6º da LICC ou, conforme nova nomenclatura, LINBB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — Decreto-lei n. 4.657/42), com a improcedência dos pedidos.

Vejamos.

O TRCT a fls. 217 indica pagamento de horas extras e de adicional noturno. Não houve ressalva quanto às respectivas alegações ora formuladas na ação trabalhista.

Considerando que, perante o sindicato, as partes acordaram sobre o pagamento de **horas extras e adicional noturno, com reflexos**, tais pleitos encontram-se, de fato, já quitados, nos termos do *caput* da Súmula 330, assim redigido:

“SÚM-330 – QUITAÇÃO. VALIDADE – Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.”

Já no que tange aos demais títulos pleiteados nesta demanda, impende ressaltar que a falta de ressalva explícita no termo de conciliação não implica quitação geral.

Na espécie, observo não haver registro no TRCT, a respeito dos demais títulos pleiteados nesta demanda, razão pela qual não há quitação a ser reconhecida, consoante o item I da Súmula 330, a seguir transcrito:

“SÚM-330 – QUITAÇÃO. VALIDADE – Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. (...)

I – A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, consequentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo.”

A reclamada insiste na tese de que a falta de ressalva específica implicaria quitação geral.

Portanto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos de pagamento de horas extras e adicional noturno, com reflexos (CPC, art. 269, I). Prossigo no exame quanto às demais pretensões.

DESVIO DE FUNÇÃO. SALÁRIO E REFLEXOS. ANOTAÇÕES NA CTPS

Alega o reclamante desvio de função, de Auxiliar de Patrimônio III para “auditoria nos PDVs (tirar os valores dos caixas: ‘sangria’), auditoria de notas, fiscalizava e registrava a entrada e saída de mercadoria e ainda fiscalizava a falta de dinheiro nos caixas” (fls. 4).

Afirma que tais funções extras eram remuneradas “em cerca de R\$ 750,00, a exemplos de DONA NICE, ROBERTA e DAIANE, cujos

recibos de salário requer seja a reclamada compelida a trazer aos autos, sob pena de confissão e preclusão” (fls. 4).

Aduz, alternativamente, que também realizava funções de Conferente, também desempenhadas por DERALDO e ANDRÉ, uma vez que “ambos foram demitidos e as tarefas deles passaram a ser realizadas pelo autor” (fls. 4). Assevera que tais paradigmas recebiam “cerca de R\$ 650,00” (fls. 4).

O reclamado nega o exercício pelo reclamante de funções além daquelas para as quais fora contratado.

Assiste razão ao reclamante.

Com efeito. O desvio de função consubstancia-se na modificação das funções do empregado, com a realização de atividade mais qualificada em relação à qual fora originalmente contratado, sem a correspondente majoração de sua remuneração.

Em sua contestação, o reclamado nega peremptoriamente que o reclamante haja desempenhado “funções de qualquer outro funcionário, muito menos aqueles indicados em sua exordial, quais sejam, Dona Nice, Roberta e Daíne” (fls. 198 — negritei).

Por outro lado, o reclamado reconhece expressamente haver quitado apenas as funções para as quais o reclamante foi contratado (fls. 198/199).

Contudo, há confissão produzida pela preposta do reclamado de que houve o desempenho das mesmas atividades que o reclamante indicou como sendo próprias de “DONA NICE, ROBERTA E DAIANE” (fls. 4):

“que o Reclamante acompanhava as sangrias nos caixas da loja, acompanhava a auditoria realizada no caixa da operadora, acompanhava o descarregamento de cargas no depósito da loja; que desconhece que o Reclamante realizava baixa no estoque; que o Reclamante acompanhava a saída de produtos elétricos e eletrônicos dos clientes da loja; (...) que o Reclamante realizava revistas nos

funcionários e colaboradores que entravam e saíam da loja;” (fls. 296 — sem destaque no original)

Ora, por se tratar de **fato impeditivo do direito** alegado pelo reclamante, cabia ao reclamado provar a veracidade das próprias alegações de que o reclamante não teria exercido as mesmas funções de DONA NICE, ROBERTA E DAÍNE/DAIANE, nos exatos termos dos arts. 818/CLT e 333, II/CPC. Desse ônus, todavia, não se desincumbiu o reclamado. Ademais, não há controvérsia a respeito dos valores apontados pelo reclamante como devidos a DONA NICE, ROBERTA E DAÍNE/DAIANE, de R\$ 650,00 mensais (CPC 334, III).

Vale registrar, ainda, que, o demandado também alegou **fato modificativo do direito**, asseverando que “inexiste, na reclamada, Plano de Cargos e Salários organizado” (fls. 199). Atraiu para si, adicionalmente, o ônus de provar esse fato modificativo.

Todavia, dele não se desincumbiu, porquanto trouxe aos autos tão somente uma declaração **datada de 1995**, por intermédio da qual o então Delegado Regional do Trabalho informa que “não existem em nossos arquivos Planos de Cargos e Salários das empresas Paes Mendonça S.A. e Unimar Supermercados S.A. homologadas nesta Delegacia Regional do Trabalho, **até a presente data**” (fls. 276 destaqui), bem como uma certidão parcialmente ilegível, **datada de 1999**, que igualmente **não** se refere ao reclamado. Além de **não se referirem ao reclamado BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, ressalto que ambas são inservíveis **também porque anteriores à data de 19/04/2004, em que o reclamante foi contratado.**

Logo, julgo **PROCEDENTE** o pedido para **condenar** o reclamado nas seguintes: 1) **Obrigações de Fazer**: retificar o registro de salário na CTPS obreira para o valor de R\$ 650,00, em todo o pacto laboral. Para tanto, deverá o reclamante depositar sua CTPS na Secretaria da 2ª Vara do Trabalho de Camaçari no prazo de 48 horas após o trânsito em julgado desta ação

trabalhista. Findo este, deverá o réu proceder às anotações em cinco dias, sob pena de multa diária de R\$ 50,00 até o limite de R\$ 500,00, em favor do reclamante. Na hipótese de total inércia do reclamado, deverá a Vara do Trabalho proceder às anotações, na forma do art. 39 da CLT, acautelando-se em não evidenciar que decorreu de decisão da Justiça do Trabalho, e fornecendo ao reclamante a certidão respectiva. 2) **Obrigações de Pagar: diferenças salariais** ao reclamante, do valor registrado (considerar as anotações do reclamado na ficha a fls. 219) para R\$ 650,00, durante o período imprescrito (posterior a 12/05/2004) de todo o vínculo de emprego, ou seja, de 12.5.2004 até 1º.12.2008; tudo com reflexos em horas extras, adicional noturno, DSR, 13º salário, férias com o terço, aviso prévio, depósitos para o FGTS e multa de 40%.

ADICIONAL DE BOA PERMANÊNCIA. ADICIONAL DE RISCO DE VIDA. PRÊMIO DE FÉRIAS. AUXÍLIO- -ALIMENTAÇÃO. MULTA NORMATIVA

O reclamante pleiteia benefícios previstos em normas coletivas da categoria de **vigilantes**.

Pois bem.

Dispõe o art. 10, § 4º, da Lei n. 7.102/83, com a alteração dada pela Lei n. 8.863/94:

“Art. 10. São considerados como **segurança privada** as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: (...)

I – proceder à **vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos**, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas;

II – realizar o transporte de valores ou **garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga**.

§ 4º As empresas que tenham objeto econômico **diverso** da vigilância ostensiva e do transporte de valores, que utilizem pessoal de quadro funcional próprio, para execução dessas atividades, ficam obrigadas ao cumprimento do disposto nesta lei e demais legislações pertinentes.”

A respeito, o reclamado confessa, em seu depoimento, “que o Reclamante realizava

revistas nos funcionários e colaboradores que entravam e saíam da loja” (fls. 295) e, ainda, que “o Reclamante exercia a função de auxiliar de patrimônio, evitando que alguém da loja saísse com algum bem sem pagar ou que alguém de fora adentrasse ao estabelecimento para causar algum dano patrimonial; acompanhava a descarga de mercadorias nos depósitos e a saída de produtos de grande porte, além das funções já declinadas” (fls. 372).

Logo, o reclamante **exerceu a função de vigilante**, ainda que o reclamado não tenha respeitado todas as regras que lhe impunham treinar e proteger seu próprio empregado.

Por isso, o reclamante **integra a categoria diferenciada dos vigilantes** e seu enquadramento sindical, para todos os efeitos legais e para fins de incidência de instrumentos normativos, se dá não em função da atividade preponderante do reclamado, mas, sim, em função de suas “condições de vida singulares” (CLT 511, § 3º).

Nesse sentido, o seguinte precedente do TST:

“ENQUADRAMENTO SINDICAL. VIGILANTE. CATEGORIA DIFERENCIADA. 1. O § 3º do art. 511 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê que “categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares”. 2. A categoria de vigilante, além das condições de vida singulares a que são submetidos os trabalhadores que a integram, de conhecimento público e notório, tem suas atividades regulamentadas pelas Leis de ns. 7.102/83 e 8.863/94, ou seja, possui “estatuto profissional especial”. 3. Nesse contexto, irretocável a decisão proferida pela Turma no sentido de deferir ao reclamante (vigilante) enquadramento sindical como categoria profissional diferenciada, uma vez que tal enquadramento decorre do disposto no § 3º do art. 511 da CLT c/c o disposto no art. 10, § 4º, da Lei n. 7.102/83, com redação que lhe foi dada pelo art. 1º da Lei n. 8.863/94. 4. Inviável, em tais casos, a caracterização de violação

literal do art. 577 da CLT, uma vez que os vigilantes não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas no quadro de atividades e profissões mencionado nesse preceito legal. 5. Recurso de embargos não conhecido.” (TST-E-RR-103700-56.2000.5.04.0001, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 24.6.2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 6.8.2010.)

Sucedo, todavia, que o “empregado integrante de categoria profissional diferenciada não tem o direito de haver de seu empregador vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa não foi representada por órgão de classe de sua categoria” (OJ SBDI-I n. 55/TST). Nota-se que os instrumentos normativos juntados aos autos pelo reclamante não foram firmados com o reclamado, nem com o sindicato da categoria patronal da qual faz parte.

Por isso, são **IMPROCEDENTES** os pedidos de: adicional de risco de vida, adicional de boa permanência, prêmio de férias, auxílio-alimentação e multa normativa.

COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA EM RAZÃO DE DANOS MORAIS E ESTÉTICOS

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 subtaneidade 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 Editora, 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 **subjetiva**.

A **subjetiva** 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 objetiva e o direito do trabalho

A Constituição da República refere-se à responsabilidade civil trabalhista subjetiva

em seu art. 7º, XXVIII, como direito do empregado:

“XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;” (sem destaque no original)

No âmbito do direito do trabalho, é realmente mais corriqueiro encontrar-se casos de responsabilidade subjetiva do empregador (e extracontratual, como visto). Esse aspecto prático, aliado ao exame isolado do art. 7º, XXVIII, da Constituição (em consonância com o art. 186 do CCB/2002), poderia levar a crer que a responsabilidade trabalhista se restringiria à modalidade subjetiva, apenas, condicionada, portanto, à prova do dolo ou da culpa (grave, leve ou levíssima) do empregador.

Entretanto, essa exegese não satisfaz, por exemplo, a situação paradoxal que seria causada por um empregador-poluidor, **objetivamente responsável** pelos danos impostos à coletividade, mas não aos seus empregados, como se somente estes devessem comprovar sua culpa ou dolo, tornando-se, assim, *cidadãos de segunda classe*.

É sabido que a interpretação literal, a par da mais comum e necessária, é também a mais indigente de todas. Por isso, quando se mostra insuficiente para explicar fenômenos jurídicos mais complexos, impõe-se suplementá-la com outros métodos hermenêuticos, como a **interpretação sistemática** e a **teleológica**.

É o caso, aqui. Basta verificar que o caput do mesmo art. 7º da Constituição dispõe enumerar direitos **mínimos** dos trabalhadores, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Em outras palavras, **o rol de direitos do art. 7º não é exaustivo, mas exemplificativo**.

Por isso, é aplicável também o art. 225, § 3º, da Constituição da República, que assegura a responsabilidade **objetiva** em hipótese de dano ao meio ambiente, inclusive o do trabalho (CF, art. 200, VIII), como é o caso de muitas doenças ocupacionais causadas por poluição

produzida no âmbito de determinadas empresas (Lei n. 6.938/81, art. 3º, III – Lei de Política Nacional do Meio Ambiente).

No mesmo diapasão, o § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81 determina que, “*sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade*”, o que corrobora a responsabilidade objetiva em caso de dano proveniente de infração ambiental causado a empregado ou trabalhador.

Há, ainda, outros casos (além daqueles em que se verifica infração da legislação ambiental) de **responsabilidade objetiva** no direito do trabalho. Nesse caminho, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 acrescenta haver a obrigação **objetiva** de reparar o dano, independentemente de demonstração de culpa ou dolo, para as hipóteses em que a **atividade** normalmente desenvolvida pelo autor do dano **implicar**, por sua natureza, **risco** para os direitos de outrem.

O art. 927 do Código Civil representa a consagração da chamada teoria do risco criado e do risco/benefício, semelhante, atribuindo a consequência econômica indesejada dos danos àquele que auferir lucro com atividade considerada de risco (CLT, art. 2º) e cuidando de situações em que a exigência de demonstração de culpa causaria excessivo ônus para a vítima.

Acerca da matéria, ensina o celebrado Juiz do Trabalho SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA:

“Ao mencionar a *atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano*, o texto legal [do art. 927 do Código Civil] deixa claro que a indenização não decorre do comportamento do sujeito, ou seja, não é necessário que haja comprovação de qualquer ação ou omissão ...

... o dispositivo expressamente limita a indenização àquelas atividades que, por sua

natureza, impliquem riscos para os direitos de outrem.

(...)

Esclarece o jurista Miguel Reale, o grande maestro do Código Civil: “*quando a estrutura ou a natureza de um negócio jurídico, como o de transporte ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos, implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa.*” (REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, 2005, p. 235.)

... a diretriz aprovada na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2002, indica um interessante caminho de interpretação:

‘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 que aos demais membros da coletividade.*’

Pelos parâmetros desse enunciado doutrinário, para que haja indenização, será necessário comparar o risco da atividade que gerou o dano com o nível de exposição ao risco dos demais membros da coletividade. Qualquer um pode tropeçar, escorregar e cair em casa ou na rua, ser atropelado na calçada por um automóvel descontrolado, independentemente de estar, ou não, no exercício de qualquer atividade, podendo mesmo ser um empregado ou aposentado. No entanto, acima desse risco genérico que afeta indistintamente toda a coletividade, de certa forma inerente à vida atual, outros riscos específicos ocorrem pelo exercício de determinadas atividades, dentro da concepção da teoria do ‘risco criado’. Se o risco a que se expõe o trabalhador estiver acima do risco médio da coletividade em geral, caberá o deferimento da indenização,

tão somente pelo exercício dessa atividade. Nessa hipótese, foi o exercício do trabalho que criou esse risco adicional.

(...)

Não se pode equiparar, para efeitos jurídicos, os vocábulos risco e perigo, uma vez que a frase *atividades que implicam riscos* não tem o mesmo significado de atividades perigosas. Aqueles que defendem a aplicação da responsabilidade objetiva somente nas hipóteses de atividades perigosas estão, na realidade, reduzindo e limitando a amplitude normativa do preceito legal. Ora, a presunção é que o legislador tenha preferido a linguagem técnica ...

Do ponto de vista técnico, a diferença entre risco e perigo pode ser verificada na redação do art. 193 da CLT:

São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

Como se vê, atividade perigosa é aquela exercida em condições de risco acentuado ou de alto risco...

... as ressalvas que reduzem a amplitude da responsabilidade do causador do dano, prevista nos Códigos da Itália e de Portugal, foram intencionalmente retiradas do texto que resultou no Código Civil de 2002, tornando o preceito brasileiro dotado de maior amplitude.

O Desembargador paulista *Carlos Roberto Gonçalves*, comparando o novo dispositivo com o art. 2.050 do Código Civil italiano, concluiu que o Código brasileiro adotou solução mais avançada, porquanto não prevê a possibilidade de o agente, mediante inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade, demonstrando que adotou todas as medidas aptas para evitar o dano (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*, v. XI, 2003, p. 317).

Resta apreciar o sentido do vocábulo '*normalmente*'... não é necessário que haja comportamento *anormal* ou ilícito do empregador para gerar o direito à indenização, pois o simples exercício da atividade, ainda que *normalmente* desenvolvida, pode acarretar o direito à indenização, caso tenha provocado danos à vítima." (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2007, p. 111-117 – sem destaque no original.)

Ao diferenciar risco genérico de risco específico, o celebrado desembargador CLÁUDIO BRANDÃO afiança:

"A diferença entre as duas hipóteses reside na peculiaridade de que as pessoas, no primeiro exemplo, não estão sujeitas aos fatores de risco que se encontram presentes no segundo, por não serem gerados na vida cotidiana. Não são riscos genéricos, portanto, e sim específicos de tantos quantos trabalhem naquele local, razão pela qual se opta pela denominação *risco específico acentuado* (no sentido de *propiciado pelo trabalho*, para diferenciá-lo do que é coberto pela Previdência Social).

O empregador responderá pelos danos independentemente de culpa quando esse grau de risco se mantiver em patamar que ultrapasse a média observada para o agrupamento social que se encontra sujeito aos mesmos agentes. Essa é a noção de *risco específico acentuado*." (BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2006, p. 312.)

MAURO SCHIAVI, após destacar que "*nem sempre a responsabilidade do empregador é objetiva*", consigna:

"Acreditamos que, 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 seja mais acentuado que o normal, considerando-se que o padrão médio da sociedade e as probabilidades de

ocorrência de sinistros (...), a responsabilidade do empregador é objetiva, em razão da aplicação da teoria do risco criado. O § 1º do art. 927 do CC não atrita com o art. 7º, XXVIII, da CF, já que este último está inserido no rol de garantias mínimas do trabalhador, não impedindo que a lei ordinária preveja responsabilidade mais acentuada em situações peculiares, como a atividade de risco.” (SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 28.)

Assente o professor e magistrado JOSÉ CAIRO JÚNIOR:

“Entende-se como atividade de risco aquela que tem a probabilidade, em maior ou menor grau, de provocar dano a outrem.” (CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2007, p. 28.)

Assim, identificam-se duas espécies básicas de atividades consideradas de risco no direito do trabalho: a) as atividades insalubres (CLT, arts. 189, 192 e 200, e NR-15 da Portaria MTb n. 3.214/78); e b) as atividades perigosas (CLT, arts. 193 e 200, e NR-16 da Portaria MTb n. 3.214/78), com destaque para aquelas capituladas nas Normas Regulamentadoras aprovadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego — as atividades penosas ainda não estão reguladas.

Além desses tipos básicos, nota-se dos arts. 2º e 19 da Lei n. 7.102/83 um rol de garantias a que faz jus o vigilante. Isso por que, no exercício de suas atividades, o vigilante corre risco de vida mais acentuado que os demais empregados, justamente em razão das funções de proteção à integridade física de outrem e ao patrimônio alheio. É a primeira e principal vítima do marginal, que o identifica como o principal obstáculo vivo ao sucesso de sua intenção criminosa.

Nesse caminho, acrescenta a doutrina do ilustre Procurador do Trabalho RAIMUNDO SIMÃO DE MELO:

“Embora não prefixadas em lei, há inúmeras outras atividades consideradas perigosas, pela sua natureza e forma de exercício, e, portanto, enquadráveis como de risco para os efeitos do parágrafo único do art. 927 do CC. No Direito do Trabalho, ajudará ao juiz nesse enquadramento a classificação das empresas segundo o grau de risco de sua atividade (CLT, art. 162 e Lei n. 8.212/91, art. 22, inciso II, letras a, b e c).

São exemplos de atividades perigosas que caracterizam a responsabilidade objetiva pela potencialidade de risco, entre outras: a) o transporte ferroviário, que foi um dos primeiros casos reconhecidos pela lei como atividade de risco; b) o transporte de passageiros de um modo geral; c) a produção e transmissão de energia elétrica; d) a exploração de energia nuclear; e) a fabricação e transporte de explosivos; f) o contato com inflamáveis e explosivos; g) o uso de arma de fogo; h) o trabalho em minas; i) o trabalho em alturas; j) o trabalho de mergulhador subaquático; k) as atividades nucleares; e l) as atividades insalubres e perigosas.” (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 – sem destaque no original – destaquei.)

Ao proferir decisão judicial, o magistrado não deve ignorar o escopo da lei, sem perder de vista também o alto impacto que os acidentes de trabalho têm nas finanças públicas, por mandarem diariamente aos hospitais considerável número de trabalhadores incapacitados (tornando o Brasil, tristemente, um campeão nesse sinistro “ranking”) e por deflagrarem diariamente a concessão de inúmeros benefícios da Previdência Social. E que, no final da linha, o custo de atividades e práticas inseguras no trabalho recai sobre toda a sociedade.

Assim, por todo ângulo que se examine a matéria, o interesse público milita no sentido

de evitar-se de todas as formas o acidente de trabalho, mediante, por exemplo: treinamento minucioso; uniforme especial a expensas da empresa a que se vincular, porte de arma, quando em serviço; seguro de vida em grupo, feito pela empresa empregadora (Lei n. 7.102/83, art. 19).

É, pois, dever de todos os operadores do direito que possam influenciar o ambiente ou a forma de execução do trabalho, atuar no sentido de desestimular, com o maior rigor possível, as situações de risco em todo o processo produtivo.

Responsabilidade objetiva. Excludentes.

A teoria do risco comporta as 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: CAVALLIERI 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 emprego 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 n. 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 nexos 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.

Responsabilidade objetiva. Ônus da prova

O essencial princípio de direito material do trabalho é, inegavelmente, o da **proteção ao hipossuficiente econômico**, do qual emergiram, por desdobramento, todos os demais.

Entre esses, o direito do trabalho tem também, como específico, o **princípio da primazia da realidade**, que o renomado JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO identifica na hipótese em que, “*havendo divergência entre as condições ajustadas para a relação de emprego e as verificadas em sua execução, a realidade dos fatos prevalecerá*” (*Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007; p. 91 – sem destaque no original).

Por influência do direito material e, ainda, como reflexo de seu caráter publicista, o direito

processual do trabalho incorporou o **da busca da verdade real**, extraído notadamente do art. 765 da CLT, que, para tanto, confere aos magistrados trabalhistas ampla liberdade na direção do processo.

Nesse cenário, a **inversão do ônus da prova** (da **culpa**) tem como objetivo a busca da verdade real e pode decorrer diretamente da lei ou de criação jurisprudencial, por interpretação sistemática dos princípios já delineados. O instituto não é novidade na esfera trabalhista, estando sedimentado em súmulas do TST, como as de ns. 68 (equiparação salarial), 212 (motivo do término da relação de emprego) e 338 (jornada de trabalho).

Se a hipótese é de responsabilidade **subjetiva**, a inversão do ônus da prova da culpa é aplicável, sobretudo se essa responsabilidade for também, simultaneamente, **contratual**, como explica RAIMUNDO SIMÃO DE MELO:

“O contrato de trabalho é um contrato sinalagmático e de adesão. Da primeira característica decorrem obrigações recíprocas. De um lado, o empregado está obrigado a colocar à disposição do empregador a sua força de trabalho e cumprir rigorosamente as regras fixadas no contrato, como também aquelas decorrentes de lei, servindo de exemplo o dever de obediência às ordens e disciplina para o bom andamento do trabalho. De outro, cabem ao empregador inúmeras obrigações, como o pagamento de salários pela contraprestação dos serviços e a preservação da integridade física e mental do trabalhador no local de trabalho mediante a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CF, art. 7º, inciso XXII). É forçoso reconhecer que o mais importante conteúdo do contrato de trabalho é a preservação da vida do trabalhador. Esta é a mais importante cláusula inserida implicitamente no contrato de trabalho, pelo que a responsabilidade decorrente dos acidentes de trabalho é do tipo contratual. A culpa,

no caso, é contratual. Veja-se, nesse sentido, decisão do STF: “Cuida-se, ademais, de responsabilidade civil proveniente de culpa contratual e não de culpa aquiliana, eis que a empresa não cumpriu a obrigação implícita concernente à segurança do trabalho de seus empregados e de incolumidade, durante a prestação de serviços, determinando, no caso, como reconheceu o acórdão, ‘a remoção de pesadíssima peça sem o equipamento técnico e as cautelas necessárias, de sorte que o deslizamento verificado era perfeitamente previsível.’” (RE n. 94.429-0, 1ª Turma, rel. Min. Néri da Silveira; DJU de 15.6.84.)

A responsabilidade contratual deriva de um contrato entre as partes, no caso, empregado e empregador, surgindo o dever de indenizar por parte de um dos contratantes pelo descumprimento de determinada obrigação decorrente do pactuado. Para ilustrar, lembre-se o caso clássico do contrato de transporte coletivo, celebrado tacitamente, por adesão do passageiro às regras oferecidas pela empresa, que assume implicitamente a obrigação de transportá-lo de forma a deixá-lo no local de destino ileso quanto à sua integridade física e psíquica. É o caso, ‘mutatis mutandis’, do contrato de trabalho, pois além de estar implícita nele a obrigação de respeito à saúde e integridade física do trabalhador {Nesta linha também é o entendimento de João José Sady ao afirmar que “a garantia de condições de trabalho sadias em termos de higiene e segurança constitui uma cláusula implícita do contrato de trabalho (Direito do meio ambiente de trabalho, p. 126)}, trata-se o mesmo de um contrato de adesão, em que o trabalhador, pela situação de dependência econômica que lhe é peculiar no contrato de trabalho, arrisca a sua saúde, integridade física e a vida (Pinho Pedreira, com apoio nas lições de Horácio de Fuente sustenta que enquanto nas contratações privadas se achem normalmente em jogo valores econômicos e como exceção podem

ser afetados bens pessoais dos contratantes, geralmente de forma indireta, no contrato de trabalho o trabalhador, pela situação de dependência pessoal em que se encontra, arrisca permanentemente seus bens pessoais mais valiosos (a vida, integridade física, honra, dignidade etc.) {A reparação do dano moral no Direito do Trabalho, p. 555}.” (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: 24.8.2007.)

Por outro lado, se a responsabilidade aplicável foi a de natureza **objetiva**, não há necessidade de perquirição de culpa nem de dolo. Por isso, sequer haverá ônus de demonstrá-los (culpa e/ou dolo). O trabalhador, pois, deverá provar unicamente o **dano** e o **nexo causal** com a atividade laboral. E o objeto da defesa do empregador é limitado, nesses casos, à prova de ocorrência de **causas excludentes da responsabilidade**, já que é inócuo tentar comprovar ausência de culpa.

O caso concreto, sob exame

Conforme exposto, o reclamado confessa, em seu depoimento, “que o Reclamante realizava revistas nos funcionários e colaboradores que entravam e saíam da loja” (fls. 295 – destaquei) e, ainda, que “o Reclamante exercia a função de auxiliar de patrimônio, evitando que alguém da loja saísse com algum bem sem pagar ou que alguém de fora adentrasse ao estabelecimento para causar algum dano patrimonial; acompanhava a descarga de mercadorias nos depósitos e a saída de produtos de grande porte, além das funções já declinadas” (fls. 372 – destaquei).

Por si só, tal confissão implica classificar o reclamante como vigilante, diante da constatação das hipóteses previstas no art. 10, I e II, da Lei n. 7.102/83, que dispõe:

“Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de:

I – proceder à **vigilância patrimonial** das instituições financeiras e de **outros estabelecimentos**, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas;

II – realizar o transporte de valores ou **garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga.**” (sem destaque no original)

Ademais, as outras atividades também exercidas pelo reclamante apenas aumentavam o risco, já que envolviam contato com a conferência de valores:

“que o Reclamante acompanhava as sangrias nos caixas da loja, acompanhava a auditoria realizada no caixa da operadora, acompanhava o descarregamento de cargas no depósito da loja; que desconhece que o Reclamante realizava baixa no estoque; que o Reclamante acompanhava a saída de produtos elétricos e eletrônicos dos clientes da loja; (...) que o Reclamante realizava revistas nos funcionários e colaboradores que entravam e saíam da loja;” (fls. 296)

Como se infere, a necessidade de enfrentamento ao roubo é situação plenamente previsível nas atividades que foram atribuídas ao reclamante, com acentuado risco à sua integridade física e psíquica.

Por isso, os serviços prestados pelo reclamante em favor do reclamado inserem-se no conceito de atividade considerada de risco acentuado, o que atrai a **responsabilidade é objetiva e dispensa a prova de culpa** do reclamado.

De todo modo, **registro**, por zelo, haver ficado evidente no processo que **o reclamado ostenta culpa** pelo acidente de trabalho.

De fato. O reclamado confessou expressamente o descumprimento do **art. 19, II, da Lei n. 7.102/83** (norma de segurança), ao declarar em Juízo “que o Reclamante não trabalhava armado”. Isso implica **manifesta negligência (culpa)** dos propositos do reclamado com a vida e a segurança do reclamante, além de objetivamente **descumprirem o quanto dispõe a Lei n. 7.102/83.**

Tal omissão ressalta ainda mais a **responsabilidade empresarial**, porquanto decorre do art. 932, III/CCB que o empregador é responsável pela omissão de seus prepostos no exercício do trabalho que lhe competir.

Em verdade, mesmo que o reclamado houvesse meramente fornecido equipamento de proteção individual ou coletivo (como colete à prova de balas e armamento), isso, por si só, não conduziria à diminuição ou eliminação da nocividade (SÚM-289/TST). Apenas o **uso efetivo** desses EPIs e EPCs pelo empregado é que poderia resultar efeitos jurídicos, razão pela qual também é **dever do empregador implementar a rígida fiscalização do respectivo uso** (NR-16 e CLT 482, “e” e “h”) — o que óbvio e infelizmente não ocorreu.

Além disso, o reclamado não alegou, muito menos comprovou, que haja promovido nenhum treinamento, quanto mais que tal treinamento fosse substancial, eficaz, de modo a realmente preparar o reclamante para situações de ataque de criminosos, como aquela que sofreu.

Note-se que o reclamante foi a única vítima contra a qual se impingiu danos físicos, de modo a facilitar a instalação do medo nos demais presentes e a dominar o empregado que, no interior da loja, deveria estar preparado para acionar algum sistema mais complexo de segurança (como comunicar o perigo à polícia).

Também é fato revelador a inexistência de dano aos seguranças externos, porquanto, pelas máximas de experiência, presume-se que estavam muito mais preparados para a situação e, portanto, mais inacessíveis que o reclamante à ação nefasta dos meliantes.

A respeito, observe-se o depoimento do reclamante, **incontroverso** (CPC, art. 334, III):

“que o Reclamante era o último a sair da loja, por volta de 4 h da manhã; que a loja fecha o atendimento ao público às 21 h; que havia funcionários terceirizados da empresa Nordeste Segurança; que não andavam armados; que esses funcionários da Nordeste

Segurança ficavam na parte externa da loja e no estacionamento; que os funcionários da Nordeste Segurança faziam a segurança patrimonial *externa e do estacionamento* da Reclamada. (...) que por volta de 21 h, cinco bandidos colocaram uma pistola na boca do Reclamante, tendo quebrado 02 dentes do autor; que o Reclamante teve a boca sangrando em razão da introdução da arma na mesma, ficando no chão; que após os bandidos se dirigiram à caixa geral, Sr^a Alda, tendo a Sr^a Alda sido forçada a abrir o cofre; que os bandidos ameaçaram o Reclamante em dar um tiro na cabeça caso o Reclamante não informasse onde estava a responsável pelo caixa da loja; (...) que na época em que trabalhou para a Reclamada **não possuía curso de vigilância**; que no momento do assalto, os funcionários da Nordeste Segurança também foram rendidos, não tendo havido troca de tiros com os bandidos; que *as abordagens*, na hipótese de existência de furtos *no interior da loja*, eram feitas pelo Reclamante e pela equipe de prevenção, formada por Rui, Júlio, Cássia;” (fls. 295/296)

São incontroversos também o **dano** (perda dos dentes frontais superiores do reclamante) e o **nexo causal** desse mesmo dano com a atividade laboral do então empregado (vigilante que acumulava, ainda, funções como as de acompanhar fechamento de caixa, auditoria financeira e revista pessoal e empregados e fornecedores).

Portanto, há obrigação objetiva de reparar o dano moral. Mesmo desnecessariamente, constata-se a prova da culpa do reclamado pelo evento danoso, a ressaltar que seria extremamente injusto desamparar justamente o empregado, que não teve como evitar o dano: não recebeu treinamento nem equipamento adequados para as atividades de risco acentuado que lhe foram atribuídas pelo reclamado.

No mesmo sentido, inclina-se a jurisprudência trabalhista, como ilustram os seguintes precedentes:

“ACIDENTE DE TRABALHO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. No caso em exame, o empregado foi vitimado enquanto trabalhava como vigilante para a reclamada, por disparos de arma de fogo, vindo a falecer no local de trabalho. Remanesce, portanto, a responsabilidade objetiva, em face do risco sobre o qual o empregado realizou suas funções, adotando a teoria do risco profissional com o fim de preservar valores sociais e constitucionais fundamentais para as relações jurídicas, em especial a dignidade da pessoa humana. Recurso de embargos conhecido e desprovido.” (TST-E-RR-153800-56.2006.5.12.0009, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Data de Julgamento: 5.2.2009, **Subseção I Especializada em Dissídios Individuais**, Data de Publicação: 13.2.2009.)

“DANO MORAL. ACIDENTE DO TRABALHO. RISCO INERENTE À ATIVIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. A atividade de transporte de valores em carro-forte é, pela sua natureza, indubitavelmente uma atividade de risco acentuado e, de acordo com o art. 2º da CLT, os riscos da atividade econômica devem ser suportados pelo empregador. Saliente-se que, embora o art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição da República estabeleça a obrigação do empregador, quando incorrer em dolo ou culpa, de indenizar o empregado em razão de acidente de trabalho, o *caput* desse dispositivo ressalta que os direitos ali previstos não o são de forma taxativa, ao dispor ‘além de outros que visem à melhoria de sua condição social’. Dessa forma, não há impedimento constitucional para a incidência do art. 927 do Código Civil, que no seu parágrafo único dispõe: ‘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.’ Dessa forma, revela-se objetiva a responsabilidade do empregador quando há risco inerente à sua atividade. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento.” (TST-E-RR-84700-90.2008.5.03.0139, rel. Min. João Batista Brito Pereira. Data de Julgamento:

3.12.2009, **Subseção I Especializada em Dissídios Individuais**, Data de Publicação: 11.12.2009.)

“I – AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. TRANSPORTE DE VALORES. VIGILANTE. TEORIA DO RISCO. Verifica-se possível violação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, no que concerne à indenização por danos morais e materiais decorrentes da imputação da responsabilidade objetiva, relativa à teoria do risco. Agravo de instrumento a que se dá provimento, nos termos da Resolução n. 928/2003. II – RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. TRANSPORTE DE VALORES. VIGILANTE. TEORIA DO RISCO. A natureza da atividade desempenhada pelo reclamante — transporte de valores —, por si só, implica perigo e riscos à segurança e vida do empregado. Além disso, conforme relatado no acórdão, ficou cabalmente demonstrado o dano, tendo em vista a ocorrência de acidente de trabalho (assalto), que resultou na incapacidade do reclamante, já que este ficou com um projétil alojado na cabeça, cuja remoção é impossível, em face do risco de morte durante a cirurgia. Assim, a responsabilidade decorre da própria natureza das atividades desenvolvidas pela reclamada (teoria do risco), por gerar risco à vida e segurança de seus empregados. Dessa forma, deve-se apenas comprovar o dano e o nexo de causalidade, o que ficou claramente demonstrado nos autos. Logo, é patente a aplicabilidade do art. 927, parágrafo único, do Código Civil ao caso dos autos. Recurso de revista a que se dá provimento.” (TST-RR-120740-23.2007.5.03.0134, rel^a. Min^a. Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 31.8.2011, 5^a Turma, Data de Publicação: 9.9.2011.)

“RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. TRANSPORTE DE VALORES. EMPREGADO DE COOPERATIVA DE CRÉDITO. Este Tribunal Superior tem adotado, de forma reiterada, entendimento no sentido de

que a conduta da instituição financeira de atribuir aos seus empregados a atividade de transporte de valores dá ensejo à compensação por danos morais. Leva-se em consideração, para tanto, o risco à integridade física (inclusive de morte) inerente à função em exame e o desvio funcional perpetrado pelas empresas, que, ao invés de contratar pessoal especializado, consoante determina a Lei n. 7.102/1983, se utilizam de empregados comuns. Precedentes da SBDI-1 e das Turmas deste Tribunal Superior. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-RR-477300-35.2006.5.09.0018, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. Data de Julgamento: 27.4.2011, 1^a Turma, Data de Publicação: 6.5.2011.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE DO TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. O Regional concluiu que o reclamante, vítima de assalto ocorrido na empresa terceirizada para a qual prestava serviços de vigilância, sofreu típico acidente de trabalho, razão pela qual faz jus à indenização pelos danos sofridos (perda da visão do olho direito, paralisia facial parcial e perda da mobilidade do braço esquerdo), observada a responsabilidade objetiva do empregador, por dedicar-se à atividade de risco, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Além disso, ainda que se pudesse discutir a inaplicabilidade da responsabilidade objetiva na hipótese, o acórdão recorrido apresenta todos os requisitos que definem a responsabilidade subjetiva, uma vez que delineou a conduta omissiva do empregador no seu dever de tomar providências para garantir a segurança e a proteção à vida do empregado no exercício de suas atividades. Logo, uma vez comprovados os requisitos necessários para a reparação civil, relativa ao dano sofrido pelo empregado e o nexo de causalidade com a conduta da empresa, ainda que omissiva, o deferimento da indenização respectiva não viola o art. 927 do Código Civil. Agravo de instrumento desprovido.” (TST-AIRR-134940-43.2006.5.22.0004, rel.

Min. José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 25.5.2011, 2ª Turma, Data de Publicação: 10.6.2011).

“RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO. No caso, laborando em atividade de risco, em ambiente carente de segurança e meios preventivos de sinistros, o reclamante sofreu acidente que lhe ocasionou tetraparesia espástica dolorosa causadora de incapacidade laborativa total e permanente. Neste contexto, ao contrário do que alega a reclamada, o e. TRT não afrontou o art. 7º, XXVIII, da CF. Na realidade, conferiu-lhe correta interpretação. Com efeito, a legislação vigente tende a agasalhar a responsabilidade objetiva em tema de reparação civil, especialmente quando as atividades exercidas são de risco, conforme dispõe o art. 927 e parágrafo único do Código Civil de 2002, admitindo, assim, no âmbito do Direito do Trabalho, a teoria da responsabilidade objetiva do empregador, nos casos de acidente de trabalho. Precedentes citados.” (TST-RR-9955300-94.2005.5.09.0653. Data de Julgamento: 29.9.2010, rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, Data de Publicação: 8.10.2010.)

“AGRAVODEINSTRUMENTO.RECURSODE REVISTA. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, CC). INEXISTÊNCIA DE ‘CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA’ (FATO DA VÍTIMA). Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, ante a constatação de violação do art. 927, parágrafo único, do CC. Agravo de instrumento provido. **RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, CC). INEXISTÊNCIA DE ‘CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA’ (FATO DA VÍTIMA).** A regra geral do ordenamento jurídico, no tocante à responsabilidade civil do autor do dano, mantém-se com a noção da responsabilidade subjetiva (arts. 186 e 927, *caput*, CC). Contudo, tratando-se de atividade empresarial, ou de dinâmica laborativa

(independentemente da atividade da empresa), fixadoras de risco acentuado para os trabalhadores envolvidos, desponta a exceção ressaltada pelo parágrafo único do art. 927 do CC, tornando objetiva a responsabilidade empresarial por danos acidentários (responsabilidade em face do risco). Noutra norte, a caracterização da culpa exclusiva da vítima é fator de exclusão do elemento do nexo causal para efeito de inexistência de reparação civil no âmbito laboral quando o infortúnio ocorre por causa única decorrente da conduta do trabalhador, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador. Se, com base nos fatos relatados pelo Regional, se conclui que a conduta da vítima do acidente não se revelou como causa única do infortúnio, afasta-se a hipótese excludente da responsabilização da empregadora pelo dano causado. Recurso conhecido e provido.” (TST-ED-RR-85040-87.2004.5.12.0021, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 3.6.2009, 6ª Turma, Data de Publicação: 12.6.2009.)

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS — ACIDENTE DE TRABALHO — RESPONSABILIDADE OBJETIVA — ATIVIDADE DE RISCO — TRANSPORTE DE VALORES — POSSIBILIDADE. 1. O art. 7º, XXVIII, da CF estabelece como condição para a responsabilidade do empregador por danos materiais ou morais decorrentes de acidente de trabalho a existência de dolo ou culpa. Assim, a jurisprudência e doutrina predominantes têm afirmado que a responsabilidade que se extrai do texto constitucional é de natureza subjetiva, a exigir, portanto, além do dano e do nexo de causalidade, a demonstração de culpa por parte do agressor. 2. Entretanto, o Código Civil de 2002, em seu art. 927, parágrafo único, em homenagem à teoria do risco criado, prevê a possibilidade de se reconhecer a responsabilidade de natureza objetiva, ao dispor 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.’ 3. No concernente às questões trabalhistas, tal forma de responsabilidade configura-se quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano vier a causar ao trabalhador um risco maior do que aos demais membros da coletividade. 4. Aos que objetam cuidar-se de preceito inaplicável à esfera das relações laborais, ante as condições contidas no art. 7º, XXVII, da CF, convém destacar que a leitura restritiva do texto constitucional contraria o próprio espírito da Carta, relativamente aos direitos fundamentais do trabalho, no que estabelece apenas um núcleo de garantias essenciais que, por sua própria natureza, não pode excluir outros direitos que venham a ser reconhecidos no plano da legislação infraconstitucional doméstica (art. 7º, *caput*, da CF) ou mesmo no direito internacional (art. 5º, § 3º, da CF), consoante o entendimento adotado em diversos precedentes do TST. 5. Na hipótese dos autos, o acórdão regional consigna que a atividade do Empregador consistia na segurança em transporte de valores, o que revela, inegavelmente, a existência do pressuposto indicado no parágrafo único do art. 927 do CC, atraindo a responsabilização objetiva. 6. Por conseguinte, a indenização por danos morais decorrente de assalto sofrido pelo Empregado, em seu labor como vigilante, impõe-se, independentemente de culpa da Reclamada, razão pela qual o acórdão regional merece ser mantido. Recurso de revista desprovido.” (TST-RR-191300-26.2007.5.04.0404. Data de Julgamento: 25.5.2011, relª. Juíza Convocada: Maria Doralice Novaes, 7ª Turma, Data de Publicação: 10.6.2011.)

“RECURSO DE REVISTA — DANOS MORAIS — RESPONSABILIDADE OBJETIVA — ATIVIDADE DE RISCO. Aplica-se a responsabilidade civil objetiva quando a atividade do trabalhador é de risco, como no caso dos autos, em que o Autor era vigilante de carro-forte e foi alvejado durante tentativa de assalto. Precedentes da SBDI-I. Recurso de Revista não conhecido.” (TST-RR-400-16.2008.5.03.0134, relª. Minª. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 9.2.2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 11.2.2011.)

São elementos para quantificar a condenação:

i) a **gravidade do dano**: mediana, já que implicou a perda **permanente** de dois dentes frontais superiores, refletindo na funcionalidade da mastigação, saúde bucal e dores (“*que o Reclamante possui limitações para realizar mastigação; que o Reclamante sente dores em razão do implante dentário*” – fls. 296). Recorde-se que o dano à integridade da saúde física e mental é “*in re ipsa*”, ou seja, presumido, e que, por isso, independe de comprovação. *Vide*, a respeito: TST-E-ED-RR-249/2005-091-09-00.0, relª. Minª. Rosa Maria Weber Candioti da Rosa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, Data de Julgamento: 3.9.2007, Data de Publicação: 19.10.2007; e TST-RR-26600-66.2004.5.09.0091, red. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, 6ª Turma, Data de Julgamento: 25.6.2008, Data de Publicação: 22.8.2008);

ii) a **intensidade de sofrimento da vítima**: considerável, segundo o seguinte registro no laudo pericial:

“Os dados analisados na avaliação psicológica, colhidos através das entrevistas e demais documentos, revelam os resquícios do estresse pós-traumático vivenciado pelo periciando após o assalto da empresa reclamada. Após essa experiência traumática, que envolveu uma ameaça de morte e ferimento, o periciando desenvolveu sintomas compatíveis com essa psicopatologia, tais como: evitação do local do evento ou outros que lhe trouxessem a lembrança do evento, revivência persistente do evento traumático sob a forma de lembranças invasivas (*‘flash-backs’*), de sonhos ou pesadelos; excitação aumentada, em forma de taquicardia, sudorese e pânico. Também apresentou sintomas de hipervigilância, em forma de insônia e estado de alerta.” (fls. 332);

iii) a **situação socioeconômica das partes**: o reclamado é uma rede de hipermercados do grupo Walmart, assim apresentado na

Internet: “O Walmart atende seus clientes mais de 200 milhões de vezes por semana, em mais de 9.700 lojas de 69 bandeiras em 28 países. Com faturamento de US\$ 419 bilhões em 2010, a companhia emprega 2.1 milhões de funcionários ao redor do mundo e está entre os 10 primeiros varejistas da pesquisa *Empresas mais Admiradas de 2010*, da revista *Fortune*”. Disponível em: <<http://www.walmartbrasil.com.br/sobre-o-walmart/no-mundo/>>.

Já o reclamante é economicamente carente, remunerado com salário mínimo à época da prestação de serviços (em que pese os riscos pessoais pelos quais passava) e agora passa por enormes dificuldades para a manutenção de sua sobrevivência:

“Periciando reside com sua genitora e mais cinco irmãos. Mãe teve dez filhos. O genitor do periciando (...) faleceu em 1997 (...).

Perguntado sobre suas atividades atuais, relata ‘*tô desempregado e quando não saio para deixar currículos (...)*’ lembra que tem 2 anos desempregado e ‘*quando preciso de dinheiro, faço um biscate, ajudo a descarregar caminhão de bloco, capino quintal, o que aparecer.*” (fls. 331);

iv) a eventual participação da vítima na causa do evento danoso: não houve participação da vítima na causa do evento danoso;

v) a existência ou não de retratação/reparação e sua extensão: o reclamado socorreu o então empregado após o acidente, mas não houve nenhuma demonstração de apoio psicológico no período que se seguiu. Ao contrário, o reclamante permaneceu trabalhando nas mesmas funções, apesar de traumatizado, e quando “acabou o período da estabilidade, a empresa me demitiu” (laudo, fls. 331). Tais falhas devem ser consideradas na fixação do valor da indenização; 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.

Diante de tais parâmetros, no que diz respeito aos danos morais, CONDENO o reclamado a pagar ao reclamante R\$ 150.000,00.

Entretanto, no que toca à alegação de dano estético, considerando que o laudo pericial concluiu haver razoável reposição da estética facial do reclamante (“nenhum dano estético”, *sic* – fls. 354 e 360), ainda que lamentavelmente omissa quanto ao material utilizado e sua qualidade, JULGO IMPROCEDENTE o pedido.

DEDUÇÕES

Devem ser deduzidas eventuais quantias efetivamente pagas a iguais títulos, durante todo o período de apuração, com o objetivo de evitar enriquecimento sem causa do reclamante. Para esse fim, serão considerados tão somente os valores constantes nos recibos já juntados aos autos, porquanto preclusa a oportunidade de complementação dessa espécie de prova.

CORREÇÃO MONETÁRIA

Incidirá o índice da correção monetária a partir do dia 1º do mês subsequente ao da prestação dos serviços (SÚM-381/TST).

JUROS DE MORA

Os juros de mora incidirão sobre a importância da condenação já corrigida monetariamente nos termos da Súmula n. 200 do TST, calculados na base de 1% a.m., de forma simples (não capitalizados), e aplicados *pro rata die*, nos termos do § 1º do art. 39 da Lei n. 8.177/91. Por força do art. 883 da CLT, incidirão a partir da data em que foi ajuizada a ação, à exceção de eventuais parcelas vincendas.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias (SÚM-368, II/TST).

Em se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado no art. 276, § 4º, do Decreto n. 3.048/1999, que regulamentou a Lei n. 8.212/1991. Assim, têm natureza indenizatória as verbas deferidas a título de: aviso prévio; férias indenizadas acrescidas do terço constitucional; FGTS e respectiva multa de 40%; multas dos arts. 467 e 477 da CLT. Dessa mesma norma, decorre que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição (SÚM-368, III/TST).

Após o trânsito em julgado e respectiva liquidação do crédito previdenciário, caso não haja o recolhimento voluntário das contribuições, seguir-se-á a execução, por iniciativa da União ou de ofício (art. 114, VIII, da Constituição Federal), sem prejuízo da comunicação à SRFB — Secretaria da Receita Federal do Brasil para as providências cabíveis, inclusive bloqueio de expedição de CND — Certidão Negativa de Débito.

IMPOSTO DE RENDA

É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo incidir sobre o valor total da condenação limitadamente às parcelas salariais tributáveis, calculado ao final, nos termos da Lei n. 8.541, de 23.12.1992, art. 46 e Provimento da CGJT n. 01/1996 (SÚM-368, II/TST). Deduzem-se da base de cálculo, ainda, a contribuição previdenciária do empregado e demais abatimentos previstos no art. 4º da Lei n. 9.250/95.

Não há incidência, portanto, sobre as verbas de natureza indenizatória, inclusive sobre eventual reparação pecuniária de nenhuma espécie de dano moral (TST-RR-1401400-14.2005.5.09.0002, relª. JC Maria Doralice Novaes, 7ª Turma, Data de Publicação: 05/02/2010; TST-AIRR-73340-84.2001.5.09.0092, rel. Min.

Guilherme Augusto Caputo Bastos, 1ª Turma, Data de Publicação: 2.3.2007; no mesmo sentido: STJ-REsp 1152764/CE, rel. Min. Luiz Fux, DJE 1º.7.2010).

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 (OJ SBDI-1 n. 400/TST).

O cálculo do imposto de renda deve acompanhar os critérios dispostos na Lei n. 12.350/2010 e na Instrução Normativa RFB n. 1.127/2011.

O recolhimento do imposto de renda retido na fonte será efetuado até o último dia útil do segundo decêndio do mês subsequente ao mês da disponibilização do pagamento (art. 70, I, 'd', da Lei n. 11.196/2005) e deverá ser comprovado nos autos no prazo de dez dias após, sob pena de expedição de ofício à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

HONORÁRIOS DOS PERITOS

O reclamado depositou, a título de honorários provisórios, o valor de R\$ 1.000,00 (fls. 307/308), conforme determinação judicial (fls. 297).

A metade já foi liberada pelo Juízo à perita em psicologia, mediante o despacho a fls. 337.

Considerando a sucumbência do reclamado, **CONDENO-O** ao pagamento de honorários periciais no valor de R\$ 1.500,00 para cada um dos dois *experts*, no total de R\$ 3.000,00, autorizada a dedução do valor já depositado provisoriamente.

BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

DEFIRO ao reclamante os benefícios da Justiça gratuita, diante da declaração a fls. 2 (arts. 790, § 3º, da CLT e OJ SBDI-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 PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por JOSÉ ROQUE DE JESUS GOMES em face de BOMPREGO BAHIA S.A. para CONDENAR o reclamado nas seguintes: 1) Obrigações de Fazer: retificar o registro de salário na CTPS obreira para o valor de R\$ 650,00, em todo o pacto laboral. Para tanto, deverá o reclamante depositar sua CTPS na Secretaria da 2ª Vara do Trabalho de Camaçari no prazo de 48 horas após o trânsito em julgado desta ação trabalhista. Findo este, deverá o réu proceder às anotações em cinco dias, sob pena de multa diária de R\$ 50,00 até o limite de R\$ 500,00, em favor do reclamante. Na hipótese de total inércia do reclamado, deverá a Vara do Trabalho proceder às anotações, na forma do art. 39 da CLT, acautelando-se em não evidenciar que decorreu de decisão da Justiça do Trabalho, e fornecendo ao reclamante a certidão respectiva. 2) Obrigações de Pagar: diferenças salariais ao reclamante, do valor registrado (considerar as anotações do reclamado na ficha a fls. 219) para R\$ 650,00, durante o período imprescrito (posterior a 12/05/2004) de todo o vínculo de emprego, ou seja, de 12.5.2004 até 1º.12.2008; tudo com reflexos em horas extras, adicional noturno, DSR, 13º salário, férias com o terço, aviso prévio, depósitos para o FGTS e multa de 40%. Além disso, pagar, a título de reparação pecuniária por danos morais, o montante atual de R\$ 150.000,00 (no tocante a esta verba, incidem juros e correção monetária apenas a partir da publicação desta sentença).

Deduções, juros de mora, recolhimentos previdenciários e fiscais nos termos da fundamentação.

Deferido ao reclamante os benefícios da Justiça gratuita.

Honorários dos peritos por conta do reclamado, sucumbente, no valor de R\$ 1.500,00 para cada um dos dois *experts*, no total de R\$ 3.000,00, autorizada a dedução do valor já depositado provisoriamente.

Custas pelo reclamado, calculadas em R\$ 3.833,33, sobre o valor da condenação, R\$ 191.666,74, consoante os cálculos em anexo, que integram esta sentença.

Após o trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, em fase de conhecimento, em cumprimento à Recomendação Conjunta GP. CSJT n. 2/2011, determino o encaminhamento eletrônico de cópia desta sentença e decisões supervenientes à Procuradoria Regional Federal da Bahia (<pfba.regressivas@agu.gov.br>), a fim de subsidiar eventual ajuizamento de ação regressiva prevista no art. 120 da Lei n. 8.213/91.

Por oportuno, admoesto as partes que eventual oposição irregular de embargos de declaração, na hipótese de valer-se desse recurso no intento de obter novo pronunciamento jurisdicional pela reforma do pronunciamento anterior, ou, ainda, para prequestionar matéria não suscitada tempestivamente ou irrelevante para o resultado da causa, levará à configuração de litigância de má-fé e à imposição de multa.

Intimem-se as partes.

Camaçari, 14 de fevereiro de 2012.

RINALDO GUEDES RAPASSI

Juiz do Trabalho

Índice Geral

Doutrina

- Relativização da coisa julgada.** 1. Introdução. 2. Coisa julgada: definição e efeitos. 3. Relativização da coisa julgada — Caracterização — Doutrina e jurisprudência contrárias. 4. Doutrina e jurisprudência favoráveis. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas 17
- O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores.** 1. Introdução. 2. Direitos humanos, direitos sociais e o princípio da igualdade de gênero. 3. A divisão sexual do trabalho e a desigualdade em razão de gênero no mercado de trabalho. 4. O papel das organizações sindicais de trabalhadores na luta contra a desigualdade em razão de gênero. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas 29
- O trabalho nas Constituições Sociais.** 1. Introdução. 2. Evolução da proteção ao trabalho. 3. O trabalho como instrumento de implantação do Estado Social. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas 55
- “O Adicional de Insalubridade e a Súmula Vinculante n. 4/STF.” Interpretação e integração do ordenamento jurídico. Incompatibilidades e incoerências jurídicas.** 1. Introdução. 2. Completude do ordenamento jurídico e o direito judiciário. 3. O adicional de insalubridade. Direito do Trabalho. Direito judiciário. 4. Contradição da Súmula Vinculante n. 4 e da Decisão do MI n. 708-DF/STF. Analogia. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas 69
- A aplicação das *astreintes* nas antecipações de tutela.** 1. Introdução. 2. A multa coercitiva do art. 461, § 4º, do CPC, e sua aplicação na hipótese de antecipação de tutela. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas 77
- Apontamentos a respeito do ato de dispensa dos empregados de sociedades de economia mista.** 1. Introdução. 2. Breve contextualização sobre a sociedade 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 submissão das sociedades de economia mista ao princípio da motivação dos atos. 3.2. Da submissão das sociedades de economia mista ao princípio da motivação dos atos. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas..... 89
- Tutela coletiva específica ou resultado prático equivalente: a indenização moral coletiva revertida para a própria comunidade lesada** 100
- Ação autônoma posterior destinada à responsabilização subsidiária do tomador de serviços ente público: controvérsias, questões relevantes e tutela de direitos.** 1. Introdução. 2. Responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em matéria de terceirização trabalhista, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta: critérios para incidência, posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. 3. Ação autônoma posterior destinada à responsabilização subsidiária do tomador de serviços ente público. 3.1. Argumentos contrários: jurisprudência prevalecente e controvérsias. 3.1.1. Coisa julgada. 3.1.2. Litisconsórcio necessário passivo. 3.1.3. Interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido. 3.1.4. Ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. 4. Análise da matéria sob outra ótica: viés concretista e aspecto pedagógico. 5. Efetividade processual e tutela de direitos. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas..... 107
- Os princípios do Direito Processual do Trabalho e o anteprojeto laboral da 15ª Região do Trabalho.** 1. Introdução. 2. Da omissão à literalidade. 3. Os princípios

fundamentais do processo laboral. 4. Os princípios inerentes à atividade processual concreta. Os princípios inerentes à audiência trabalhista. Os “princípios especiais”. 5. Conclusões.....	131	Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.	207
Jurisprudência		Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região .	215
Acórdãos do Superior Tribunal do Trabalho		Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região	220
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho		Sentenças	
Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	153	12ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR.....	233
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.	202	13ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – MG	240
		8ª Vara do Trabalho de João Pessoa – PB...	247
		2ª Vara do Trabalho de Rio do Sul – SC.....	255
		Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa – BA	269

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

Capa: **FORMA E CONTEÚDO EDITORA CRIATIVA**

Finalização: **FABIO GIGLIO**

Impressão: **HR GRÁFICA E EDITORA**

